



Uniceub
ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 13 • N. 2 • 2016
DIREITO INTERNACIONAL E BIODIVERSIDADE

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores gerais:

Marcelo Dias Varella, Nitish Monebhurrin

Editores especiais

Márcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 13	n. 2	p. 1 - 596	out	2016
--	----------	-------	------	------------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL**BRASILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW****Programa de Mestrado e Doutorado em Direito**

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de vinculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prisms, que foi dividida em dois periódicos (junto com Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude da quantidade de submissão de artigos e procura. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados as disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília

Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul

José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo

Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne

Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Nitish Monebhurrin, Centro Universitário de Brasília

Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França

Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 13, número 2 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

A partir desse volume a RDI passará a ter exemplares quadrimestrais

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

e-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO	1
CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	3
Gustavo Ferreira Ribeiro, Inez Lopes Matos Carneiro de Farias, Nadia de Araujo e Marcelo De Nardi	
Crônica 1: artigo 1(1)(b) sobre o escopo de aplicação da CISG - apreciação recente na jurisprudência brasileira.....	3
Crônica 2: o Brasil e o novo sistema de cobrança internacional de alimentos	7
Crônica 3: sentenças estrangeiras com circulação facilitada - notícias da 1ª reunião da comissão pela conferência da Haia de direito especial realizada internacional privado em junho de 2016	15
DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO	21
EDITORIAL	22
Márcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva	
IMPROVING THE EFFECTIVENESS OF LEGAL ARRANGEMENTS TO PROTECT BIODIVERSITY: AUSTRALIA AND BRAZIL	25
Paul Martin, Márcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva	
1. Introduction	25
2. Trajectories of biodiversity protection and restoration in both countries	26
2. Reported performance.	27
3. Australia's performance	27
4. Overcoming habitat loss and fragmentation	29
5. The effectiveness of invasive species management	30
6. Brazil's performance	31
7. Conclusions across both jurisdictions	35
References.....	35
O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DOS ELEMENTOS DA BIODIVERSIDADE COM BASE NO DIÁLOGO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
Augusto César Leite de Resende	
1. Introdução	40
2. A abertura do ordenamento jurídico brasileiro ao direito internacional.....	41

3. A base antropocêntrica da crise ecológica e a necessidade de uma nova visão alicerçada na dignificação da natureza	42
4. A positivação da dignidade dos seres vivos na ordem jurídica brasileira	45
5. Considerações finais	49
Referências bibliográficas.....	50

O REGIME INTERNACIONAL DO CLIMA E A PROTEÇÃO AOS “REFUGIADOS CLIMÁTICOS”: QUAIS DESAFIOS DA COP 21?.....53

Ana Carolina Barbosa Pereira Matos e Tarin Cristino Frota Mont’Alverne

1. Introdução	54
2. O regime internacional do clima: a proteção dos “refugiados climáticos” no contexto das conferências das partes.....	57
2.1. O estabelecimento do regime internacional do clima: a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima	57
2.2. A evolução do regime internacional do clima a partir das contribuições das Conferências das Partes...	59
3. As negociações do texto-base da cop21: o que se esperava em matéria de “refugiados climáticos”	62
3.1. “Refugiados climáticos” e o acordo de Paris: vantagens e desvantagens	62
3.2. As negociações do texto-base da COP21	63
4. O acordo de paris e os deslocados em decorrência de condições climáticas severas: avanços ou retrocessos?	65
4. Considerações finais	70
Referências bibliográficas.....	71

A ANÁLISE DO MECANISMO REDD+ COM VISTAS À MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E À PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA FLORESTAL76

Diogo Andreola Serraglio e Heline Sivini Ferreira

1. Introdução	77
2. Breve contextualização do regime climático internacional	77
3. Os remanescentes florestais e o regime climático internacional	79
4. Os remanescentes florestais e o mecanismo de desenvolvimento limpo.....	81
5. O mecanismo de redução de emissões por desmatamento e degradação.....	82
6. A proteção da diversidade biológica florestal por meio do Reed+	86
7. Considerações finais	89
Referências bibliográficas.....	90

ECOLABELS DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA E SUA CONSISTÊNCIA COM A DISCIPLINA DOS PPM'S E PROVISÕES DOS ACORDOS GATT E TBT.....94

Cristiane Derani e Arthur Rodrigues Dalmarco

1. Introdução	95
2. Regime jurídico do sistema GATT e do Acordo TBT em face dos esquemas de ecolabelling voluntários: o debate sobre restrições baseadas em PPM's	96
3. Um panorama contemporâneo de ecolabels relativos a eficiência energética.....	101
4. Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) e o dimensionamento das ecolabels de eficiência energética em seu regime	105
5. Considerações Finais	111
Referências bibliográficas.....	112

ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS: DESAFIOS Y PERSPECTIVAS EN URUGUAY A PARTIR DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROTOCOLO DE NAGOYA 115

Alina Celi

1. Introducción	116
2. Contexto del actual marco normativo internacional sobre la conservación y la utilización de los recursos genéticos.....	117
3. Otros instrumentos asociados al Convenio de Diversidad Biológica vinculados con la conservación y la utilización de los recursos genéticos	118
4. Desafíos y perspectivas en el ordenamiento jurídico de Uruguay	120
4.1. Aspectos institucionales	120
4.2. Promoción y fomento de la biotecnología.	121
4.3. Ley de acceso y conservación a los recursos genéticos.	123
4.4. La cooperación transfronteriza	124
4.5. Conservación y uso de recursos genéticos y bioseguridad	124
4.6. Conservación y uso de los recursos genéticos y protección de la propiedad intelectual	126
5. Consideraciones Finales	127
Referencias bibliográficas.....	128
Agradecimiento.....	129

LE RÉGIME INTERNATIONAL DE L'ACCÈS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES AU PRISME DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU PROTOCOLE DE NAGOYA 131

Rodolpho Zahluth Bastos, Otávio Canto, Karine Galy e Isabelle Vestris

1. Introduction	132
2. La relative réglementation de l'APA au sein de la CDB	133
3. Le débat relatif au meilleur niveau de réglementation sur l'APA	134

3.1. La mise en œuvre variable de l'APA à travers des réglementations nationales et régionales.....	136
3.2. L'inefficacité des réglementations nationales relatives au partage juste et équitable des avantages	139
4. L'esquisse d'une mise en œuvre satisfaisante de l'APA à travers le Protocole de Nagoya	141
5. Conclusion	143
Références.....	143

KILLING THE GREEN GOOSE: LEGAL LIMITS TO DEVELOP AND SELL BIODIVERSITY GOODS 146

José Augusto Fontoura Costa e Liziane Paixão Silva Oliveira

1. Introduction	147
2. The objectives and principles of the CBD	147
3. Biodiversity as a public good.....	148
4. Economics of biodiversity.....	148
5. Genetic resources as economic goods.....	151
6. Two discourses: right to development and efficient conservation of biodiversity	152
7. Exclusive control of access as a property right.....	155
8. Final Conclusions	157
References.....	158

VÍNCULO SUBSTANCIAL E AS BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA: CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS DECORRENTES DOS NAVIOS COM REGISTROS ABERTOS 160

Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva e André de Paiva Toledo

1. Introdução	161
2. Definições ad hoc de navio nas convenções internacionais.....	163
3. Nacionalidade dos navios e o vínculo substancial	166
4. Bandeiras de conveniência e as implicações ambientais decorrentes dos registros abertos	168
5. Considerações Finais	174
Referências bibliográficas.....	175

ANÁLISE DE CONTRATOS PÚBLICOS SOCIOAMBIENTAIS NO CENÁRIO PORTUGUÊS DE CRISE ECONÔMICA 179

Alice Rocha da Silva e Matheus Passos Silva

1. Introdução	180
2. As diretivas europeias sobre a contratação pública e sua transposição para o direito português. 181	
2.1 As diretivas de 2004 e o surgimento dos critérios socioambientais nos contratos públicos	182
2.2. A transposição das diretivas europeias de 2004 para o direito português.....	183
2.3. As diretivas de 2014: a contratação pública em tempos de crise econômica.....	186
3. A contratação pública sustentável em contexto de crise.....	190

3.1. A estratégia Europa 2020.....	190
3.2. O memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política econômica de Portugal e as subsequentes alterações no ordenamento jurídico português.....	192
3.3. A contratação pública socioambiental em tempos de crise econômica.....	196
4. A realidade da contratação pública em tempos de crise	201
4.1. Os contratos públicos em 2010.....	202
4.2. Os contratos públicos em 2013.....	203
4.3. Análise comparativa dos relatórios	204
4.4. Análise de casos concretos.....	208
5. Considerações finais	210
Referências bibliográficas.....	213

A ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS RAZÕES POR TRÁS DA SUA CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO **219**

Paulo Henrique Faria Nunes

1. Introdução	220
2. O Tratado de Cooperação Amazônica: antecedentes imediatos.....	220
3. Elementos fundamentais do Tratado de Cooperação Amazônica.....	222
4. Órgãos fundamentais e constituição da organização do Tratado de Cooperação Amazônica .	225
5. O Plano estratégico 2004-2012	229
6. Evolução normativa da Cooperação Amazônica.....	230
7. Análise crítica da evolução normativa e institucional	234
8. Considerações finais	240
Referências bibliográficas.....	241

O USO DE EXPERTS EM CONTROVÉRSIAS AMBIENTAIS PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA **245**

Lucas Carlos Lima

1. Introdução	246
2. O papel dos peritos no Estatuto e na práxis da CIJ.	246
3. Controvérsias envolvendo questões ambientais e o uso de experts	248
4. Considerações finais	256
Referências bibliográficas.....	257

OS VIESES DA BIODIVERSIDADE APRESENTADOS PELO CASO DO PARQUE EÓLICO DE BALD HILLS **261**

Natália Zampieri e Mariana Cabral

1. Introdução	262
---------------------	-----

2. Estudo de caso – The Bald Hills wind farm	264
3. Discussão	267
3.1. Relação entre os riscos do progresso tecnológico e os bens ambientais.....	267
3.2. Energia limpa vs. conservação da biodiversidade animal	269
4. Considerações finais	270
Referências bibliográficas.....	270
MINING CBD	275
Claire Lajaunie e Pierre Mazzega	
1. Introduction	276
2. Textual corpus and term extraction.....	278
3. Mining for climate change, ecosystem approach and biodiversity in the CBD	279
4. Discussion on biodiversity as a cross-cutting issue	283
5. Conclusion	285
References.....	286
1. Appendix A.....	290
BIOTECNOLOGIA MODERNA, DIREITO E O PENSAMENTO ABISSAL.....	292
Reichardt, F.V., Garavello, M. E. P. E., Molina, S.M.G. e Ballester, M. V. R.	
1. Introdução	293
2. A teoria de Boaventura de Sousa Santos: das Linhas Abissais.....	296
3. A Biotecnologia Moderna e o pensamento abissal	298
3.1. A Biotecnologia Moderna: o lado de cá da linha abissal.....	298
3.2. Sociobiodiversidade: o lado de lá da linha abissal	300
4. Propriedade Intelectual, Biotecnologia Moderna e o lado de cá da linha abissal.....	304
5. Considerações finais	308
Referências bibliográficas.....	309
COMMUNITY CORE VALUES COMO PARÂMETRO DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PARTICIPAÇÃO POPULAR EM INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE PROJETO ATIVIDADE DE ALTA COMPLEXIDADE AMBIENTAL.....	314
Michelle Lucas Cardoso Balbino	
1. Introdução	315
2. Community Core Values e a efetivação do princípio da Precaução em instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental	316
2.1. Os limites do Princípio da Precaução	317
2.2. Community Core Values e a aplicabilidade do Princípio da Precaução no caso n.º 2009-04 - Permanent Court of Arbitration (PCA): posicionamentos e interpretações.....	322

2.3. A efetivação do princípio da precaução em instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental: A significação do conceito de Community Core Values 326

3. Community Core Values e a participação da comunidade no processo de decisão ambiental: a efetivação do Princípio da Participação Popular em instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental..... 330

3.1. Os limites do Princípio da Participação Popular 331

3.2. Community Core Values e a participação da comunidade no processo de decisão ambiental: Estudo de Caso 2009-04 - Permanent Court of Arbitration (PCA)..... 334

3.3. A efetivação do princípio da Participação Popular em instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental: A significação do conceito de Community Core Values 338

4. Considerações Finais 340

Referências bibliográficas..... 341

DISCUSSÕES BIOTECNOLÓGICAS QUANTO AOS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS NO ÂMBITO DA OMC: DO CONTENCIOSO AO ACORDO DE VONTADES ENTRE ARGENTINA E UNIÃO EUROPEIA 345

Gustavo Paschoal Oliveira

1. Introdução 346

2. Moratória e restrição de importações 347

2.1. Descumprimento de tratado celebrado entre o Estado Argentino e a União Europeia..... 347

2.1.1. Riscos e tomada de decisões: medidas que afetam a aprovação da circulação de produtos biotecnológicos..... 349

2.1.2. Medidas de salvaguarda no tocante à proibição de importação e comercialização de produtos biotecnológicos..... 351

2.2. Constatações do painel estabelecido pelo órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio..... 357

3. Acordo bilateral entre as partes 363

3.1. Atuação do órgão de solução de controvérsias por meio dos pareceres conclusivos do painel..... 364

3.2. Solução do litígio por meio do diálogo entre os interessados 365

3.2.1. Acompanhamento e cumprimento dos dados acordados..... 366

3.2.2. Cooperação científica: necessidade de uma convergência de entendimentos em relação à biotecnologia..... 368

4. Considerações Finais 369

Referências bibliográficas..... 370

O TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT E SEUS POTENCIAIS IMPACTOS PARA A REGULAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO ÂMBITO TRANSNACIONAL..... 375

Mariana Yante Barrêto Pereira

1. Introdução 376

2. A concatenação das agendas econômica e ambiental: avanço ou retrocesso? 377

3. Meio ambiente e biodiversidade no TPP	379
4. Resolução de controvérsias.....	383
5. TPP e governança ambiental.....	385
6. Considerações Finais	387
Referências bibliográficas.....	388

AS ÁREAS PROTEGIDAS TRANSFRONTEIRIÇAS: REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DE UM USO GEOPOLÍTICO DO DIREITO DA BIODIVERSIDADE..... 391

Rabah Belaidi

1. Introdução	392
2. O regime jurídico das aptf: entre diversidade de atores e heteogeneidade normativa	393
2.1. O campo da biodiversidade : abordagem teórica	393
2.2. Uma profusão de atores e uma heterogeneidade normativa	395
2.2.1. A União Internacional de Conservação da Natureza (UICN)	395
2.2.2. A “Peace Parks Foundation” (Fundação dos Parques da Paz).	397
2.2.3. As reservas de Biosferas da UNESCO	397
2.2.4 As Redes Europeias e Comunitárias.....	398
3. O uso geopolítico do regime das aptf: entre conservação e paz	399
3.1. Um objetivo de gestão e de cooperação	399
3.2. Um objetivo de paz?	401
4. Considerações finais	404
Referências bibliográficas.....	405

OUTROS ARTIGOS.....407

O QUE O CASO ESTADOS UNIDOS VS. TEXAS NOS DIRÁ SOBRE O DIREITO DE IMIGRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS?409

Danielle Anne Pamplona

1. Introdução	410
2. Entendendo o que está em jogo	411
3. O que está nas mãos da Suprema Corte.....	413
3.1. A discricionarietà do Poder Executivo e a “Cláusula do cuidado”	414
3.2. Da Lei de Procedimentos Administrativos	418
4. Considerações Finais	418
Referências bibliográficas.....	419

CLÓVIS BEVILÁQUA E A JUSTIÇA INTERNACIONAL: ENTRE O SIM E O NÃO A RUI BARBOSA.....422

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

1. Introdução	423
2. Contexto político e cultural das concepções internacionalistas de Clóvis Beviláqua	424
3. Os princípios da diplomacia brasileira do início do século XX	425
4. Um projeto feito contra Rui Barbosa.....	429
5. O Judiciário Internacional de Beviláqua	432
6. A jurisdição internacional, segundo Clóvis Beviláqua	437
7. Considerações finais	440
Referências bibliográficas.....	441

POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO PARA A CELEBRAÇÃO DE TRATADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: ANÁLISE DO ARTIGO 84, VIII C/C PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL444

Luciano Monti Favaro e Héctor Valverde Santana

1. Introdução	445
2. Tratados	446
2.1. Definição de tratados.....	446
2.2. Competência negocial.....	447
3. ITER de incorporação dos Tratados no ordenamento jurídico brasileiro.....	448
4. Competência para celebrar tratados pela República Federativa do Brasil.....	453
5. Considerações finais	456
Referências bibliográficas.....	457

DIGNITY, UBUNTU, HUMANITY AND AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS (AWS) DEBATE: AN AFRICAN PERSPECTIVE460

Thompson Chengeta

The relevance of the notion of ubuntu/humanity to the autonomous weapon systems debate: an African perspective.	460
1. Introduction	461
2. Background.....	461
3. Status of the technology	462
4. The response to AWS technology so far – an absence of African scholarship	462
5. African ubuntuism/humanism and AWS.....	464
6. Ubuntu/humanity in international law	466
6.1. Humanity and International humanitarian law	467
6.2. Humanity and human rights law	470

6.3. Humanity and international criminal law.....	470
6.4. NGOs, international organisations and humanity	471
6.5. Definition of humanity	472
6.6. Literal definition of humanity	472
6.7. Defining humanity as a normative standard	472
6.8. Defining humanity terms of other disciplines other than law	474
6.9. Human dignity	476
6.10. Human dignity as a social value	476
6.11. Human dignity as a constitutional value and right.....	479
6.12. Are AWS in line with human dignity?	482
7. Conclusions.....	484
References.....	484

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O DIREITO TRANSNACIONAL: ENTRE A UNIFICAÇÃO E A ANARQUIA..... 503

André De Carvalho Ramos

1. Introdução	504
2. Os objetivos e valores do Direito Internacional Privado: acesso à justiça, igualdade e tolerância.....	504
3. O Direito Transnacional e os dois modos de interação com o Direito Internacional Privado.....	505
4. A nova lex mercatoria e a autonomia da vontade	508
4.1. A ascensão da nova lex mercatória.....	508
4.2. Os limites: a autonomia da vontade e os demais direitos envolvidos em um fato transnacional.....	510
5. A lex digitalis, a proteção de direitos humanos e os limites da jurisdição do Estado	512
5.1. Aspectos gerais da regulação da internet	512
5.2. Internet, jurisdição e a obtenção de dados armazenados no exterior na era dos direitos humanos.....	514
6. Considerações finais	517
Referencias bibliográficas.....	518

A ILUSÓRIA AUSÊNCIA DO TERMO DÉPEÇAGE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS 522

Gustavo Ferreira Ribeiro

1. Introdução	523
2. Observação empírica: ausência do termo DÉPEÇAGE	524
3. A problemática conceitual	525
3.1. Doutrina Francesa e Alemã	525
3.2. Doutrina Norte-Americana	527
3.3. Doutrina Doméstica	528

4. Agrupando os entendimentos sobre o DÉPEÇAGE	530
5. Considerações finais	532
Referências bibliográficas.....	532
O EFEITO DIRETO DAS DIRETIVAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	535
Lucas Fonseca e Melo e José Levi Mello do Amaral Júnior	
1. Introdução	535
2. Fontes da União Europeia	536
2.1. Fontes Primárias	536
2.1.1. Os direitos fundamentais como fonte primária.....	537
2.2. Fontes secundárias	540
2.2.1. Os regulamentos	541
2.2.2. A decisão	541
2.2.3. Recomendações e Pareceres.....	542
2.2.4 Diretivas	542
2.2.4.1 Transposição e efeitos jurídicos das diretivas	544
3. Conflito entre o direito comunitário e o direito nacional.....	546
3.1. O princípio do primado	547
3.2. O efeito direto	548
3.2.1. O efeito direto das disposições do direito derivado.....	550
3.2.2. Evolução jurisprudencial do efeito direto das diretivas.....	551
3.2.2.1 Efeito direto triangular.....	555
3.2.2.2 Efeito direto da diretiva que concretiza direitos fundamentais e princípios gerais do direito.....	556
4. Considerações finais	558
Referências bibliográficas.....	560
DA APLICABILIDADE DO BULK FACTORING AOS GRUPOS DE SOCIEDADES	565
Daniel Amin Ferraz e Leonardo Arêba Pinto	
1. Aproximação da matéria.....	566
2. O bulk factoring como espécie do contrato de factoring.....	571
2.1. A relevância do crédito para a atividade empresária e os benefícios decorrentes do Bulk Factoring....	572
2.2. O aumento da confiança e a diminuição de riscos como fatores inerentes ao Bulk Factoring.....	572
3. Os benefícios derivados da celebração do contrato de bulk factoring para os grupos de sociedades	573
3.1. Os conceitos jurídicos aplicáveis aos grupos de sociedades.....	573
3.2. O Bulk Factoring como instrumento fortalecedor dos grupos de sociedades.....	576
4. Considerações finais	577
Referências.....	577

A QUESTÃO HERMENÊUTICA NO DIREITO DAS GENTES	580
Inocêncio Mártires Coelho	
1. Introdução	580
2. A universalidade do problema hermenêutico.....	581
3. A doutrina tradicional da interpretação do direito	582
4. A nova hermenêutica jurídica sob o paradigma da interpretação constitucional.....	583
• A doutrina da interpretação no direito das gentes.....	585
• Os juristas especializados e as regras de interpretação dos tratados internacionais	589
5. Considerações finais	592
Referências Bibliográficas	592
NORMAS EDITORIAIS.....	594

**I. CRÔNICAS DO DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO**

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Crônicas de direito internacional
privado**

Gustavo Ferreira Ribeiro

Inez Lopes Matos Carneiro de Farias

Nadia de Araujo e Marcelo De Nardi

VOLUME 13 • N. 2 • 2016
DIREITO INTERNACIONAL E BIODIVERSIDADE

Gustavo Ferreira Ribeiro*

Inez Lopes Matos Carneiro de Farias**

Nadia de Araujo e Marcelo De Nardi***

CRÔNICA 1: ARTIGO 1(1)(B) SOBRE O ESCOPO DE APLICAÇÃO DA CISG - APRECIÇÃO RECENTE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**1. INTRODUÇÃO**

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG ou Convenção, nesta crônica) foi internalizada em outubro de 2014 pelo Brasil¹. O feito, ainda que tardio, é visto como um dos mais importantes marcos para a inserção brasileira rumo a regras modernas de direito do comércio internacional.

São inúmeras as razões alçadas nesse sentido. A maior parte da pauta comercial brasileira é realizada com partes estabelecidas em países que já internalizaram a CISG. Nessas transações, a CISG reduziria importante custo (informacional) entre partes privadas ao oferecer um direito uniformizado sobre formação do contrato e obrigação das partes. E, mesmo quando uma parte do contrato se localiza em um Estado não-Contratante da Convenção, existe a possibilidade da CISG ser aplicada.

Sobre essa última hipótese de escopo de aplicação, a jurisprudência das cortes brasileiras ainda é tímida. Contudo, em *Voges v. Imetal*, julgado em setembro de 2015, pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul², revela-se relevante questão acerca de seu escopo. Trata-se justamente do artigo 1(1)(b) da Convenção que determina sua aplicação:

Aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: [...] quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

Lida em conjunto ao artigo 1(1)(a) da própria CISG, aplicável quando os Estados distintos são Estados Contratantes da CISG, percebe-se que o art. 1(1)(b) diz respeito a outra situação. Ou seja, apenas uma das partes do

* É professor de Direito Internacional Privado, na graduação, do UniCEUB, e Direito e Economia, no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da mesma instituição. Doutor em Direito (Indiana University Bloomington, EUA). Mestre em Direito (UFSC). Bacharel em Direito e Computação (UFMG). Advogado.

** Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, do Comércio Internacional e Direitos Humanos (CNPq). Graduada em Pedagogia e em Direito pela Universidade Católica de Santos, com mestrados em Labour Policies and Globalization, pela Universitat Kassel, com estágio na OIT, e, em Direito, pela USP, e doutorado em Direito, pela USP.

*** Nadia de Araujo é Advogada e Professora de Direito Internacional Privado da PUC-Rio, e Doutora em Direito Internacional pela USP; Marcelo De Nardi é Juiz Federal e Professor de Direito Internacional do Comércio da UNISINOS, e Doutor em Direito Privado pela UFRGS. Ambos compareceram à primeira reunião da Comissão Especial como membros da delegação brasileira. Nadia de Araujo também representou a Associação Americana de Direito Internacional Privado – ASADIP, na oportunidade.

1 BRASIL. Decreto n. 8.327, 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 01 maio 2016.

2 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento. *AI-AgR 70065345423*. 12ª Câmara Cível. Agravante: Voges Metalurgia Ltda. Agravado: Inversiones Metalmeccánicas I, C.A. (IMETAL, C. A). Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Brasília, 10 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/>. Acesso em: 01 maio 2016.

contrato está estabelecida em um Estado Contratante, ou Parte, da CISG, como referido.

O dispositivo, inclusive, chega a ser contra intuitivo em uma primeira leitura. Como poderia uma convenção ser aplicada quando uma das partes está estabelecida em Estado Não-Contratante da Convenção?

No caso ora analisado, uma das partes do contrato possuía estabelecimento na Venezuela (não-Parte); a outra no Brasil (Parte). A discussão do caso nessa crônica oferece, portanto, oportunidade para esclarecimento da referida hipótese. Igualmente, ao compararmos-lo com caso anterior (*Atecs v. Rodrimar*)³, quando o Brasil não era parte da CISG, permite-se melhor compreender algumas nuances e questões envolvendo seu escopo de aplicação.

2. ESTUDO DE CASOS

No caso *Voges v. Imetal*, narra-se ação de cobrança de empresário venezuelano (autor) contra empresário brasileiro (réu). A dívida seria oriunda de alegado contrato internacional de compra e venda de mercadorias envolvendo as referidas partes, pertencentes à área de metalurgia.

Em sede de agravo de instrumento impetrado pelo réu, o Relator salientou as matérias suscitadas naquele recurso. Uma questão de jurisdição e outra sobre a obrigatoriedade de tradução de documentação em língua estrangeira. Contudo, por razões processuais e de mérito – nesta crônica não discutidas – solicitou providências ao réu. Este devia esclarecer o local de celebração do contrato. Ademais, a maneira pela qual havia se firmado o contrato, se entre presentes ou ausentes⁴.

Na discussão que segue, perfila o Relator do Acórdão as maneiras de se determinar o direito aplicável àquele contrato internacional, uma vez que o local e a forma de contratação tenham sido definidos. Haveria três hipóteses⁵. A primeira, com base no *caput* do art. 9

da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dar-se-ia por meio da conhecida *lex loci celebrationis*. Em decorrência dela, tendo sido celebrado o contrato na Venezuela, o direito material venezuelano seria aplicável; se no Brasil, direito material brasileiro. A segunda foi depreendida do §2º do art. 9º da LINDB. Trata-se da hipótese de contratos firmados entre ausentes. Se fosse este o caso, o local da constituição da celebração é considerado como o da residência do proponente. Restaria determinar quem foi o proponente e qual a sua residência. A terceira, por fim, com base em ensinamentos doutrinários⁶, aludiu à possibilidade de se aplicar o direito material brasileiro, ainda que tenha sido o contrato celebrado na Venezuela. Conjectura-se a aplicação dessa solução caso a celebração em solo estrangeiro tenha se dado de forma fortuita. Ou seja, sem vinculação efetiva do negócio com o Estado em que foi firmado.

A partir deste ponto, desenrola-se breve, mas relevante diálogo com o âmbito de aplicação da CISG. Explica-se. Atento à contradição entre os status de internalização entre Brasil (parte) e Venezuela (não-parte), nota o Relator que:

[o] eventual recurso às normas da Convenção de Viena de 1980, no caso presente, pode ter lugar ainda que a Venezuela não a tenha ratificado. Como dito, dar-se-á na qualidade de norma componente do Direito brasileiro, com fundamento no art. 1º, alínea “b”, da Convenção, segundo o qual as suas regras aplicam-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos ‘quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado contratante’⁷.

Ou seja, por operação das regras de direito internacional privado de um determinado foro, ou regras colisionais, existe a possibilidade de que a CISG seja aplicada como resultado da referida remissão. No caso, se o resultado das regras do foro brasileiro conduzisse à aplicação das leis brasileiras⁸.

Discussão semelhante, referenciada por remissão em nota de rodapé do Acórdão⁹, merece ser trazida à baila.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada*. Requerente: Atecs Mannesmann GmbH. Requerido: Rodrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 19 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01 maio 2016.

4 *Voges v. Imetal*, p. 4-5.

5 *Voges v. Imetal*, p. 19-20.

6 São feitas menções a obras de Luiz Olavo Baptista, Guilherme Pederneiras Jaeger e Maristela Basso, nesse âmbito. Veja-se *Voges v. Imetal*, p. 20, notas de rodapé 18-19.

7 *Voges v. Imetal*, p. 21.

8 Não se considerou, entretanto, qualquer discussão temporal potencialmente aplicável ao caso, com base, por exemplo, no art. 100 da CISG - nesta crônica não desenvolvido.

9 *Voges v. Imetal*, p. 21, nota de rodapé 21.

Trata-se do caso *Atecs v. Rodrimar*, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2009. Curiosamente, a situação é inversa em relação ao status de internalização da CISG. O Brasil, onde se localizava o réu, não era parte da Convenção, à época; a Alemanha, local do estabelecimento de um dos autores, sim.

O caso envolvia um pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. A decisão havia sido prolatada por um tribunal de arbitragem na Suíça, em 2003. Na sentença arbitral, condenava-se a requerida ao pagamento de determinado montante, a título de indenização por inadimplemento em contrato de compra e venda internacional (guindaste móvel). O contrato continha cláusula na qual as partes teriam elegido as “leis materiais suíças” (*Swiss material law*) como aplicáveis¹⁰.

Na contestação da homologação, entre outros pontos, sustentava-se ofensa à ordem pública. Não teria sido aplicado o direito substantivo expressamente determinado no contrato, mas a CISG. Alegava-se, assim, que a sentença arbitral estava fora dos limites da convenção de arbitragem, podendo conduzir, como se alegou, à violação da ordem pública.

Para efeito desta crônica, sem adentrarmos nos pormenores da Lei de Arbitragem brasileira e da sistemática do juízo de delibação, é suficiente notar o debatido sobre o escopo de aplicação da Convenção de Viena.

Primeiramente, analisa-se a alegação do réu de que as “leis materiais suíças” ou o “direito material suíço” abarcaria apenas a legislação interna daquele país e não a CISG. Lembra-se, no voto-vista da Ministra Nancy Andrighi, que a própria sentença arbitral se pronunciou que a decisão seguia o contrato e a *legislação material suíça*. Reconhecia-se igualmente que a Suíça já havia ratificado a CISG. Assim, reproduziu-se o trecho da sentença arbitral de que:

[u]ma referência à legislação material suíça em uma arbitragem ou um artigo de lei aplicável, contida em um contrato de compra e venda internacional de mercadorias, resulta no fato de que a CISG se torna aplicável como parte da legislação material suíça, a menos que seja excluída pelas partes¹¹.

Ou, no arrazoado e nas palavras contidas no referido voto-vista, o entendimento de que:

[o] mero juízo de delibação que é possível fazer, em sede de homologação de sentença estrangeira, não

permite que o julgador brasileiro decida, em lugar do árbitro estrangeiro, como deve ser interpretado [o] termo direito material suíço. A inclusão de uma convenção recepcionada pelo direito suíço nesse conceito não implica ofensa *aos limites da convenção de arbitragem* ou mesmo *à ordem pública brasileira*, para fins de homologação. Ao menos em princípio, analisando a questão à luz do direito brasileiro, é cediço que um tratado ou uma convenção, ao serem recepcionados por um país contratante, passam a ter o mesmo *status* de lei interna desse país (grifos originais)¹².

Por fim, reforçou-se o entendimento da irrelevância da Convenção de Viena não ter sido recepcionada por um dos Estados, cuja uma das partes do contrato tinha seu estabelecimento. No caso o Brasil, à época do contrato. Entendeu-se que eleito o direito material suíço, operava-se a renúncia à aplicação da lei interna de seu respectivo país, em prol da regulação da matéria por um sistema normativo *estrangeiro*, não havendo restrição na Lei de Arbitragem a isso.

3. ANÁLISE CRÍTICA

Ao compararmos os casos, é nítido que, em ambos, o debate sobre o escopo de aplicação da CISG vem à tona. Além disso, em comum, pelo menos uma das partes do contrato, à época da celebração do instrumento, tinha estabelecimento em um Estado não-parte da CISG. No caso *Voges v. Imetal*, tratava-se de autor com estabelecimento na Venezuela (não-sigmatária, em 2015). No caso *Atecs v. Rodrimar*, de réu no Brasil (não-sigmatário, em 2009). Seriam então os casos, do ponto de vista de um padrão de problema sobre o escopo de aplicação do artigo 1(1)(b) da CISG, não apenas semelhantes, mas idênticos?

Sugerimos algumas distinções. Não apenas por serem casos julgados em diferentes categorias de ações (cobrança e homologação de sentença estrangeira). As diferenças são mais sutis. O ponto de partida é que a reflexão acerca do âmbito de aplicação da CISG leva em conta um conjunto de dispositivos e possibilidades. Entre eles, há que se considerar a conjugação do artigo 1(1)(b) da CISG com o princípio de autonomia da vontade dos contratantes, insculpido no artigo 6 da CISG, ao dispor que:

[a]s partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições

10 *Atecs v. Rodrimar*, p. 14-15.

11 *Atecs v. Rodrimar*, p. 15.

12 *Atecs v. Rodrimar*, p. 15.

ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.

Vastamente debatido na doutrina, o entendimento predominante é a de que a CISG adota uma abordagem de exclusão ou *opt-out*, de acordo com o referido dispositivo. Assim, regra geral, é a CISG aplicável, a não ser que seja excluída. Como sugerem Schlechtriem e Schwenzer, a exclusão

Não é apenas possível, mas necessária se as partes não desejarem que suas disposições sejam aplicadas caso as exigências para sua aplicação sejam cumpridas (arts. 1-5, 100)¹³.

Retornando-se aos casos estudados, em *Voges v. Imetal*, as especulações em torno da potencial aplicação da CISG, por força do artigo 1(1)(b), foram feitas com o uso das regras de colisão do foro brasileiro (direito internacional privado brasileiro). Isso poderia ter ocorrido pela ausência de uma cláusula de escolha de leis aplicável ao contrato. Ainda, como parece ter sido o caso, pelo entendimento da corte que a presença ou ausência de uma cláusula desse tipo é descartável. O direito aplicável decorre das regras da LINDB e não expressamente da autonomia da vontade.

Já em *Atecs v. Rodrimar*, existia uma “eleição positiva de regência” ex ante no contrato. Isto é, as partes haviam escolhido o direito material suíço para sua regência. Entra em operação justamente a conjugação da interpretação entre o artigo 1(1)(b) e o artigo 6 da CISG.

Neste caso, entendemos que as complexidades para a análise podem se elevar. A primeira problematização cabível seria mesmo a extensão com que cada foro permite plena autonomia da vontade em relação ao direito aplicável ao contrato internacional. Em segundo lugar, é necessário se atentar ao maior ou menor grau de especificidade da lei eleita. Em *Atecs v. Rodrimar* foi sobre este segundo ponto que, tanto a corte arbitral de origem quanto o STJ, por ocasião da homologação da sentença estrangeira, se ativeram e convergiram. Isto é, o entendimento de que a CISG, sendo a Suíça Estado Contratante da Convenção, estaria compreendida como parte do direito material suíço. Embora não expressado nessas palavras, esse entendimento se coaduna com a

escolha da lei de regência por uma cláusula mais aberta, genérica, sem maiores especificidades. Por si só, uma escolha dessa natureza não seria indicação suficiente para as partes terem excluído a CISG, ou um *opt-out*, como prevê o artigo 6 da Convenção.

Seja em um ou outro caso, sugere-se que o artigo 1(1)(b) da CISG foi elemento fundamental para a análise. Em *Voges v. Imetal*, a partir das regras de colisão do direito internacional privado brasileiro. Em *Atecs v. Rodrimar*, na justaposição entre a regras e a autonomia da vontade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Recentemente internalizada no Brasil, a jurisprudência sobre a CISG é escassa. Além disso, litígios envolvendo contratos internacionais são, muitas vezes, resolvidos em instâncias arbitrais. Nelas, o acesso às decisões pode ser limitado. Sendo um ou outro o foro litigado, o diálogo entre as decisões estatais e arbitrais continuarão a cumprir relevante papel na construção de uma jurisprudência em torno da CISG.

Quando disponibilizadas decisões envolvendo a Convenção, abre-se, assim, oportunidade para que, a partir da análise, construa-se um entendimento sobre suas diversas particularidades. Não são poucas, como se viu em torno de seu escopo de aplicação.

Interessantemente, em ambos os casos analisados, o artigo 1(1)(b) da Convenção surge como possível ponto de partida para a reflexão. Afinal, pelo menos uma das partes do contrato estava estabelecida em Estado não-Contratante ao tempo da análise dos casos pelos respectivos tribunais. O status brasileiro, inclusive, havia se alterado entre o primeiro (2009) e o segundo caso (2015)¹⁴.

Ao analisarmos *Voges v. Imetal*, e recuperarmos a discussão em *Atecs v. Rodrimar*, procedeu-se ao argumento de que, apesar do ponto comum, o escrutínio do artigo 1(1)(b) da Convenção merece ser desdobrado à luz da autonomia da vontade. Se em *Voges v. Imetal* este não foi um ponto de maior destaque, a eleição de regência positiva contida em *Atecs v. Rodrimar* suscita a referida discussão.

13 SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Comentários à convenção da nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias*: artigo 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 232.

14 Veja-se, ademais, a ressalva feita sobre o artigo 100 da CISG, em nota de rodapé anterior.

O escrutínio foi apenas parcial. Pelo menos cinco outros dispositivos da CISG dizem respeito ao escopo de aplicação da CISG: artigos 2-5 e 100. Devem merecer igualmente acompanhamento pela doutrina e Cortes.

CRÔNICA 2: O BRASIL E O NOVO SISTEMA DE COBRANÇA INTERNACIONAL DE ALIMENTOS

1. INTRODUÇÃO

A cobrança de alimentos no exterior não é uma novidade no direito internacional privado. As consequências da Primeira Guerra Mundial levaram a Sociedade das Nações a estudar o assunto a partir de 1929¹⁵. O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Internacional Privado (UNIDROIT) junto com a Sociedade das Nações elaboraram o primeiro anteprojeto de convenção sobre a execução no estrangeiro de medidas relativas a obrigações alimentares, em 1938. Entretanto, os trabalhos foram interrompidos com a Segunda Guerra Mundial e, após o fim do conflito, retomados pela Organização das Nações Unidas. Em 20 de junho de 1956, foi adotada a Convenção de Nova York para Prestação de Alimentos no Estrangeiro. Destacam-se, também, os trabalhos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, que foi responsável pela elaboração e adoção de quatro convenções sobre lei aplicável e reconhecimento e execução de decisões relativas a obrigações alimentares em 1956 e 1958 e duas em 1973.

Entretanto, apesar de sua importância, esses instrumentos foram, por vários motivos, considerados insuficientes para garantir uma efetiva cobrança internacional de alimentos transfronteiriços – dentre eles o número de participantes e o papel das autoridades centrais. Nesse contexto, a Conferência da Haia iniciou a revisão das convenções existentes, por intermédio dos trabalhos realizados por duas comissões especiais: uma em novembro de 1995 e outra em abril de 1999. Esta última sinalizou pela necessidade de se elaborar uma nova convenção internacional mais abrangente em matéria de obrigações alimentares, incluindo regras sobre cooperação jurídica e administrativa internacional e sobre lei

aplicável. Os trabalhos tiveram início em 2003.

Em 23 de novembro de 2007, 71 Estados-partes da conferência adotaram, por consenso, a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família e, também, o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Alimentos. O Brasil participou ativamente do processo de elaboração das normas internacionais e, atualmente, caminha para aprovação do decreto legislativo nos próximos meses, aprovando os dois instrumentos internacionais ao ordenamento jurídico interno e autorizando o Poder Executivo a depositar o instrumento de ratificação¹⁶. A presente crônica objetiva realizar algumas reflexões sobre a cobrança internacional de alimentos no novo sistema da Conferência da Haia.

2. A CONVENÇÃO DA HAIA DE 2007 SOBRE ALIMENTOS

A Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família (*Convenção de 2007 sobre Alimentos*) busca assegurar uma efetiva cobrança internacional, facilitando a circulação de decisões que determinam o pagamento de pensão alimentícia. Porém, o foco principal é a proteção da criança, conforme explicita o próprio título da convenção¹⁷. Por isso, o escopo obrigatório do artigo 2º tem como fundamento precípua assegurar às crianças o direito aos alimentos, independentemente do estado civil dos pais.

Além disso, o tratado regulamenta uma obrigação geral limitada às relações familiares entre pais e filhos e, também, entre cônjuges, quando o pedido é realizado conjuntamente com o pedido de alimentos aos filhos, conforme dispõe o artigo 2º, § 1º, alíneas 'a' e 'b', que estabelece um sistema global de cooperação e assistência administrativa previstas nos capítulos II e III da convenção. A extensão dessa cooperação para os pedidos de alimentos entre ex-cônjuges, porém, é facultada ao Estado e condicionada a uma declaração expressa de

16 A entrada em vigor ocorrerá no primeiro dia do mês seguinte ao termo do período de três meses subsequente ao depósito do segundo instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, conforme dispõe o artigo 60 do texto.

17 DUNCAN, William. The New Hague child support convention: goals and outcomes of the negotiations. *Family Law Quarterly*, v. 43, n. 1, Spring, 2009. p. 9.

15 SdN. UDP 1929- Étude II - Dettes alimentaires – Doc 1.

seu interesse de ampliar o escopo. Nota-se, assim, que a convenção apresenta regras tradicionais de direito internacional privado e também em relação à cooperação internacional jurídica e administrativa¹⁸.

As funções das autoridades centrais são bastante amplas tanto para a cooperação internacional quanto para a solução de potenciais problemas que possam dificultar o pedido de alimentos. Nesse sentido, a convenção atribui às autoridades centrais um papel proativo. As atribuições específicas enumeradas no artigo 6º são um rol exemplificativo, pois caso a convenção fosse muito rígida, poderia dificultar a sua operação, em face da diversidade de sistemas jurídicos e administrativos¹⁹.

O Brasil é um país aberto à cooperação jurídica internacional. O novo Código de Processo Civil, de 2015, e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permitem a cooperação, entre os instrumentos, por meio da carta rogatória, para facilitar a citação e notificação de atos²⁰, obtenção de provas²¹, por meio do auxílio direto administrativo para localização do devedor ou credor²², e por auxílio direito judicial, para obter informações pertinentes sobre os rendimentos e, se necessário, outras informações sobre os ativos do devedor ou do credor, incluindo a localização de bens – caso em que há a necessidade de autorização judicial, por se tratar de questão que envolve sigilo ou proteção da privacidade.

Diferentemente da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, de 20 de junho de 1956 (*Convenção de Nova York de 1956*)²³, a Convenção da Haia de 2007 sobre Alimentos torna as regras sobre homologação e execução de sentenças estrangeiras mais claras do que as anteriores. Primeiro, equipara as decisões ou acordos proferidos por autoridades administrativas e judiciárias em matéria de prestação alimentícia²⁴. Ainda que uma decisão estrangeira tenha conteúdo que envolva outros direitos, é possível a homologação parcial tão somente para alimentos.

O artigo 20, §1º estabelece as bases para o reconhecimento e execução da decisão proferida no Estado de origem, a fim de que a decisão possa ser executada em outro Estado, desde que atenda aos requisitos de competência nele estabelecidos. Esse artigo prevê, assim, um conjunto de regras de competência indireta. Ademais, estas bases para o reconhecimento são fechadas e não é possível acrescentar novos critérios²⁵. Conforme se verá adiante, o Brasil deve fazer reserva à alínea ‘e’ deste artigo, referente à autonomia da vontade das partes para designar o tribunal competente por meio de acordo por escrito. A inserção desta base permite uma maior participação de países com sistemas jurídicos distintos; de um lado, esta base de jurisdição não é considerada problemática para os países que aceitam a autonomia da vontade entre adultos em matéria de família; de outro, autoriza a reserva pelos Estados deste dispositivo, evitando potenciais conflitos sobre o assunto. Importante destacar neste contexto que o novo Código de Processo Civil estabelece a competência exclusiva da jurisdição brasileira em matéria de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, para proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Caberá ao Superior Tribunal de Justiça homologar a sentença/decisão estrangeira de prestação de alimentos, que deverá ser executada na Justiça Federal, conforme dispõe os artigos 105, I, *i* e 109, X, da Constituição Federal. O artigo 28 da convenção expressamente proíbe a revisão quanto ao mérito pela autoridade competente do Estado requerido, perfazendo-se um mero juízo de delibação.

A Convenção traz um rol de motivos para o indeferimento do pedido da homologação e execução da decisão estrangeira para cobrança de alimentos²⁶, entre eles: (i) quando esta for manifestamente contrária à ordem pública do Estado requerido²⁷; (ii) ou tiver sido obtida mediante fraude processual; (iii) ou for caso de litispendência internacional e a ação foi instaurada primeiro no

18 WALKER, Laura. *Maintenance and child support in private international law*. Oxford;Portland: Hart, 2015. p. 201.

19 DUNCAN, William. The New Hague child support convention: goals and outcomes of the negotiations. *Family Law Quarterly*, v. 43, n. 1, 2009. p. 10.

20 Art. 6º, §1º, da Convenção da Haia de 2007.

21 Art. 6º, §1º, da Convenção da Haia de 2007.

22 Art. 6º, §1º, ‘b’, da Convenção da Haia de 2007.

23 BRASIL. *Decreto Legislativo n. 10, de 3 de novembro de 1958*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-10-1958.htm>.

24 Artigo 19.

25 WALKER, Laura. *Maintenance and child support in private international law*. Oxford;Portland: Hart, 2015. p. 150.

26 Artigo 22 e alíneas.

27 Esta regra se assemelha a Convenção Interamericana, conforme Artigo 22. Poderá recusar-se o cumprimento de sentenças estrangeiras ou a aplicação do direito estrangeiro previstos nesta Convenção, quando o Estado Parte do cumprimento ou da aplicação o considerar manifestamente contrário aos princípios fundamentais de sua ordem pública.

Estado requerido; (iv) ou for incompatível com uma decisão proferida no Estado requerido sobre as mesmas partes e a mesma causa de pedir, (v) ou não ter sido assegurado à parte pelo Estado requerido o direito ao contraditório e à ampla defesa; e (vi) a parte não ter sido devidamente citada ou notificada.

O acesso à justiça deve ser assegurado pelo Estado requerido, possibilitando o efetivo acesso aos procedimentos de execução e de recurso, facultando a assistência judiciária gratuita. Não pode ser exigida qualquer garantia, caução ou depósito como forma de assegurar o pagamento de custas e despesas em processos instaurados.

Importante salientar que inicialmente deverá haver uma coordenação com a Convenção de Nova York de 1956²⁸, mas à medida em que os Estados forem ratificando ou aderindo à nova convenção, esta substituirá todas as convenções da Haia celebradas anteriormente e até a de Nova York, estabelecendo um único regime global de cobrança internacional de alimentos, mantendo-se diálogos e coordenações com os demais instrumentos internacionais existentes em âmbito regional, como as normas do sistema interamericano e da União Europeia.

3. ESCOPO DO PROTOCOLO DE 2007 SOBRE LEI APLICÁVEL

O Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Alimentos²⁹ (Protocolo de 2007 sobre Lei Aplicável) tem o objetivo de estabelecer regras uniformes para se determinar a norma a ser usada nos conflitos oriundos das relações privadas em matéria de alimentos. Esse instrumento também objetiva modernizar e substituir as Convenções da Haia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, de 2 de outubro de 1973, e a sobre a Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores, de 24 de outubro de 1956, e complementar a Convenção da Haia de 2007 sobre Cobrança Internacional de Alimentos. A adoção de protocolos na Conferência da Haia de Direito internacional Privado é bastante rara.

28 Artigo 49.

29 Entrou em vigor 1º de janeiro de 2013. Atualmente, são 28 Estados participantes.

Além de certa semelhança às convenções anteriores da Conferência da Haia, destaca-se que o conteúdo do protocolo possui forte diálogo com a Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar (CIOA)³⁰, de 15 de julho de 1989, como:

- O artigo 1º, § 2º da Convenção da Haia se assemelha ao artigo 5º da CIOA, na medida em que ambas afirmam que não prejudicam as relações de filiação e de família entre o credor e o devedor de alimentos, seja por parentesco, de casamento ou de afinidade.
- As obrigações alimentares, segundo o artigo 3º da Convenção da Haia e artigo 6º, alínea *a*, da CIOA são reguladas pela ordem jurídica do Estado de domicílio ou residência habitual do credor; já o artigo 4º, §1º, alínea *b*, da CIOA tem ligação com o artigo 2º da Convenção da Haia, na medida em que estabelece a possibilidade de os Estados estenderem as obrigações alimentares além dos 18 anos, aplicando-se a lei mais favorável ao interesse do menor; e
- Com relação entre o artigo 4, §§ 2º e 3º da Convenção da Haia e o artigo 6º, alínea *b*, da CIOA, pode ser aplicada a lei do foro em vez da residência habitual do credor às obrigações alimentares, desde que o credor venha a mover a ação de cobrança no Estado de domicílio ou residência habitual do devedor, sempre que a lei aplicável seja mais favorável aos interesses do credor.

Já em relação às obrigações alimentares entre cônjuges e ex-cônjuges, a lei aplicável deve ser a do Estado da última residência habitual comum dos cônjuges, que não se submete à regra do artigo 3º do Protocolo quando este critério se apresentar como uma conexão mais estreita ao casamento. Segundo Bonomi, trata-se de uma nova regra, denominada “cláusula de salvaguarda”, com fundamento na ideia de proximidade³¹ ao fato, conforme dispõe o artigo 5º do Protocolo. Ainda de acordo com o autor, os artigos 1.º e 2.º definem o âmbito de aplicação do Protocolo *ratione materiae* e *ratione loci*; enquanto que os artigos 3º ao 14º determinam a lei aplicável às obrigações alimentares³².

30 A autoridade central designada é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça.

31 BONOMI, Andrea. *Relatório Explicativo sobre o Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, de 23 de novembro de 2007*. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2013. p. 24.

32 BONOMI, Andrea. *Relatório Explicativo sobre o Protocolo sobre a*

Ademais, credor e devedor podem escolher a lei aplicável para reger as obrigações alimentares em qualquer momento, de acordo com o artigo 8º do Protocolo, desde que seja feito por escrito ou registrado e assinado por ambas as partes. Este dispositivo reconhece a autonomia das partes nas relações de família; todavia, esta regra só se aplica a pessoas adultas capazes, nos termos das restrições estabelecidas no artigo 3º do instrumento.

Ressalta-se que o protocolo tem aplicação universal, podendo inclusive atingir Estados não partes, e seu caráter universal deve assegurar uma interpretação uniforme a sua aplicação, não contendo hipótese para reservas ao texto do tratado.

4. DIREITO A ALIMENTOS NAS SOCIEDADES MULTICULTURAIS: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

A concepção de alimentos é bastante variada entre os países. Com fundamento na ideia de solidariedade, as pessoas que estejam passando necessidades econômicas podem pedir alimentos a parentes, cônjuges ou companheiros, desde que estes tenham capacidade financeira para fazê-lo. Contudo, cada país estabelece suas próprias normas, sistemas e estruturas para a cobrança de alimentos.

A Convenção da Haia de 2007 também não define alimentos, uma vez que não apresenta qualquer conceito no artigo 3º que trata das definições adotadas no tratado, deixando em aberto a critério de cada Estado estabelecer seu conceito, coexistindo diferentes legislações e sistemas jurídicos.

O principal ponto de convergência entre os países diz respeito a obrigações dos pais ou de outras pessoas financeiramente responsáveis de pagar pensão alimentícia à criança, conforme dispõe o artigo 27, §1º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, estejam eles residindo no país onde a criança vive ou no estrangeiro³³.

Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, de 23 de novembro de 2007. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, 2013. p. 14.

33 Aprovada pela Assembleia Geral, Resolução n. 44/25 de 20 de novembro 1989. Os dados referentes à participação dos Estados-partes são: 140 assinaturas e 196 ratificações ou aprovações. Nenhum país fez quaisquer declarações se opondo ao artigo 27 que estabelece a obrigação de prestar alimentos. De acordo com o texto da convenção, quando a pessoa que detém a responsabilidade financeira pela criança residir em Estado diferente daquele onde mora a

Divergências legislativas entre os países podem surgir quanto à pessoa responsável por pagar os alimentos. No Brasil, por exemplo, há o entendimento jurisprudencial de que a reponsabilidade dos avós de pagar alimentos é sucessiva, mas também complementar em caso de demonstrada insuficiência por parte do pai ou da mãe. Outro exemplo se refere à legislação da província de Manitoba, no Canadá, que estabelece a obrigação do padrasto ou da madrasta de pagar alimentos à criança quando o pai ou a mãe natural não pagar³⁴. No caso de conflitos transfronteiriços de alimentos, uma decisão poderia ser cobrada pelo reconhecimento de parentesco por afinidade sócio afetiva? Com propriedade, Walker afirma que os direitos humanos devem prevalecer sobre o resultado dos conflitos de normas em algumas situações excepcionais, a fim de promover a justiça³⁵.

Embora a Convenção dos Direitos da Criança vise a sua proteção até 18 anos, a Convenção da Haia de 2007 sobre Alimentos, diferentemente, amplia o seu escopo para reconhecer obrigações alimentares decorrentes de uma relação de filiação a pessoas com menos de 21 anos. Isso não significa que os Estados tenham que modificar as suas regras para a maioridade civil, mas apenas aceitar a obrigação de reconhecer e executar uma decisão estrangeira para cobrança de alimentos de crianças e adolescentes até 21 anos³⁶.

Contudo, o Estado contratante poderá fazer uma reserva para limitar o âmbito da aplicação para as pessoas até 18 anos, com efeitos recíprocos, com fundamento nos artigos 2º, §3º e 63 da convenção. Isto quer dizer que o país que fizer a reserva *ratione personae*³⁷ não poderá reclamar a aplicação da convenção além dos 18 anos. Albânia, Noruega e Turquia fizeram declarações

criança, os Estados-partes promoverão a adesão a acordos internacionais ou a conclusão de tais acordos, bem como a adoção de outras medidas apropriadas.

34 CANADÁ. Department of Justice. Reports and publications. Family law. *Putting children's interest first federal provincial territorial consultations on custody and access and child support*. Available: <<http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/cons/consdoc/obligat.html>>. Access: 7 jul. 2016.

35 WALKER, Laura. *Maintenance and child support in private international law*. Oxford; Portland: Hart, 2015. p. 7.

36 BORRÁS, Alegria; DEGELING, Jennifer. *Informe explicativo sobre o convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, conferencia de la haya de derecho internacional privado*. 2013. p.19.

37 BORRÁS, Alegria. The Necessity Flexibility in Application of the New Instruments on Maintenance. In: BOELE-WOEKI, Katharina et al. *Convergence and divergence in international private law*. 2010. p.173-192. p. 186.

ampliando o escopo para reconhecer e executar sentenças de alimentos para filhos até 25 anos³⁸. A Ucrânia fez a reserva ao artigo 2º, §1º, do tratado para limitar o âmbito de aplicação para as obrigações alimentares decorrentes de filiação até 18 anos, mas fez declaração para a obrigação dos pais em relação ao filho ou à filha adultos até 23 anos, caso sejam estudantes; aos avós em relação aos netos menores e ao padrasto/madrasta em relação à criança menor de idade.

Desse modo, os Estados são obrigados a cumprir apenas o compromisso assumido no âmbito de aplicação da convenção que estabelece a idade máxima de 21 anos para cobrança de alimentos entre pais/responsáveis e filhos, a não ser que o Estado tenha manifestamente expressado a redução para idade inferior. Por outro lado, a declaração além dos 21 anos estabelece uma ampliação voluntária entre os Estados que se expressarem da mesma forma, com a possibilidade de fazer circular decisões além do escopo do tratado, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e, também, respeitando-se a diversidade jurídico-cultural das nações. Essa possibilidade pode beneficiar o direito a alimentos a pessoas residentes no Brasil, caso o país venha a fazer declaração extensiva ao escopo da convenção. Segundo o entendimento jurisprudencial, a obrigação alimentar não cessa automaticamente em virtude da maioridade do filho, aos 18 anos; todavia, a jurisprudência entende que o pedido de cancelamento da

obrigação está sujeito a decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos, nos termos da Súmula nº 358/STJ. Além disso, é possível, caso a caso, ser mantida a obrigação alimentar dos pais aos filhos até 24 anos ou com a conclusão dos estudos em ensino superior ou técnico³⁹.

Embora o Brasil, entre outros países, reconheça o direito a alimentos entre companheiros de união estável, incluindo-se a união homoafetiva⁴⁰, conferindo-lhes a satisfação de necessidades básicas, dada a situação de precariedade e de vulnerabilidade, com vistas a assegurar o mínimo existencial e o respeito à dignidade da pessoa humana, a Convenção da Haia de 2007 não se aplica a esses casos. Infelizmente, não foi alcançado o consenso necessário para estender a proposta para “situações semelhantes ao casamento segundo a lei aplicável”⁴¹. Essa decisão dos Estados contribui para manter em vulnerabilidade as pessoas que escolhem formar famílias fora do vínculo matrimonial. A coexistência entre ordenamentos jurídicos diversos é uma das bases do direito internacional privado. Vale a pena registrar que o Brasil, juntamente com outros Estados, apresentou proposta alternativa, conforme descrito no relatório elaborado por Borrás e Degeling⁴². Esforços devem ser tomados para assegurar a liberdade de constituir e equiparação dos diversos tipos de família e a consequente ampliação do escopo da Convenção, ainda que por meio de declarações, criando direitos recíprocos entre os Estados.

A Convenção da Haia inova ao possibilitar a ampliação do escopo para a proteção da criança e de adultos vulneráveis; contudo, a circulação de decisões será bilateral entre os Estados que fizerem declarações ex-

38 Declaração da Noruega: “*In accordance with Articles 63 and 2(3), Norway hereby declares that it will: enforce maintenance decisions in favour of children beyond 21 years, however not beyond 25 years. Norway reserves the right not to stipulate maintenance for children beyond 21 years*”. Declaração da Albânia: “*The Republic of Albania declares, in accordance with Article 2 (3) of the Convention, the right to enforce maintenance obligations even for adult children up to age of twenty-five years, provided that they attend the high school or university, according to Article 197 of the Family Code*”. Declaração da Ucrânia: Article 2: “*In accordance with Article 62 of the Convention, Ukraine reserves the right to apply the Convention to maintenance obligations arising from a parent-child relationship towards a person under the age of 18; In accordance with Article 63 of the Convention, Ukraine declares that it will extend the application of Chapters V and VIII of the Convention to recovery of maintenance: From parents in favour of an adult daughter, son, who continue studies until they reach the age of 23; [...] From a grandmother, grandfather in favour of grandchildren, who are under age; [...] From stepmother, stepfather in favour of stepdaughter, stepson, who are under age*”. Declaração da Turquia: “*The Republic of Turkey declares that In accordance with subparagraph “a” of the first paragraph, the maintenance obligations shall be extended to the children who have not attained the age of 25 years, provided that the education of the children continues*”. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131>. Disponível em: [Declarações e reservas disponíveis em <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131>](https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131).

39 O entendimento jurisprudencial brasileiro afirma que: “é presumível, no entanto, - presunção iuris tantum -, a necessidade dos filhos de continuarem a receber alimentos após a maioridade, quando frequentam curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos inclui a outorga de adequada formação profissional”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1218510/SP. Terceira Turma Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 27 de setembro de 2011.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1302467/SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 03 de março de 2015.

41 BORRÁS, Alegria; DEGELING, Jennifer. *Informe explicativo sobre o convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, conferencia de la haya de derecho internacional privado*. 2013. p. 20.

42 Doc. Trab. N. 48, BORRÁS, Alegria; DEGELING, Jennifer. *Informe explicativo sobre o convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, conferencia de la haya de derecho internacional privado*. 2013. p. 20.

pressas. Até o presente momento, somente dois países fizeram declarações: a Ucrânia e, recentemente, a Turquia. A Ucrânia fez declarações para aceitar pedidos entre avós em relação aos netos menores, de padrastos ou madrastas em relação ao enteado menor de idade, filhos em relação aos pais, pais, irmãos em relação a adultos incapacitados. Por sua vez, a Turquia estendeu as obrigações alimentares para cônjuges, filhos com deficiência física ou mental sem limites de idade e pai e mãe necessitados. Os demais Estados que ratificaram o tratado não estenderam o escopo da convenção além das relações ente pais e filhos e entre cônjuges. Entretanto, a União Europeia fez declaração futura de que poderá estender a obrigação alimentar nos termos do artigo 2º, §3º, da Convenção para todos os pedidos de alimentos decorrentes das relações de família, parentesco, casamento ou afinidade⁴³.

5. NOVAS PERSPECTIVAS BRASILEIRAS: CAMINHOS PARA A RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA HAIA DE 2007

A. Fase pré-congressual

a) Grupo de estudos

A Secretaria Nacional de Justiça (SNJ) do Ministério da Justiça criou o Grupo de Estudo sobre Apoio à Criança, pela Portaria nº16, de 15 de junho de 2009. De acordo com o artigo 3º, o principal objetivo do grupo de estudo foi elaborar um produto final, um relatório com propostas de declarações relativas a eventuais reservas necessárias no caso de ratificação de ambos os instrumentos do Brasil. O grupo de estudo buscou o diálogo com os estudiosos, a fim de apoiar o Secretariado em trabalhos futuros com outras agências do Executivo sobre a Convenção e seu protocolo. A criação deste grupo foi uma consequência do envolvimento do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) com a Convenção de Haia de 2007 sobre Alimentos. O grupo de estudo

43 Declaração da União Europeia: “*Furthermore, the European Union undertakes, within seven years, in the light of experience acquired and possible declarations of extension made by other Contracting States, to examine the possibility of extending the application of the Convention as a whole to all maintenance obligations arising from a family relationship, parentage, marriage or affinity*”.

conclui seus trabalhos com a elaboração de um relatório final em 2010, contendo a análise dos dois instrumentos regulatórios e bases teóricas e jurídicas para futuros trabalhos entre os órgãos brasileiros envolvidos.

b) Grupo de Trabalho sobre a Convenção e o Protocolo da Haia de 2007

O Grupo de Trabalho Permanente⁴⁴ sobre a Convenção da Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família e sobre o Protocolo sobre Lei Aplicável às Obrigações Alimentares (GT-Alimentos), por meio da Portaria Interministerial nº 500, de 21 de março de 2012.

O principal objetivo do grupo de trabalho incluiu a preparação da documentação necessária para a assinatura e ratificação da Convenção e do Protocolo. Assim, a criação deste novo grupo de trabalho destaca a posição proativa no Brasil para a esfera internacional. As autoridades brasileiras reconhecem a necessidade de melhorar a cooperação jurídica internacional nesta área, o que exige um quadro jurídico bem estruturado para novos progressos nestas matérias.

O GT-Alimentos elaborou a versão final dos textos internacionais em português, a minuta de exposição de motivos (contendo o relatório final das discussões do grupo, com sinalizações de possíveis reservas à convenção), a resposta do perfil do país e o glossário dos termos técnico-jurídicos.

O GT-Alimentos tem caráter permanente e participou ativamente das discussões para o *iSupport*, com o objetivo de uma gestão de casos eletrônico e sistema de comunicação seguro para facilitar a cobrança transfronteiriça de obrigações alimentares.

B. Fase congressual

A Presidência da República enviou os textos dos tratados ao Congresso Nacional em 27 de maio de 2015,

44 Este grupo de trabalho compreende os seguintes representantes dos órgãos de administração: Secretaria Nacional de Justiça (SNJ); Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Consultoria Jurídica (CONJUR) do Ministério da Justiça Subsecretaria-Geral das Comunidades Brasileiras no Exterior (SGEB), Consultoria Jurídica (CONJUR) do Ministério das Relações Exteriores. Na primeira reunião, o grupo de trabalho decidiu convidar outros representantes e acadêmicos para representar a sociedade civil: Universidade de Brasília (UnB) e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO).

com fundamento no artigo 49, I, e no artigo 84, VIII, ambos da Constituição Federal, por meio da Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais n. 163/2015 (MSC 163/2015), com vistas à assinatura e ratificação do Brasil à Convenção da Haia de 2007 sobre Alimentos e também do Protocolo de 2007 sobre Lei Aplicável.

A Exposição de Motivos, assinada pelos Ministérios das Relações Exteriores (MRE) e da Justiça (MJ), foi anexada ao pedido, destacando a importância dos dois instrumentos para a proteção da criança e adolescentes – uma vez que dão continuidade a aspectos da Convenção sobre os Direitos da Criança, e, também, de adultos vulneráveis. Com fundamento nos artigos 62 e 63, recomendou-se que o Brasil deveria fazer reservas e declarações aos seguintes dispositivos:

- Reserva ao Artigo 20, §1º, alínea 'e': o Brasil não reconhece nem executa decisão em que as partes tiverem acordado por escrito a competência quando o litígio envolver, além de crianças, obrigações de prestar alimentos para pessoas consideradas maiores incapazes e idosos categorias definidas pela legislação brasileira e que serão especificadas conforme disposto no artigo 57.
- Reserva ao Artigo 30, §8º: o Brasil não reconhece nem executa um acordo em matéria de alimentos que traga disposições a respeito de pessoas menores, maiores incapazes e idosos, categorias definidas pela legislação brasileira e que serão especificadas conforme disposto no artigo 57 da Convenção.
- Declaração com relação ao Artigo 2º, §3º: o Brasil amplia a aplicação de toda a Convenção, ressalvadas eventuais reservas, a obrigações de prestar alimentos derivadas de relação de parentesco em linha colateral, parentesco em linha reta.

Todavia, a declaração do artigo 2º, §3º, deve ser mais específica quanto às pessoas responsáveis em prestar alimentos, tornando as informações mais claras aos demais Estados, a fim de garantir a circulação de decisões sobre cobrança de alimentos entre os países.

O Protocolo de 2007 sobre Lei Aplicável não permite a formulação de reservas nos termos do artigo 27. Admite, entretanto, declarações previstas no artigo 28 apenas para os artigos 24, §3º, e 26.

O parecer elaborado pela relatora da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional foi favorável à aprovação dos dois instrumentos internacionais, aprovado na reunião deliberativa ordinária em 21 de outubro de 2015. Condicionou o voto pela aprovação para que o Poder Executivo providenciasse as correções de tradução tanto da Convenção quanto do Protocolo. Além disso, corroborou com a exposição de motivos para a aposição das reservas e declarações necessárias para tornar os textos compatíveis com a ordem jurídica interna, incluindo-se as novas regras do direito processual civil brasileiro.

A partir do parecer, a mensagem foi transformada no Projeto de Decreto Legislativo n. 251/2015 (PDL 251/2015) e dirigida à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados para encaminhamento às comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e de Seguridade Social e Família (CSSF). Os pareceres das duas comissões foram favoráveis à aprovação das normas internacionais, também com as reservas e declarações recomendadas na exposição de motivos.

A CCJC votou pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa, “considerando a promoção de meios mais eficazes e céleres para a obtenção de decisões concernentes à prestação de alimentos, bem como a definição de parâmetros acerca da lei aplicável, proporcionando maior segurança jurídica às partes, em especial ao credor de alimentos”. Já a CSSF votou pela aprovação do PDL por não se vislumbrar “qualquer tipo de prejuízo aos bens jurídicos tutelados das crianças e dos adolescentes”, e que as regras contidas nos tratados “são oportunas e convenientes no que tange à cobrança de dívidas alimentares”.

Os pareceres da CCJC e da CSSF sinalizam que após a aprovação e publicação, o PDL 251/2015 irá à discussão e votação em plenário. Uma vez aprovado, abrir-se-á caminhos para a publicação do decreto legislativo definitivo.

5.1. O novo código de processo civil

O Código civil brasileiro estabelece regras de jurisdição direta para a cobrança de alimentos internacional, conforme dispõe o artigo 22:

Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.

Desse modo, o CPC adota a competência concorrente da autoridade judiciária brasileira para julgar e processar as ações de alimentos. Contudo este artigo deve ser interpretado em conjunto com o artigo 24 que trata da litispendência internacional, que estabelece que

Art. 24. A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil.

Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil.

Este artigo do CPC deve ser interpretado em conjunto com o artigo 22, alínea c, da Convenção da Haia de 2007 – que equivale a uma litispendência “ligeiramente diferente”, qualificada por Walker –, uma vez que não se trata da mesma causa da ação, mas sim de procedimentos que sejam para o mesmo fim. A ideia principal é evitar que haja decisões conflitantes entre países.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os pareceres favoráveis por todas as comissões (Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, de Justiça e de Cidadania e de Seguridade Social e Família), o Congresso Nacional sinaliza para aprovar o PDL 251/2015 e conseqüentemente promulgar o decreto legislativo, aprovando os textos da Convenção da Haia de 2007 relativa à Cobrança Internacional de Alimentos para Filhos e outros membros da Família e o Protocolo relativo à Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, com vista à ratificação do governo brasileiro. Depois, é aguardar o decreto de promulgação da Presidência da República, como praxe brasileira da validação do tratado no âmbito interno, uma vez que após o depósito dos instrumentos de ratificação, eles entrarão em vigor no primeiro mês seguinte ao termo

do período de três meses.

Esta crônica buscou apresentar de forma sucinta algumas reflexões sobre os principais pontos relativos à cobrança internacional de alimentos e à lei aplicável. A Convenção da Haia de 2007 já conta com 33 Estados partes, contando os países da União Europeia, o que representa mais da metade do número de Estados que ratificaram a Convenção de Nova York de 1956. Por sua vez, o Protocolo possui 28 Estados-partes. A rede global “*Child Support Worldwide*” tem promovido encontros bianuais que revelam os interesses dos países em participar dos instrumentos da Conferência Haia. Os Estados Unidos recentemente ratificaram a convenção⁴⁵. Isso é uma boa notícia para os credores que estão no Brasil, já que a maioria dos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras perante o STJ é oriunda daquele país.

Os papéis das autoridades centrais ganham uma nova roupagem com a Convenção da Haia de 2007, tendo um papel muito mais ativo, indo além da transmissão de documentos iniciada com a autoridade central da Convenção de Nova York de 1958, estabelecendo um verdadeiro sistema de cooperação e de assistência administrativa e jurídica para o processamento dos pedidos, inclusive pelo uso da tecnologia da informação.

O *iSupport*⁴⁶ desenvolvido no âmbito da Conferência da Haia é um sistema de comunicação eletrônico de gestão de processo e de segurança que objetiva principalmente facilitar a cobrança internacional de alimentos por meio da facilitação de comunicação entre autoridades centrais e de provisão em relação à transferência eletrônica de fundos e seu monitoramento.

A Conferência da Haia tem desenvolvido trabalhos para a implementação da Convenção, facilitando o papel das autoridades centrais, como o Manual Prático para os responsáveis pelos processos ao abrigo da Convenção

45 Os Estados Unidos ratificaram a convenção em 7 de setembro de 2016 e entrará em vigor a partir de 1º de janeiro de 2017. As reservas e declaração estão disponíveis em <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=131>.

46 O projeto *iSupport* começou em 2014 com a subvenção da União Europeia no âmbito do Programa “Justiça Civil”. O principal objetivo é para facilitar a cobrança transfronteiriça de obrigações alimentares no âmbito do Regulamento (CE) n. 4/2009 do Conselho de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares da União Europeia e da Convenção de Haia de 2007 para Alimentos. O funcionamento do Sistema de Comunicação Eletrônica de Gestão de Processos e Segurança *iSupport* está previsto para começar em outubro de 2016.

de 2007 sobre Alimentos em benefício dos filhos, de 2013, com tradução para o português.

As crianças brasileiras que dependem de alimentos serão as mais beneficiadas, uma vez que ampliará a potencialidade de pedidos, já que o Brasil é parte tanto da Convenção de Nova York de 1956 quanto da Convenção Interamericana de Obrigação Alimentar de 1989, alcançando os países que não são parte de nenhuma dessas convenções.

Além disso, essa convenção caminha para o sucesso semelhante ao da Convenção da Haia de 1980 sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, com a participação de maior número de países e intensificando a cooperação jurídica e administrativa internacional. Os trabalhos da Conferência da Haia contribuem para afirmar a globalização jurídica em matéria de alimentos, aperfeiçoando e inovando na prestação de serviços jurídicos transfronteiriços nas relações de famílias transnacionais. A efetividade se fundamenta no princípio da cooperação jurídica internacional entre os Estados, uma via de mão dupla para a tramitação de atos administrativos e judiciais. Uma revisão futura será necessária para ampliar o escopo da convenção para equiparar os novos tipos de família, incluindo as uniões estáveis e as famílias homoafetivas, a fim de assegurar uma efetividade plena da proteção da família e do melhor interesse da criança.

CRÔNICA 3: SENTENÇAS ESTRANGEIRAS COM CIRCULAÇÃO FACILITADA - NOTÍCIAS DA 1ª REUNIÃO DA COMISSÃO PELA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO ESPECIAL REALIZADA INTERNACIONAL PRIVADO EM JUNHO DE 2016

1. INTRODUÇÃO

O funcionamento eficiente do comércio internacional não pode dispensar o elemento de confiança entre as partes nele envolvidas, que realizam seus negócios através de contratos internacionais, na maioria das vezes à distância. Nem sempre essas relações internacionais chegam a bom termo, o que gera um número significativo de litígios em que as partes estão em países diversos.

Isso implica a necessidade de litigar judicialmente em um país, pretendendo que efeitos da sentença se produzam em outro. Se a execução das sentenças domésticas é automaticamente garantida pelo sistema jurídico que a proferiu, não se pode dizer o mesmo de uma sentença estrangeira, que fica à mercê das regras do foro em que se pretende executá-la.

São conhecidos os problemas advindos da necessidade de produção de efeitos das sentenças estrangeiras em Estado diverso do em que foi proferida. Há marcada diferença para as partes em optar por solucionar suas controvérsias internacionais pela via arbitral ou pela via judicial, eis que os laudos arbitrais estrangeiros têm sua circulação e execução facilitada pela Convenção de Nova Iorque⁴⁷. As decisões judiciais, em especial em casos de responsabilidade civil, não contam com um diploma internacional a facilitar sua circulação. A posição de um indivíduo ou empresa que participa de negócios transnacionais, portanto, fica caracterizada por um alto nível de incerteza quanto à produção de efeitos de uma sentença estrangeira, acrescentando riscos à transação.

A Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado⁴⁸, organização internacional que tem por objetivo promover a uniformização e a harmonização do Direito Internacional Privado, está preocupada em elaborar regras que minimizem o problema da circulação internacional de sentenças desde os anos noventa do século vinte. O objetivo do Projeto de Sentenças é mitigar a incerteza, e conseqüentemente o risco associado ao comércio internacional, por meio do estabelecimento de um sistema facilitado e seguro de circulação internacional de sentenças.

De 1º a 9 de junho deste ano, a Comissão Especial sobre o Projeto de Sentenças da Conferência da Haia para o Direito Internacional Privado se reuniu pela primeira vez, na cidade da Haia, Holanda, no Palácio da Paz⁴⁹, sede da Academia de Direito Internacional. De acordo com o mandato do Conselho da Conferência da Haia, a Comissão Especial tem por missão propor uma convenção internacional para o reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil e comercial.

47 Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, internalizada no Brasil pelo Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002.

48 Sobre a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, consultar: <<http://www.hcch.net>>.

49 Sobre a Academia da Haia de Direito Internacional, consultar: <<http://vredespaleis.nl>>.

Esta reunião contou com a presença maciça dos Estados Membros e de organizações internacionais⁵⁰. As discussões partiram do anteprojeto estabelecido por um Grupo de Trabalho preliminar, resultado de quatro anos de encontros⁵¹.

Ao longo da reunião todos os itens do anteprojeto foram discutidos e chegou-se a um novo anteprojeto contendo várias emendas ao anterior, cujos principais pontos serão a seguir resumidos. Também foi elaborado um *aide-mémoire* com os pontos a serem discutidos na próxima reunião, embora não estejam no novo anteprojeto. A reunião da Comissão Especial foi exitosa, e entre outras conclusões já se pode afirmar que o anteprojeto foi amplamente aceito pelos participantes.

Esta crônica relata o histórico do projeto (2), as discussões e seu resultado, do ponto de vista do interesse brasileiro (3), e os temas que merecem a atenção do Brasil (4). A ideia é promover a reflexão integrada da comunidade acadêmica, em preparação para a segunda reunião da Comissão Especial, marcada para fevereiro de 2017.

2. HISTÓRICO DO PROJETO DE SENTENÇAS

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, uma das organizações internacionais mais antigas em atividade, promove desde 2012 o “*Judgments Project*”, Projeto de Sentenças, o qual tem por meta viabilizar a celebração de uma convenção internacional visando a facilitar a circulação internacional das sentenças. O projeto foi desenvolvido por um Grupo de Trabalho, formado por representantes de vários países, encarregado de apresentar uma primeira minuta da convenção. O Brasil era membro do Grupo de Trabalho e participou ativamente da iniciativa, sempre enviando representantes para as reuniões anuais. O resultado do projeto foi o estabelecimento de uma Comissão Especial, cuja primeira reunião realizou-se em 2016.

50 153 participantes de 53 Estados e 16 organizações internacionais e ONGs, entre elas a ASADIP. A presidência foi exercida por David Goddard, da Nova Zelândia e a Vice-Presidência por Boni Soares, do Brasil, And Sun, da China e Paul Herrup, dos Estados Unidos. Como Presidente do Comitê de redação, Fausto Pocar, da Itália e como Relatores, Genevieve Saummier, do Canadá e Francisco Garcimartin Alferéz, da Espanha.

51 Para documentação das reuniões do Grupo de Trabalho e outras informações sobre o Projeto de Sentenças, consultar: <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

As negociações tiveram origem em uma proposta apresentada pelos Estados Unidos da América à Conferência da Haia em 1992. Apesar do projeto de convenção produzido à época ter sido abandonado em 2001, as negociações foram parcialmente exitosas, na medida em que resultaram na Convenção sobre Eleição de Foro de 2005, oferecida a ratificação pelos Estados interessados, não estando limitada aos Estados-membros, e que entrou em vigor em 2015 com a adesão da União Europeia e do México; Singapura formalizou adesão durante a reunião da Comissão Especial de 2016. Atualmente, está em vias de aprovação em outros Estados.

A aprovação da Convenção sobre Eleição de Foro de 2005 pelo Conselho de Assuntos Gerais da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado encerrou um primeiro ciclo de trabalho do Projeto de Sentenças. No ano de 2011, o Conselho de Assuntos Gerais estabeleceu nova diretriz para retomada do projeto, dada a receptividade alcançada por essa Convenção e o incremento das expectativas globais sobre o tema. Após recomendação de um grupo de especialistas reunido em 2012, o Conselho estabeleceu novo grupo de trabalho que, após cinco reuniões presenciais, finalizou o anteprojeto discutido na Comissão Especial de 2016. O Brasil esteve representado em todas as oportunidades.

O grupo de trabalho era composto por especialistas dos Estados-membros da Conferência da Haia indicados para essa tarefa específica. A última reunião contava com juristas participantes do projeto há mais de quinze anos, e com profissionais de larga experiência, todos dedicados ao estudo do Direito Internacional Privado. Os trabalhos foram fortemente influenciados pelas conclusões que conduziram à elaboração da Convenção sobre Eleição de Foro de 2005, o que é declarado nos relatórios finais das reuniões⁵².

A mescla de experiências e culturas jurídicas constituiu a riqueza do trabalho, ao mesmo tempo em que revelou a imensa dificuldade de se avançar nas negociações. À mesa de discussões do Grupo de Trabalho estiveram representados África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Bielorrússia, Brasil, Canadá, China, Chipre, Coreia do Sul, Costa Rica, Espanha, Estados Unidos da América, Inglaterra, México, Rússia, Sérvia,

52 Os relatórios podem ser consultados na página pública da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, disponível em: <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments/recent-developments>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

Singapura, Suíça, e União Europeia, o que bem ilustra o quão diferentes são os sistemas jurídicos envolvidos e suas respectivas restrições à circulação de sentenças.

Apenas para exemplificar, a forma de tratamento da imunidade dos Estados estrangeiros nas jurisdições nacionais (principalmente no que se refere a posições de imunidade absoluta e imunidade relativa), o reconhecimento de decisões sem conteúdo monetário direto e as restrições ao reconhecimento de julgamentos sobre indenização de danos extrapatrimoniais são algumas das muitas divergências usuais entre os sistemas da “*common law*” e “*civil law*”.

O Brasil evoluiu de uma posição preponderantemente de observador nas primeiras reuniões para de ativo colaborador, não se furtando de formular contribuições de natureza técnica ou de relatar a experiência nacional sobre a matéria. Os temas em que o Brasil atuou com intensidade foram os de proteção à imunidade de Estado, de respeito à jurisdição exclusiva, e de proteção ao consumidor e ao trabalhador⁵³.

As discussões no âmbito do Grupo de Trabalho evoluíram para uma minuta de convenção, que foi utilizada como base para as discussões da comissão especial de 2016. O objetivo do anteprojeto foi o de favorecer e simplificar a circulação internacional de sentenças, e com isso contribuir para o desenvolvimento econômico e social global. Do ponto de vista brasileiro, espera-se um considerável aumento da circulação de sentenças para o exterior, mais equilibrado com a conhecida abertura do Brasil a reconhecer as sentenças estrangeiras, sem maiores controles da jurisdição exercida em outro país, salvo no que se refere à proteção da ordem pública nacional. A participação nos trabalhos enseja ainda uma investigação acadêmica especializada, que poderá informar adequadamente uma decisão do governo brasileiro sobre ratificar a convenção que virá.

Como consideração geral, é preciso apontar que o anteprojeto demonstra a definição de alguns pontos, resultantes das negociações dos últimos quatro anos. O resultado proposto é a conclusão de uma Convenção do tipo tradicional, ou seja, que seria alvo de adoção na

53 Marcelo De Nardi participou das 2ª a 5ª reuniões do Grupo de Trabalho, por indicação do Governo Brasileiro, preparou manifestações técnicas de avaliação e sugestões no período, além de ter comparecido junto com Nadia de Araujo a vários eventos realizados no Brasil a respeito do tema. Para a primeira reunião da Comissão Especial preparou um documento informativo sobre proteção ao consumidor.

legislação interna dos países membros, ao invés de outra metodologia como regras de *soft law*. Com isso, atingir-se-ia o objetivo de dotar os países membros com regras uniformes a respeito. Por outro lado, o foco é estabelecer apenas regras para o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, o que configura uma convenção do tipo simples, pois não há pretensão de estabelecer também regras para a definição da jurisdição interna dos países, o que foi tentado na iniciativa dos anos noventa, quando se pretendia realizar uma convenção dupla.

A convenção guardará, na medida do possível, coerência com a Convenção sobre Eleição de Foro de 2005. Também há disposições sobre o tema na Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, concluída pela Conferência da Haia, em 23 de novembro de 2007, e que atualmente está em vias de aprovação no Congresso Nacional. O tratamento já dado à matéria nesses documentos da Conferência da Haia deverá ser igualmente levado em consideração.

O objetivo final é garantir maior segurança jurídica na circulação internacional de decisões judiciais civis e comerciais. Com isso, evita-se a duplicação de procedimentos em Estados diversos e diminuem-se os custos das transações e as despesas judiciais. Promove-se, ainda, maior previsibilidade quanto à circulação de decisões judiciais, auxiliando as partes em suas decisões de caráter comercial.

3. AS DISCUSSÕES E SEUS PONTOS PRINCIPAIS

O anteprojeto foi dividido em dois capítulos: âmbito de aplicação e reconhecimento e execução, contendo, ao todo, 15 artigos. Nesse texto não estão contidas as previsões instrumentais, como regras de adesão, depósito, comunicações entre as partes, dentre outras. Também não estão presentes elementos autorizadores de reservas, o que já se vislumbra deva se apresentar na próxima reunião da Comissão Especial.

O capítulo relativo ao âmbito de aplicação começa pela definição do escopo, seguido pela lista de matérias fora do âmbito da convenção, e terminando com as definições aplicáveis.

A polêmica se inicia com as divergências sobre a definição do que seja “questões civis e comerciais”, a

grande delimitação de escopo que aparece já no primeiro artigo. A terminologia, empregada pela Conferência da Haia em outros documentos, foi objeto de grande discussão. Divergiram os Estados acerca da necessidade ou não de se incluir uma definição mais precisa no anteprojeto. Exemplo da divergência entre os sistemas jurídicos de “common law” e de direito civil, esse tema deve ser objeto de maiores investigações.

Quanto às matérias excluídas do anteprojeto, houve discussão a respeito de transporte aéreo. O Brasil vislumbra possibilidade de apresentar proposta de inclusão dessa hipótese no regime da futura convenção, em conjunto com o GRULAC⁵⁴ e com os BRICS⁵⁵.

A definição de consumidor também mereceu discussão acalorada, havendo divergência entre a definição restritiva, já adotada pela Convenção sobre Eleição de Foro de 2005, e a pretendida por alguns países. Esse tópico será aprofundado na próxima reunião, e dependerá de convencimento de outros participantes para que haja apoio a qualquer modificação. De todo modo, o tratamento dado ao tema, que é de difícil consenso internacional, na nova versão do anteprojeto já reflete um avanço. “Consumidor” ficou definido a partir de uma visão clássica contratual e limitada a atividades domésticas, mas permitindo que as sentenças proferidas a seu favor circulem internacionalmente no regime da futura convenção. A solução encontrada foi de limitar a circulação aos casos em que a sentença for proferida no domicílio do consumidor ou ele tenha se submetido expressamente à jurisdição estrangeira.

No exame do artigo 4º do segundo capítulo, sobre questões gerais, um dos pontos polêmicos foi a proposta de retirada da regra segundo a qual o tribunal do Estado requerido não faria revisão sobre os fatos já decididos pelo tribunal do Estado requerente. O tema ficou entre colchetes, para ser revisitado na segunda reunião. É um tópico sensível, porque a regra geral na maioria dos países, especialmente nos de direito civil, é a de que em casos de reconhecimento não se revê o mérito da decisão objeto de reconhecimento, senão para a análise de violação da ordem pública, segundo o sistema de delibação. Ainda no artigo 4.4 deixou-se para a próxima reunião a definição sobre a possibilidade de negar o pedido de reconhecimento quando ainda pendente de

recurso a sentença sujeita à circulação.

O artigo 5º é, sem dúvida, o mais extenso e complexo da convenção, e trata do conceito de bases indiretas de jurisdição, ou filtros jurisdicionais. Foram a solução encontrada para viabilizar a convenção, ante a ausência nos Estados partícipes da negociação de um sistema uniforme de definição da jurisdição, ou seja, de regras uniformes de jurisdição direta. São limites impostos ao reconhecimento e execução com o qual os Estados estão de acordo, sendo interpretados como as hipóteses em que os Estados que receberão a sentença estrangeira para reconhecimento e execução, aceitando como legítimo o exercício da jurisdição por uma Corte que não seja sua. Por outro lado, os filtros jurisdicionais aumentam o escrutínio sobre a jurisdição do Estado requerente.

A importância desse trecho da convenção é muito grande, pois as previsões representam um conjunto de regras que permite aos Estados se obrigarem confiando na lisura e qualidade do exercício de jurisdição pelos demais. Foram, portanto, matéria de intensa discussão e divergência, ainda não completamente solucionadas. Muitas das emendas a serem discutidas na próxima reunião foram apostas nesse artigo e seus incisos.

No âmbito do artigo 5º destaca-se a discussão a respeito das questões de Propriedade Intelectual, objeto de análises pela OMPI e por outras ONGs. A discussão não está terminada, pois é tema de difícil compreensão para não especialistas, e o alcance das previsões, que leva em consideração especialmente a circunstância de ser o direito sujeito a registro ou simplesmente emergir de determinado fato, revela dificuldades em apreender as nuances e o exato alcance da regulamentação proposta. As diferenças de tratamento entre os diversos Estados, que não se encontram propriamente nos direitos de patente, mas sim nas outras formas de propriedade intelectual, não parecem adequadamente compreendidas pelos participantes; vários deles reservaram-se para estudos mais aprofundados.

O artigo 6º cuida das bases exclusivas de jurisdição, cujas regras se superpõem ao artigo 5º. Cuidam das questões que em geral são objeto de competência exclusiva dos Estados, e são os únicos preceitos que estabelecem a obrigação dos membros da convenção de reconhecer qualquer sentença segundo aqueles temas. A leitura mais aprofundada desse dispositivo revela que está a traduzir, de forma negativa, uma harmonização das normas sobre jurisdição, iniciando, pois, a uniformi-

54 “Grupo da Latino-américa e Caribe”, reunião informal dos países dessa região em foros internacionais.

55 Brasil, Rússia, Índia, China, e África do Sul.

zação das normas de jurisdição direta: os Estados que aderirem à futura convenção concordarão que para os assuntos tratados no artigo 6º as únicas bases jurisdicionais aceitáveis são as lá declaradas.

O artigo 7º trata das causas para recusa de reconhecimento e execução. São os requisitos formais já conhecidos, além da cláusula de ordem pública. A redação usa o termo “manifestamente” para dar uma qualificação maior à exceção, no mesmo sentido, aliás, da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, concluída em Montevideu, Uruguai, em 8 de maio de 1979, e internalizada no Brasil pelo Decreto 1.979, de 9 de agosto de 1996.

De destacar que ainda não foram discutidas as questões que poderão ser objeto de reservas ou declarações especiais, o que certamente permitirá ajustar o anteprojeto às necessidades de um número maior de Estados no futuro.

Ao final da reunião, muitos Estados reservaram sua posição com relação a diversos pontos, ante a necessidade de articulação a respeito no plano interno e ainda com outros Estados. Os participantes foram estimulados a desenvolver debates em contatos e reuniões antes da próxima reunião da Comissão Especial, inclusive à distância.

4. TEMAS QUE MERECEM A ATENÇÃO DO BRASIL

O Brasil participou desde o início da segunda fase do Projeto de Sentenças e tem interesse em engajar-se na futura convenção, já que as sentenças brasileiras historicamente encontram resistência no seu reconhecimento e execução no exterior, em função das regras de controle indireto de jurisdição presentes na legislação interna de diversos Estados. No fluxo reverso, o atual sistema brasileiro de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, consubstanciado nas regras dos artigos 960 a 965 do Código de Processo Civil de 2015, permite a homologação da sentença estrangeira sem opor maiores restrições à forma como foi definida a jurisdição estrangeira⁵⁶.

56 Veja-se que de acordo com o inciso I do artigo 963 do CPC2015, o requisito é de que “a decisão tenha sido proferida por autoridade competente”. A jurisprudência consolidada do STJ entende que esse conceito deve ser definido pela autoridade prolatora. A impossibilidade de homologação se dá somente quando se trata de hipótese de

Considerando a estrutura jurídica brasileira sobre a matéria, e observando os interesses peculiares do Brasil, há alguns temas que devem ser adequadamente examinados e melhor estudados pelo país para embasar sua posição na próxima fase das negociações. Esses temas são: o escopo da definição da expressão “questões civis e comerciais”, visando compreender os limites da futura convenção conforme a posição operacional brasileira; a definição de consumidor, considerando que no momento a proteção outorgada pelo Brasil aos consumidores é maior do que a oferecida no anteprojeto; os aspectos polêmicos acerca dos filtros indiretos de jurisdição, inclusive no tema de propriedade intelectual, estrutura jurídica pouco desenvolvida no Brasil, e cuja exigência não faz parte da prática de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras neste país; e questões relativas a jurisdição exclusiva, como forma de proteção às decisões soberanas do Estado brasileiro de assegurar certos interesses, como declarados no artigo 23 do CPC2015.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode perder de vista os dois objetivos primordiais que devem constar da futura Convenção, elencados pela Conferência da Haia em seu comunicado sobre o trabalho realizado:

Melhorar o acesso prático à justiça, através do reconhecimento e execução de sentenças (o que é relevante para o objetivo nº 16 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável⁵⁷); e

- facilitar o comércio e o investimento e contribuir para o crescimento econômico, através do aumento da segurança jurídica e da redução dos custos e incertezas associados com transações e com a resolução de litígios transfronteiriços.

Para isso, a Conferência da Haia acredita que a futura convenção deverá:

- a. promover a circulação de decisões judiciais a que a Convenção se aplicará, sob determinadas garantias adequadas;

competência exclusiva da autoridade brasileira, nas três situações do artigo 23 do CPC 2015 (correspondente ao artigo 89 do CPC 1973).

57 Goal 16 - Promote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels. Available at: <<https://sustainabledevelopment.un.org/sdg16>>. Accessed: 22 jul.2016.

- b. reduzir a necessidade de duplicação de processos em dois ou mais Estados Contratantes;
- c. reduzir os custos e prazos associados à obtenção de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras;
- d. garantir previsibilidade às empresas e aos indivíduos em relação às circunstâncias nas quais as sentenças circularão entre os Estados contratantes; e
- e. permitir aos demandantes realizar escolhas informadas acerca de onde demandar, tendo em conta a capacidade de executar a sentença resultante em outros Estados Contratantes.

De uma perspectiva histórica, informada pelas dificuldades que o próprio Projeto de Sentenças enfrentou em sua evolução, fica evidente o avanço das negociações, e já se percebe a evolução na posição dos Estados, que estabeleceram ao longo do tempo a confiança mútua necessária para admissão em território próprio da sentença proferida em Estado estrangeiro, sem muitas restrições. A percepção de que uma tal admissão impli-

caria renúncia a uma parcela de sua soberania converter-se em reafirmação dessa, em nome de maior civilidade e do respeito às relações entre os Estados.

A versão produzida na primeira reunião é resultado de um movimento de aproximação de expectativas e necessidades, notando-se a construção de pontes de conexão entre os diversos países participantes, dispostos a cooperar para a realização da atividade jurisdicional em uma perspectiva transfronteiriça.

No interregno entre a primeira e a segunda reuniões da Comissão Especial (esta prevista para 16 a 24 de fevereiro de 2017), será preciso coordenar a posição brasileira com a sociedade civil e com os demais países da região, visando compreender os impactos das novas regras nas atividades dos afetados e construir apoio para alterações ao anteprojeto que venham a ser apresentadas.

As expectativas são grandes e o entusiasmo está presente entre os participantes. Que venha fevereiro de 2017!

II. DOSSIÊ TEMÁTICO: BIODIVERSIDADE

Editorial

As atividades humanas, desde que aprendemos a usar a lança e a dominar o fogo, vem causando impactos, em níveis variados, aos diferentes ecossistemas que conformam o nosso planeta. Essas contínuas e crescentes agressões, em especial após a era industrial, acabaram por causar gravíssimos problemas ao ambiente natural, tanto terrestre quanto marinho, e a comprometer os processos ecológicos essenciais e a prestação de serviços ambientais, essenciais à sobrevivência de todas as espécies, inclusive dos seres humanos.

Mudanças no clima, escassez hídrica, desertificação e perda em massa de espécies vivas são apenas alguns dos efeitos desses contínuos impactos, que comprometem não apenas as condições para a existência da vida, mas também, de forma mais imediata, as condições para uma boa qualidade de vida no planeta para a maior parte das sociedades humanas. Ao tratarmos especificamente da crise de biodiversidade, é necessário ressaltar, por um lado, a fragmentação de *habitats*, causada pelas mais diversas razões, como a construção de estradas, a conversão de áreas com vegetação nativa em monoculturas, a expansão de cidades, as obras de infraestrutura, dentre outros. Por outro lado, atividades humanas podem ameaçar a biodiversidade ao provocarem o esgotamento de recursos, como é o caso da sobrepesca, ou ainda gerarem poluição e devastação como a exploração mineral.

Não é possível precisar o número de espécies vivas existentes na Terra. Os cientistas divergem sobre essa estimativa, que varia de 30 a 100 milhões de espécies, dependendo da metodologia utilizada para se realizar esse cálculo. Todavia, não há divergência sobre a extinção em massa de espécies que vivenciamos atualmente, apenas comparável a alguns poucos eventos que ocorreram desde o surgimento da vida, como o que acarretou a extinção dos dinossauros, por exemplo. A diferença é que, dessa vez, a causa não é natural, mas sim os impactos que as diferentes atividades antrópicas acarretam.

Da mesma forma que não é possível ainda precisar a quantidade exata de espécies vivas, também não se consegue, com as tecnologias e recursos disponíveis, ter uma exata noção de quantas espécies desaparecem num determinado período de tempo, mas as estimativas vem girando em torno de uma espécie viva por hora, para os mais otimistas.

A consequência desse desastre para os seres humanos é a falência dos ecossistemas planetários, que dependem da cadeia da vida para funcionar e para prestar serviços ecossistêmicos essenciais. A cada espécie perdida, rompe-se mais um elo dessa corrente, que acaba por levar o ecossistema ao colapso, colocando em risco a nossa e todas as demais espécies.

Por isso é tão importante cuidar da vida. Cada espécie viva que compõe a nossa rica biodiversidade integra esse vasto quebra-cabeça, que vai se tornando desfigurado na medida em que cada vez mais peças são perdidas.

As sociedades humanas, alertadas pela comunidade científica, vem buscando soluções para o problema, o que culminou com a Convenção sobre Diversidade Biológica, aberta à assinatura em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), e os sucessivos protocolos, frutos das Conferências de Partes que vêm ocorren-

do desde então. Nada disso, contudo, mostrou-se eficaz e, o ritmo de perda de espécies não foi controlado. Por isso, providências adaptadas à realidade local de cada comunidade são urgentes, pois é a forma de relacionamento entre as diferentes sociedades humanas e o ambiente natural que as cerca que determina formas mais ou menos sustentáveis de vida. Projetos, programas e políticas devem sempre ser formulados do local para o global, a partir de soluções viáveis que conjuguem a melhoria na qualidade de vida e o combate à pobreza com a melhoria da qualidade ambiental e, conseqüentemente, o combate à extinção de espécies.

Para tanto, cooperação entre países ricos e pobres, e, no plano interno, entre Estado e coletividade, são essenciais. Pensar problemas e soluções em conjunto e em nível local é a única forma de se tentar chegar à solução dos problemas ambientais, o que, necessariamente, envolve educação e conscientização. Daí a complexidade da questão tratada nesse volume da Revista de Direito Internacional, que perpassa problemas ambientais, econômicos, sociais e culturais, e requer a compreensão da complexidade e da fragilidade da vida para se chegar a qualquer solução efetiva.

Márcia Dieguez Leuzinger

Solange Teles da Silva

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Improving the effectiveness of
legal arrangements to protect
biodiversity: Australia and Brazil**

Paul Martin

Márcia Dieguez Leuzinger

Solange Teles da Silva

Improving the effectiveness of legal arrangements to protect biodiversity: Australia and Brazil

Paul Martin**

Márcia Dieguez Leuzinger***

Solange Teles da Silva****

ABSTRACT

Brazil and Australia are both mega-diverse countries that are currently suffering from a severe and serious loss of biodiversity. Whilst there are significant differences between the two natural resource governance systems, there are several common challenges that each jurisdiction faces in their attempt to protect biodiversity. This paper examines the effectiveness of biodiversity protection in Brazil and Australia by considering the legal mechanisms that are in place to implement their international commitments to biodiversity protection, empirical evidence of the effectiveness of these, and the causes of insufficient performance, and prescriptions for reform and improved implementation. Invasive species management in Australia and the protection of rainforests in Brazil are used as examples of natural resource issues where improved governance systems are required for more effective biodiversity protection. To improve the effectiveness of environmental laws, the authors suggest that more emphasis must be placed on the overall system of governance, including the meta-governance issues of transparency and integrity. The paper concludes by drawing attention to the similarities in the challenges faced by both countries in terms of institutional arrangements, economic and political pressures for farming expansion, behavioral effectiveness of biodiversity protection laws, political commitment and social justice issues.

Keywords: Natural resource governance. Environmental law. Meta-governance. Invasive species. Conservation units. Rainforest.

1. INTRODUCTION

The aim of this paper is to analyze the effectiveness of biodiversity protection in two jurisdictions which are characterized by significant biodiversity, and by significant biodiversity loss. It considers the legal mechanisms that are in place to implement their international commitments to biodiversity protection, empirical evidence of the effectiveness of these, and the causes of insufficient performance, and prescriptions for reform and improved implementation.

Even though the two jurisdictions have significant natural and governance system differences, the paper identifies that they have many challenges in common in attempting to protect biodiversity. Both Australia and Brazil are

* Invited authors

** Director of the Australian Centre for Agriculture and Law in the School of Law at the University of New England, author of many books and articles in Environmental Law. E-mail: pmartin9@une.edu.au

*** Prosecutor of the State of Paraná, Brazil. Master in Law and PhD in Sustainable Development (University of Brasília). Post-Doctorate (University of New England, Australia). Environmental Law Professor (University Centre of Brasília, Undergraduate, Master and Doctoral Program). Director of the Research Group on Law and Sustainable Development. E-mail: marcia.leuzinger@uol.com.br

**** Specialist in Environmental Law (Rhodes Academy of Oceans Law and Police). PhD and Post-Doctorate in Law (School of Law of Sorbonne, Paris). Law Professor (Presbiteriana Mackenzie University, Undergraduate, Master and Doctoral Program). Director of the CNPq Research Group on Law and Sustainable Development. Researcher at the CNPq. E-mail: solange.teles@terra.com.br

mega-diverse, and both are suffering serious biodiversity loss. Whilst both countries have entered into international biodiversity protection agreements, and have formalized these by local laws and government institutions that have legal responsibility, their biodiversity values are in marked decline. This suggests that the fundamental challenges are not the formal instruments (though these are implicated) but the ‘meta-governance’ arrangements to ensure implementation given the pressures against effectiveness in the natural and human context within which legal governance strategies operate.

In this paper we take an institutional perspective, defining governance as rules, strategies and organizational structures that together control or guide how natural resources are used or conserved. Legal institutions and legal instruments are part of the governance system, alongside economic and social interventions. The system not only governs the protection or restoration of the environment, it also governs actions that harm the environment, such as commercial exploitation. Meta-governance refers to how governance itself is governed. This incorporates consideration of how laws are made and implemented, and how the integrity of the governance system is protected.

This paper considers particularly

1. Indicators of the effectiveness of the governance of biodiversity in both jurisdictions, including legal instruments and strategies;
2. How the politics of competing social and economic interests and values affect the implementation of biodiversity protection;
3. The effects of the economics of effective governance, including the economic capacity of government agencies and private resource users and the costs of implementation;
4. The challenges of meta-governance that are identifiable through considering the effectiveness of laws intended to protect biodiversity.

This paper suggests that improving the effectiveness of environmental laws requires greater attention to the performance of the overall system of governance of which the law is a part, including to the meta-governance issues such as the integrity and transparency of the overall system of governance.

2. TRAJECTORIES OF BIODIVERSITY PROTECTION AND RESTORATION IN BOTH COUNTRIES

The following table provides a snapshot comparison of the two countries, to provide a context for the discussion that follows.

Tabela1

	Brazil	Australia
Land mass ¹	8,514,876.599 sq km ²	7,682,300.0 sq km
Population ³	205,867,372 ⁴	23,470,118
Gross National Income per person ⁵	\$US 11,790	\$US 64,600
Forest cover ⁶	59% of landmass	16.2% of landmass
Economic equality (Gini co-efficient, 0= equality) ⁷	58	34
Environmental Performance indicators, biodiversity and habitat protection ⁸	92.62 % score Ranking 40 th	87.18% score Ranking 68 th
Species under threat ⁹	82 mammal species 516 higher plant species 85 fish species	56 mammal species 92 higher plant species 111 fish species
Protected areas	17,2% of landmass (2122 areas) 1,5% of marine area (156 areas) ¹⁰	16.25% of landmass (10 008 areas) 36.2% of marine area (300 areas) ¹¹
Governing structure	Federation, with 26 states + Federal District and 5.570 municipalities. Environmental governance responsibilities are divided between national, state and municipality bodies (all those entities integrate the SISNAMA (National Environmental System).	Federation, with 8 states and territories. Environmental governance responsibilities are divided between national, state and 565 local councils, with 56 regional natural resource management organizations ¹² .
Biodiversity Convention Ratification year	1994	1993
Cartagena Protocol Ratification year	2003	---

	Brazil	Australia
Kuala Lumpur Supplementary Protocol Signature year	2012	---
Nagoya Protocol Signature year	2011	2012

Both countries have implemented their Biodiversity Convention commitments through a number of laws, regulations and other institutional arrangements. The strategies that are being used can be divided into structural and institutional initiatives, and management initiatives. Both countries have a network of conservation reserves with national parks being the centerpiece, and have many laws and other arrangements intended to govern land and water use to limit ecological harm or encourage restoration. However, as the data cited below indicates, in both cases the loss of biodiversity continues at an alarming rate.

Is the ongoing loss of biodiversity an indication that biodiversity protection laws have failed? At one level this is so, but it is also likely (though hard to prove) that these laws have prevented much harm that would otherwise have occurred, and what biodiversity remains intact is an indicator that law based governance has benefited biodiversity. Regardless of issues of empirical proof of effectiveness or otherwise, it seems to be absolutely clear that in both jurisdictions substantial improvement in the performance of environmental governance is essential, and within this the performance of the legal components of biodiversity protection.

2. REPORTED PERFORMANCE.

Each country has lodged a 5th National Report to the Convention on Biological Diversity, which provide a starting point for a discussion on effectiveness¹. While countries will naturally put a positive 'spin' on such reports, taking them as a starting point and then using scientific data and specific case studies can provide other insights into that performance, and reasons for the outcomes. Because these reports provide a great

1 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Fifth National Report Information Portal*. Available from: <<https://www.cbd.int/nr5/>>. Accessed on: 3 May 2016.

deal of descriptive data, we do not need to repeat this information and so we can concentrate this paper on a discussion of issues touching effectiveness and possibilities for improvement.

National reports provide official information on biodiversity status and trends, governance arrangements, progress towards specified targets, and lessons about improvement, but naturally this data is presented within a political context that is unlikely to highlight the causes of implementation failures where these exist. To provide more detail on the causes of underperformance of legal arrangements we will report on detailed case study evaluations of particular issues in both countries that have been conducted by the researchers. Given the vast range of biophysical aspects of biodiversity and the governance of biodiversity, in both jurisdictions we have focused on particular challenges which we believe illustrate broader considerations.

3. AUSTRALIA'S PERFORMANCE²

The Australian government summarizes its biodiversity protection performance in the following words

Recent reports on the state of Australia's environment have found that, in general, population size, geographic range and genetic diversity are decreasing in a wide range of species across all groups of plants, animals and other forms of life³.

It couches this acknowledgement in the context of the many initiatives that are being undertaken, and highlights selected case studies to illustrate the good work that is being done. It does not provide an objective analysis of the apparent inconsistency between the good work that is discussed and the unsatisfactory outcomes that continue to be delivered.

Australia's biodiversity performance is not heartening, despite the existence of many legal and other instruments and programs.⁴ Threatened species in par-

2 DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT. *Australia's Fifth National Report under the Convention on Biological Diversity*. Canberra: Department of the Environment, 2014.

3 DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT. *Australia's Fifth National Report under the Convention on Biological Diversity*. Canberra: Department of the Environment, 2014. p. 2.

4 DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT. *Australia's Fifth National Report under the Convention on Biological Diversity*. Canberra: Department of the Environment, 2014. SOE COMMITTEE 2011. *Australia State of the Environment 2011*: Independent Report to the

ticular have suffered, with more than 50 animal species and 48 plant species listed as extinct since the passage of the Environment Protection and Biodiversity Conservation Act (EPBC).⁵ Independent authors have been more damning in their assessment of the performance of public governance.

Australia's highly diverse and predominantly endemic biodiversity is seriously imperiled. In the past two centuries, at least 27 mammals, 23 birds (including island species and subspecies), 4 frogs and over 60 plant species have vanished (Department of Sustainability 2009). In addition, over 1500 mammals, birds, reptiles, amphibians, and plants are currently threatened with extinction, along with over 3000 ecosystem types (Keith et al. 2013). In Victoria, for instance, only ~30% of the original native vegetation remains, and some vegetation types, such as grasslands and open woodlands, have been reduced by more than 99% since European settlement (Bradshaw 2012). The situation for marine systems is far more uncertain owing to data limitations even for economically important species (Beeton et al. 2012, FRDC 2012). In addition, Australia has the world's most recent mammal extinction, the Christmas Island pipistrelle bat (*Pipistrellus murrayi*) in 2009 (Martin et al. 2012). If current trends continue, many other species such as the Leadbeater's possum (*Gymnobelideus leadbeateri*) will suffer the same fate. Indeed, Lindenmayer and Possingham (2013) suggested that the Victorian government is knowingly condoning activities that will reduce the viability of this IUCN-listed endangered species.⁶

Australia has a National Strategy for the Conservation of Australia's Biological Diversity, dating from 1996 but updated periodically⁷. The strategy has priorities and targets that relate primarily to activities rather than biophysical outcomes. The responsibilities within Australia's biodiversity governance system are distributed between the national and state governments, with states traditionally having constitutional responsibility

for land management and the national government. The national government's responsibilities are focused around the national Environmental Conservation and Biodiversity Conservation Act (EPBCA). The Australian government reports many activities to implement its responsibilities, emphasizing legislation, strategic assessment, market instruments, controls over developments and processes that can significantly prejudice biodiversity ("key threatening processes"), recovery plans, protection of genetic resources, implementing the RAMSAR convention, a national conservation reserve system (which includes around 500 federal and State run national parks, including World Heritage Areas as well as public or private forestry and conservation reserves), indigenous protected areas, wildlife corridors, environmental research, biosecurity arrangements, and many different types of community grants.

Biodiversity governance at the State level includes State national parks and conservation reserves, control of land clearing and land use, planning controls, and laws governing things like soil conservation, land clearing⁸. Local government is principally concerned with land use (including development control) and local parks and gardens. Taken together the governance system for biodiversity protection is extraordinarily complex and detailed⁹.

It is not possible to address every aspect of this complicated system, so we will concentrate on a few. The causes of biodiversity loss in different countries vary with local conditions, but for Australia five causes are as the most significant: habitat loss, degradation and fragmentation; invasive species; unsustainable use and management of natural resources; changes to the aquatic environment and water flows; changing fire regimes; climate change. In this discussion we will concentrate

Australian Minister for Sustainability, Environment, Water, Population and Communities. Canberra: Commonwealth of Australia.

5 AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS. *Australia's Biodiversity 1301.0 - Year Book Australia, 2009-10*. Available at: <<http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Previousproducts/1301.0?feature=20&article=12009%E2%80%9310?opendocument&tabname=Summary&prodno=1301.0&issue=2009%9610&num=&view=>>>. Accessed on: 3 May 2016.

6 RITCHIE, Euan et al. Continental-Scale Governance Failure Will Hasten Loss of Australia's Biodiversity. *Conservation Biology*, v. 27, n. 6, p. 1133-1135, 2013.

7 NATURAL RESOURCE MANAGEMENT MINISTERIAL COUNCIL. *Australia's Biodiversity Conservation Strategy 2010-2030*. Canberra: Australian Government, Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities, 2010.

8 See for example BYRON, Neil et al. *A review of biodiversity legislation in NSW Final Report*. Sydney: Independent Biodiversity Legislation Review Panel, 2014. Available at: <<http://www.environment.nsw.gov.au/resources/biodiversity/BiodivLawReview.pdf>>. Accessed on: 11 May 2016.

9 RYAN, Sarah et al. *Australia's NRM Governance System. Foundations and Principles for Meeting Future Challenges*. Canberra: Australian Regional NRM Chairs, 2010. HAWKE, Allan. *The Australian Environment Act: Report of the Independent Review of the Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999*. Canberra: Commonwealth of Australia, 2009 with complexity exemplified by the development approval process JOHNSON, J. Commonwealth Environmental Assessment and Approval. In: FARRIER, David; STEIN, Paul (Ed.). *The Environmental Law Handbook*. 5th ed. Sydney: Thomson Reuters, 2011.

on the first two, habitat loss and invasive species. The national strategy also highlights that “(t)he continued contribution from farmers (who manage over 60% of the Australian landscape), primary industries and community groups will be important in meeting this challenge” and so we will focus on the rural face of terrestrial biodiversity¹⁰.

4. OVERCOMING HABITAT LOSS AND FRAGMENTATION

Avoiding habitat loss, or the restoration of prior losses, involves a number of actions: creating a system of conservation reserves, protecting or restoring habitat connectivity, and controlling harmful activities on both public and private lands. Some aspects of this are structural or institutional (e.g. the creation of laws and the creation of publicly owned reserves) and others are behavioral (e.g. stopping harmful action on private land, or encouraging private conservation). The first are in the direct power of government, and the second requires the voluntary cooperation of the community. The performance issues are different for the institutional and the behavioral aspects.

Australia has a National Reserve System (“NRS”) intended to protect a “Comprehensive, Adequate and Representative” set of ecosystem types.¹¹ The NRS system is a mixture of national parks, other conservation reserves and private reserves and has grown by more than 40% in just over a decade, with a substantial part of the growth being “Indigenous Protected Areas”, (representing 7% of the landmass), where stewardship lies substantially in the hands of Aboriginal and Torres Strait Islander owners.^{12 13}

10 NATURAL RESOURCE MANAGEMENT MINISTERIAL COUNCIL. *Australia's Biodiversity Conservation Strategy 2010-2030*. Canberra: Australian Government, Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities, 2010.

11 DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT. *Australian Bioregions (IBRA)*. Available at: <<http://www.environment.gov.au/land/nrs/science/ibra>>. Accessed on: 11 May 2016.

12 TAYLOR, Martin et al. *Building Nature's Safety Net 2011: The state of protected areas for Australia's ecosystems and wildlife*. Sydney: WWF Australia, 2011. Available at: <http://awsassets.wwf.org.au/downloads/bi037_building_natures_safety_net_2011_6jul11.pdf>. Accessed on: 11 May 2016.

13 DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT AND ENERGY. *Ownership of protected areas*. Available at: <<http://www.environment.gov.au/land/nrs/about-nrs/ownership>>. Accessed on: 11

Private conservation reserves are also increasingly important, particularly to restore connectivity between habitats. Around 5% of the NRS reserves are on private land.¹⁴ However caution should be exercised in interpreting all these statistics. In Australia's rush to develop, many habitats were destroyed, and recovery through reserve system will often require very long times, perhaps centuries for habitats to recover¹⁵ and many habitat types are under-represented in the reserve system. Roughly half of the lands that are nominated as conservation reserves are in categories that allow farming and mining activities. There is ongoing pressure to allow non-conservation activities (e.g. hunting, recreation, tourism infrastructures, grazing), and there are political pressures to restrict some management activities that are desirable to protect biodiversity values of this estate (e.g. wild horse culling, closing off areas from use).

Even accepting these difficulties, progress has been achieved towards a network of protected areas. The limits to effective implementation of the national reserve policies are

1. The limited availability of some under-represented habitats, because of past destruction and the value of their economic use (and thus the cost of putting them into the conservation estate);
2. The challenges in re-establishing connectivity between protected areas, given this difficulty;
3. Demands for competing uses of the land, which translates into political pressures and partly compromises biodiversity conservation.
4. The effects of economic disadvantage on the ability of some landholders (notably Aboriginal land stewards) to adequately conserve and restore habitats.
5. Limited funds compared to what is needed to create and manage a comprehensive well-

May 2016. DEPARTMENT OF PRIME MINISTER AND CABINET. *Indigenous Protected Areas*. Available at: <<https://www.dpmc.gov.au/indigenous-affairs/environment/indigenous-protected-areas-ipas>>. Accessed on: 11 May 2016.

14 Agreements must last for 99 years at least, and ideally in perpetuity. While they can be terminated, both parties must first agree. CARING FOR OUR COUNTRY. *Standards for inclusion in the National Reserve System*. Available at: <<http://www.environment.gov.au/system/files/pages/46ff7210-376f-4402-9883-7a6f74b89fb5/files/inclusionstandards.pdf>>. Accessed on: 11 May 2016.

15 BRADSHAW, Corey. Little left to lose: Deforestation and forest degradation in Australia since European colonization. *Journal of Plant Ecology*, v. 5, n. 1, p. 109–120, 2012.

connected conservation reserve system, including on private and Indigenous lands.

Protection of habitat outside the formal reserve system is far less encouraging, with clearing of remaining habitats for agriculture and to a lesser degree urban expansion or mining resulting in ongoing declines in high quality native habitat. Whilst there are debates about the extent of land-clearing for farming and urban expansion, due of definition and measurement issues, tree cover continues to decline. In the context of the Australian ecology where trees are naturally sparse in many parts of the country the loss of tree cover is an inadequate indicator of habitat loss¹⁶. There are credible claims that land clearing is far greater than government statistics suggest, whilst in most states there are political pressures to reduce or remove the existing prescriptive controls¹⁷. While many landholders resent the controls imposed on them, this does not mean that they are antagonistic to maintaining or protecting native vegetation, and a simplistic imposition of legal controls could have counterproductive effects¹⁸.

5. THE EFFECTIVENESS OF INVASIVE SPECIES MANAGEMENT

Australia places control of invasive species as its second priority in its national biodiversity strategy. The country is home to more than 400 invasive species.¹⁹ The Australian 2011 *State of the Environment Report* indi-

cated that the impact of invasive species on biodiversity is 'high' to 'very high' and conditions are deteriorating and the impact on inland waters is 'high' and conditions are deteriorating. Of the 21 key threatening processes identified under the *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999* (Cth) as requiring priority action, 11 are invasive species²⁰. Thirty-two weed species have been identified as being of 'national significance'. Systemic harms include hotter fires in northern Australia from the burning of Gamba grass, potentially causing fundamental changes to tropical ecosystems. The economic costs of invasive species are also substantial²¹.

The management of invasive species threats to biodiversity is very complicated. It involves preventative biosecurity to avoid new species being established, early response to threats as they emerge, and ongoing control. By their nature many invasive species are extremely difficult to control particularly if they are fertile and mobile (for example feral pigs or water borne weeds). Their control requires costly coordinated action spanning many land tenures, and control effort must be ongoing. There are many social, economic and institutional barriers to effective management, particularly in rural areas where incomes are often insufficient to meet the challenge, economic incentives low, and human or financial capacity fluctuates significantly between seasons²². For many reasons an effective approach will often require a great deal of voluntary well-coordinated action across a large area. Traditional regulatory approaches are largely ineffective at forcing landholders to act positively and in a coordinated manner, and so controlling this aspect of Australia's biodiversity protection performance requires behavioural management for which the law is not well suited.

In response to the failings of prior laws, both state and national governments have undertaken (or are in the process of undertaking) radical reform focused

16 LINDENMAYER, David; BURGMAN, Mark. Vegetation loss and degradation. In: LINDENMAYER, David; BURGMAN, Mark (Ed.). *Practical Conservation Biology*. Canberra: CSIRO Publishing, 2006.

17 BYRON, Neil et al. *A review of biodiversity legislation in NSW Final Report*. Sydney: Independent Biodiversity Legislation Review Panel, 2014. Available at: <<http://www.environment.nsw.gov.au/resources/biodiversity/BiodivLawReview.pdf>>. Accessed on: 11 May 2016.

18 HARRIS-ADAMS, Keely; TOWNSEND, Phil; LAWSON, Kenton. *Native vegetation management on agricultural land*. Canberra: Department of Agriculture, Fisheries and Forestry, 2012. There are also complex issues of social justice, given the large areas of intact native vegetation held under Indigenous people's tenure. MC-CARTHY, Marty; SEXTON-MCGRATH, Kristy. *Tree clearing*: Indigenous leader Noel Pearson hits out at changes to Queensland's Native Vegetation Act. Available at: <<http://www.abc.net.au/news/2016-03-09/indigenous-leader-hits-out-at-qld-land-clearing-laws/7230726>>. Accessed on: 11 May 2016.

19 INVASIVE SPECIES SPECIALIST GROUP. *Global Invasive Species Database*. Available at: <<http://www.issg.org/database/welcome/>>. Accessed on: 11 May 2016.

20 Listed at DEPARTMENT OF ENVIRONMENT AND ENERGY. *Species Profile and Threats Database*. Available at: <<http://www.environment.gov.au/cgi-bin/sprat/public/publicgetkeythreats.pl>>. Accessed on: 11 May 2016.

21 For example the estimated cost of \$A3,300 million per year to Australian grain growers from weeds. LLEWELLYN, Rick et al. *Impact of Weeds on Australian Grain Production*: The cost of weeds to Australian grain growers and the adoption of weed management and tillage practices. Canberra: Grains and Research Development Corporation, 2016.

22 For a detailed diagnosis see MARTIN, Paul et al. *Effective Citizen Action on Invasive Species*: The Institutional Challenge. Canberra: Invasive Animals Cooperative Research Centre, 2016.

around concepts of a citizen/government partnership and a legal duty of care by landholders to control invasive species on their land (sometimes termed the ‘general biosecurity obligation’)²³. While new instruments could reduce some of the legal impediments to effective implementation of policy (assuming that they are energetically implemented), many institutional impediments will remain. The seven issues impediments listed below have been identified from invasive species control, most are relevant to any biodiversity conservation strategy that depends on citizen action.

1. A lack of resources to do what is required. This includes insufficient resources for the government agencies that are meant to lead implementation, but even more important is the need for action to be feasible for those being regulated.
2. The need for clear accountability, including clear principles for when enforcement should (or should not) proceed, and mechanisms that can evaluate and report on the integrity and effectiveness of implementation of legal arrangements.
3. Overcoming the political, legal and management problems of achieving coordinated and sustained action across private boundaries that arise because landholders have property rights and diverse interests and incentives.
4. Reducing the high costs and frustrations of bureaucracy which can make it harder for responsible citizens to take action and which can fragment the strategies used by different government agencies and by industry.
5. The need for more sophisticated behaviour management. Science and industry have sophisticated methods for engagement and communications which do not seem to be widely used in biodiversity governance programs.
6. Public communications needs to be more

effective in dealing with the politics that can undermine implementation (for example, for unpalatable actions like killing species like wild cats, dogs, rabbits or horses, or actions that impose a cost or inconvenience).

7. New skills and knowledge to manage complex citizen-based programs to protect biodiversity need to be developed and practiced in order to make new legal arrangements effective.

6. BRAZIL’S PERFORMANCE

Brazil is a mega diverse country due to its huge extension, most of all located in tropical zones. It is home to 6 different biomes or bioregions which include tropical forests, grasslands, wetlands, savannas and semi-arid zones: Amazon Tropical Forest²⁴, Atlantic Coastal Forest²⁵, Caatinga²⁶, Cerrado²⁷, Wetlands²⁸ and Grasslands²⁹.

Home to 2 tropical forests and some other very diverse biomes, as the Midwest Wetlands and the Cerrado, it houses the biggest biodiversity in the world, with more than 20% of the world’s species, many of which are endemic. Nevertheless most of the Brazilian economy is based on exotic species like soya, orange, cacao, corn, sugar-cane, coffee, rice and wheat that are responsible for more than 30% of the Gross National Product³⁰ and for large rates of deforestation, as the monocultures advance through the North of the country and, therefore, through Amazon. Cattle raising is also an important economic activity that is itself responsible too for a large amount of deforestation. This paradox leads to forest degradation, fragmentation of habitats and loss of biodiversity, creating crescent problems to any public policy related to biodiversity conservation, especially after year 2015, when Brazil entered in one of the worst economic crisis of its history and, more

23 BEALE, Roger et al. *One Biosecurity: The Independent Review of Australia’s Quarantine and Biosecurity Arrangements*. Report to the Australian Government. Canberra: National Biosecurity Committee, 2008. NATIONAL BIOSECURITY COMMITTEE. *Modernising Australia’s approach to managing established pests and diseases of national significance Discussion paper*. Canberra: Department of Agriculture, 2015. To illustrate the approach in various states see: NSW GOVERNMENT. *Proposed Framework for a NSW Biosecurity Act*. Sydney: NSW Department of Primary Industries, 2014. BIOSECURITY QUEENSLAND. *New biosecurity laws for Queensland*. Brisbane: State of Queensland, 2016.

24 A biome located in the North of Brazil.

25 A biome located in the Brazilian shore that goes from the north of the Northeast Region, until the South of Brazil.

26 A biome located in the Northeast semiarid.

27 A biome located in the Midwest, similar to the African Savanas.

28 A biome also located in the Midwest, but only in the wet parts of the States of Mato Grosso and Mato Grosso do Sul.

29 A biome located in the South of Brazil, in the State of Rio Grande do Sul.

30 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Biodiversidade Brasileira*. Available at: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>>. Accessed on: 10 May 2016.

than ever, depends on the export of commodities to maintain its trade balance.

Brazil signed the Convention on Biological Diversity during the United Nation Conference on Environment and Development (Rio/92) and it was ratified by the Brazilian Parliament on February 3rd, 1994, by the Legislative Decree n^o 2. In the same year the Brazilian Government created an Inter-ministerial Commission for Sustainable Development that led to the creation of a Coordination Body on Biodiversity within the Environmental Ministry, the National Program on Biological Diversity (PRONABIO). The competences of this body include the coordination and implementation of the CBD, the elaboration of a National Strategy on Biological Diversity and the proposal of priorities and guidelines³¹. A National Commission on Biodiversity (CONABIO) was created in 2003, to coordinate and evaluate the program, composed by representatives of the government and the society. It plays an important role in the discussion and implementation of the National Biodiversity Policy established by Decree n^o 4.339/2002³².

This National Policy, however, does not present any concrete action or measure that can be adopted to reduce the loss of biodiversity. In fact, it basically repeats the CBD principles and guidelines and establishes 7 components that should be considered as theme axes that will guide the implementation of the Policy. Those axes are: 1) Knowledge of biodiversity; 2) Biodiversity conservation; 3) Sustainable use of biodiversity; 4) Monitoring, evaluation, prevention and mitigation of impacts on biodiversity; 5) Access to genetic resources and associated traditional knowledge and benefit sharing; 6) Education; 7) Legal and institutional strengthening for biodiversity management.

Each of those axes is then unfolded with a general objective and guideline and specific objectives. None of those objectives present any instrument or practical actions to be taken so to make the Policy effective.

Some projects were developed, like the Project for Conservation and Sustainable Use of the Brazilian Bio-

logical Diversity (PROBIO I) and the National Project for Public-Private Integrated Actions for Biodiversity (PROBIO II), without, once again, any concrete results other than a Map of Priority Areas for the Conservation of the Brazilian Biomes and Recommendations for the Priority Areas³³.

The Recommendations have been largely used to ground the creation of conservation units³⁴, substituting specific studies that should be done before a conservation unit is established. Although a scientific study that guides the government in choosing priority areas where conservation units should be created can be considered to be a good tool, specific studies cannot be despised, because these are the documents that should support the choice of a certain category of conservation unit, along with its size, shape and objectives.

Another problem that can be mentioned in the field of conservation units is the lack of effectiveness caused by the lack of investments that leads to a lack of public servers and infrastructure. The Ministry of Environment budget, that includes the budget of the bodies related to environment protection and conservation units creation and management, has been maintained the same for more than a decade – around R\$ 1,3 billion (Reais) per year, that is approximately, one of the smallest budgets within the Brazilian Ministries³⁵.

Therefore, the budget available for Chico Mendes Institute for the Conservation of Biodiversity (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBio), the body in charge of the creation and management of federal conservation units has also been the same since 2001, R\$ 300 million per year. The problem is that the total area covered with conservation units since 2001 practically doubled, what means a significant reduction on the amount of Reais invested per year

33 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Áreas Prioritárias*. Available at: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/projetos-sobre-a-biodiversidade/projeto-de-conserva%C3%A7%C3%A3o-e-utiliza%C3%A7%C3%A3o-sustent%C3%A1vel-da-diversidade-biol%C3%B3gica-brasileira-probio-i/%C3%A1reas-priorit%C3%A1rias>>. Accessed on: 9 May 2016.

34 In Brazil, protected areas are divided in conservation units, regulated by Law n^o 9.985/2000, Indigenous' and Quilombola's lands and other types of environmental spaces, regulated by different legislations. The most important types of protected areas, however, are the conservation units, that have a legal regime established by Law and make up a system managed by an specific body: Chico Mendes Institute for the Conservation of Biodiversity (ICMBio).

35 GODOY, Larissa R. da Cruz. *Compensação ambiental e financiamento das áreas protegidas*. Porto Alegre: Fabris, 2015.

31 INSTITUTE OF ADVANCED STUDIES OF THE UNIVERSITY OF SAO PAULO. *Home*. Available at: <www.ica.usp.br>. Accessed on: 10 May 2016.

32 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Comissão Nacional da Biodiversidade*. Available at: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/comissao-nacional-de-biodiversidade>>. Accessed on: 11 May 2016.

per hectare, that is around R\$ 4,00, including the employees' salaries³⁶.

Without investments and monitoring, the percentage of the Brazilian territory protected with conservation units, as shown by the Brazilian government in the official documents presented, does not correspond to the reality. In fact, only a few conservation units have been really implemented, with reasonable infrastructure, employees, and management plans.

The creation of conservation units without the correspondent means for their implementation is a government maneuver to pretend to meet the Convention obligations.

Another Government ploy happened with the substantial changes made in the National Goals for Biodiversity (Metas Nacionais de Biodiversidade). The goals established for 2010 by Resolution CONABIO n° 3/2006, due to the Global Goals established by the 8th Conference of the Parties – 10% of each ecological region of the world effectively conserved by 2010 - included protecting at least 30% of the Amazon Biome and 10% of the other Biomes with conservation units.

The 10th Conference of Parties rose to 17% of terrestrial areas and 10% of continental waters that should be protected by 2020. Therefore, Brazil edited another Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020, this time including all types of protected areas and not only conservation units, as it was before. Because Indigenous Lands sum a big amount of terrestrial areas, the goal will be met much easier. The problem is that Indigenous Lands do not have as their most important objectives the conservation of biodiversity, but the conservation of the Indigenous cultures.

But Brazil advanced at least in one point directly related to the conservation of biodiversity: the protection of the rain forests. The protection of forests played a great role within the government efforts to protect biodiversity. The first successful measure was the edition of Law n° 11.428, in 2006, that provides for the protection of the Atlantic Rain Forest. This important Brazilian biome, extremely rich in biological diversity, is the most impacted one, because it is located in the Brazilian shore, from the north of the Northeast Region until the south of the country, where the colonization process

began, followed by the implantation of monocultures, like sugar cane and coffee, and in more recent years, the implantation of the Brazilian industry. Less than 9% of its original forest cover was left over 100 hectares³⁷ and the new law was issued to discipline the suppression of the remaining forest, as it is still located in the most populated and developed parts of the country.

Another biome that is being severely impacted lately is the Amazon Forest. Brazil is home to part of the Amazon Forest, that represents 67% of the world tropical forests, has 6,9 millions square kilometers and spreads through 9 South American countries: Brazil, Peru, Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela, Guiana, Suriname and French Guiana. It is estimated that 1/3 of the world trees are located in that region, approximately 40.000 species of plants, 3.000 species of fish and more than 400 mammals. The birds sum more than 1.300 different species. It also produces 20% of all the world fresh water³⁸.

In Brazil, the Amazon Forest covers 49% of the Brazilian territory (4,2 million square kilometers), spreading through 9 States, and is home to 24 million people, less than 10% of the total population. The State that suffered more with deforestation is Rondonia, which lost almost 30% of its natural vegetation³⁹.

The rhythm of deforestation is very high. According to Greenpeace, until 1970 deforestation did not exceed 1% of the whole Brazilian Amazon Forest. Since then, almost 18% has been deforested⁴⁰. Different governmental programs, like the National Integration Program (Programa de Integração Nacional - PIN) and the First National Development Program (I Programa Nacional de Desenvolvimento - I PND) encouraged, in the late 1960's and early 1970's, the occupation of the Amazon region, aiming to integrate the region to the national economy. The internal migration and the lack of sur-

36 GODOY, Larissa R. da Cruz. *Compensação ambiental e financiamento das áreas protegidas*. Porto Alegre: Fabris, 2015.

37 SOS MATA ATLÂNTICA. *SOS Mata Atlântica exists to protect one of the most endangered forests in the world: the Atlantic Forest and its associated ecosystems and people*. Available at: <<https://www.sosma.org.br/nossa-causa/a-mata-atlantica/>>. Accessed on: 14 Apr. 2016.

38 GREENPEACE. *Fascínio e destruição*. Available at: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/O-que-fazemos/Amazonia/>>. Accessed on: 14 Apr. 2016.

39 GREENPEACE. *Fascínio e destruição*. Available at: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/O-que-fazemos/Amazonia/>>. Accessed on: 14 Apr. 2016.

40 GREENPEACE. *Fascínio e destruição*. Available at: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/O-que-fazemos/Amazonia/>>. Accessed on: 14 Apr. 2016.

veillance opened the door to fraud in property titles and illegal deforestation, either for wood, pastures or, more recently, soya⁴¹.

The concept of deforestation can be defined in a broad or in a more restricted way. The broad concept involves a process that begins with the extraction of trees that have high economic value leading, in the sequence, to the extraction of the other trees which price is not as high. Pastures start then to be planted under the few trees that were left and the forest begins to be more vulnerable to the action of winds, rains and water currents. The end of the process is the complete extraction of the forest cover. The restrict way of defining deforestation takes into consideration only the last phase, when erosion begins to be a great threaten to soil and the loss of biodiversity is intense because of the habitats and natural ecosystems fragmentation⁴².

The rate of deforestation in Brazil has dramatically increased in the 1990's, especially in 1995, when there was a record, as shown in Figure 2, that presents the annual rates of deforestation in the Legal Amazon⁴³. The data was collected by satellites and processed by The National Institute for Space Research (Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE), the governmental body in charge of producing science and technology in space and environmental areas.

Figure 2 also shows that the years 2003 and 2004 presented again crescent rates of deforestation, due mostly to the increase of livestock⁴⁴ and led to the deve-

lopment of an official program called The Action Plan for the Prevention and the Control of Deforestation in the Legal Amazon (Plano de Ação para a Prevenção e o Controle do Desmatamento da Amazônia Legal – PPCDAm). The strategy used by PPCDAm combined 4 axes of intervention: 1) land use planning; 2) monitoring and environmental control; 3) promoting sustainable productive activities; 4) sustainable infrastructure. The first actions involved fighting corruption, with the help of the Federal Police, and the creation, by INPE, of the system called DETER, which is meant to detect deforestation in almost real time. The federal environmental agency - Brazilian Environmental and Renewable Resources Institute (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA) - increased field operations and the Ministry of Agrarian Development demanded a new registration of rural properties. Another action was the creation of protected areas of different types in Amazon.

The results were a gradual reduction in the deforestation rates, with a little increase in 2008, due to political problems experienced by the disagreement of the heads of the agribusiness, including, at that time, the governor of Mato Grosso State and President's Lula ally, Blairo Maggi. In 2013 and 2015, as can be seen in Figures 3 and 5, the rate of deforestation increased again, due this time to the edition of the New Forest Code, in 2012 (Law n° 12.651/12). This new law is understood as the major setback in the Brazilian Environmental legislation because it not only granted amnesty to rural proprietors who illegally degraded the environment but it also turned some protected areas that had to be respected in rural properties more flexible.

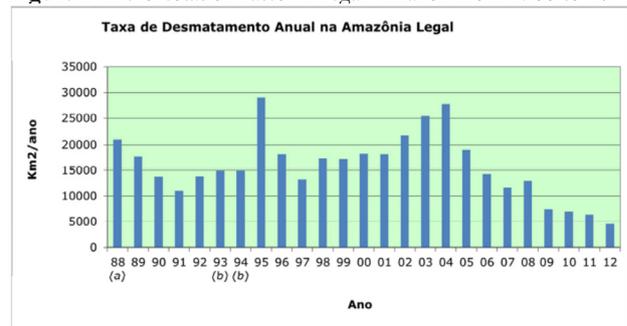
41 ARAÚJO, Ubiracy Craveiro de. A presença indígena nas unidades de conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

42 PIRES, Mauro Oliveira. A política de combate ao desmatamento na Amazônia e no cerrado. In: LITTLE, Paul (Org.). *Os novos desafios da política ambiental brasileira*. Brasília: IEB, 2014.

43 The Legal Amazon is a concept created by the Brazilian government to promote the region's social and economic development. It includes the total territory of Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins and part of Maranhão. The extension of the Legal Amazon is 5.217.423 km², what represents 61% of the Brazilian territory. Although it is formed mostly by tropical forest, a part of the Legal Amazon is covered by Cerrado an Pantanal. O ECO. *O que é a Amazônia Legal*. Available at: <<http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28783-o-que-e-a-amazonia-legal/>>. Accessed on: 15 Apr. 2016.

44 Between 2002 and 2006, for each 4 cattle added to the Brazilian cattle herd, 3 were in Amazon. PIRES, Mauro Oliveira. A política de combate ao desmatamento na Amazônia e no cerrado. In: LITTLE, Paul (Org.). *Os novos desafios da política ambiental brasileira*. Brasília: IEB, 2014.

Figure 2- Deforestation rates in Legal Amazon from 1988 to 2012



Source: INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE) – Projeto Prodes. Metodologia para o cálculo da Taxa Anual de Desmatamento na Amazônia Legal. 2013.

FIGURE 3 Deforestation rates in Legal Amazon from 2004 to 2015 per State

Taxas 2004 a 2015:

Ano\ Estados	AC	AM	AP	MA	MT	PA	RO	RR	TO	AMZ LEGAL
2004	728	1232	46	755	11814	8870	3858	311	158	27772
2005	592	775	33	922	7145	5899	3244	133	271	19014
2006	398	788	30	674	4333	5659	2049	231	124	14286
2007	184	610	39	631	2678	5526	1611	309	63	11651
2008	254	604	100	1271	3258	5607	1136	574	107	12911
2009	167	405	70	828	1049	4281	482	121	61	7464
2010	259	595	53	712	871	3770	435	256	49	7000
2011	280	502	66	396	1120	3008	865	141	40	6418
2012	305	523	27	269	757	1741	773	124	52	4571
2013	221	583	23	403	1139	2346	932	170	74	5891
2014	309	500	31	257	1075	1887	684	219	50	5012
2015	279	769	13	217	1508	1881	963	148	53	5831
Var. 2015-2014	-10%	54%	-58%	-16%	40%	0%	41%	-32%	6%	16%
Var. 2015-2004	-62%	-38%	-72%	-71%	-87%	-79%	-75%	-52%	-66%	-79%

Source: INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE) – Projeto Prodes. Metodologia para o cálculo da Taxa Anual de Desmatamento na Amazônia Legal. 2013.

What can be extracted from the data collected by INPE is that the PPCDam Plan was successful until 2013, when an increase of the deforestation rate in Amazon can be seen, with all its consequences, especially for the conservation of biodiversity.

Those setbacks could be felt in other sectors much earlier, like in the controlling of genetically modified organisms (GMOs), for example. In this subject, Law n° 11.105, edited in 2005, is much more flexible than the latter one (Law n° 8.974/1995). The gain of political importance from representatives of the agribusiness in the Lower and Upper Houses of the Brazilian Parliament opened the doors to the reduction of environmental protection actions by the government, which, on the other hand, was fighting to license huge infrastructure projects that were very impactful for the environment.

7. CONCLUSIONS ACROSS BOTH JURISDICTIONS

In both jurisdictions, governments have demonstrated a willingness to put in place various laws and other institutional arrangements with the intention of mee-

ting biodiversity objectives. In both countries much can be said that is positive about this formal step.

In both jurisdictions, economic and political pressures for farming expansion (in particular) have resulted in severe compromises of implementation. In both countries the contest between environmental protection and farm economics continues to be the main feature of the implementation of biodiversity protection law. Traditional regulation is substantially impeded by both this contest and the underlying economic and social problems of attempting to enforce the law.

It is clear that the behavioral effectiveness of biodiversity protection laws is well short of what is needed, and that the causes for failure are complex. This suggests that the types of instruments and strategies being used are ill suited. A lot more innovation and probably a lot more resources are needed for effective implementation.

In both countries, political commitment is not followed by resourcing to fulfill that commitment, and in both countries the reports on implementation of the Biodiversity Convention are not characterized by rigorous independent analysis. Political rhetoric overrides the type of objective scientific and governance scrutiny that is needed.

Issues of social justice are deeply embedded in these problems. The issues are slightly different because of the differing history, but in both poverty and Indigenous people's issues are important variables that both complicate the achievement of biodiversity objectives but also offer the potential to combine environmental protection with social justice improvement.

REFERENCES

ARAÚJO, Ubiracy Craveiro de. A presença indígena nas unidades de conservação. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

AUSTRALIAN BUREAU OF STATISTICS. *Australia's Biodiversity 1301.0 - Year Book Australia, 2009–10*. Available at: <<http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@.nsf/Previousproducts/1301.0Feature%20Article12009%E2%80%9310?opendocument&tabname=Summary&prodno=1301.0&issue=2009%9610&num=&view=>>>. Accessed on: 3 May 2016.

- BEALE, Roger et al. *One Biosecurity: The Independent Review of Australia's Quarantine and Biosecurity Arrangements*. Report to the Australian Government. Canberra: National Biosecurity Committee, 2008.
- BIOSECURITY QUEENSLAND. *New biosecurity laws for Queensland*. Brisbane: State of Queensland, 2016.
- BRADSHAW, Corey. Little left to lose: Deforestation and forest degradation in Australia since European colonization. *Journal of Plant Ecology*, v. 5, n. 1, p. 109–120, 2012.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Áreas Prioritárias*. Available at: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/projetos-sobre-a-biodiversidade/projeto-de-conserva%C3%A7%C3%A3o-e-utiliza%C3%A7%C3%A3o-sustent%C3%A1vel-da-diversidade-biol%C3%B3gica-brasileira-probio-i/%C3%A1reas-priorit%C3%A1rias>>. Accessed on: 9 May 2016.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Comissão Nacional da Biodiversidade*. Available at: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/comissao-nacional-de-biodiversidade>>. Accessed on: 11 May 2016.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *GRUPO tag-Grupo – CLASSE V – tagColegiado TC 006.762/2014-0*. Available at: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/006.762-2014-0%20Auditoria%20ICM-Bio%20-%20Áreas%20Protegidas.pdf>. Accessed on: 3 May 2016.
- BYRON, Neil et al. *A review of biodiversity legislation in NSW Final Report*. Sydney: Independent Biodiversity Legislation Review Panel, 2014. Available at: <<http://www.environment.nsw.gov.au/resources/biodiversity/BiodivLawReview.pdf>>. Accessed on: 11 May 2016.
- CARING FOR OUR COUNTRY. *Standards for inclusion in the National Reserve System*. Available at: <<http://www.environment.gov.au/system/files/pages/46ff7210-376f-4402-9883-7a6f74b89fb5/files/inclusionstandards.pdf>>. Accessed on: 11 May 2016.
- CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Fifth National Report Information Portal*. Available from: <<https://www.cbd.int/nr5/>>. Accessed on: 3 May 2016.
- DEPARTMENT OF ENVIRONMENT AND ENERGY. *Species Profile and Threats Database*. Available at: <<http://www.environment.gov.au/cgi-bin/sprat/public/publicgetkeythreats.pl>>. Accessed on: 11 May 2016.
- DEPARTMENT OF PRIME MINISTER AND CABINET. *Indigenous Protected Areas*. Available at: <<https://www.dpmc.gov.au/indigenous-affairs/environment/indigenous-protected-areas-ipas>>. Accessed on: 11 May 2016.
- DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT AND ENERGY. *Ownership of protected areas*. Available at: <<http://www.environment.gov.au/land/nrs/about-nrs/ownership>>. Accessed on: 11 May 2016.
- DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT. *Australia's Fifth National Report under the Convention on Biological Diversity*. Canberra: Department of the Environment, 2014.
- DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT. *Australian Bioregions (IBRA)*. Available at: <<http://www.environment.gov.au/land/nrs/science/ibra>>. Accessed on: 11 May 2016.
- ENVIRONMENTAL PERFORMANCE INDEX. *Data: Country Rankings*. Available at: <<http://epi.yale.edu/country-rankings>>. Accessed on: 3 May 2016.
- GODOY, Larissa R. da Cruz. *Compensação ambiental e financiamento das áreas protegidas*. Porto Alegre: Fabris, 2015.
- GREENPEACE. *Fascínio e destruição*. Available at: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/O-que-fazemos/Amazonia/>>. Accessed on: 14 Apr. 2016.
- HARRIS-ADAMS, Keely; TOWNSEND, Phil; LAWSON, Kenton. *Native vegetation management on agricultural land*. Canberra: Department of Agriculture, Fisheries and Forestry, 2012.
- HAWKE, Allan. *The Australian Environment Act: Report of the Independent Review of the Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999*. Canberra: Commonwealth of Australia, 2009.
- INSTITUTE OF ADVANCED STUDIES OF THE UNIVERSITY OF SAO PAULO. *Home*. Available at: <www.iea.usp.br>. Accessed on: 10 May 2016.
- INVASIVE SPECIES SPECIALIST GROUP. *Global Invasive Species Database*. Available at: <<http://www.issg.org/database/welcome/>>. Accessed on: 11 May 2016.
- JOHNSON, J. Commonwealth Environmental Assessment and Approval. In: FARRIER, David; STEIN, Paul (Ed.). *The Environmental Law Handbook*. 5th ed. Sydney: Thomson Reuters, 2011.
- LINDENMAYER, David; BURGMAN, Mark. *Vege-*

- tation loss and degradation. In: LINDENMAYER, David; BURGMAN, Mark (Ed.). *Practical Conservation Biology*. Canberra: CSIRO Publishing, 2006.
- LLEWELLYN, Rick et al. *Impact of Weeds on Australian Grain Production: The cost of weeds to Australian grain growers and the adoption of weed management and tillage practices*. Canberra: Grains and Research Development Corporation, 2016.
- MARTIN, Paul et al. *Effective Citizen Action on Invasive Species: The Institutional Challenge*. Canberra: Invasive Animals Cooperative Research Centre, 2016.
- MCCARTHY, Marty; SEXTON-MCGRATH, Kristy. *Tree clearing: Indigenous leader Noel Pearson hits out at changes to Queensland's Native Vegetation Act*. Available at: <<http://www.abc.net.au/news/2016-03-09/indigenous-leader-hits-out-at-qld-land-clearing-laws/7230726>>. Accessed on: 11 May 2016.
- NATIONAL BIOSECURITY COMMITTEE. *Moderating Australia's approach to managing established pests and diseases of national significance Discussion paper*. Canberra: Department of Agriculture, 2015.
- NATURAL RESOURCE MANAGEMENT MINISTERIAL COUNCIL. *Australia's Biodiversity Conservation Strategy 2010-2030*. Canberra: Australian Government, Department of Sustainability, Environment, Water, Population and Communities, 2010.
- NATURAL RESOURCE MANAGEMENT REGIONS AUSTRALIA. *Welcome to the National NRM Region's Web-site*. Available at: <<http://nrmregionsaustralia.com.au>>. Accessed on: 3 May 2016.
- NSW GOVERNMENT. *Proposed Framework for a NSW Biosecurity Act*. Sydney: NSW Department of Primary Industries, 2014.
- O ECO. *O que é a Amazônia Legal*. Available at: <<http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28783-o-que-e-a-amazonia-legal/>>. Accessed on: 15 Apr. 2016.
- PIRES, Mauro Oliveira. A política de combate ao desmatamento na Amazônia e no cerrado. In: LITTLE, Paul (Org.). *Os novos desafios da política ambiental brasileira*. Brasília: IEB, 2014.
- RITCHIE, Euan et al. Continental-Scale Governance Failure Will Hasten Loss of Australia's Biodiversity. *Conservation Biology*, v. 27, n. 6, p. 1133–1135, 2013.
- RYAN, Sarah et al. *Australia's NRM Governance System. Foundations and Principles for Meeting Future Challenges*. Canberra: Australian Regional NRM Chairs, 2010.
- SOE COMMITTEE 2011. *Australia State of the Environment 2011: Independent Report to the Australian Minister for Sustainability, Environment, Water, Population and Communities*. Canberra: Commonwealth of Australia.
- SOS MATA ATLÂNTICA. *SOS Mata Atlantica exists to protect one of the most endangered forests in the world: the Atlantic Forest and its associated ecosystems and people*. Available at: <<https://www.sosma.org.br/nossa-causa/a-mata-atlantica/>>. Accessed on: 14 Apr. 2016.
- TAYLOR, Martin et al. *Building Nature's Safety Net 2011: The state of protected areas for Australia's ecosystems and wildlife*. Sydney: WWF Australia, 2011. Available at: <http://awsassets.wwf.org.au/downloads/bi037_building_natures_safety_net_2011_6jul11.pdf>. Accessed on: 11 May 2016.
- THE WORLD BANK. *World Bank Open Data*. Available at: <<http://data.worldbank.org>>. Accessed on: 3 May 2016.
- (Footnotes)
- 1 THE WORLD BANK. *World Bank Open Data*. Available at: <<http://data.worldbank.org>>. Accessed on: 3 May 2016.
 - 2 THE WORLD BANK. *World Bank Open Data*. Available at: <<http://data.worldbank.org>>. Accessed on: 3 May 2016.
 - 3 THE WORLD BANK. *World Bank Open Data*. Available at: <<http://data.worldbank.org>>. Accessed on: 3 May 2016
 - 4 THE WORLD BANK. *World Bank Open Data*. Available at: <<http://data.worldbank.org>>. Accessed on: 3 May 2016
 - 5 THE WORLD BANK. *World Bank Open Data*. Available at: <<http://data.worldbank.org>>. Accessed on: 3 May 2016
 - 6 THE WORLD BANK. *World Bank Open Data*. Available at: <<http://data.worldbank.org>>. Accessed on: 3 May 2016
 - 7 THE WORLD BANK. *World Bank Open Data*. Available at: <<http://data.worldbank.org>>. Accessed on: 3 May 2016
 - 8 ENVIRONMENTAL PERFORMANCE INDEX. *Data: Country Rankings*. Available at: <<http://epi.yale.edu/country-rankings>>. Accessed on 3 May 2016.
 - 9 THE WORLD BANK. *World Bank Open Data*. Available at: <<http://data.worldbank.org>>. Accessed on: 3 May 2016.
 - 10 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *GRUPO tagGrupo – CLASSE V – tagColegiado TC 006.762/2014-0*. Available at: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/006.762-2014-0%20Auditoria%20ICM-Bio%20-%20Áreas%20Protegidas.pdf>. Accessed on: 3 May 2016.
 - 11 DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT. *Australia's Fifth National Report under the Convention on Biological Diversity*. Canberra: Department of the Environment, 2014.
 - 12 NATURAL RESOURCE MANAGEMENT REGIONS AUSTRALIA. *Welcome to the National NRM Region's Web-site*. Available at: <<http://nrmregionsaustralia.com.au>>. Accessed on: 3 May 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O reconhecimento da dignidade dos elementos da biodiversidade com base no diálogo entre o direito internacional e o ordenamento jurídico brasileiro

The recognition of dignity of the elements of biodiversity based on dialogue between the international law and the Brazilian legal system

Augusto César Leite de Resende

O reconhecimento da dignidade dos elementos da biodiversidade com base no diálogo entre o direito internacional e o ordenamento jurídico brasileiro

The recognition of dignity of the elements of biodiversity based on dialogue between the international law and the Brazilian legal system

Augusto César Leite de Resende**

RESUMO

O direito internacional impôs à República Federativa do Brasil, por meio da Convenção da Diversidade Biológica, a proteção e a promoção da biodiversidade do planeta. Por essa razão, o presente artigo científico tem por objetivo precípuo demonstrar, por meio de uma pesquisa doutrinária e legislativa, que a ordem jurídica brasileira, com base no diálogo entre o direito interno e o direito internacional, especificamente a Convenção da Biodiversidade, reconhece que todos os componentes da biodiversidade, e não somente o ser humano, têm valor intrínseco e são dotados de dignidade. Para tanto, tratar-se-á da abertura do ordenamento jurídico brasileiro ao direito internacional. Posteriormente, refletir-se-á sobre a base antropológica da crise ecológica e a necessidade da adoção de uma nova visão calcada na dignificação da natureza. Por fim, analisar-se-á a consagração da dignidade de todos os seres vivos na ordem jurídica brasileira com base na internalização da Convenção sobre Diversidade Biológica. Conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do diálogo com o direito internacional, reconhece que todos os elementos da diversidade biológica têm dignidade, merecendo respeito e proteção independentemente do seu valor para o homem ou do potencial para uso humano, possibilitando, assim, a preservação da integridade do planeta da Terra. O tema do artigo é pouco pesquisado, sobretudo na doutrina brasileira, original e importante porque a concepção de direito na contemporaneidade revela que o diálogo entre o direito interno e o direito internacional é inevitável e pode ser valioso instrumento de proteção da biodiversidade em tempos de crise ecológica global.

Palavras-chave: Convenção da Diversidade Biológica. Diálogo entre ordens jurídicas. Dignidade.

ABSTRACT

International law imposed the Federative Republic of Brazil by the Convention on Biological Diversity, the protection and promotion of biodi-

* Recebido em 25/02/2016
Aprovado em 18/05/2016

** Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Público pela Universidade Sul de Santa Catarina. Professor de Direito Constitucional dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). Promotor de Justiça em Sergipe. *E-mail:* aclresende@bol.com.br

versity. Thus, this article aims to demonstrate, from a doctrinal and legislative research, the Brazilian legal system, from the dialogue between domestic law and international law, specifically the Convention on Biological Diversity, recognizes that all components of biological diversity, not only humans, have intrinsic value and are endowed with dignity. Hence, it will analyze the opening of the Brazilian legal system to international law, the anthropological basis of the ecological crisis and the need to adopt a new vision grounded in the dignity of nature and the affirmation of the dignity of all living beings in the Brazilian legal system from the internalization of the Convention on Biological Diversity. Conclude that the Brazilian legal system, from a dialogue with international law, recognizes that all elements of biological diversity has dignity and deserves respect and protection regardless of its value to humans and the potential for human use thus enabling the preservation of the integrity of the planet Earth. The article theme has not been very much studied, especially in the Brazilian legal theory, and it is unique and important because the conception of law in contemporary times reveals that the dialogue between domestic law and international law is inevitable and can be valuable biodiversity protection instrument in global ecological crisis times.

Keywords: Convention on Biological Diversity. Dialogue between legal systems. Dignity.

1. INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho científico se inspirou no fato de que o atual ritmo de produção e consumo está esgotando as reservas naturais e colocando em xeque a existência da vida no planeta, de modo que urge uma solução para a contradição existente entre crescimento econômico e preservação da natureza, uma vez que o capitalismo busca, sempre, o crescimento ilimitado e despreza os limites da natureza, sacrificando o chamado capital natural.

O Relatório de Desenvolvimento Humanos 2013, publicado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUMA), constatou que o planeta poderá sofrer uma “catástrofe ambiental” até 2050, alertando, inclusive, que as alterações climáticas, atualmente, intensificam as ameaças ambientais crônicas e que as perdas de ecossistemas limitam as oportunidades

de criação de meios de subsistência, em especial para os pobres, de modo que um ambiente limpo e seguro deve ser um direito e não um privilégio do ser humano¹.

É mister a compatibilização do desenvolvimento com a proteção da natureza, mediante a promoção do desenvolvimento sustentável, como instrumento de garantia não somente da vida biológica². Mas não só porque a crise ecológica é produto da adoção de uma visão antropocêntrica de mundo, que colocou o homem no centro do universo, em oposição à natureza, que passou a ser concebida como um objeto a ser instrumentalizado e dominado em prol dos interesses humanos.

A superação da crise ambiental exige, também, a adoção de um novo paradigma ético-jurídico na relação do homem com a natureza, consistente no reconhecimento de que toda a vida tem um valor intrínseco e, portanto, dignidade, independentemente da utilidade que tenha para os seres humanos, pois a Terra é um verdadeiro ser vivo plenamente integrado por todas as formas de vida, interligados e interdependentes.

Desse modo, surge a possibilidade de estabelecimento de um diálogo cooperativo, caracterizado pelo entrelaçamento entre o ordenamento jurídico interno e a ordem jurídica internacional, a permitir a sedimentação de uma relação construtiva de aprendizado, intercâmbio e aperfeiçoamento recíprocos, que garanta a promoção e a proteção da diversidade biológica.

Nesse toar, o presente artigo científico tem por objetivo precípuo demonstrar, por meio de uma pesquisa doutrinária e legislativa, que a ordem jurídica brasileira, a partir do profícuo diálogo entre o direito interno e o direito internacional, especificamente a Convenção da Diversidade Biológica, reconhece que todos os componentes da diversidade biológica, e não somente o ser humano, têm valor intrínseco e são dotados de dignidade.

Para tanto, tratar-se-á da abertura do ordenamento jurídico brasileiro ao direito internacional. Posteriormente, refletir-se-á sobre a base antropológica da crise ecológica e a necessidade da adoção de uma nova visão calcada na dignificação da natureza. Por fim, analisar-se-á a consagração da dignidade de todos os seres vivos

1 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório de desenvolvimento humanos 2013: a ascensão do Sul: o progresso humano num mundo diversificado*. Brasília: PNUD, 2013. p. 97.

2 DALY, Herman E. Economics in a full world. *Scientific American*, v. 293, n. 3, p. 100-107, Set. 2005. p. 100.

na ordem jurídica brasileira a partir da internalização da Convenção sobre Diversidade Biológica.

2. A ABERTURA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO AO DIREITO INTERNACIONAL

No Estado liberal do século XIX, a lei era a fonte única e hegemônica do Direito e passou a ser o instrumento utilizado para aplicar e interpretar a Constituição, a limitar o poder estatal e a manifestar a vontade popular³, de maneira que o pensamento jurídico vigente até primeira metade do século XX, o positivismo jurídico, fundava-se na ideia da observância “cega” da lei, afastando do Direito a filosofia, os princípios, os valores e o sentido de Justiça⁴.

Os valores morais vigentes numa comunidade política não podiam ser, segundo o positivismo jurídico, levados em consideração pelo direito e pela ciência jurídica, uma vez que o conceito de direito era definido de modo a não incluir elementos morais⁵. O direito deveria ser examinado e compreendido de modo distinto dos demais campos científicos.

A negativa de abertura do sistema jurídico aos valores permitiu que o Estado produzisse um Direito marcado pela tirania e pelo descarte do ser humano⁶. Nesse cenário, tem-se a ascensão do fascismo ao poder, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, que retiravam da “lei” o fundamento de validade das atrocidades praticadas contra negros, ciganos, homossexuais e, notadamente, judeus durante a Segunda Guerra Mundial.

As concepções da infalibilidade do legislador, da lei como fonte única do Direito e de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos promoveram o fracasso político do positivismo jurídico porque já não mais se aceitava, no pensamento jurídico do pós-guerra, tais ideias⁷.

3 MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 24.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 262.

5 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 3.

6 ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013. p. 135.

7 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4.

Por essa razão, o constitucionalismo mundial sofreu grandes e profundas transformações, após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo⁸, bem como a emergência do direito internacional dos direitos humanos.

A proteção internacional dos direitos humanos está estruturada em dois tipos de sistemas de proteção, quais sejam, o global e os regionais. O sistema global foi institucionalizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), cujos principais instrumentos normativos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos foram estruturados por organizações continentais, em especial a Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a União Africana, ao longo da segunda metade do século XX. Os três principais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são o interamericano, o europeu e o africano, apesar de haver, ainda que de forma incipiente, a formação de um sistema árabe-islâmico de proteção dos direitos humanos, todos com o propósito de promover a proteção e valorização dos direitos humanos na região.

Os sistemas global e regional são verdadeiros instrumentos de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Ambos são fundados no princípio da dignidade humana e, por isso, complementam-se e interagem com os sistemas nacionais de proteção dos direitos humanos, a fim de proporcionar a maior efetividade possível à promoção e à defesa dos direitos humanos.

Têm-se, portanto, o surgimento de ordens jurídicas internacionais e, com elas, a disseminação de documentos internacionais vocacionados à defesa dos direitos humanos, com força jurídica vinculante no âmbito do direito interno dos Estados, dentre as quais a Convenção da Diversidade Biológica.

A Constituição Federal, influenciada pelo desenvolvimento do direito internacional, estabeleceu, em seu artigo 5º, § 2º, cláusula de abertura do sistema jurídico brasileiro às ordens jurídicas internacionais em matéria

ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 264.

8 Alguns autores se referem aos termos “constitucionalismo contemporâneo” ou “pós-positivismo” como sinônimos de “neoconstitucionalismo”.

de direitos humanos, ao ressaltar que os direitos e garantias expressos na Carta Constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A *Lex Maxima* possibilita, destarte, a inclusão no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos os direitos humanos positivados expressa ou implicitamente em convenções internacionais em que o Brasil seja signatário.

Em essência, os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos” visam resguardar a primazia da dignidade da pessoa humana e os seus conteúdos estão, sobretudo com a emergência do direito internacional dos direitos humanos, em um processo crescente de aproximação e harmonização.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha adotado, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário tombado sob número 466.343-SP, a tese do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, no sentido de que os tratados que não forem aprovados pelo rito estabelecido no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal têm natureza supralegal e os aprovados de acordo com o rito especial têm natureza constitucional⁹, verdade é que a Constituição da República atribui, *ex vi* do disposto em seu artigo 5º, § 2º, aos tratados internacionais de direitos humanos a natureza jurídica de norma constitucional¹⁰. Aliás, a especialidade dos direitos humanos, fundados na dignidade humana, é suficiente para assegurar a legitimidade constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos¹¹.

As normas internacionais definidoras de direitos humanos são normas materialmente constitucionais e integram o chamado bloco de constitucionalidade¹² e tais direitos são constitucionalmente protegidos. Com a inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, têm-se duas categorias de tratados internacionais

de direitos humanos, quais sejam: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais.

Todas as convenções internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais em razão do disposto no artigo 5º, § 2º e poderão ter, também, a qualidade de formalmente constitucionais se aprovados segundo o rito especial estabelecido pelo artigo 5º, § 3º da Constituição Federal¹³.

Nesse aspecto, a abertura do ordenamento jurídico nacional à ordem jurídica internacional é particularmente importante porque permite o reconhecimento normativo da dignidade de todos os seres vivos, humanos e não humanos, por meio da internalização de instrumentos internacionais de *hard law* destinados à proteção da biodiversidade, uma vez que a crise ecológica da atualidade é marcadamente global e fruto do antropocentrismo próprio da modernidade.

Por meio do entrelaçamento e da interação entre o direito interno e o direito internacional, será possível a superação do paradigma antropocêntrico de proteção da natureza por uma concepção biocêntrica apoiada na centralidade da vida em geral.

3. A BASE ANTROPOCÊNTRICA DA CRISE ECOLÓGICA E A NECESSIDADE DE UMA NOVA VISÃO ALICERÇADA NA DIGNIFICAÇÃO DA NATUREZA

Os seres humanos extraem, desde os tempos primários, recursos da natureza para satisfazer suas necessidades, gerando, assim efeitos, negativos no meio ambiente que, inicialmente, eram totalmente absorvidos pelo ecossistema, já que havia uma pequena quantidade de pessoas no planeta e as sociedades primitivas eram baseadas na agricultura de subsistência.

Entretanto, o processo de desenvolvimento econômico e o avanço industrial intensificaram os impactos negativos da interferência do ser humano no meio ambiente, uma vez que é a natureza quem fornece a matéria prima dos produtos inseridos no mercado de consumo. Aliás, “o capitalismo e o industrialismo criaram um mundo num sentido mais negativo e ameaçador, um mundo no qual há mudanças ecológicas reais ou poten-

9 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 239-240.

10 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 114.

11 FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da Constituição. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 175-192, jul./dez. 2015. p. 182.

12 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117.

13 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134.

ciais de um tipo daninho que afeta a todos no planeta”¹⁴.

A crise ecológica é sobretudo a crise da nossa relação com a natureza, uma crise de paradigma¹⁵. Com a modernidade, conceituada como o “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”¹⁶, os homens passaram a ser o centro e a medida de todas as coisas e, com isso, a não mais perceber a natureza como um ser vivo, além de não enxergarem, também, que são inseparáveis dela e da Terra¹⁷. Este é o paradigma antropocêntrico.

O antropocentrismo tem as suas origens na tradição judaico-cristã. Segundo essa doutrina, Deus criou os homens à sua imagem e semelhança para governar os animais sobre a Terra e, por isso, seria um ser superior e distinto dos demais seres vivos existentes no planeta, por conseguinte a natureza e os seres vivos não humanos, privados de qualquer valor intrínseco, estavam a serviço e à disposição do homem¹⁸. Aí estão também as premissas da dignidade da pessoa humana¹⁹.

A partir do século XVII, a visão antropocêntrica se aprofundou, com o surgimento “de uma nova relação com o mundo portadora das marcas do individualismo possessivo, o homem, medida de todas as coisas, instala-se no centro do Universo, apropria-se dele e prepara-se para o transformar”²⁰. A modernidade inaugura essa nova era, centrada na racionalidade humana e no dualismo homem-natureza, em que o homem é o sujeito e a

natureza é o objeto²¹.

O antropocentrismo influenciou a formulação kantiana de dignidade, construída com base na natureza racional do ser humano, em que autonomia, razão e dignidade estão relacionados e inexoravelmente imbricados²². Immanuel Kant assinala que os homens, enquanto seres racionais, são dotados de autonomia, isto é, agem de acordo com as regras que estabelecem para si mesmos, sem determinações ou interferências externas.

A razão, a autonomia e a dignidade se entrelaçam, na medida em que o homem só é um fim em si mesmo porque é dotado de razão autônoma, que é aquela que somente obedece às leis que dá a si mesma²³. Além disso, os seres humanos estão submetidos à segunda formulação do imperativo categórico que determina que “cada um deles jamais deve tratar a si mesmo e a todos os outros como meros meios, mas sempre ao mesmo tempo como fim em si mesmo”²⁴. Desse modo:

No reino dos fins tudo tem ou bem um preço ou bem uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente, mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade²⁵.

Na visão kantiana, a natureza não é dotada de dignidade, uma vez que esta é uma qualidade exclusiva da pessoa humana, único ser vivo autônomo e racional. Tal concepção de dignidade é, como se vê, excessivamente antropocêntrica, no sentido de que o ser humano, em função de sua racionalidade, “ocupa um lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos”²⁶, permitindo-se a dominação e a destruição da natureza. O homem tem dignidade e é, por isso mesmo, um fim em si mesmo, ao passo que a natureza tem um preço ou valor instrumental.

14 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 71.

15 OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 8.

16 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 11.

17 HARDING, Stephan. *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia: para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*. São Paulo: Culturix, 2008. p. 37.

18 O Papa Francisco rechaça a acusação de que os problemas ambientais da atualidade têm raízes no pensamento judaico-cristão, no sentido de que haveria autorização bíblica, no Livro do Gênesis, para o homem dominar e subjugar a natureza. O Sumo Pontífice afirma que a Sagrada Escritura não apregoa o antropocentrismo despótico, mas sim que os seres vivos, humanos e não humanos, têm valor próprio e intrínseco. FRANCISCO, Papa. *Carta Encíclica Laudato Si* (Sobre o cuidado da casa comum). Tradução da Editora do Vaticano. São Paulo: Paulus; Loyola, 2015. p. 53-55.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 36.

20 OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 53.

21 GOMES, Ariel Koch. *Natureza, direito e homem: sobre a fundamentação do direito do meio ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 36.

22 WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 12.

23 WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 33.

24 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009. p. 259-261.

25 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009. p. 265.

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42-43.

O antropocentrismo kantiano aumentou o distanciamento do homem em relação à natureza, no sentido de que esta, enquanto objeto e destituída de valor intrínseco, pode ser apropriada e dominada pelo ser humano. O meio ambiente se torna o instrumento utilizado pelo homem para satisfazer suas necessidades momentâneas e a atender seus interesses econômicos. Assim, não se pode negar que

[...] a reificação da natureza e a conseqüente degradação ambiental são oriundas de um paradigma antropocêntrico, que coloca o ser humano no centro, pura e simplesmente, retira a dignidade da vida em geral, utilizando a natureza como mero meio de obtenção dos fins humanos²⁷.

A relação do homem com a natureza é denominada por Marx de metabolismo. Tal interação ocorre por meio do trabalho e o trabalho real, por sua vez, é a apropriação da natureza para a satisfação das necessidades humanas, a atividade por meio da qual o metabolismo entre o homem e a natureza é mediado²⁸. O ser humano passou da submissão à natureza para a dominação da natureza, exigindo-se nos dias atuais uma relação harmônica entre o ser humano e o meio ambiente.

Segundo Fritjof Capra, “a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado é claramente insustentável, pois a expansão ilimitada num planeta finito só pode levar à catástrofe”²⁹. Enfim, as nossas atividades econômicas, estilos de vida e hábitos de consumo estão destruindo a biodiversidade e o planeta a um ponto quase irreversível, razão pela qual devemos reduzir ao máximo o impacto de nossas atividades no meio ambiente e adotar um novo paradigma ético-jurídico na relação do homem com a natureza, consistente no reconhecimento de que toda a vida tem um valor intrínseco e, portanto, dignidade, independentemente da utilidade que tenha para os seres humanos, pois a Terra é um verdadeiro ser vivo plenamente integrado por todas as formas de vida, interligados e interdependentes.

O enfrentamento da crise ecológica exige a superação da ideia mecanicista-cartesiana de que a compreensão do comportamento do todo deveria partir

das propriedades de suas partes, por meio de uma visão sistêmica em que as propriedades essenciais de um organismo são propriedades do todo e que somente podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo³⁰.

Como ensina Edgar Morin, “as vias para se responder à ameaça ecológica não são apenas técnicas; elas necessitam, prioritariamente, de uma reforma do nosso modo de pensar para englobar a relação entre humanidade e a natureza em sua complexidade”³¹. Por isso, deve-se reconhecer que “somos filhos da Terra, filhos da Vida, filhos do Cosmo”³² e que o “pequeno planeta perdido denominado Terra é o nosso lar – *home, Heimat*; que ele é nossa mãe, nossa Terra-Pátria”³³, ou seja, “devemos nos sentir solidários com este planeta, cuja vida condiciona a nossa”³⁴. Enfim:

Precisamos sentir que cada passo nosso é dado não *sobre* a Terra, mas *nela*; que caminhamos, falamos e vivemos toda a nossa vida dentro de um grande ser planetário que está continuamente nos alimentando fisicamente com seu prodigioso manto de verde e sua exuberante atmosfera em torvelinho, um ser que acalma nossa psique com sua linguagem sutil de vento e chuva, com a investida de pássaros selvagens e com a majestade de suas montanhas. [...] Precisamos desenvolver uma consciência de que Gaia realmente está viva, não em algum sentido metafórico, mas de fato, efetivamente, palpavelmente, possibilitando que você reconheça na alegria do sol nos grandes desfolhados das árvores de inverno não apenas a sua própria alegria, a alegria do cosmos inteiro festejando, com puro assombro, que tamanha beleza pudesse ter se desdobrado dele, como folha nova britando na primavera para a plenitude do ser. Deixe Gaia levá-lo – se permita ser de novo, mas uma vez, *ganho por Gaia*³⁵.

A vida, humana e não humana, nasce e se desenvolve no planeta Terra, de modo que todos os elementos da biodiversidade constituem uma biosfera eco-organizada e autorregulada onde tudo está interconectado

27 SOUSA, Paulo Henrique Martins de. *A dimensão ecológica da dignidade humana*. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 142.

28 FOSTER, John Bellamy. *A ecologia em Marx: materialismo e natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 222.

29 CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 157.

30 CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 40-41.

31 MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 104.

32 MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 104.

33 MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 104.

34 MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 104.

35 HARDING, Stephan. *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia: para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 280-281.

e todos são interdependentes³⁶. Tem-se a necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção, isto é, da forma de pensar e dos nossos valores, a fim de se reconhecer uma visão holística do mundo, no sentido de que seres humanos e a natureza estão interligados e são interdependentes³⁷.

A interdependência e a interconexão entre o ser humano e a natureza são flagrantes porque não há possibilidade de se separar o homem do meio ambiente natural, pelo simples fato de que é a natureza quem fornece a vida aos seres humanos, vale dizer, “existe uma solidariedade ecológica e nenhum ser vivo, mesmo o humano, pode se libertar materialmente da biosfera”³⁸.

A adoção de uma visão unitária do mundo, necessária para a salvaguarda da biodiversidade, pressupõe a superação do paradigma kantiano de dignidade por uma concepção biocêntrica, na qual todos os seres vivos, humanos e não humanos, têm um valor intrínseco e são membros de comunidades ecológicas interconectadas e interdependentes³⁹.

A substituição do velho modelo antropocêntrico demanda o reconhecimento da dignidade e, portanto, do valor intrínseco de absolutamente todos os seres vivos, vale dizer, dos elementos não humanos da biodiversidade. A vida humana não pode ser compreendida dissociada da vida em geral. A propósito:

A vida em sua totalidade deve ser sacralizada, dado que a vida humana possui em si um aspecto material, natural, que a liga umbilicalmente à natureza [...] cada forma de vida tem em si um valor incomparável e insubstituível, acima de qualquer preço, devendo ser, portanto, respeitada e dignificada igualmente pelo ser humano⁴⁰.

36 GRUBBA, Leilane Serratine; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; WANDERSLEBEN, Myrtha. Caminhos para uma cidadania planetária e ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 1-14, 2012. p. 7.

37 CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 25-26.

38 GRUBBA, Leilane Serratine; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; WANDERSLEBEN, Myrtha. Caminhos para uma cidadania planetária e ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 1-14, 2012. p. 8.

39 CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 26.

40 SOUSA, Paulo Henrique Martins de. *A dimensão ecológica da dignidade humana*. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 103.

A preservação da própria vida, humana e não humana, no planeta depende do reconhecimento da dignidade, enquanto valor intrínseco, da vida em geral, no sentido de que não apenas o homem, mas também os demais seres vivos são possuidores de valor incomparável e insubstituível, acima de qualquer preço, que deve ser respeitado igualmente pelo ser humano⁴¹.

Porém, é possível o reconhecimento jurídico da dignidade dos seres não humanos da natureza no ordenamento jurídico brasileiro?

4. A POSITIVAÇÃO DA DIGNIDADE DOS SERES VIVOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Há tempos já havia vozes tentando rebater o excessivo antropocentrismo⁴², como o naturalista John Muir que, no século XIX, afirmava que o homem era parte inseparável da natureza, ao reconhecer que não somente os humanos, mas os animais, as plantas e as rochas possuíam um valor intrínseco⁴³.

Apesar da existência de um claro movimento ecológico de rompimento com a visão antropocêntrica, que apregoava a consideração moral unicamente do ser humano, até os anos 1960, prevaleceu o antropocentrismo tradicional, em que o meio ambiente é protegido, inclusive pelo Direito, com o objetivo precípuo de assegurar o bem-estar do homem, num sentido utilitarista de que a natureza pode ser subjugada em favor dos interesses humanos⁴⁴.

Em 1962, Rachel Carson chamou a atenção do mundo para uma série de problemas ambientais decorrentes dos avanços tecnológicos e industriais empreendidos pelo homem após a Segunda Guerra Mundial. Em sua

41 SOUSA, Paulo Henrique Martins de. *A dimensão ecológica da dignidade humana*. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 116.

42 SOUSA, Paulo Henrique Martins de. *A dimensão ecológica da dignidade humana*. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 21.

43 LOURENÇO, Daniel Braga. Ética ambiental e o valor do mundo natural. In: PADILHA, Norma Sueli; SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes (Coord.). *Direito ambiental*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 71-95. p. 88.

44 CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos: ambientais e os direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, ano 5, v. 6, p. 209-246, jan./jun. 2010. p. 214.

obra *Silent Spring*, relatou os efeitos nocivos ao meio ambiente e à saúde humana em virtude do uso crescente e indiscriminado de inseticidas e herbicidas, em especial o Dicloro-Difenil-Tricloroetano, conhecido como DDT, provocando comoção e indignação nos Estados Unidos da América e no resto do mundo⁴⁵.

Com isso, a tomada de consciência a respeito do problema ambiental, antes restrito ao debate científico, ultrapassou, com o passar dos anos, as fronteiras da comunidade acadêmica e alcançou a sociedade civil, despertando a preocupação mundial com a crise ambiental que afeta a vida dos animais, das plantas e dos seres humanos, especialmente a partir dos anos de 1970, com o surgimento dos movimentos verdes como o conservacionista, o preservacionista, o antropocentrismo alargado, a ecologia profunda e o ecossocialismo ou ecomarxismo, o que possibilitou uma discussão mundial mais ampla sobre o problema do crescimento econômico ilimitado inerente ao capitalismo e os limites da natureza.

Nesse contexto, é posição dominante no cenário jurídico nacional a tese de que a Carta Magna superou o velho antropocentrismo tradicional ao adotar o “antropocentrismo alargado”, na medida em que a Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, influenciada pela Declaração de Estocolmo de 1972, positivou, em seu artigo 225, o direito fundamental ao meio ambiente sadio⁴⁶. Além do que, proibiu, no artigo 225, inciso VII, a sujeição da vida animal a experiências de crueldade.

O antropocentrismo alargado é alicerçado na ideia de proteção e respeito à natureza como garantia de sobrevivência do próprio homem, de modo que “o ser humano permanece como a figura principal a ser protegida, não sendo o meio ambiente e os animais o centro das preocupações morais, mas a periferia, necessária para as atuais e futuras gerações”⁴⁷.

No paradigma antropocêntrico alargado, a proteção do meio ambiente não é visada em razão unicamente do

valor intrínseco dos elementos não humanos na natureza, mas porque o equilíbrio ecológico é imprescindível para a sadia qualidade de vida humana. Aliás,

A diferença do biocentrismo moderado, para o antropocentrismo alargado é exatamente o valor intrínseco que é dado a natureza, pois enquanto no primeiro há a valoração da natureza por ela própria, no segundo o foco continua sendo o homem, apenas este possui valor intrínseco, a natureza, os animais, plantas são protegidos apenas como forma de proteção do homem⁴⁸.

Nessa esteira, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que, embora a Carta Magna não tenha reconhecido a dignidade dos demais elementos da biodiversidade⁴⁹, a proteção da vida em geral é exigência da dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana⁵⁰, que não é excludente porque não eleva o homem à condição de senhor superior da natureza, mas sim inclusiva, pois dela decorrem deveres fundamentais de respeito e consideração com as demais formas de vida na Terra⁵¹.

Contudo, o ordenamento jurídico nacional não pode ser compreendido e interpretado dissociado da ordem jurídica internacional. O diálogo e a interação entre o sistema jurídico brasileiro e o ordenamento externo permitem ultrapassar os antigos conceitos e paradigmas antropocêntricos e incorporar novos valores alicerçados na centralidade da vida em geral e destinados a proteger todos os seres vivos não porque possuam alguma utilidade para o homem, mas sim porque são dotados de dignidade e, portanto, merecedores de respeito e consideração moral.

O direito internacional, diante da necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção da relação do homem com a natureza, isto é, na forma de pensar os valores humanos, impôs, por meio da Convenção da Diversidade Biológica, a proteção e a promoção da variedade de vida na Terra, consagrando na ordem jurídica mundial uma visão holística do mundo, no sentido de

45 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Direito ambiental: doutrina e casos práticos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 71.

46 LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 167.

47 CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos: ambientais e os direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, ano 5, v. 6, p. 209-246, jan./jun. 2010. p. 216.

48 CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos: ambientais e os direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, ano 5, v. 6, p. 209-246, jan./jun. 2010. p. 243.

49 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

50 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 43.

51 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 44.

que os seres humanos e os demais elementos da natureza estão interligados e são interdependentes.

A Convenção da Biodiversidade tem, nos termos de seu artigo 1º, como objetivos precípuos a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.

E a diversidade biológica é definida pela própria Convenção, em seu artigo 2º, como a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

Nesse contexto, Márcia Rodrigues Bertoldi e Karyna Batista Sposato lecionam que a biodiversidade é “a vida sobre a terra”. O seu conceito compreende a diversidade de espécies da fauna, da flora e de micro-organismos, a diversidade de ecossistemas e a diversidade genética dentro de cada espécie⁵².

A Terra é um organismo vivo. Os seres vivos, humanos e não humanos, o ar, o solo e os recursos hídricos formam a própria natureza, que funciona num todo. As partes que a compõem são interdependentes e inter-relacionadas e a interferência em um componente de um ecossistema gera desequilíbrio para os demais, razão pela qual se impõe a preservação da integridade e equilíbrio do ecossistema⁵³.

Desse modo, a Convenção da Diversidade Biológica é importante instrumento jurídico, na medida em que obriga a preservação da biodiversidade para a evolução e manutenção dos sistemas necessários à vida no planeta, pois como adverte Christian Lévêque a proteção da biodiversidade é indispensável para manter os processos do mundo vivo, já que ela promove a regulação dos

equilíbrios físico-químicos da biosfera⁵⁴.

Os seres vivos são membros de comunidades ecológicas inter-relacionadas e interdependentes e portadores de igual consideração moral, de modo que se deve promover a preservação da vida e não a sua destruição. Assim, os valores morais são inerentes a todos os seres vivos porque os seres humanos e os não humanos são constitutivos de um todo só, a teia da vida⁵⁵.

O preâmbulo da Convenção da Diversidade Biológica reconhece, expressamente, que toda a vida tem um valor intrínseco, independentemente da utilidade que tenha para os seres humanos, pois a Terra é um verdadeiro ser vivo plenamente integrado por todas as formas de vida, interligados e interdependentes. A Terra é o todo e ele é maior que soma de suas partes.

Nesse diapasão, tem-se que o mencionado instrumento normativo internacional positivou uma visão biocêntrica da vida em si, na medida em que o biocentrismo atribui dignidade própria a todos os elementos naturais, encarando-os como portadores de um valor intrínseco e pela exigência de que seus interesses e valores sejam objetos de consideração jurídica e moral⁵⁶.

O direito internacional, ao consagrar o valor intrínseco e, destarte, a dignidade dos elementos não humanos da natureza, ainda que no preâmbulo da Convenção da Biodiversidade, reconhece que o ser humano não ocupa uma posição superior ou privilegiada em relação aos demais elementos da natureza. Além disso, abraça a ideia de dignidade da própria vida de um modo geral e assegura a preservação de todas as formas de vida existentes no planeta.

O valor intrínseco da diversidade biológica é princípio da comunidade internacional⁵⁷ com forte conteúdo axiológico, de modo que, enquanto valor fundamental da ordem jurídica internacional, condiciona a com-

52 BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 75-93, jul./dez. 2012. p. 77.

53 BECKERT, Cristina. Dilemas da ética ambiental: estudo de um caso. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Lisboa, n. 59, p. 675-687, 2003. p. 686.

54 LÉVÊQUE, Christian. *A biodiversidade*. São Paulo: EDUSC, 1999. p. 15-16.

55 CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 28-29.

56 BAHIA, Carolina Medeiros. O caso da farra do boi no Estado de Santa Catarina: colisão de direitos fundamentais. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 402.

57 O Decreto n. 4.339, de 22 de agosto de 2002, dispõe que a Política Nacional da Biodiversidade reger-se-á, dentre outros, pelo princípio do valor intrínseco da biodiversidade, merecendo respeito independentemente de seu valor para o homem ou potencial para uso humano.

preensão e a interpretação dos textos normativos⁵⁸, inclusive internos.

Além do mais, a Convenção sobre Diversidade Biológica tem a natureza jurídica especial de tratado internacional de direitos humanos, na medida em que se destina, ainda que não exclusivamente, à proteção do indivíduo, diferenciando-se, por isso, dos tratados internacionais tradicionais, que são celebrados em benefício recíproco dos Estados pactuantes⁵⁹, e seus preceitos são vinculativos e obrigatórios por parte dos Estados signatários⁶⁰.

Na qualidade de tratado internacional de direitos humanos, a aludida Convenção foi incorporada ao direito nacional como norma constitucional e integra a Constituição material brasileira, na medida em que a constitucionalização contemporânea do direito, fortemente influenciada pelo pós-positivismo, não se limita ao texto formal e expresso da Constituição, abarcando princípios implícitos e os tratados internacionais de direitos humanos⁶¹, que passam a ser elementos integrantes da Constituição material, conceituada por José Joaquim Gomes Canotilho como:

[...] o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita. Ao contrário do que muitas vezes se pensa e vê escrito, a constituição material não se reconduz a um simples “poder de facto” (“relações de poder e influência”, “facto político puro”), pois a constituição material tem também uma função ordenadora. A chamada força normativa de constituição (K. Hesse) pressupõe, a maior parte das vezes, a vontade de constituição, ou seja, a explicitação na constituição escrita ou

formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e sociais a nível da constituição material⁶².

A Constituição material é composta pelas normas relativas à estrutura do Estado, à organização dos poderes e aos direitos e garantias fundamentais⁶³ e permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não elencados no Título II da Carta Magna e aos direitos humanos positivados em tratados internacionais.

A Constituição é um sistema aberto de regras e princípios⁶⁴ que vai além da Constituição formal, fruto do poder constituinte, de modo a permitir a recepção de princípios não escritos no texto constitucional. E a Carta Magna de 1988 reconhece, expressamente, em seu artigo 5º, § 2º, a existência de outras fontes do direito fora da própria Constituição⁶⁵, o que possibilita a incorporação ao direito brasileiro de normas constitucionais não expressas no texto constitucional. A esse respeito Estefânia Maria de Queiroz Barboza ensina:

No Brasil, é possível identificar a existência de uma Constituição invisível especialmente no que diz respeito aos princípios implícitos, aos princípios gerais do direito e aos direitos humanos e fundamentais, tendo em vista o que estabelece o art. 5º, § 2º, da Carta Constitucional⁶⁶.

O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência de uma Constituição brasileira invisível, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade tombada sob número 3.540, ao decidir que o princípio do desenvolvimento sustentável tem caráter eminentemente constitucional, embora não expresso na Constituição Federal⁶⁷.

As normas da Convenção sobre Diversidade Biológica integram, ainda que estejam fora do texto consti-

58 ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013. p. 80.

59 ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org). *Direitos humanos e fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 12.

60 DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 3. ed. New York: Cornell University Press, 2013. p. 174-175.

61 SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional e ADPF 138. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 21 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmuui5eu9c76tn7ib9>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

62 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 1.139.

63 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71.

64 MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204.

65 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 178.

66 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 179.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3.540 – MC/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 01 de setembro de 2005. Diário da Justiça da União, Brasília, n. 2219, 03 fev. 2006. p. 528.

tucional escrito, a Constituição material da República Federativa do Brasil. A existência de normas constitucionais situadas fora do texto formal da Constituição, a abarcar os tratados de direitos humanos, traduz um Direito em que o diálogo entre o direito interno e o direito internacional é inevitável⁶⁸.

O surgimento de ordens jurídicas internacionais, notadamente de proteção dos direitos humanos, ensejou um processo de mundialização do Direito e, por consequência, de “desnacionalização do Direito”⁶⁹ a partir da inevitável interconexão entre o direito interno e os ordenamentos jurídicos internacionais, que se influenciam mutuamente.

Tem-se, atualmente, um processo de entrelaçamento entre o direito constitucional e o direito internacional a promover o estreitamento das fronteiras entre o direito nacional e o direito internacional a tal ponto que se reconhece hoje um direito constitucional internacional e um direito internacional constitucional⁷⁰.

A Constituição Federal de 1988, ao promover a abertura do direito interno ao direito internacional dos direitos humanos, permite a entrada no sistema jurídico brasileiro de normas internacionais de direitos humanos, com hierarquia constitucional, a ordenar a conduta do Estado e dos particulares e a influenciar a interpretação e a aplicação das demais normas do ordenamento jurídico doméstico em todas as esferas estatais, sejam elas administrativas, legislativas ou judiciárias⁷¹.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro, a partir do diálogo com o direito internacional, reconhece que os

componentes da diversidade biológica são dotados de dignidade, isto é, têm valor intrínseco, merecendo respeito e proteção independentemente do seu valor para o homem ou do potencial para uso humano, possibilitando, assim, a preservação da integridade do todo, de Gaia, da Terra.

Tem-se, destarte, a afirmação jurídica que o homem, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não é a fonte única e exclusiva de dignidade, ou seja, de valor e fim, mas sim que todos os elementos da natureza, e não apenas ele, são revestidos de um valor intrínseco e dotados de dignidade, merecedores de consideração, respeito e proteção pelo Estado e pelos indivíduos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico teve por objetivo central demonstrar, por meio de uma pesquisa doutrinária e legislativa, que o ordenamento jurídico brasileiro, com base no profícuo diálogo entre a ordem jurídica interna e o direito internacional, especificamente a Convenção da Diversidade Biológica, reconhece que todos os componentes da diversidade biológica, e não somente o ser humano, têm valor intrínseco e são, portanto, dotados de dignidade.

O direito internacional, diante da necessidade de mudanças de paradigmas e de percepção, isto é, na forma de pensar os valores humanos, impôs, por meio da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), a proteção e a promoção da variedade de vida na Terra, mediante a positivação da dignidade dos elementos não humanos da natureza.

O diálogo entre o sistema jurídico brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos se mostra como uma importante ferramenta de garantia da conservação da biodiversidade e da utilização sustentável dos recursos naturais, na medida em que se reconhece, juridicamente, que o ser humano não é a fonte única e exclusiva de dignidade, mas sim que todos os componentes da natureza são revestidos de um valor intrínseco e dotados de dignidade, merecedores de consideração, respeito e proteção pelo Estado e pelos indivíduos.

68 SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional e ADPF 138. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 21 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmui5eu9c76tn7ib9>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

69 CASSESE, Sabino. *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*. Servilha: Editorial Derecho Global; Global Law Press, 2010. p. 68.

70 RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América latina. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 159-174, 2015. p. 163.

71 HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST; Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 589-610, 2015. p. 605.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Org.). Direitos humanos e fundamentais na América do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ALEXU, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013.
- ARONNE, Ricardo; MORAES, Denise Bermudez de Oliveira. A valsa do leviatã pós-moderno: velhos cisnes ônticos sobre novos lagos epistêmicos. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 56, p. 127-140, 2012.
- BAHIA, Carolina Medeiros. O caso da farra do boi no Estado de Santa Catarina: colisão de direitos fundamentais. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Org.). A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BECKERT, Cristina. Dilemas da ética ambiental: estudo de um caso. Revista Portuguesa de Filosofia, Lisboa, n. 59, p. 675-687, 2003.
- BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista. Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 75-93, jul./dez. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3.540 – MC/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, 01 de setembro de 2005. Diário da Justiça da União, Brasília, n. 2219, 03 fev. 2006. p. 528.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006.
- CAPRA, Fritjof. As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2005.
- CASSESE, Sabino. Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global. Servilha: Editorial Derecho Global; Global Law Press, 2010.
- CHALFUN, Mery. Paradigmas filosóficos: ambientais e os direitos dos animais. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, ano 5, v. 6, p. 209-246, jan./jun. 2010.
- DALY, Herman E. Economics in a full world. Scientific American, v. 293, n. 3, p. 100-107, Set. 2005.
- DONNELLY, Jack. Universal human rights in theory and practice. 3. ed. New York: Cornell University Press, 2013.
- FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da Constituição. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, p. 175-192, jul./dez. 2015.
- FOSTER, John Bellamy. A ecologia em Marx: materialismo e natureza. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- FRANCISCO, Papa. Carta Encíclica Laudato Si (Sobre o cuidado da casa comum). Tradução da Editora do Vaticano. São Paulo: Paulus; Loyola, 2015.
- GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.
- GOMES, Ariel Koch. Natureza, direito e homem: sobre a fundamentação do direito do meio ambiente. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- GRUBBA, Leilane Serratine; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; WANDERSLEBEN, Myrtha. Caminhos para uma cidadania planetária e ambiental. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 3, p. 1-14, 2012.
- HACHEM, Daniel Wunder; PETHUCHUST; Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: o despre-

- zo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 589-610, 2015.
- HARDING, Stephan. *Terra viva: ciência, intuição e a evolução de Gaia: para uma nova compreensão da vida em nosso planeta*. São Paulo: Culturix, 2008.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.
- LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de risco e Estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LÉVÊQUE, Christian. *A biodiversidade*. São Paulo: EDUSC, 1999.
- LOURENÇO, Daniel Braga. *Ética ambiental e o valor do mundo natural*. In: PADILHA, Norma Sueli; SOUZA, Maria Cláudia S. Antunes (Coord.). *Direito ambiental*. Florianópolis: FUNJAB, 2012. v. 1. p. 71-95.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório de desenvolvimento humanos 2013: a ascensão do Sul: o progresso humano num mundo diversificado*. Brasília: PNUD, 2013.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. *A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América latina*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 159-174, 2015.
- SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *Direito ambiental: doutrina e casos práticos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional e ADPF 138*. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 21 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmui5eu9c76tn7ib9>>. Acesso em: 08 fev. 2016.
- SOUZA, Paulo Henrique Martins de. *A dimensão ecológica da dignidade humana*. 2011. 163 f. *Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito*, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis: Vozes, 2013.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da COP 21?

The international climate regime and the protection of the “climate refugees”: what challenges of COP 21?

Ana Carolina Barbosa Pereira Matos

Tarin Cristino Frota Mont’Alverne

O regime internacional do clima e a proteção aos “refugiados climáticos”: quais desafios da COP 21?*

The international climate regime and the protection of the “climate refugees”: what challenges of COP 21?

Ana Carolina Barbosa Pereira Matos**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne***

RESUMO

Estima-se que, até o ano de 2050, o mundo contará com 200 milhões de “refugiados ambientais”. O conceito de “refugiados ambientais” é bem amplo, incluindo tanto aqueles que se deslocam internamente como aqueles que cruzam as fronteiras internacionais e vão buscar proteção e melhores condições de vida em Estados estrangeiros, em decorrência de desastres ambientais. Tendo em vista o escopo deste trabalho, para esta pesquisa, será adotado o termo “refugiados climáticos”. A expressão “refugiados climáticos” representa uma variação da noção original apresentada acerca dos “refugiados ambientais” no que concerne à causa do deslocamento. O IPCC já reconheceu a existência de uma relação direta de causa e efeito entre os impactos das mudanças climáticas e o aumento do número de deslocados em todo o mundo. Considerando-se que o direito internacional dos refugiados tem falhado em apresentar uma solução para o problema dos “refugiados climáticos”, o objetivo principal deste artigo é analisar as medidas já adotadas na seara do Regime Internacional do Clima, bem como quais são as expectativas e o efetivo resultado da 21ª Conferência do Clima acerca dessa questão. Justifica-se a relevância deste trabalho no fato da Conferência do Clima de Paris ser uma das melhores oportunidades para a promoção dos direitos dos “refugiados climáticos”. A metodologia utilizada será bibliográfica, teórica, descritiva, exploratória e dialética. Ao final, concluiu-se que existiam expectativas concretas de que a COP21 tivesse como resultado medidas de proteção às vítimas dos efeitos do clima. O documento que restou aprovado ao final da COP21, no entanto, manteve o mecanismo de Varsóvia sem grandes avanços no sentido de promover a proteção dos “refugiados climáticos”.

Palavras-Chave: Refugiados climáticos. Regime internacional do clima. COP 21.

ABSTRACT

It is estimated that by the year 2050 the world count on 200 million “environmental refugees”. The concept of “environmental refugees” is very

* Recebido em 21/03/2016
Aprovado em 02/05/2016

** Doutoranda em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Direito em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará. *E-mail:* anacarolina.bpmatos@gmail.com

*** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Vice Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutora em Direito Internacional pela Universidade Sorbonne Paris Cité (Paris V) e Universidade de São Paulo (USP). Mestra em Direito Internacional pela Universidade Sorbonne Paris Cité (Paris V). *E-mail:* tarinfmontalverne@yahoo.com.br.

broad, including both those who are internally displaced, as those who cross international borders and will seek protection and better living conditions in foreign countries, due to environmental disasters. Considering the scope of this work, for this research will be adopted the term “climate refugees”. The term “climate refugees” represents a variation of the original concept presented on the “environmental refugees” regarding the cause of the displacement. The IPCC has already acknowledged the existence of a direct relationship of cause and effect between the impact of climate changes and the increasing number of displaced people worldwide. Considering that the international refugee law has failed to present a solution to the problem of “climate refugees”, the main purpose of this article is to analyze the measures already adopted in the field of the International Climate Regime, and what were the expectations and what was the actual outcome of the 21th Climate Conference on this issue. The relevance of this work is justified on the fact that the Paris climate conference was one of the best opportunities for the promotion of the “climate refugees” rights. The methodology will be bibliographical, theoretical, descriptive, exploratory and dialectic. In the end, it was concluded that there were concrete expectations that the COP21 had as a result measures of protection for victims of climate effects. The document remained approved at the end of the COP21, however, kept the Warsaw mechanism without major advances with regard to the protection of “climate refugees”.

Keywords: Climate refugees. International climate regime. COP21.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com dados do *Internal Displacement Monitoring Center* de 2008 à 2014, desastres climáticos obrigaram mais de 157,8 milhões de pessoas a deixarem suas casas temporária ou permanentemente.¹

Em 2008, durante a Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente, Migração Forçada e Vulnerabilidade

1 INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTER. *Global estimates 2015: People displaced by disasters*. Disponível em: <<http://internal-displacement.org/publications/2015/global-estimates-2015-people-displaced-by-disasters>>. Acesso em: 30 out. 2015.

Social, foi divulgada a estimativa de que naquele ano existiriam 25 milhões de pessoas na condição de “refugiadas ambientais”, com a previsão de que esse número aumentará para 200 milhões até o ano de 2050.²

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), são consideradas como “refugiadas ambientais”³:

As pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona tradicional onde vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo⁴.

A definição apresentada é ampla, abrangendo tanto aqueles que se deslocam internamente dentro das fronteiras de um mesmo país como aqueles que cruzam as fronteiras internacionais e vão buscar proteção e melhores condições de vida em Estados estrangeiros⁵.

Outras nomenclaturas, também, são utilizadas para identificar as vítimas de catástrofes naturais, como é o caso das expressões: “refugiados climáticos”, “refugiados ecológicos” ou, ainda, “migrantes ambientais”. Esta recebe críticas, pois o termo migrante não traduziria a

2 ANTHONY, Kenny D. A Historic Opportunity [discourse]. In: CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. Meetings... Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_saint_lucia.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015. p. 40.

3 LIVING SAPCE FOR ENVIRONMENTAL REFUGEES. *Refugiados Ambientais*. 2015. Disponível em: <<http://www.liser.eu/pt>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

4 Compreende-se como declínio do meio ambiente “o surgimento de uma transformação, tanto no campo físico, químico e/ou biológico do ecossistema que, por conseguinte, fará com que esse meio ambiente temporário ou permanentemente não possa ser utilizado” (LIVING SAPCE FOR ENVIRONMENTAL REFUGEES. *Refugiados Ambientais*. 2015. Disponível em: <<http://www.liser.eu/pt>>. Acesso em: 25 nov. 2015).

5 Existem três grandes categorias de refugiados ambientais, Primeiro, há aqueles que foram deslocados temporariamente por causa de um stress ambiental. [...] A segunda categoria de refugiados ambientais compreende aqueles que tiveram de ser permanentemente deslocados e restabelecidos em uma nova área. [...] A terceira categoria de refugiados ambientais é constituída de indivíduos ou grupos de pessoas que migram de seu *habitat* original, temporária ou permanentemente, para um novo dentro de suas fronteiras nacionais, ou no exterior, em busca de uma melhor qualidade de vida” (EL-HINNAWI apud RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 150 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 77).

urgência do problema, podendo levar a uma interpretação equivocada como se esses deslocamentos fossem voluntários⁶.

No trabalho ora desenvolvido, contudo, uma vez que se pretende analisar a existência de mecanismos protetivos no âmbito do regime internacional do clima, será adotado o termo “refugiados climáticos”.

A expressão “refugiados climáticos” representa uma variação da noção original apresentada acerca dos “refugiados ambientais”, diferenciando-se no que concerne à causa do deslocamento. No caso específico dos “refugiados climáticos”, os fatores propulsores da migração são os efeitos das mudanças climáticas⁷.

O IPCC, em seu relatório de 2014, aponta a existência de uma relação direta de causa e efeito entre os impactos das mudanças climáticas e o aumento do número de deslocados em todo o mundo. O referido relatório prevê, ainda, um aumento no número de deslocados climáticos nos próximos anos, sendo tal projeção considerada como de média evidência e alta concordância.⁸

O risco de deslocamentos aumenta quando populações que não têm recursos para migrações planejadas são expostas a condições climáticas extremas, por exemplo, as secas e as inundações.⁹

Os números apresentados são vultosos e apresentam um problema de dimensão global, que ainda não recebeu tratamento adequado dentro do direito internacional. Apesar do emprego do termo “refugiado” aos migrantes forçados por questões ambientais e climáticas, não há reconhecimento do referido *status* jurídico para essas pessoas.

A condição de refugiado é regulada no Direito Internacional pela Convenção de Genebra de 1951, em seu art. 1º, A, nº 2, nos termos das alterações promovidas

pelo Protocolo Adicional à Convenção de 1967. Assim, considera como refugiado qualquer pessoa¹⁰:

Que temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

A definição adotada pela Convenção tem sido interpretada de modo bastante restrito¹¹, não sendo estendida aos considerados como “refugiados climáticos”.

Em âmbito regional, existem definições mais amplas para a pessoa do refugiado, permitindo a inclusão dos migrantes ambientais em tal categoria. É o caso da Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 e da Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984, mas tais documentos são de abrangência regional e não vinculantes, não sendo capazes de solucionar o problema dos “refugiados climáticos” no plano internacional.

Em 2006 o Governo das Maldivas lançou à comunidade internacional uma proposta para adoção de um novo Protocolo à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. A proposta tinha como um de seus escopos a introdução de causas ambientais abrangentes

10 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. 1951. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 17 jun. 2016.

11 Como é possível se inferir com base em julgados das Cortes da Nova Zelândia e da Austrália – países pesquisados, tendo em vista a sua proximidade com vários pequenos países insulares (como Tuvalu, Kiribati, Tonga), reconhecidos entre os mais vulneráveis no âmbito do regime internacional do clima –, que ao verificarem que o pedido de refúgio fundamenta-se no medo de retornar ao seu Estado de origem em decorrência dos desastres naturais e o efeito desses na vida e no sustento do aplicante, têm negado a concessão do *status* de refugiados a estas pessoas, sob o fundamento de que elas não alegam ter fundado temor de perseguição em razão de sua religião, raça, nacionalidade, por ser membro de um determinado grupo social ou por suas opiniões políticas, não estando a principal razão para o pedido de concessão de refúgio relacionada com qualquer dos motivos previstos na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (AUSTRÁLIA, Refugee Review Tribunal, 2000) (AUSTRÁLIA, Refugee Review Tribunal, 2009) (AUSTRÁLIA, Refugee Review Tribunal, 2010) (NEW ZEALAND, Refugee Status Appeals Authority New Zealand. *Refugee Appeal n° 72185*. Tribunal Member S Joe. Auckland. 10 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.nzlii.org/nz/cases/NZRSAA/2000/335.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016; NEW ZEALAND, Refugee Status Appeals Authority New Zealand. *Refugee Appeal n° 72186*. Tribunal Member S Joe. Auckland. 10 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.nzlii.org/nz/cases/NZRSAA/2000/336.html>> Acesso em: 29 abr. 2016).

6 LOPES, Adelirian Martins Lara; AB’SABER, Aziz Nacib; HOSSNE, William Saad. O conceito de refugiado ambiental: é uma questão bioética? *Revista Bioethikos*, v. 6, n. 4, p. 409-415, 2012. p. 410.

7 HODGKINSON, David et al. The hour when the ship comes in: a convention for persons displaced by climate change. *Monash University Law Review*, v. 36, p. 69-118, 2010. p. 91.

8 THE CORE WRITING TEAM; PACHAURI, Rajendra; MEYER, Leo (Ed.). *Climate change 2014: synthesis report*. Geneva: IPCC, 2015. Disponível em: <http://ar5-syr.ipcc.ch/ipcc/resources/pdf/IPCC_SynthesisReport.pdf>. Acesso em: 30 Out. 2015.

9 THE CORE WRITING TEAM; PACHAURI, Rajendra; MEYER, Leo (Ed.). *Climate change 2014: synthesis report*. Geneva: IPCC, 2015. Disponível em: <http://ar5-syr.ipcc.ch/ipcc/resources/pdf/IPCC_SynthesisReport.pdf>. Acesso em: 30 Out. 2015.

para a concessão do *status* de refugiado, garantindo proteção mesmo nas situações de desastres em que não há a interferência humana.

A proposta, também, inovava quando estabelecia a proteção para os deslocados internos, visando garantir que a ajuda internacional esteja sempre ao alcance dos indivíduos que dela necessitem. A proposta das Maldivas, no entanto, não foi formalmente aceita¹², o que se deve a uma multiplicidade de fatores, em especial à questões de ordem política¹³⁻¹⁴.

É notória a resistência internacional no que tange ao reconhecimento do *status* de refugiado para aqueles que são considerados como migrantes por causas climáticas e/ou ambientais. Isto se deve ao ônus econômico e social que tal reconhecimento poderia acarretar aos países receptores, bem como às diferenças e barreiras étnicas e culturais entre as populações dos países em situação de vulnerabilidade ambiental e os países receptores. É importante destacar, ainda, o temor que um alargamento do conceito de refugiado possa colocar em risco o já frágil regime internacional de refugiados.¹⁵

Em razão disso, observa-se que o direito internacional dos refugiados, assim como o direito internacional humanitário, tem falhado em apresentar uma solução para o problema, o que deixa as vítimas de declínio am-

biental à mercê da boa vontade dos Estados, sendo tal situação bastante preocupante, especialmente em um momento em que a Europa vive uma verdadeira crise com os problemas ocasionados pelos refugiados sírios.

Diante do vácuo de medidas protetivas aos “refugiados climáticos” apontado, da urgência do tema e de sua estreita relação com questões climáticas, a pesquisa em comento tem por escopo analisar a proteção conferida a esse tipo de migrantes pelo direito internacional do meio ambiente. O enfoque deste trabalho será nas medidas já adotadas na seara do Regime Internacional do Clima, bem como nas expectativas e no resultado efetivo da 21ª Conferência do Clima (COP21), realizada em Dezembro de 2015 em Paris.

Acrescente-se que, apesar de existir uma iniciativa internacional para a elaboração de uma Convenção para pessoas deslocadas por mudança climática¹⁶, o presente artigo não tem o objetivo de estudá-la, por entender que este não é o momento mais propício para a adoção de um documento internacional com tais objetivos, em razão da crise instaurada com os refugiados em toda a Europa¹⁷ e os recentes atentados promovidos pelo Estado Islâmico em Paris.¹⁸

Diante do cenário político internacional envolvendo os refugiados, entende-se que a melhor oportunidade para promover a proteção dos direitos dos “refugiados climáticos” seja dentro do regime internacional do clima, assim esperava-se que a COP21 trouxesse importantes inovações nesse sentido.

Grandes eram as expectativas em torno da COP21, almejava-se a elaboração de um novo instrumento jurídico internacional vinculante, que, possivelmente, viesse a tratar do problema dos “refugiados climáticos”. Se tais expectativas se confirmassem, um importante passo teria sido dado para a proteção destes deslocados, tendo o trabalho em tela relevante papel no fomento das discussões acerca da necessidade da tutela e promoção dos direitos desses “refugiados”.

12 ACKERMAN, Taylor. *Climate change and forced migration: a gap in protection*. 2015. Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/2015/07/climate-change-and-foreced-migration-a-gap-in-protection/>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

13 Segundo Érika Pires Ramos “Desta forma, percebe-se mais claramente como a controvérsia em torno da terminologia e definição jurídica e a ausência de consenso entre os autores têm sido utilizadas para minimizar a importância desse debate e, de certa forma, desqualificar as iniciativas em curso com base em uma argumentação fundada nas divergências científicas e a ausência de dados estatísticos precisos para encobrir a falta de vontade política que predomina no atual cenário de alta restrição de fluxos migratórios” (RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 150 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 119).

14 “Reconhecemos que a questão dos refugiados e dos deslocados internos traz em seu bojo problemas sociais, econômicos, políticos e, portanto, de grande complexidade para os governos e a sociedade, o que nos faz crer que os embates sobre a questão irão durar ainda por muito tempo” (SOUZA, João Carlos de. Um ensaio sobre a problemática dos deslocados ambientais: a perspectiva legal, social e econômica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 57-73, jan./dez. de 2010).

15 MONT'ALVERNE, Tarín Cristino Frota; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n. 3, p. 45-55, 2012. p. 54.

16 Para mais informações, ver: <<http://www.ccdpconvention.com>>

17 OS PAÍSES que mais recebem refugiados sírios. *BBC Brasil*, 12 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_vizinhos_refugiados_lk>. Acesso em: 01 dez. 2015

18 COLON, Leandro. Passaporte encontrado com terrorista de Paris é de refugiado sírio, diz Grécia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 nov. 2015. Caderno mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/11/1706555-passaporte-encontrado-com-terrorista-de-paris-e-de-refugiado-sirio-diz-grecia.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

O presente trabalho está dividido em três tópicos. Inicialmente, será apresentado um panorama do regime internacional do clima no que concerne aos eventuais avanços trazidos pelas Conferências das Partes para a proteção dos “refugiados climáticos”. Na segunda parte da pesquisa, serão discutidas as expectativas para a COP21, para, finalmente, no terceiro tópico do artigo, serem apresentados os resultados obtidos por meio do Acordo de Paris na tutela dessa categoria de migrantes.

2. O REGIME INTERNACIONAL DO CLIMA: A PROTEÇÃO DOS “REFUGIADOS CLIMÁTICOS” NO CONTEXTO DAS CONFERÊNCIAS DAS PARTES

Considerando-se o fracasso do direito internacional dos refugiados em tratar do problema dos “refugiados climáticos”, assim como a expectativa de que medidas concretas para a proteção dessa categoria de migrantes pudessem ser adotadas na COP21, a primeira parte deste trabalho apresentará uma análise do presente Regime Internacional do Clima, enfocando na proteção dos deslocados em decorrência dos efeitos das mudanças climáticas.

2.1. O estabelecimento do regime internacional do clima: a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima

O regime internacional ora estudado foi estabelecido lentamente e por etapas a partir de 1992, com a edição da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima¹⁹. O principal objetivo dessa Convenção²⁰ é alcançar a estabilização das concentrações de

gases de efeito estufa na atmosfera em um nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático.

Por se tratar de uma convenção-quadro tem, portanto, o caráter de *soft law*. Esse tipo de norma internacional caracteriza-se por negociações sem formulação no que tange às obrigações de cada parte, dependentes de negociações posteriores, mas que servem para construir um conjunto de princípios gerais diretores utilizados nas negociações internacionais.²¹

Quando da elaboração das *soft laws*, os Estados se comprometem a cooperar e a respeitar os acordos realizados, mas sem se submeterem a obrigações jurídicas, sendo voluntária a sua implantação. Tratam-se de normas que contêm expressões vagas e conceitos imprecisos.²²

Verifica-se que uma das principais dificuldades de se buscar uma proteção para os “refugiados climáticos” por meio do direito internacional do meio ambiente é o baixo nível de cogência de suas normas, entretanto, não se pode ignorar a importância da Convenção-quadro sobre as mudanças climáticas.

Mesmo tal norma sendo considerada teoricamente não vinculante, ela possui um valor jurídico em termos práticos e possui características que a aproxima das *hard norms*, por exemplo, o fato dos Estados aceitarem mecanismos de monitoramento e de controle de sua aplicação.²³

Assim, apesar do principal documento do regime internacional do clima ser classificado como *soft law*, defende-se a relevância de tal regime para a tutela e promoção de direitos dos “refugiados climáticos”, tendo em vista a sua importância no que concerne à criação de um arcabouço valorativo para as discussões internacionais.²⁴

19 MALJEAN-DUBOIS, S.; WEMAERE, M. *La diplomatie climatique de Rio 1992 a Paris 2015*. Paris: A. Pedone, 2015, p.43.

20 De acordo com o artigo 2º, da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima: “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”. (UNITED NATIONS. *United Nations Framework Convention on Climate Change*. 1992. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015).

21 VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, p. 135–170, jul./set. 2005. p. 152.

22 VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, p. 135–170, jul./set. 2005. p. 152.

23 DUBOIS, Sandrine Malijeau. A implantação do direito internacional. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Brasília: UniCEUB, 2009. p. 88-121. p. 94.

24 “O conceito de *soft law* amplamente aceito é o de normas que não são juridicamente obrigatórias, mas não são desprovidas de força legal. Assim, *soft law* refere-se às normas do direito internacional que não são obrigatórias, *de per se*, mas que desempenham um papel

Destaque-se que, no preâmbulo da Convenção, o texto reconhece a maior vulnerabilidade aos efeitos negativos da mudança do clima dos países de baixa altitude, dos pequenos países insulares, dos países com zonas costeiras de baixa altitude, das regiões áridas e semi-áridas ou das regiões sujeitas a inundações, seca e desertificação, bem como dos países em desenvolvimento com ecossistemas montanhosos frágeis.

Apesar de admitir a maior vulnerabilidade de tais regiões aos efeitos das mudanças climáticas, o referido documento nada estabelece sobre a promoção de direitos e a proteção daqueles que sofram os efeitos das condições climáticas severamente adversas. A Convenção do Clima não foi estruturada para lidar com a questão migratória das populações afetadas, nem no âmbito interno dos países, nem daqueles casos mais graves em que os migrantes cruzam as fronteiras de seu país de origem.

O foco dessa norma internacional está nas relações entre Estados, não tendo autoridade específica para tratar de assuntos de direitos humanos, seu escopo é assistir os países na adaptação à mudança climática, inicialmente não abrangendo o tratamento aos “refugiados climáticos.”²⁵

Importante notar que, em um estudo realizado pela autora María José Fernández²⁶, com base em 65 (sessenta e cinco) documentos internacionais selecionados a partir de 294 (duzentos e noventa e quatro) Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, Tratados, Convenções, relatórios e outros textos, apenas em aproximadamente 23% (vinte e três por cento) dessts verificou-se alguma menção à mudança do clima, em 25% (vinte e cinco por cento) destes observou-se referência às questões relacionadas aos migrantes e aos refugiados. Contudo, somente em 6% dos documentos, estabeleceu-se uma conexão entre as duas temáticas.

A situação dos refugiados é causada por uma mul-

interpretativo importante na construção e interpretação dos princípios e normas do direito internacional ambiental formal” (SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.12, n. 2, p. 767-784, 2015. p. 771)

25 MÁZ, Heyd Fernandes. *Ecomigrantes, refugiados ou deslocados ambientais*: populações vulneráveis e mudança climática. 2011. 132 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011. p.108-109.

26 FERNÁNDEZ, María José. Refugees, climate change and international law. *Forced Migration Review*, Oxford, n. 49, p. 42-43, May 2015. p. 42)

tiplicidade de fatores, não apenas por perseguições políticas, étnicas, religiosas, culturais, como, também, tais movimentos migratórios têm sido provocados por todos os tipos de desastres ambientais e ecológicos, com ou sem a interferência humana.²⁷

Logo, esse tratamento estanque de tais temáticas não se justifica quando se analisa a estreita relação existente entre os direitos humanos e a vulnerabilidade climática²⁸ de certos países.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos,²⁹ há previsão expressa acerca das garantias necessárias para uma vida digna, nos termos do seu artigo 25º, §1º, a seguir:

Artigo 25º

1. **Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar**, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice **ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.**³⁰ (Grifo nosso)

Observa-se que não se pode falar em dignidade da pessoa humana, cerne dos direitos humanos, sem um ambiente ecologicamente sadio que garanta o bem-estar e a saúde das pessoas, bem como que lhes proporcione uma fonte de subsistência.

“Não há dúvidas de que a questão ambiental é, hoje, um dos sustentáculos de afirmação dos direitos humanos.”³¹ O art. 11, §§1º e 2º, do Protocolo de São

27 SILVA, César Augusto S. Brasil: possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no contexto dos direitos humanos. *Revista Videre*, Dourados, v. 5, n. 10, p. 16-29, jul./dez. 2013. p. 23-24.

28 A degradação do meio ambiente em decorrência dos efeitos das mudanças do clima, como, por exemplo, a elevação do nível dos oceanos, o assoreamento, o desmatamento, a seca e a desertificação, em maior intensidade levam alguns países, e suas respectivas populações, à situação de vulnerabilidade climática.

29 UNITED NATIONS. *The Universal Declaration of Human Rights*. Paris: UN, 1948. Disponível: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

30 UNITED NATIONS. *The Universal Declaration of Human Rights*. Paris: UN, 1948. Disponível: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

31 SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Refugiados ambientais e sua proteção jurídica no direito internacional. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 58, p. 247-260, abr./jun. 2012. p. 248.

Salvador³², corrobora com tal afirmação, haja vista que inseriu no sistema interamericano de direitos humanos o direito ao meio ambiente sadio.

Patricia Azevedo da Silveira³³ defende que, atualmente, uma das graves violações de direitos humanos praticadas é o chamado “ecocídio”, tendo em vista que o desastre ecológico é causado geralmente pela ação humana, como é o caso dos impactos na natureza do câmbio do clima.

Além da Convenção do Clima, é necessário analisar, também, as decisões de suas Conferências das Partes, que contribuem para a construção do regime internacional ora estudado, o que será feito no subtópico seguinte.

2.2. A evolução do regime internacional do clima a partir das contribuições das Conferências das Partes

O objetivo da Conferência das Partes - COP é manter regularmente sob exame a implementação da Convenção e de quaisquer instrumentos jurídicos que a Conferência possa adotar.

Em 2007, o IPCC³⁴ alertou que os efeitos da mudança do clima acarretariam movimentos de migração em larga escala, no entanto, apenas na COP15, realizada em Copenhague no ano de 2009, a questão dos “refugiados climáticos” foi pela primeira vez tratada.

O texto final da COP15 mencionava a necessidade de ações preventivas, a fim de ajudar aqueles países mais vulneráveis a aumentar a sua resiliência às mudanças climáticas e, com isso, evitar a necessidade de migrações em decorrência da degradação das condições de vida. O documento, no entanto, não estabeleceu nenhum tipo

de plano de ação com as medidas de adaptação necessárias para a diminuição da vulnerabilidade climática dos países mais atingidos.³⁵

Excepcionalmente, podem ser apontadas como ações preventivas constantes no documento de forma expressa, o compromisso dos países no sentido de reduzir as emissões globais de gases de efeito estufa de modo a manter o aumento da temperatura global abaixo de 2 graus celsius e a anuência dos países desenvolvidos em fornecer recursos adequados, sustentáveis e financeiros, tecnologia e capacitação para apoiar a implementação de ações de adaptação nos países em desenvolvimento.³⁶

O referido documento, contudo, não consagrou nenhum tipo de obrigação para os Estados em relação aos indivíduos afetados, não tratando de forma direta da questão dos “refugiados do clima”.³⁷

No ano seguinte, na COP16, realizada em Cancun no ano de 2010, finalmente, pela primeira vez, a questão dos “refugiados” foi enfrentada diretamente em uma conferência das partes. Saliente-se que o termo “refugiado” não foi utilizado no referido documento, assim como em nenhum dos documentos das Conferências das Partes subsequentes, adotando-se a expressão “deslocados em decorrência das mudanças do clima”.

O texto previu a necessidade de se reforçar a ação em matéria de adaptação, compreensão, coordenação e cooperação no que tange aos deslocamentos induzidos por alterações climáticas e sua realocação planejada.³⁸

32 Artigo 11. Direito ao Meio Ambiente Sadio: 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a dispor dos serviços públicos básicos. 2. Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente. (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Additional protocol to the american convention on human rights in the area of economic, social and cultural rights “Protocol of San Salvador”*. [S.l.]: OAS, 1988. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>>. Acesso em: 25 jan. 2016).

33 SILVEIRA, Patricia Azevedo da. Refugiados ambientais e sua proteção jurídica no direito internacional. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 58, p. 247-260, abr./jun. 2012. p. 248., p. 250-257.

34 THE CORE WRITING TEAM; PACHAURI, Rajendra; REISINGER, Andy. *Climate Change 2007: synthesis report*. Geneva: IPCC, 2008. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_full_report.pdf>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

35 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its fifteenth Session, Held in Copenhagen from 07 December to 19 December 2009: part one: proceedings*. Mar. 2010. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/eng/11.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 05.

36 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its fifteenth Session, Held in Copenhagen from 07 December to 19 December 2009: part one: proceedings*. Mar. 2010. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/eng/11.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 05-06.

37 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its fifteenth Session, Held in Copenhagen from 07 December to 19 December 2009: part one: proceedings*. Mar. 2010. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/eng/11.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

38 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its sixteenth Session, Held in Cancun from 29 November to 10 December 2010: part two: action taken by the Conference of the Parties at its sixteenth session*. Mar. 2011. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 05)

Destaque-se que tal temática é mencionada, apenas, uma única vez no acordo resultante da COP16, constando, apenas, como um convite a todas as Partes da Conferência para aumentarem suas ações de adaptação conforme o acordo em questão, considerando o princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada, a capacidade e as circunstâncias, objetivos e prioridades de desenvolvimento nacional e regional de cada uma delas.³⁹

Logo, verifica-se que, apesar do reconhecimento das Partes em relação à importância da adoção de medidas para lidar com as questões ligadas aos deslocamentos induzidos pelo câmbio climático, nenhum compromisso de caráter cogente foi assumido para tanto.

Durante a COP18, realizada em Doha no ano de 2012, discutiu-se a criação de um mecanismo de perdas e danos como resposta aos efeitos adversos das mudanças climáticas, o objetivo de tal mecanismo seria possibilitar a mitigação e a compensação de prejuízos dos países mais vulneráveis às alterações do clima, tendo em vista que essas nações já estão sofrendo tais efeitos, sem tempo suficiente para a adoção de medidas de adaptação necessárias.

Ressalte-se que a migração, deslocamento e mobilidade humana foram alguns dos fatores expressos no documento a serem considerados no desenvolvimento desse mecanismo de compensação⁴⁰.

Como resultado da COP18, restou decidido que, na próxima sessão da Conferência das Partes, seriam realizados os acordos institucionais necessários, tal como um mecanismo internacional, incluindo funções e modalidades, para tratar da questão das perdas e danos decorrentes dos impactos das mudanças do clima em países em desenvolvimento que sejam particularmente vulneráveis aos efeitos adversos do câmbio climático.⁴¹

39 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its sixteenth Session, Held in Cancun from 29 November to 10 December 2010*; part two: action taken by the Conference of the Parties at its sixteenth session. Mar. 2011. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 4.

40 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its Eighteenth Session, Held in Doha from 26 November to 8 December 2012*; addendum: part two: action taken by the Conference of the Parties at its eighteenth session. Feb. 2013. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2012/cop18/eng/08a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 23.

41 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its Eighteenth Session, Held in Doha from 26 November to 8 December 2012*;

Assim, em 2013 na COP19 realizada em Varsóvia, foi editado o Mecanismo de Varsóvia sobre perdas e danos, com o objetivo de prestar assistência técnica e financeira e apoio aos países mais pobres que são desproporcionalmente afetados pela mudança climática, com um plano de trabalho de dois anos, ficando acordada uma revisão do mecanismo, inclusive de sua estrutura, mandato e efetividade, na 22ª Sessão da Conferência das Partes, que acontecerá no ano de 2016, com vistas à adoção de uma decisão adequada para o resultado da mencionada revisão.⁴²

Dentre as principais funções desse mecanismo, salientam-se: fomentar o conhecimento e a compreensão acerca das abordagens de gerenciamento de riscos para tratar das perdas e danos decorrentes dos efeitos adversos das mudanças do clima, incluindo os impactos de lenta incidência; fortalecer o diálogo, a coordenação, a coerência e a sinergia entre as partes interessadas; aumentar as ações e o suporte, incluindo o financeiro, tecnológico e o reforço de capacidades, a fim de tratar das perdas e danos em questão, de modo a permitir que os países adotem medidas nesse sentido.⁴³

As migrações e deslocamentos causados pelo clima não foram expressamente mencionados na decisão que estabeleceu o Mecanismo de Varsóvia, contudo o seu objetivo evidentemente inclui esse tema.⁴⁴

O comitê executivo para o mecanismo, no entanto, incluiu a questão das migrações e deslocamentos induzidos pelo clima entre os temas a serem enfrentados no plano de trabalho para os dois anos seguintes⁴⁵, conforme se verifica

addendum: part two: action taken by the Conference of the Parties at its eighteenth session. Feb. 2013. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2012/cop18/eng/08a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 23.

42 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its Eighteenth Session, Held in Doha from 26 November to 8 December 2012*; addendum: part two: action taken by the Conference of the Parties at its eighteenth session. Feb. 2013. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2012/cop18/eng/08a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 08.

43 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Warsaw international mechanism for loss and damage associated with climate change impacts*. Nov. 2013. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/115.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 06-07.

44 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Warsaw international mechanism for loss and damage associated with climate change impacts*. Nov. 2013. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/115.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

45 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Warsaw international mechanism for loss and dam-*

a partir da análise do plano de trabalho inicial de dois anos.

Foram traçadas nove ações⁴⁶. Considerando o tema da presente pesquisa, merece destaque a área de ação de nº 6, que pretende melhorar a compreensão e os conhecimentos sobre como os impactos das mudanças climáticas estão afe-

age associated with climate change impacts. Nov. 2013. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/115.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 08.

46 Ação nº 1: Melhorar a compreensão de como perdas e danos associados com os efeitos adversos das alterações climáticas afetam os países em desenvolvimento particularmente vulneráveis e segmentos da população que já são mais vulneráveis em razão das mais diversas causas e os ecossistemas que dependem, e de como a implementação de abordagens para lidar com perdas e danos pode beneficiá-los; Ação nº 2: Melhorar a compreensão e promover abordagens abrangentes de gestão de risco (avaliação, redução, transferência, retenção), incluindo instrumentos de protecção social e abordagens de transformação, na construção de resiliência a longo prazo dos países, das populações vulneráveis e comunidades; Ação nº 3: Melhorar os dados sobre e conhecimento dos riscos de eventos de início lento e seus impactos e identificar formas de avançar em abordagens para lidar com eventos de início lento associados aos efeitos adversos das alterações climáticas, com foco específico sobre os impactos potenciais, dentro dos países e regiões; Ação nº 4: Melhorar os dados sobre e conhecimentos de perdas não econômicas associados com os efeitos adversos da mudança do clima e identificar formas de avançar para reduzir o risco de endereçamento e perdas não econômicas com foco específico sobre os impactos potenciais nas regiões; Ação nº 5: Melhorar a compreensão da capacidade e coordenação precisa no que diz respeito à preparação para construir uma capacidade de resistência contra perdas e danos associados com eventos extremos e de início lento, inclusive por meio de recuperação e reabilitação; Ação nº 6: Melhorar a compreensão e os conhecimentos sobre como os impactos das mudanças climáticas estão afetando os padrões de migração, deslocamento e mobilidade humana e a aplicação de tal entendimento e experiência; Ação nº 7: Incentivar a gestão integral do risco pela difusão de informação relativa a instrumentos financeiros e ferramentas que abordam os riscos de perdas e danos associados com os efeitos adversos da mudança climática, para facilitar o financiamento em situações de perdas e danos, de acordo com as políticas de desenvolvimento de cada país e da região, tendo em conta os esforços nacionais necessários para estabelecer ambientes. Esses instrumentos financeiros e ferramentas podem incluir: a capacidade global de gestão de risco com a centralização do risco e transferência, seguro de risco de catástrofe, contingência de financiamento, títulos temáticos ao clima e sua certificação, títulos de catástrofe, e abordagens de financiamento para desenvolver uma resiliência climática, entre outros instrumentos financeiros inovadores e ferramentas; Ação nº 8: Basear-se na obra de e envolver-se, conforme o caso, com os organismos e grupos de peritos no âmbito da Convenção, bem como as organizações relevantes e órgãos especializados fora da Convenção existentes em todos os níveis, como a Comissão Executiva que executa os elementos acima mencionados do plano de trabalho; Ação nº 9: Desenvolver um plano de trabalho móvel de cinco anos para consideração na COP 22 com base nos resultados do presente plano de trabalho de dois anos, para continuar a orientar a implementação das funções do Mecanismo internacional de Varsóvia (UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its Nineteenth Session: Addendum Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its nineteenth session*. Jan. 2014. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 07-13.

tando os padrões de migração, deslocamento e mobilidade humana e a aplicação de tal entendimento e experiência.⁴⁷

Conforme informações constantes no próprio plano de ação já mencionado, o primeiro ano de atividades, no caso o ano de 2015, teve como foco o levantamento de informações, coleta de dados e aprimoramento dos conhecimentos acerca das questões estabelecidas como áreas de ação.⁴⁸

No tocante à medida do plano de trabalho já mencionada voltada para a busca de soluções para a problemática dos “refugiados climáticos”, o primeiro ano de atividades buscou, apenas, melhorar a compreensão, com base em dados científicos sólidos a respeito das migrações e dos deslocamentos, incluindo as características das populações vulneráveis que podem se tornar móveis devido a fatores relacionados aos impactos das alterações climáticas, bem como sintetizar as informações coletadas relevantes, as lições aprendidas e as boas práticas das atividades desempenhadas por organizações e especialistas.⁴⁹

Acrescente-se que, mesmo depois do reconhecimento internacional do problema dos “refugiados ambientais”, ou, ainda, dos “refugiados climáticos”, a presente temática no âmbito do Direito Internacional do Meio Ambiente tem sido tratada, apenas, na seara do Regime Internacional do Clima.

Esperava-se muito em 2012 da RIO+20 no que tange ao enfrentamento desse tema,⁵⁰ mas a Organização

47 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its Nineteenth Session: Addendum Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its nineteenth session*. Jan. 2014. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 07-13.

48 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its Nineteenth Session: Addendum Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its nineteenth session*. Jan. 2014. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 07-13.

49 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its Nineteenth Session: Addendum Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its nineteenth session*. Jan. 2014. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015. p. 11.

50 GODINHO, Luiz Fernando. *Rio+20: Alto Comissário pede ação conjunta para refugiados e deslocados em zonas urbanas*. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/rio-20-alto-comissario-pede-acao-conjunta-para-refugiados-e-deslocados-em-zonas-urbanas/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

das Nações Unidas - ONU optou por concentrar os debates do evento em dois eixos temáticos: a promoção da economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza; e a formatação de uma estrutura institucional de governança internacional para o desenvolvimento sustentável.⁵¹

Apesar da questão da governança internacional para o desenvolvimento sustentável estar diretamente ligada à construção de soluções necessárias para a proteção dos “refugiados climáticos”⁵², o documento final do evento, “O futuro que queremos”, previu, de forma genérica, a questão dos direitos migratórios em seu item 157, conclamando os Estados a “promover e proteger eficazmente os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos os migrantes, independentemente da condição migratória[...]”⁵³. O texto final tratou, também, da questão das mudanças climáticas, destaque-se o item 190, mas sem associá-la à questões migratórias.

Até o presente momento, observa-se, no âmbito do regime internacional do clima, apenas o reconhecimento da urgência de medidas, a fim de conferir-se um tratamento adequado às migrações forçadas pelo clima, contudo, sem a adoção de medidas efetivas para a tutela dos “refugiados climáticos”.

Logo, muitas expectativas foram depositadas no Acordo de Paris no sentido da adoção de medidas mais efetivas na promoção e proteção dos direitos dos deslocados em tela.

3. AS NEGOCIAÇÕES DO TEXTO-BASE DA COP21: O QUE SE ESPERAVA EM MATÉRIA DE “REFUGIADOS CLIMÁTICOS”

A segunda parte desta pesquisa apresentará as vantagens e desvantagens do tratamento desta matéria den-

tro do regime internacional do clima, como também o panorama de negociações que antecederam a realização da COP21, com enfoque nas medidas de proteção aos “refugiados climáticos”.

3.1. “Refugiados climáticos” e o acordo de Paris: vantagens e desvantagens

Inicia-se a segunda parte do presente artigo com uma abordagem a respeito da importância da COP21 tratar da questão dos migrantes em decorrência das mudanças climáticas, bem como das desvantagens encontradas no tratamento dessa temática durante uma Conferência do Clima.

Serão analisadas, primeiramente, as principais vantagens identificadas, são elas: o reconhecimento internacional do tema; necessidade de consolidação das descobertas e recomendações já feitas em sessões anteriores da Conferência das Partes; possibilidade de uma maior facilidade em se chegar a um acordo entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.⁵⁴

No cenário internacional, reconhece-se a correlação existente entre migrações humanas e as mudanças do Clima, conforme se depreende do relatório do IPCC de 2014⁵⁵, em que o prognóstico foi de aumento do número de deslocados pelo clima.

As partes da Convenção do Clima já reconheceram em COP anterior a necessidade de conferir tratamento adequado a essa temática (COP 16 e 18). Logo, é flagrante a necessidade de consolidação das descobertas e recomendações já feitas, a fim de se enfrentar o vácuo de ações, no sentido de preparar os Estados com ferramentas sólidas para guiar os seus trabalhos nessas áreas.

A principal vantagem seria, contudo, uma possível maior facilidade de se chegar a um acordo entre os Estados do Norte e os do Sul, em razão de prováveis vantagens que aqueles podem obter em relação a outras obrigações assumidas em razão da Convenção do Clima.⁵⁶

51 PLATIAU, Ana Flávia Barros; CARVALHO, Fernanda Viana de; SILVA, Carlos Henrique Rubens Tomé. A dissonância do quadro institucional brasileiro na Rio+20: o caso do clima e do código florestal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 159-170, 2012. p.160.

52 MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n. 3, p. 45-55, 2012. p. 53.

53 MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n. 3, p. 45-55, 2012. p. 53.

54 KÄLIN, Walter; SCHREPFER, Nina. *Protecting people crossing borders in the context of climate change normative gaps and possible approaches*. February 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4f38a9422.html>>. Acesso em: 29 Oct. 2015. p. 73.

55 THE CORE WRITING TEAM; PACHAURI, Rajendra; MEYER, Leo (Ed.). *Climate change 2014: synthesis report*. Geneva: IPCC, 2015. Disponível em: <http://ar5-syr.ipcc.ch/ipcc/ipcc/resources/pdf/IPCC_SynthesisReport.pdf>. Acesso em: 30 Out. 2015.

56 KÄLIN, Walter; SCHREPFER, Nina. *Protecting people crossing borders in the context of climate change normative gaps and possible ap-*

Aos países desenvolvidos poderia ser vantajoso conceder maior proteção aos “refugiados climáticos” – que em sua maioria são oriundos de países em desenvolvimento –, em troca da aceitação de metas obrigatórias na redução das suas emissões de gases de efeito estufa por parte dos países em desenvolvimento.

No que concerne às desvantagens, as principais apontadas são as seguintes: o tema não receberia a atenção devida; nas discussões na COP não haveria a participação de especialistas em questões migratórias; falta de interesse político em razão da crise com os refugiados sírios em se tratar do tema; e o estabelecimento de uma proteção limitada apenas às vítimas de desastres ambientais relacionados às mudanças climáticas.

Grandes eram as expectativas mundias acerca da COP21, de que esta viesse a tratar de uma série de assuntos relacionados à Convenção do Clima que precisavam e continuam precisando, de atenção e em relação aos quais até o momento os Estados falharam em obter uma solução efetiva, o que fez com que a questão dos “refugiados climáticos” ficasse em segundo plano, não recebendo a merecida atenção.⁵⁷

Além disso, nas negociações travadas nas Conferências das Partes da Convenção do Clima não participam experts em migrações, sendo um evento dominado por representantes dos Estados lidando com questões ambientais e de financiamento, o que poderia gerar problemas no que tange a eventuais soluções que tivessem sido definidas, que diante de problemas migratórios não seriam as mais adequadas.⁵⁸

Um outro problema sério é a própria falta de vontade política de se encarar a presente temática, que demanda o reconhecimento de proteção internacional à estrangeiros, em um momento em que a Europa vive uma verdadeira crise com a “invasão” dos refugiados sírios⁵⁹ e o

recente atentado promovido por extremistas do Estado Islâmico infiltrados na Europa como refugiados.⁶⁰

A maior desvantagem apontada pelos especialistas, no entanto, foi o fato da Conferência tratar apenas de assuntos ligados às mudanças climáticas. Portanto, qualquer proteção que tivesse sido conferida às pessoas vítimas de catástrofes naturais seriam limitadas àquelas relacionadas às mudanças do clima.⁶¹

É frequente, porém, a dificuldade de se estabelecer uma relação direta entre as mudanças climáticas e certos desastres naturais, o que excluiria as vítimas desses da proteção conquistada para aqueles que sejam vítimas dos efeitos do aquecimento global.

Saliente-se que, mesmo havendo críticas, como apenas o regime internacional do clima tem tratado dessa temática na seara do direito internacional do meio ambiente, a adoção de medidas concretas para a proteção dos “refugiados climáticos” como resultado da COP21 teria sido um importante passo para a promoção de direitos dessa categoria de deslocados.

3.2. As negociações do texto-base da COP21

Para a análise das expectativas para a COP21, serão estudados os textos preliminares elaborados durante as rodadas de negociação, realizadas ao longo do ano de 2015, em preparação ao evento, e, finalmente, o texto-base enviado para negociação durante o evento em Paris.

O primeiro texto preliminar para negociação da UNFCCC⁶² para a COP 21, lançado em fevereiro de 2015, apresentou, em duas de suas opções (Opção I e III), a proposta para a criação de uma “coordenação

proaches. Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4f38a9422.html>>. Acesso em: 29 Oct. 2015. p. 73.

57 KÄLIN, Walter; SCHREPFER, Nina. *Protecting people crossing borders in the context of climate change normative gaps and possible approaches*. Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4f38a9422.html>>. Acesso em: 29 Oct. 2015. p. 73.

58 KÄLIN, Walter; SCHREPFER, Nina. *Protecting people crossing borders in the context of climate change normative gaps and possible approaches*. Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4f38a9422.html>>. Acesso em: 29 Oct. 2015. p. 73.

59 OS PAÍSES que mais recebem refugiados sírios. *BBC Brasil*. 12 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_vizinhos_refugiados_1k>. Acesso em: 01 dez. 2015.

60 COLON, Leandro. Passaporte encontrado com terrorista de Paris é de refugiado sírio, diz Grécia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 nov. 2015. Caderno mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/11/1706555-passaporte-encontrado-com-terrorista-de-paris-e-de-refugiado-sirio-diz-grecia.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

61 KÄLIN, Walter; SCHREPFER, Nina. *Protecting people crossing borders in the context of climate change normative gaps and possible approaches*. Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4f38a9422.html>>. Acesso em: 29 Oct. 2015. p. 74.

62 UNFCCC Sigla em inglês que significa: *United Nations Framework Convention on Climate Change*. Em português, Convenção-quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima. UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, *Second Session, part eight, Held in Geneva from 08 february to 13 february 2015*. Feb. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/adp2/eng/01.pdf>>. Acesso em: 30 Nov. 2015.

facilitadora para os deslocamentos por mudanças climáticas”, cujo objetivo seria fornecer suporte para ajuda de emergência, auxiliar na migração organizada e realocação planejada, assim como comprometer-se com medidas de compensação para os deslocados em razão das mudanças climáticas⁶³

Esse primeiro projeto também contemplou outras opções que não incluíam qualquer menção a criação dessa coordenação, ou até mesmo previam a manutenção do mecanismo de Varsóvia de perdas e danos da forma como já estava previsto.⁶⁴

Na versão do documento elaborada em Junho de 2015, como parte das discussões do Grupo de Trabalho Ad Hoc sobre a Plataforma de Durban para Ação Aprimorada, a criação da coordenação anteriormente mencionada aparece, apenas, em uma das propostas (Opção III), nos moldes já tratados na versão anterior do texto.⁶⁵

Já em setembro de 2015, o Grupo de Trabalho Ad Hoc sobre a Plataforma de Durban para Ação Aprimorada divulgou um documento de trabalho sobre a adaptação do mecanismo de Perdas e Danos que incluiu duas opções para perdas e danos no Acordo de Paris.

Em uma delas estabelecer-se-ia um mecanismo de perdas e danos dentro do próprio acordo de Paris, com mandato para operacionalizar suas instituições, incluindo a “coordenação facilitadora para os deslocamentos por mudanças climáticas”, com o fito de articular os esforços para tratar do deslocamento de pessoas em decorrência

dos impactos extremos das mudanças do clima.⁶⁶

A segunda opção se concentraria, exclusivamente, na revisão e adaptação do mecanismo de Varsóvia, mas não previa a criação da coordenação já tratada, contudo, constava o pedido de envolvimento do comitê executivo e dos organismos e grupos especializados existentes regidos pela Convenção em busca de entendimento, coordenação e cooperação acerca dos deslocados, migrações e reassentamentos planejados no contexto das mudanças climáticas.⁶⁷

Em 23 de outubro de 2015, o Grupo de Trabalho Ad Hoc sobre a Plataforma de Durban para Ação Aprimorada divulgou o texto-base a ser negociado durante à COP21 em que propôs manter o mecanismo de Varsóvia de perdas e danos, com uma opção prevendo uma revisão deste em 2016, ou, ainda, a criação de um mecanismo dentro do acordo de Paris.

No mesmo sentido do que já havia constado no texto preliminar anterior, propôs-se o estabelecimento de um mecanismo de perdas e danos dentro do próprio acordo, com a previsão expressa de criação da “coordenação facilitadora para os deslocamentos por mudanças climáticas.”⁶⁸

A segunda opção se concentrou, exclusivamente, na revisão e adaptação do mecanismo de Varsóvia, mas não previu a criação da coordenação já tratada, constando, apenas, o requerimento de envolvimento do comitê executivo e dos organismos e grupos especializados existentes regidos pela Convenção em busca de entendimento, coordenação e cooperação acerca dos deslocados, migrações e reassentamentos planejados no contexto das mudanças climáticas.⁶⁹

63 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, *Second Session, part eight, Held in Geneva from 08 february to 13 february 2015*. Feb. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/adp2/eng/01.pdf>>. Acesso em: 30 Nov. 2015. p. 32-33. “While adaptation can help to reduce vulnerability and enhance resilience, it is unlikely to stop the need for some migration”. (MCADAM, Jane. *Creating New Norms on Climate Change, natural disasters and displacement: international developments 2010-2013. Refuge*, v. 29, n. 2, p. 11-26, 2014. p. 11).

64 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, *Second Session, part eight, Held in Geneva from 08 february to 13 february 2015*. Feb. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/adp2/eng/01.pdf>>. Acesso em: 30 Nov. 2015. p. 32-33.

65 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, Second Session, part nine, Held in Bonn from 01 june to 11 june 2015 ADP 2-9 – Working Document*. Jun. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/adp_2_9_wd_11062015@1645.pdf>. Acesso em: 30 Nov. 2015. p. 26.

66 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, *Second Session, part ten, Held in Bonn from 31 august to 4 september 2015 ADP 2-10 – Working Document*. Disponível em: <http://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/adp2-10_8sep2015t1500_cwd.pdf>. Acesso em: 30 Nov. 2015. p. 21.

67 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, *Second Session, part ten, Held in Bonn from 31 august to 4 september 2015 ADP 2-10 – Working Document*. Disponível em: <http://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/adp2-10_8sep2015t1500_cwd.pdf>. Acesso em: 30 Nov. 2015. p. 23).

68 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action: Second Session, part eleven, Held in Bonn from 19 october to 23 october 2015 ADP 2-11 – Draft agreement and draft decision on workstreams 1 and 2*. Oct. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/files/bodies/application/pdf/ws1and2@2330.pdf>>. Acesso em: 30 Nov. 2015. p. 16.

69 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform*

Acrescente-se que, ainda dentro da opção que mantinha a implementação do protocolo de Varsóvia, havia uma segunda alternativa, na qual decidia-se desenvolver modalidades e procedimentos interinos para a operação da referida coordenação para fornecer suporte para ajuda de emergência e para auxiliar na migração organizada e realocação planejada.⁷⁰

Tendo em vista as propostas apresentadas no texto-base negociado durante a COP21, observa-se que existiam reais possibilidades de que medidas concretas fossem tomadas não só para o aumento da resiliência dos países mais vulneráveis aos efeitos das mudanças climáticas, mas, também, no que concerne à proteção das pessoas vítimas de tais efeitos.

4. O ACORDO DE PARIS E OS DESLOCADOS EM DECORRÊNCIA DE CONDIÇÕES CLIMÁTICAS SEVERAS: AVANÇOS OU RETROCESSOS?

Considerando o texto-base elaborado que foi negociado em Paris durante a COP21, bem como as vantagens e desvantagens de tratar da temática dos “refugiados climáticos” em uma Conferência das Partes da Convenção sobre mudanças do clima, a última parte deste trabalho tem por escopo apresentar o que restou decidido ao final do evento mencionado no que concerne àqueles forçados a se deslocar em decorrência dos efeitos adversos do câmbio climático.

O evento ora estudado aconteceu entre os dias 30 de novembro à 11 de Dezembro de 2015, entende-se necessário para o estabelecimento de um panorama preciso acerca das negociações em torno dessa temática a análise das declarações iniciais feitas pelos Chefes de Estado dos países que integram a AOSIS (*Alliance of Small Island States*⁷¹⁻⁷²) na abertura da Conferência, prin-

cipais interessados na promoção e proteção dos direitos dos “refugiados climáticos”⁷³.

Entre os países que integram a AOSIS, fizeram pronunciamentos na abertura da COP21: as Ilhas Marshall, Fiji, Chipre, Cuba, Camarões, Cabo Verde, as Bahamas, Antígua e Barbuda, Maurícia, Nauru, Palau, São Cristóvão e Neves, Granada, Guiné Bissau, Kiribati, Malta, Samoa, São Tomé e Príncipe, Santa Lúcia, e Tuvalu.

As declarações dos Chefes de Estado dos países mencionados foram muito semelhantes no sentido de destacarem a vulnerabilidade de seus países como vítimas dos grandes emissores de gases poluentes, de salientarem que medidas na esfera local de seus países já têm sido tomadas para contribuir com a redução nas emissões de gases de efeito estufa e de defenderem a necessidade da adoção de medidas de mitigação dos impactos das mudanças climáticas, especialmente em relação aos países mais vulneráveis, bem como para a substituição do combustível fóssil por energia limpa e verde e a manutenção do aquecimento global em uma média de até 1,5° C acima dos níveis pré-industriais.

Merecem destaque as declarações feitas pelos chefes de Estado de Maurícia⁷⁴ e de Tuvalu⁷⁵, assim como

amas, Barbados, Belize, Cabo Verde, Comores, Ilhas Cook, Cuba, Chipre, Dominica, Fiji, Estados Federados da Micronésia, Granada, Guiné-Bissau, Guiana, Haiti, Jamaica, Quiribáti, Maldivas, Malta, Ilhas Marshall, Maurícia, Nauru, Niue, Palau, Papua-Nova Guiné, Samoa, Singapura, Seicheles, São Tomé e Príncipe, Ilhas Salomão, São Cristóvão e Neves, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Tonga, Trindade e Tobago, Tuvalu e Vanuatu.

73 A escolha da análise dos discursos mencionados se deu porque os Pequenos Estados Insulares em Desenvolvimento – em inglês, Small Island Developing States (SIDS) – são particularmente vulneráveis às variações do clima e a elevação dos oceanos causadas pelas mudanças climáticas, em razão da localização e topografia dos mesmos. Para a maioria, países em desenvolvimento de baixa altitude são considerados como mais prováveis de gerar deslocamentos populacionais em razão dos efeitos adversos do câmbio climático (ASTONITAS, Mainé; FAAMATUAINU, Jacqueline; INAZ, Ahmed. Climate refugees? Alternative and Broadened Protection Avenues for Refugees from Small Island Developing States (SIDS). *Refugee Review: Reconceptualizing Refugees and Forced Migration in the 21st Century*, v. 2, n. 1, p. 138-150, 2015. p. 139).

74 “Finally, we call on all our developed country partners to come together, demonstrate political will, and agree on a legally-binding agreement”. (GURIB-FAKIM, Ameenah. Statement to the 21st Conference of Parties of the United Nations Framework Convention on Climate Change. [discourse]. In: CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop-21cmp11_leaders_event_mauritius.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.).

75 “We face many political challenges at this meeting. Critically we must

for *Enhanced Action*: Second Session, part eleven, Held in Bonn from 19 October to 23 October 2015 ADP 2-11 – Draft agreement and draft decision on workstreams 1 and 2. Oct. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/files/bodies/application/pdf/ws1and2@2330.pdf>>. Acesso em: 30 Nov. 2015. p. 16.

70 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action*: Second Session, part eleven, Held in Bonn from 19 October to 23 October 2015 ADP 2-11 – Draft agreement and draft decision on workstreams 1 and 2. Oct. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/files/bodies/application/pdf/ws1and2@2330.pdf>>. Acesso em: 30 Nov. 2015. p. 42.

71 Em português, Aliança dos Pequenos Estados Insulares.

72 Integram a AOSIS os seguintes países: Antígua e Barbuda, Ba-

também de Cuba, de Cabo Verde, de Camarões, das Bahamas, da República de Chipre, de Kiribati, de Fiji, de Antigua e Barbuda, de Samoa. Os representantes desses Estados manifestaram o desejo de que, ao final da Conferência, fosse adotada uma norma internacional de caráter vinculante e não simplesmente mais uma *soft law*.

Nenhum dos países se pronunciou de forma expressa acerca da proposta para a criação de uma coordenação facilitadora para os deslocamentos por mudanças climáticas. Os únicos países que mencionaram a questão dos “refugiados” foram Antigua e Barbuda e Tuvalu. Contudo, apenas em tom de alerta em relação ao que o futuro reserva para o mundo, se medidas efetivas não forem tomadas em Paris, conforme se verifica no trecho que se segue do discurso do Primeiro-Ministro de Tuvalu: “The plight of refugees we see today, and dare I add of increasing terrorism and radicalism, represents a small measure of what the world will face if we do not tackle climate change”.⁷⁶

Apesar de seus problemas com as mudanças climáticas, o Primeiro-Ministro de Fiji se colocou à disposição para analisar, no pior cenário, para os países vizinhos mais próximos, Kiribati e Tuvalu, uma condição de refugiado permanente para seus habitantes.⁷⁷

agree that the Paris Agreement is a legally binding treaty or protocol under the Convention. It must anchor firmly on its objective and principles. Anything less would signal to the world that we are not serious about climate change. I strongly encourage some of our negotiating partners to put aside your domestic challenges and unite with the rest of the world for a legally binding treaty. Anything less would be shameful. We must all commit to take substantial action on mitigation. We must be obliged to implement our Nationally Determined Commitments and not just communicate them. The Paris treaty must be clear in how it sets a goal for the future. For Small Island Developing States, Least Developed Countries and many others, setting a global temperature goal of below 1.5 degrees Celsius relative to pre-industrial levels is critical”. (SOPOAGA, Enele S. Keynote Statement. discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_tuvalu.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015).

76 SOPOAGA, Enele S. Keynote Statement. discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_tuvalu.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.

77 BAINIMARAMA, J. V. Fiji's statement at the COP-21 United Nations Conference on Climate Change [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_fiji.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

Nos discursos proferidos pelos representantes de Maurícia⁷⁸, Tuvalu⁷⁹, Palau⁸⁰, Bahamas⁸¹ e Granada⁸²,

unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_fiji.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

78 “For the 2015 agreement, the Republic of Mauritius would like it to address the following [...] 3) Treat Adaptation, Loss and Damage issues as separate components of the Paris agreement; *we recommend that the Loss and Damage component be anchored in a permanent international mechanism*.” (GURIB-FAKIM, Ameenah. Statement to the 21st Conference of Parties of the United Nations Framework Convention on Climate Change. [discourse]. In: CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_mauritius.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.)

79 “Tuvalu is already suffering the impacts of climate change. Cyclone Pam earlier this year had a devastating effect on our economy. While we were grateful for the assistance we received from the relief community, this ad hoc response to the impacts of climate change cannot continue. *We need a permanent mechanism for Loss and Damage anchored in the Paris Treaty* to give us the assurance that the necessary response to climate change impacts will be forthcoming”. (SOPOAGA, Enele S. Keynote Statement. discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_tuvalu.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015).

80 “However, we know that, collectively, the efforts brought forth thus far are not enough to avoid a dangerous level of warming, which would be catastrophic for vulnerable countries and communities. For that reason, we need the Paris agreement to include a strong long-term goal, a regular review process that drives greater ambition over time, robust transparency rules for both action and support, *and a permanent loss and damage mechanism to help respond to the unavoidable impacts of climate change*”. (REMENGESAU JR., Tommy Esang. Statement of His Excellency Tommy Esang Remengesau Jr. [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_palau.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.)

81 “Mr. President, The Bahamas sees the following as indispensable coming out of Paris. Loss and Damage must be anchored in the Paris Agreement. (CHRISTIE, Perry G. Statement to the 21st Conference of Parties of the United Nations Framework Convention on Climate Change [discourse]. In: CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_bahamas.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.)

82 “The package of measures must also include: [...] Loss and Damage anchored in the agreement, with provisions for further strengthening of the mechanism...” (MITCHELL, Keith. Statement of the Right Honourable Prime Minister Dr. Keith Mitchell [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_fiji.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.)

no entanto, todos salientaram a necessidade da adoção de um mecanismo permanente de perdas e danos. O Primeiro-Ministro de Santa Lúcia declarou, ainda, que é preciso que o acordo a ser assinado reconheça a importância do mecanismo de perdas e danos para os países vulneráveis, tendo destacado a necessidade dos países mais desenvolvidos e, conseqüentemente, mais poluidores, financiarem medidas para o aumento da resiliência dos países mais vulneráveis às mudanças climáticas.⁸³

No discurso do Chefe de Governo de Granada,⁸⁴ assim como no do representante de Santa Lúcia,⁸⁵ estes propuseram uma renovação dos compromissos em relação à redução das emissões de gases de efeito estufa a cada cinco anos. Nas declarações feitas pelo Presidente de Kiribati, este propôs uma moratória no que tange aos investimentos feitos em minas de carvão.⁸⁶

Não se pode esquecer, também, de duas importantes medidas adotadas já no primeiro dia do evento, o lançamento de uma iniciativa para aumentar a resiliência dos países mais vulneráveis às mudanças climáticas e a doação de U\$ 248 milhões (duzentos e quarenta e oito milhões de dólares) para o fundo dos países menos

desenvolvidos⁸⁷⁻⁸⁸.

A iniciativa ora mencionada pretende unir organizações do setor privado, governos e agências da ONU (Organização das Nações Unidas), institutos de pesquisa e outros importantes atores para o desenvolvimento de soluções inovadoras para ajudar os países mais vulneráveis.⁸⁹

Nos próximos cinco anos, a iniciativa irá mobilizar financiamento e conhecimento, criar e operacionalizar parcerias, ajudar a coordenar atividades e a alcançar resultados tangíveis, catalisar pesquisa e desenvolver novas ferramentas de resiliência para os países mais vulneráveis.⁹⁰

O foco dessas medidas são as pessoas mais vulneráveis às mudanças do clima e as comunidades em pequenos países insulares em desenvolvimento, países menos desenvolvidos e países africanos.⁹¹

Durante a Conferência, muitos foram os momentos de impasse e discordância entre os Estados ali representados, tanto que o encerramento do evento com a aprovação do que está sendo chamado de Acordo de Paris aconteceu com um dia de atraso, no início da noite do dia 12 de dezembro de 2015.⁹²

int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_grenada.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015)

83 ANTHONY, Kenny D. A Historic Opportunity [discourse]. In: CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_saint_lucia.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

84 MITCHELL, Keith. Statement of the Right Honourable Prime Minister Dr. Keith Mitchell [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_grenada.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

85 ANTHONY, Kenny D. A Historic Opportunity [discourse]. In: CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_saint_lucia.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

86 TONG, Beretenti Anote. Statement to the 21st Conference of Parties of the United Nations Framework Convention on Climate Change. [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_kiribati.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

87 Em inglês, LDCF (Least Developed Countries Fund).

88 A doação foi realizada pelo Canadá, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Irlanda, Itália, Suécia, Suíça, Reino Unido e pelos Estados Unidos da América (GLOBAL ENVIRONMENT FACILITY. *\$248 USD million pledged to GEF climate fund for most vulnerable countries*. Paris, 30 Nov. 2015 Disponível em: <<https://www.thegef.org/gef/node/11532>>. Acesso em: 01 dez. 2015).

89 UNITED NATIONS. *UN Secretary-General's initiative aims to strengthen climate resilience of the world's most vulnerable countries and people*. 2015. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2015/11/un-secretary-generals-initiative-aims-to-strengthen-climate-resilience-of-the-worlds-most-vulnerable-countries-and-people/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

90 UNITED NATIONS. *UN Secretary-General's initiative aims to strengthen climate resilience of the world's most vulnerable countries and people*. 2015. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2015/11/un-secretary-generals-initiative-aims-to-strengthen-climate-resilience-of-the-worlds-most-vulnerable-countries-and-people/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

91 UNITED NATIONS. *UN Secretary-General's initiative aims to strengthen climate resilience of the world's most vulnerable countries and people*. 2015. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2015/11/un-secretary-generals-initiative-aims-to-strengthen-climate-resilience-of-the-worlds-most-vulnerable-countries-and-people/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

92 COLON, Leandro; LEITE, Marcelo. Países assinam acordo inédito para conter aquecimento global. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2015. Caderno mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/12/1718310-franca-apresenta-proposta-para-cop21-selar-acordo.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

Os pontos de maior impasse e discussão e que se mantiveram durante praticamente todo o evento entre colchetes foram: a definição de 1,5°C como limite máximo de aquecimento global tolerável; a possibilidade de redução de emissão líquida de CO₂ para zero até o meio do século; a revisão das metas nacionais (INDCs) a cada cinco anos a partir de 2018 ou 2019; e a questão do financiamento, com a diferenciação entre ricos e pobres, tendo se cogitado nesse item a inclusão da expressão “países em posição de fazê-lo” – o que os países emergentes interpretaram como uma expressão perigosa e passível de uma interpretação pelos ricos que acabasse fazendo com que pagassem pelo combate à mudança do clima – posteriormente, substituída pela sugestão de menção à cooperação voluntária entre países do sul.⁹³

Nos últimos dias da Conferência, o que se observou foi a reafirmação das posições de sempre das partes da Convenção do Clima: os países desenvolvidos querendo que os países em desenvolvimento assumam responsabilidades financeiras e, também, metas obrigatórias em busca de conter os efeitos adversos das mudanças climáticas e estes recusando-se a assumir qualquer ônus da luta contra o câmbio do clima, por se entenderem como vítimas.⁹⁴

Nesse contexto, merece destaque a manifestação do Presidente Russo, que repreendeu seus pares por perderem tempo repetindo os mesmos velhos discursos e reclamou por mais ação.⁹⁵

No início da noite do dia 12 de Dezembro, finalmente, o mundo presenciou o encerramento da COP21, com a aprovação do tão esperado Acordo juridicamente obrigatório para todos os países signatários da Convenção do Clima. No entanto, o Acordo de Paris apresentou diversos dispositivos vagos, uma vez que depende de negociações futuras no âmbito da COP para serem implementados.⁹⁶

93 ANGELO, Cláudio. Tudo Combinado e nada resolvido. *Observatório do Clima*, Paris, 10 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.observatoriodoclima.eco.br/tudo-combinado-e-nada-resolvido/>> Acesso em: 18 jan. 2016.

94 ANGELO, Cláudio. Tudo Combinado e nada resolvido. *Observatório do Clima*, Paris, 10 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.observatoriodoclima.eco.br/tudo-combinado-e-nada-resolvido/>> Acesso em: 18 jan. 2016.

95 ANGELO, Cláudio. Tudo Combinado e nada resolvido. *Observatório do Clima*, Paris, 10 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.observatoriodoclima.eco.br/tudo-combinado-e-nada-resolvido/>> Acesso em: 18 jan. 2016.

96 LAVALLÉE, S.; MALJEAN-DUBOIS, S. L'Accord de Paris: fin de la crise du multilatéralisme climatique ou évolution en clair-

No que tange aos pontos de maior relevância do documento e, conseqüentemente, de grande relevância para os países mais vulneráveis às mudanças do clima, deve-se destacar: a definição de um limite indicativo de aquecimento global tolerável, devendo este manter-se de 2°C acima dos níveis pré-industriais, com vistas a limitar o aumento da temperatura em até 1,5°C⁹⁷; estabelecimento do piso de ajuda financeira dos países ricos aos países pobres de US\$ 100 bi (cem bilhões de dólares) por ano até⁹⁸; determinação de um balanço global das metas nacionais a cada cinco anos⁹⁹, ficando estabelecido o ano de 2023 para a apresentação do primeiro balanço e, em decorrência disso, para a primeira revisão das metas.¹⁰⁰

Ressalte-se que, apesar de tratar-se de um documento legalmente vinculante, este não previu de forma obrigatória e verificável o cumprimento das promessas de cada país de cortar emissões de carbono, as chamadas INDCs (Intended Nationally Determined Contributions)¹⁰¹, que continuarão voluntárias¹⁰², bem

obscur?. *Revue Juridique de l'environnement*, n.1, p.19-36, mars 2016. p.28.

97 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>> Acesso em 01 Fev. 2016. p. 22.

98 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>> Acesso em 01 Fev. 2016. p. 08.

99 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>> Acesso em 01 Fev. 2016. p. 23.

100 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>> Acesso em 01 Fev. 2016. p. 32.

101 Em português: Contribuição Nacionalmente Determinada Pretendida.

102 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>> Acesso em 01 Fev. 2016. p. 23. Esta era uma das condições para a assinatura do Acordo de Paris entre outros países, pelos Estados

como não há regra prevista para que os países sejam forçados a melhorar suas promessas, mesmo se ficar evidente no balanço global das metas nacionais que estas não serão alcançadas¹⁰³.

No que tange às questões da descarbonização e dos combustíveis fósseis, levantadas por alguns dos representantes de países integrantes da AOSIS em seus discursos na abertura da Conferência, os referidos temas não foram mencionados de forma expressa no acordo.¹⁰⁴

Finalmente, no tocante ao mecanismo de Varsóvia de Perdas e Danos, restou acordada a sua manutenção, com a previsão de sua revisão em 2016, de acordo com o item 47 da decisão 1/CP.21¹⁰⁵, sem constar qualquer previsão determinando o estabelecimento de uma “coordenação facilitadora para os deslocamentos por mudanças climáticas”, como se chegou a cogitar durante as rodadas de negociação do texto-base que foi apresentado em Paris.¹⁰⁶

Unidos da América, cujo Congresso se recusa a ratificar qualquer tratado que crie obrigações legais sobre o clima (COLON, Leandro; LEITE, Marcelo. Países assinam acordo inédito para conter aquecimento global. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2015. Caderno mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/12/1718310-franca-apresenta-proposta-para-cop21-selar-acordo.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015).

103 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em 01 Fev. 2016. Condição esta que foi exigida por países como China e Índia, resistentes a aceitar qualquer tipo de verificação externa e acabar por comprometer a sua soberania (COLON, Leandro; LEITE, Marcelo. Países assinam acordo inédito para conter aquecimento global. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2015. Caderno mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/12/1718310-franca-apresenta-proposta-para-cop21-selar-acordo.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015).

104 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 01 Fev. 2016

105 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em 01 Fev. 2016. p. 08.

106 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em:

Em vez da criação da referida coordenação, o texto do acordo fez constar um pedido direcionado ao Comitê executivo do mecanismo de Varsóvia para o estabelecimento de uma força-tarefa com o fito de promover o envolvimento de organismos existentes e de grupos de peritos no âmbito da Convenção, incluindo o Comitê de adaptação e o grupo de especialistas dos países menos desenvolvidos, bem como organizações pertinentes e grupos especializados fora do âmbito da Convenção, para desenvolver recomendações para abordagens integradas para prevenir, minimizar e tratar dos deslocamentos relacionados aos impactos adversos das alterações climáticas, conforme item 49 da decisão 1/CP.21.¹⁰⁷

Saliente-se que, apenas nesse ponto do Acordo, a problemática referente aos “refugiados climáticos” foi tratada.

O acordo tratou acerca do mecanismo de Varsóvia em seu artigo 8º, e em seu parágrafo 4º previu expressamente algumas áreas em que as Partes da Conferência do Clima devem buscar aumentar o entendimento, a cooperação e o suporte por meio do mecanismo de Varsóvia, são elas: sistemas de alerta precoce; preparação para emergências, efeitos adversos de incidência lenta, eventos que podem envolver perdas e danos irreversíveis e permanentes, avaliação de riscos e gestão; perdas não econômicas; aumento da resiliência das comunidades, seus meios de subsistência e seus ecossistemas.¹⁰⁸

O ponto que chama mais atenção, contudo, não foi a ausência de uma solução para o problema dos “refugiados climáticos”, mas a previsão de que o disposto no Acordo de Paris sobre o mecanismo de perdas e danos, em seu artigo 8º, não poderia ser usado como base para exigir das Partes – leia-se dos países desenvolvidos –, legalmente, indenização ou compensação, conforme

<<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 01 Fev. 2016

107 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 01 Fev. 2016. p. 08.

108 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 01 Fev. 2016. p. 28.

disposto no item 51 da decisão 1/CP.21.¹⁰⁹

Nos termos do artigo 21, parágrafo 1º, do Acordo de Paris, o Acordo deverá entrar em vigor no trigésimo dia após a data na qual pelo menos 55 (cinquenta e cinco) Partes da Convenção do Clima, contabilizando um total de no mínimo 55 % (cinquenta e cinco por cento) do total de emissões de gases de efeito estufa, tenham depositado seus instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão junto do depositário.¹¹⁰

Observou-se, no início do evento, uma preocupação da comunidade internacional com os países mais vulneráveis às mudanças climáticas com o fito de aumentar a resiliência desses países, mas sem tratar do problema dos “refugiados climáticos”. Esta acabou, também, sendo a postura adotada pelas Partes da Convenção no que concerne ao Acordo de Paris, que trouxe medidas para aumentar a resiliência dos países, mas não estabeleceu nada de concreto no sentido de proteger e assegurar direitos aos “refugiados climáticos”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No plano internacional, de acordo com o estatuto dos refugiados, os “refugiados climáticos” não gozam de proteção. Portanto, os números demonstram que, mais do que tratar do problema das migrações forçadas, é preciso evitá-las.

Verificou-se que o direito dos refugiados e o direito humanitário têm falhado em enfrentar essa temática, assim como no plano do Direito Internacional do Meio Ambiente, a questão dos “refugiados” ambientais e climáticos tem sido enfrentada, apenas, dentro do regime internacional do clima, por meio das Conferências das Partes da Convenção Quadro sobre mudanças do clima.

Até o momento, no âmbito das Conferências das

Partes apenas se reconheceu a necessidade de que sejam adotadas medidas no sentido de coordenação e cooperação no que tange aos deslocamentos induzidos por alterações climáticas e sua realocação planejada, mas nenhuma medida efetiva foi de fato tomada para a tutela dos “refugiados climáticos”.

Analisando-se os vários rascunhos que deram origem ao texto-base negociado em Dezembro de 2015 em Paris, constatou-se que uma das principais e mais importantes propostas de tratamento da temática seria a criação de uma coordenação facilitadora para os deslocamentos por mudanças climáticas no âmbito de um mecanismo permanente de perdas e danos, baseado no acordo de Paris.

O estudo dos discursos dos líderes dos pequenos países insulares, no primeiro dia de evento, demonstrou que a preocupação com os “refugiados climáticos” não foi naquele momento manifestada expressamente, tendo estes preferido se concentrar na cobrança de medidas para o aumento da resiliência contra os efeitos das mudanças climáticas em seus países.

Esses líderes, contudo, defenderam a criação de um mecanismo permanente de perdas e danos, justamente uma das opções que contemplava a criação da mencionada coordenação.

Apesar de existirem críticas ao tratamento dessa matéria pelo regime internacional do clima, em especial no que tange às dificuldades de se determinar a correlação direta entre os desastres ambientais e os efeitos da mudança do clima, deve-se destacar a sua importância na tutela dos direitos dessa categoria de migrantes.

O Acordo de Paris é um marco dentro do Regime Internacional do Clima por se tratar de um documento juridicamente vinculante para países em desenvolvimento e desenvolvidos e por ter estabelecido o compromisso dos países de se manter no limite de até 2º C de aquecimento global, com vistas ao limite de apenas 1,5C. Contudo, este falhou ao não prever como obrigatórias as promessas de cada país de cortar emissões de carbono, o que pode acabar por enfraquecer a efetividade de tal instrumento internacional.

Antes do início da COP21, existiam expectativas concretas de que o evento poderia ter como resultado a adoção de medidas de proteção efetivas às vítimas dos efeitos das mudanças do clima. Entretanto, apesar do importante avanço que isto representaria na tutela dos

109 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 01 Fev. 2016. p. 08.

110 UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015* FCCC/CP/2015/10/Add.1. Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 01 Fev. 2016. p. 34.

direitos dos “refugiados climáticos”, o Acordo de Paris estabeleceu medidas para aumentar a resiliência dos países mais vulneráveis, mas não avançou no que tange à proteção dos “refugiados climáticos”.

O documento que restou aprovado ao final da COP21 manteve o mecanismo de Varsóvia sem grandes avanços e com a infeliz exclusão do texto final da proposta da criação de uma coordenação facilitadora para os deslocamentos por mudanças climáticas no âmbito de um mecanismo de perdas e danos.

Logo, conclui-se que, apesar de avanços na seara das ações para o aumento da resiliência dos países mais vulneráveis, mais uma vez, a adoção de uma solução para a problemática dos “refugiados climáticos” restou adiada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Taylor. *Climate change and forced migration: a gap in protection*. 2015. Disponível em: <<http://www.peacepalacelibrary.nl/2015/07/climate-change-and-foreced-migration-a-gap-in-protection/>>. Acesso em: 18 jan. 2016.
- ANGELO, Cláudio. Tudo Combinado e nada resolvido. *Observatório do Clima*, Paris, 10 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.observatoriodoclima.eco.br/tudo-combinado-e-nada-resolvido/>> Acesso em: 18 jan. 2016.
- ANTHONY, Kenny D. *A Historic Opportunity* [discourse]. In: CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_saint_lucia.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.
- ARAIA, Eduardo. Refugiados ambientais: as primeiras vítimas do aquecimento global. *Planeta*, São Paulo, v. 37, n. 443, p. 36-41, ago. 2009.
- ASTONITAS, Mainé; FA'AMATUAINU, Jacqueline; INAZ, Ahmed. Climate refugees? Alternative and Broadened Protection Avenues for Refugees from Small Island Developing States (SIDS). *Refugee Review*. Reconceptualizing Refugees and Forced Migration in the 21st Century, v. 2, n. 1, p. 138-150, 2015.
- AUSTRÁLIA. Refugee Review Tribunal. *Refugee Appeal n. N99/30231*. Tribunal Member Michael Griffin. Sidney, 10 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/RRTA/2000/17.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016.
- AUSTRÁLIA. Refugee Review Tribunal. *Refugee Appeal n. 0907346*. Tribunal Member Jonathon Duignan. Sidney, 10 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/RRTA/2009/1168.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016.
- AUSTRÁLIA. Refugee Review Tribunal. *Refugee Appeal n. 1004726*. Tribunal Member Pauline Pope. Sidney, 30 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/RRTA/2010/845.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016.
- BAINIMARAMA, J. V. Fiji's statement at the COP-21 United Nations Conference on Climate Change [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_fiji.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.
- OS PAÍSES que mais recebem refugiados sírios. *BBC Brasil*, 12 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_vizinhos_refugiados_1k>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- CHRISTIE, Perry G. Statement to the 21st Conference of Parties of the United Nations Framework Convention on Climate Change [discourse]. In: CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_bahamas.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.
- COLON, Leandro. Passaporte encontrado com terrorista de Paris é de refugiado sírio, diz Grécia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 nov. 2015. Caderno mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/11/1706555-passaporte-encontrado-com-terrorista-de-paris-e-de-refugiado-sirio-diz-grecia.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

- COLON, Leandro; LEITE, Marcelo. Países assinam acordo inédito para conter aquecimento global. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2015. Caderno mundo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/12/1718310-franca-apresenta-proposta-para-cop21-selar-acordo.shtml>>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- DUBOIS, Sandrine Malijean. A implantação do direito internacional. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Brasília: UniCEUB, 2009. p. 88-121.
- FERNÁNDEZ, María José. Refugees, climate change and international law. *Forced Migration Review*, Oxford, n. 49, p. 42-43, May 2015.
- GURIB-FAKIM, Ameenah. Statement to the 21st Conference of the Parties of the United Nations Framework Convention on Climate Change. [discourse]. In: CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_mauritius.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- GLOBAL ENVIRONMENT FACILITY. \$248 USD million pledged to GEF climate fund for most vulnerable countries. Paris, 30 Nov. 2015. Disponível em: <<https://www.thegef.org/gef/node/11532>>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- GODINHO, Luiz Fernando. *Rio+20*: Alto Comissário pede ação conjunta para refugiados e deslocados em zonas urbanas. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/rio-20-alto-comissario-pede-acao-conjunta-para-refugiados-e-deslocados-em-zonas-urbanas/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- HODGKINSON, David et al. The hour when the ship comes in: a convention for persons displaced by climate change. *Monash University Law Review*, v. 36, p. 69-118, 2010.
- INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTER. *Global estimates 2015*: People displaced by disasters. Disponível em: <<http://internal-displacement.org/publications/2015/global-estimates-2015-people-displaced-by-disasters>>. Acesso em: 30 out. 2015.
- THE CORE WRITING TEAM; PACHAURI, Rajendra; MEYER, Leo (Ed.). *Climate change 2014: synthesis report*. Geneva: IPCC, 2015. Disponível em: <http://ar5-syr.ipcc.ch/ipcc/ipcc/resources/pdf/IPCC_SynthesisReport.pdf>. Acesso em: 30 Out. 2015.
- THE CORE WRITING TEAM; PACHAURI, Rajendra; REISINGER, Andy. *Climate Change 2007: synthesis report*. Geneva: IPCC, 2008. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_full_report.pdf>. Acesso em: 28 Nov. 2015.
- KÄLIN, Walter; SCHREPFER, Nina. Protecting people crossing borders in the context of climate change normative gaps and possible approaches. Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/4f38a9422.html>>. Acesso em: 29 Oct. 2015.
- LAVALLÉE, S.; MALJEAN-DUBOIS, S. L'Accord de Paris: fin de la crise du multilatéralisme climatique ou évolution en clair-obscur?. *Revue Juridique de l'environnement*, n.1, p.19-36, mar. 2016.
- LIVING SPACE FOR ENVIRONMENTAL REFUGEES. *Refugiados Ambientais*. 2015. Disponível em: <<http://www.liser.eu/pt>>. Acesso em: 25 nov. 2015.
- LOPES, Adelirian Martins Lara; AB'SABER, Aziz Nacib; HOSSNE, William Saad. O conceito de refugiado ambiental: é uma questão bioética? *Revista Bioethikos*, v. 6, n. 4, p. 409-415, 2012.
- MÁS, Heyd Fernandes. *Ecomigrantes, refugiados ou deslocados ambientais*: populações vulneráveis e mudança climática. 2011. 132 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2011.
- MALJEAN-DUBOIS, S.; WEMAERE, M. *La diplomatie climatique de Rio 1992 a Paris 2015*. Paris:A. Pedone, 2015.
- MCADAM, Jane. Creating New Norms on Climate Change, natural disasters and displacement: international developments 2010-2013. *Refuge*, v. 29, n. 2, p. 11-26, 2014.
- MITCHELL, Keith. Statement of the Right Honourable Prime Minister Dr. Keith Mitchell [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_grenada.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

- MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; PEREIRA, Ana Carolina Barbosa. Refugiados ambientais e tutela jurídica internacional: algumas considerações. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n. 3, p. 45-55, 2012.
- NEW ZEALAND. Refugee Status Appeals Authority New Zealand. *Refugee Appeal nº 72185*. Tribunal Member S Joe. Auckland. 10 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.nzlii.org/nz/cases/NZR-SAA/2000/335.html>>. Acesso em: 29 abr. 2016.
- NEW ZEALAND. Refugee Status Appeals Authority New Zealand. *Refugee Appeal nº 72186*. Tribunal Member S Joe. Auckland. 10 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.nzlii.org/nz/cases/NZR-SAA/2000/336.html>> Acesso em: 29 abr. 2016.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Additional protocol to the american convention on human rights in the area of economic, social and cultural rights "Protocol of San Salvador"*. [S.l]: OAS, 1988. Disponível: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html>>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- PLATIAU, Ana Flávia Barros; CARVALHO, Fernanda Viana de; SILVA, Carlos Henrique Rubens Tomé. A dissonância do quadro institucional brasileiro na Rio+20: o caso do clima e do código florestal. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 159-170, 2012.
- RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 150 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.
- REMENGESAU JR., Tommy Esang. Statement of His Excellency Tommy Esang Remengesau Jr. [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_palau.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- SILVA, César Augusto S. Brasil: possibilidades do Instituto Jurídico dos Refugiados Ambientais no contexto dos direitos humanos. *Revista Videre*, Dourados, v. 5, n. 10, p. 16-29, jul./dez. 2013.
- SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. Refugiados ambientais e sua proteção jurídica no direito internacional. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 58, p. 247-260, abr./jun. 2012.
- SOPOAGA, Enele S. Keynote Statement. [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_tuvalu.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- SOUZA, João Carlos de. Um ensaio sobre a problemática dos deslocados ambientais: a perspectiva legal, social e econômica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 57-73, jan./dez. de 2010.
- SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.12, n. 2, p. 767-784, 2015.
- TONG, Beretenti Anote. Statement to the 21st Conference of Parties of the United Nations Framework Convention on Climate Change. [discourse]. CONFERENCE OF THE PARTIES (COP 21) OF THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 21., Paris. *Meetings...* Paris: [S.n], Nov. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/cop21cmp11_leaders_event_kiribati.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.
- UNITED NATIONS. *The Universal Declaration of Human Rights*. Paris: UN, 1948. Disponível: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- UNITED NATIONS. *UN Secretary-General's initiative aims to strengthen climate resilience of the world's most vulnerable countries and people*. 2015. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2015/11/un-secretary-generals-initiative-aims-to-strengthen-climate-resilience-of-the-worlds-most-vulnerable-countries-and-people/>>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- UNITED NATIONS. *United Nations Framework Convention on Climate Change*. 1992. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Confe-*

rence of the Parties on its fifteenth Session, Held in Copenhagen from 07 December to 19 December 2009: part one: proceedings. Mar. 2010. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/eng/11.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its sixteenth Session, Held in Cancun from 29 November to 10 December 2010: part two: action taken by the Conference of the Parties at its sixteenth session.* Mar. 2011. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its Eighteenth Session, Held in Doha from 26 November to 8 December 2012: addendum: part two: action taken by the Conference of the Parties at its eighteenth session.* Feb. 2013. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2012/cop18/eng/08a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Warsaw international mechanism for loss and damage associated with climate change impacts.* Nov. 2013. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/l15.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its Nineteenth Session: Addendum Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its nineteenth session.* Jan. 2014. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Warsaw International Mechanism for Loss and Damage associated with Climate Change Impacts.* Dec. 2014. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf>>. Acesso em: 28 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, Second Session, part eight, Held in Geneva from 08 february to 13 fe-*

bruary 2015. Feb. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/adp2/eng/01.pdf>>. Acesso em: 30 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action, Second Session, part nine, Held in Bonn from 01 june to 11 june 2015 ADP 2-9 – Working Document.* Jun. 2015. Disponível em: <http://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/adp_2_9_wd_11062015@1645.pdf>. Acesso em: 30 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action: Second Session, part ten, Held in Bonn from 31 august t o 4 september 2015. ADP 2-10 – Working Document.* Disponível em: <http://unfccc.int/files/bodies/awg/application/pdf/adp2-10_8sep2015t1500_cwd.pdf>. Acesso em: 30 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action: Second Session, part eleven, Held in Bonn from 19 october to 23 october. ADP 2-11 – Draft agreement and draft decision on workstreams 1 and 2.* Oct. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/files/bodies/application/pdf/ws1and2@2330.pdf>>. Acesso em: 30 Nov. 2015.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first Session: held in Paris from 30 November to 13 December 2015 FCCC/CP/2015/10/Add.1.* Jan. 2016. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf>> Acesso em 01 Fev. 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 167, p. 135 – 170, jul./set. 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados.* 1951. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 17 jun. 2016

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A análise do mecanismo Redd+ com vistas à mitigação dos efeitos das mudanças climáticas e à proteção da diversidade biológica florestal

The analysis of Redd+ mechanism aiming the climate change effects mitigation and the forestry biological diversity protection

Diogo Andreola Serraglio

Helene Sivini Ferreira

A análise do mecanismo Redd+ com vistas à mitigação dos efeitos das mudanças climáticas e à proteção da diversidade biológica florestal*

The analysis of Redd+ mechanism aiming the climate change effects mitigation and the forestry biological diversity protection

Diogo Andreola Serraglio**

Heline Sivini Ferreira***

RESUMO

Considerando que as intervenções humanas no meio ambiente são a principal causa das mudanças climáticas, o presente estudo volta-se à análise do REDD+, um mecanismo de combate ao desflorestamento que incentiva as reduções de emissões de gases de efeito estufa na atmosfera por desmatamento e degradação ambiental e as boas práticas de conservação e restauração que propiciam a manutenção e o aumento dos estoques de carbono. Por meio do método dedutivo, fazendo-se a subsunção da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), bem como de todo aparato legislativo elaborado em âmbito internacional desde então, pretende-se atingir os seguintes objetivos específicos: inicialmente, examinar os principais aspectos da UNFCCC e do Protocolo de Quioto, enfatizando-se a relação existente entre florestas e mudanças climáticas; posteriormente, tratar dos mecanismos de flexibilização estabelecidos pelo Protocolo de Quioto, conferindo-se destaque ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL); ulteriormente, analisar a evolução do debate a respeito do REDD+ no âmbito das negociações climáticas; e, por fim, relacioná-lo à proteção da diversidade biológica florestal. Reconhece-se que o REDD+, a despeito das limitações existentes por ser um instrumento de caráter eminentemente econômico, pode vir a contribuir para a conservação dos remanescentes florestais, auxiliando não apenas a implementação da política internacional de mudanças climáticas, mas também a preservação da diversidade biológica florestal.

Palavras-have: Mudanças Climáticas. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Protocolo de Quioto. Mecanismo de Desenvolvimento Limpo. REDD+. Diversidade biológica florestal.

ABSTRACT

Considering that human intervention in the environment is the main cause of climate change, this article proposes to investigate initiatives to

* Recebido em 28/04/2016
Aprovado em 18/05/2016

** Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR; Especialista em Direito Internacional do Meio Ambiente pela United Nations Institute for Training and Research (UNITAR). Membro da Comissão Mundial de Direito Ambiental da International Union for Conservation of Nature (IUCN); Membro da Rede Latino-Americana de Antropologia Jurídica. E-mail: diogo.aserraglio@gmail.com.

*** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), tendo realizado seu estágio de doutoramento no Centre for Environmental Law da Macquarie University, em Sidney, Austrália; Professora Adjunta do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E-mail: hsivini@yahoo.com.br.

combat deforestation, which is a major driving force behind greenhouse gas emissions into the atmosphere. In this context, REDD+ will be analysed, a tool that encourages both reductions in emissions caused by deforestation and environmental degradation and best conservation and restoration practices, fostering the retention and increase in carbon stocks. Through deductive method, making the subsumption of the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), of the Convention on Biological Diversity (CBD), as well as all legislation prepared at the international level since then, it is intended to achieve the following specific objectives: initially, examine the main aspects of the Kyoto Protocol within the context of the United Nations Framework Convention on Climate Change, emphasizing the relationship between forests and climate change; list the three flexibility mechanisms established by the Kyoto Protocol, with a special focus on the Clean Development Mechanism (CDM); then analyze the debates on REDD+ within the context of climate negotiations; finally, and after examining REDD+ as a mechanism, this will be considered within the scope of protecting biological diversity in the forests. The maintenance of forests is therefore seen as essential not only in regulating the global climate, but also in preserving biodiversity and ensuring the quality of life of communities whose survival depends directly on forests.

Keywords: Climate Change. UN Framework Convention on Climate Change. Kyoto Protocol. Clean Development Mechanism. REDD+. Forestry biological diversity.

1. INTRODUÇÃO

Partindo-se do pressuposto de que as intervenções humanas no meio ambiente são a principal causa das mudanças climáticas, o presente artigo propõe-se a investigar mecanismos de combate ao desflorestamento, um dos principais propulsores de gases de efeito estufa na atmosfera. Nesse contexto, será analisado o REDD+, um instrumento que incentiva as reduções de emissões por desmatamento e degradação ambiental e as boas práticas de conservação e restauração que propiciam a manutenção e o aumento dos estoques de carbono. Inicialmente, examina-se, no contexto da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, os principais aspectos do Protocolo de Quioto, bem como a relação existente entre florestas e mudanças climáticas,

tendo como foco os distintos usos da terra e seus potenciais impactos sobre os ecossistemas terrestres. Na sequência, analisam-se os mecanismos de flexibilização estabelecidos pelo Protocolo de Quioto, conferindo-se destaque ao Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL). A partir desse momento, demonstrada a conexão entre o MDL e as florestas, o estudo volta-se à evolução do debate a respeito do REDD+ no âmbito das negociações climáticas. Por fim, e uma vez examinado como mecanismo, o REDD+ será considerado no âmbito da proteção da diversidade biológica florestal.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO REGIME CLIMÁTICO INTERNACIONAL

Preliminarmente, cumpre observar que o início das investigações científicas sobre o fenômeno das alterações climáticas se deu no final do século XIX. Contudo, a emergência dessa problemática como uma questão política ocorreu, apenas, no final da década de 1980. Isso porque, diante da ocorrência de infortúnios ambientais climáticos e da divulgação de diversos estudos científicos¹ que evidenciavam a intensificação da temperatura terrestre, a comunidade internacional viu-se coagida a apresentar uma resposta satisfatória por meio da formulação de um regime climático internacional².

Inobstante a realização da 1ª Conferência Mundial do Clima, em 1979, na qual se instituiu o Programa Mundial do Clima³, o tema ganhou destaque no âmbito internacional apenas após a criação do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), em 1988, e com publicação do seu primeiro relatório, dois anos mais tarde⁴.

Ainda em 1990, a 2ª Conferência Mundial do Clima evidenciou a urgência da adoção de medidas destinadas

1 Dentre esses estudos, destaca-se o Relatório Brundtland.

2 BODANSKY, D. The history of the global climate change regime. In: LUTERBACHER, U., SPRINZ, D.F. (Ed.). *International relations and global climate change*. Cambridge: MIT Press, 2001. p. 24.

3 Estabelecido com vistas à elaboração de uma estrutura para cooperação internacional em pesquisas e a base para a identificação de questões climáticas importantes ocorridas das décadas de 1980 e 1990, como a destruição da camada de ozônio e o aquecimento global. Cf. UNEP. *Integração entre o meio ambiente e o desenvolvimento: 1972-2002*. Disponível em: <<http://www.wwiua.org.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

4 BIERMANN, F. *Saving the atmosphere: international law, developing countries and air pollution*. Berlin: Peter Lang, 1995. p. 44.

a reduzir as fontes emissoras de gases de efeito estufa (GEE), assim como da negociação de um tratado internacional sobre o tema⁵. É nesse contexto que emergem os debates que levaram à elaboração da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC).

Destaca-se, nesse período, o papel do Comitê Intergovernamental de Negociações sobre Mudança do Clima, órgão que articulou as negociações formais que culminaram no texto preliminar da Convenção, aprovado em 1992 nos Estados Unidos, e disponibilizado para assinatura durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Brasil no mesmo ano⁶.

A referida Convenção entrou em vigor em 1994, com a ratificação de 192 Estados, e foi considerada o primeiro acordo ambiental climático a englobar toda a comunidade internacional. É um tratado do tipo *quadro*⁷, negociado sobretudo para atingir o consenso de todos os envolvidos acerca da necessidade da estabilização das emissões de GEE na atmosfera. Não visa, portanto, definir obrigações específicas e rígidas⁸. De toda forma, evidencia-se a importância dessa Convenção para a consagração do tema. Isso porque, pela primeira vez, a comunidade internacional adotou instrumentos jurídicos que visam à “estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático”⁹.

Visando alcançar o objetivo supramencionado, a UNFCCC estabeleceu princípios¹⁰ e compromissos¹¹ comuns aos países signatários. No que tange especificamente ao princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, importante mencionar que a Convenção atribuiu compromissos exclusivos aos países desenvolvidos, elencados no Anexo I do acordo. Considerou-se

que tais nações possuem uma responsabilidade histórica com os atuais níveis de concentração de GEE na atmosfera e melhores condições econômico-financeira para a reversão dessa situação. Assim, a esses países impõe-se a adoção de medidas “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”¹². Já as Partes não integrantes do Anexo I, ou seja, os países em desenvolvimento, poderão atuar de forma voluntária¹³.

Para coordenar a implementação da UNFCCC, instituiu-se uma complexa estrutura de órgãos, destacando-se a Conferência das Partes (COP), responsável por examinar periodicamente o desenvolvimento do acordo, bem como por propiciar a tomada das decisões necessárias para promover o seu efetivo funcionamento.

Já na 1ª Conferência das Partes (COP1) da UNFCCC, reconheceu-se que os compromissos assumidos em 1992 eram inadequados. Isso porque a estabilização dos GEE nos níveis de 1990 não seria suficiente para frear a concentração desses gases na atmosfera pelos próximos dois séculos. Ajustou-se, assim, o Mandato de Berlim com o intuito de definir medidas consensuais sobre os esforços a serem feitos para combater as alterações climáticas¹⁴. Nesse sentido, tem-se:

[...] as Partes acordaram que os Estados-membros industrializados deveriam fixar limites no que tange à emissão de GEE dentro de prazos específicos de tempo, tais como 2005, 2010, 2020, e que esses deveriam ser incorporados em um único protocolo, a ser assinado até o fim de 1997. É nesse contexto que nasce a ideia do Protocolo de Quioto. Assim, a COP1 possibilitou a elaboração do Mandato de Berlim, o qual forneceu os alicerces que tornaram possível a negociação do Protocolo de Quioto¹⁵.

Diante disso, em 1997, durante a realização da 3ª Conferência das Partes (COP3) da UNFCCC, realizada

5 BODANSKY, D. The history of the global climate change regime. In: LUTERBACHER, U., SPRINZ, D.F. (Ed.). *International relations and global climate change*. Cambridge: MIT Press, 2001. p. 25.

6 RIVERA, M.T.C. El cambio climático: análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, v. 31, n. 156, 1997. p. 1209-1235.

7 Do inglês, *framework*.

8 GALDINO, V.S.; WEBER, G.B. Do protocolo de Quioto: mecanismo de desenvolvimento limpo e sequestro de carbono. *Revista de Direito Ambiental*, v. 52, p. 199, 2008. p. 01.

9 Ver Artigo 2 da UNFCCC.

10 Ver Artigo 3 da UNFCCC.

11 Ver Artigo 4 da UNFCCC.

12 Ver Artigo 4.2 (b) da UNFCCC.

13 Ver Artigo 12.4 da UNFCCC.

14 DERANI, C.; CHRISTOFOLI, B. O Redd+ e a convenção do clima: Avanços da COP 19. *Revista de Direito Ambiental*, v. 76, p. 511-529, 2014.

15 LEAL-ARCAS, R. *Climate Change and International Trade*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 189. Traduzido a partir de: “[...] the Parties agreed that the industrialized Parties should set GHG emission limits within specified time frames such as 2005, 2010, 2020, and that these should be incorporated in a protocol, to be signed possibly by the end of 1997. This is where the idea of the Kyoto Protocol was born. So the COP 01 produced the Berlin Mandate, which provided the ground rules for the negotiation of the Kyoto Protocol”.

em Quioto, no Japão, os países integrantes da UNFCCC homologaram um protocolo complementar ao acordo, suscitando um comprometimento mais rigoroso de todos os Estados envolvidos para a contenção das alterações do clima¹⁶. O Protocolo de Quioto, então, estabeleceu metas quantificadas para as Partes integrantes do Anexo I, ou seja, determinou que os países desenvolvidos deveriam reduzir “suas emissões totais de GEE em pelo menos 5% abaixo dos níveis de 1990 no período de compromisso de 2008 a 2012”¹⁷. Observa-se que o primeiro período do protocolo encerrou-se em 2012. Diante disso, as Partes emendaram o acordo, designando um segundo período de vigência (2013-2020) relativa à redução das emissões de GEE, o qual entrará em vigor com a ratificação de três quartos dos signatários do Protocolo de Quioto¹⁸. Os países em desenvolvimento, por sua vez, deveriam comprometer-se com a implantação de sistemas de desenvolvimento sustentável¹⁹.

Para tanto, além de estabelecer a gestão sustentável das suas florestas como obrigação expressa de todos os países signatários, visando auxiliar as nações desenvolvidas na consecução de suas metas, o Protocolo de Quioto elencou três instrumentos de implementação – denominados *mecanismos de flexibilização*²⁰ –, os quais serão analisados em momento oportuno.

3. OS REMANESCENTES FLORESTAIS E O REGIME CLIMÁTICO INTERNACIONAL

Reconhecendo que as mudanças climáticas podem afetar, significativamente, os ecossistemas terrestres, a UNFCCC²¹ estabeleceu a gestão sustentável das florestas como obrigação expressa de todos os seus países

signatários²². Nessa perspectiva, cumpre observar que, em relação ao regime climático internacional, as florestas enquadram-se nas definições de *reservatórios*, *sumidouro* e *fonte*²³.

De acordo com a UNFCCC²⁴, *reservatório* “significa um componente ou componentes do sistema climático no qual fica armazenado um gás de efeito estufa ou um precursor de um gás de efeito estufa”²⁵. *Sumidouro* engloba “qualquer processo, atividade ou mecanismo que remova um gás de efeito estufa, um aerossol ou um precursor de um gás de efeito estufa da atmosfera”²⁶. E *fonte*, por sua vez, “significa qualquer processo ou atividade que libere um gás de efeito estufa, um aerossol ou um precursor de gás de efeito estufa na atmosfera”²⁷.

Feita essa distinção, importante mencionar que, na condição de reservatórios, os remanescentes florestais possibilitam o estoque de dióxido de carbono (CO₂) na forma orgânica; como sumidouros, são capazes de remover o CO₂ da atmosfera por meio da fotossíntese; e, sob a denominação de fontes, liberam carbono na atmosfera por meio da respiração. Reconhece-se, assim, que as florestas são imprescindíveis não apenas para a mitigação das adversidades climáticas, mas também para os processos de adaptação dos ecossistemas aos efeitos do aquecimento global²⁸.

Ao abordar a questão do uso da terra no contexto das mudanças climáticas, o Quinto Relatório de Avaliação (AR5) do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, publicado em 2014, aponta que os ecossistemas terrestres caracterizam-se como componentes relevantes nos ciclos biogeoquímicos, uma vez que são responsáveis por diversas fontes, sumidouros e reservatórios de CO₂, metano (CH₄) e óxido nitroso (N₂O),

16 LEAL-ARCAS, R. *Climate Change and International Trade*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 190.

17 Ver Artigo 3.1 do Protocolo de Quioto.

18 LEAL-ARCAS, R. *Climate Change and International Trade*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 214.

19 VIÑALES, J.E. *El régimen jurídico internacional relativo al cambio climático: perspectivas y prospectivas*. Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em: 01 abr. 2015. p. 269.

20 Os mecanismos de flexibilização são arranjos regulamentados pelo Protocolo de Quioto com o propósito de facilitar que as Partes incluídas no Anexo I atinjam suas metas de redução de emissões de gases do efeito estufa.

21 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. 1992. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

22 Ver Artigo 4.1 (d) da UNFCCC.

23 BORGES, L.C.R. *Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação – REDD: desafios e oportunidades para o Brasil no contexto das mudanças climáticas*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília 2011. p. 57. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

24 ONU, 1992.

25 Ver Artigo 1.7 da UNFCCC.

26 Ver Artigo 1.8 da UNFCCC.

27 Ver Artigo 1.9 da UNFCCC.

28 BORGES, L.C.R. *Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação – REDD: desafios e oportunidades para o Brasil no contexto das mudanças climáticas*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília 2011. p. 57. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2015. p. 57.

influenciando as respostas globais acerca das emissões de gases de efeito estufa decorrentes das atividades humanas²⁹.

Verifica-se, portanto, que as florestas desempenham um papel vital no ciclo global do carbono. Ocorre que a taxa natural de troca de CO₂ entre a atmosfera e a biosfera em razão da fotossíntese das plantas e da respiração dos solos tem sido alterada significativamente pelo homem por meio do uso da terra, das mudanças no uso da terra e das atividades florestais³⁰. Essas alterações são explicadas pelos efeitos cumulativos das emissões oriundas da queima de combustíveis fósseis e do desmatamento, por exemplo. Nesse contexto, o AR5 aponta que as emissões de GEE no setor florestal representam aproximadamente 11% das emissões globais, sendo a quarta maior fonte, atrás dos setores de uso energético de combustíveis fósseis (24%), indústria (21%) e transporte (14%)³¹.

Evidenciada a relação dos remanescentes florestais com as mudanças climáticas, menciona-se que o *Land Use, Land-Use Change and Forestry* (LULUCF), um estudo realizado pelo IPCC no ano 2000, considerou que a implementação do manejo sustentável dos solos e das florestas pelo Protocolo de Quioto exigiria definições claras para uma ampla gama de termos, como florestas, florestamento, reflorestamento e desmatamento. A imprecisão terminológica dificulta a compreensão das implicações decorrentes das atividades de uso da terra para as emissões de GEE na atmosfera, interferindo, negativamente, na elaboração e no planejamento de estratégias de sequestro de carbono eficazes³².

O referido estudo apontou a necessidade de que as Partes da UNFCCC definissem algumas expressões utilizadas nos artigos 3.3 e 3.4 do Protocolo de Quioto, com especial atenção para: *mudança direta, induzida pelo*

homem, no uso da terra e nas atividades florestais, limitadas ao florestamento, reflorestamento e desflorestamento. As disposições sobre as emissões provenientes das atividades de LULUCF foram sendo elaboradas ao longo de várias negociações climáticas, merecendo destaque a 7ª Conferência das Partes (COP7) da UNFCCC, realizada em Marrakesh no ano de 2001.

De acordo com o IPCC, a ausência dessas definições poderia afetar a contabilização das fontes e sumidouros no âmbito do Protocolo de Quioto. Quer dizer, uma noção concreta das expressões mencionadas facilitaria a determinação do escopo das atividades humanas a serem contabilizadas nos termos do artigo 3.3, e que poderiam ser elegíveis de acordo com outros dispositivos, destacando-se, nesse caso, o artigo 3.4³³ do referido documento.

Do encontro resultaram os Acordos de Marrakesh, os quais acolheram decisões relativas ao LULUCF, destacando-se três elementos principais: o primeiro deles, um conjunto de princípios que passariam a reger as atividades que envolvem o LULUCF; definições para as atividades dispostas nos artigos 3.3 e 3.4 do Protocolo de Quioto; e, por fim, a elaboração de um sistema de nivelamento capaz de restringir as atividades que envolvem o LULUCF, garantindo, dessa forma, o cumprimento das metas de emissões de GEE na atmosfera. Ademais, o documento validou a definição para quatro atividades adicionais que abrangem o LULUCF, quais sejam: manejo florestal, gestão de solos agricultáveis, gestão de pastagens e reflorestamento³⁴.

Nesse contexto, menciona-se que várias discussões têm sido conduzidas pela comunidade internacional com o propósito de se estabelecer um mecanismo capaz de refrear o desmatamento e a degradação em tempos de reconhecido aquecimento global. Considerando, entretanto, que o desmatamento evitado não foi contemplado como um mecanismo de flexibilização pelo Protocolo de Quioto, verificar-se-á na sequência que o tema foi colocado em pauta reiteradamente nas Conferências das Partes (COPs), culminando com o desenvolvimento da proposta de *Reduções de Emissões por Desmatamento e Degradação* (REDD).

29 PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS (IPCC). *Climate Change 2014: Synthesis Report*. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. IPCC: Genebra, Suíça, 2014.

30 BORGES, L.C.R. *Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação – REDD: desafios e oportunidades para o Brasil no contexto das mudanças climáticas*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília 2011. p. 57. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2015. p. 51.

31 IPCC, 2014, p. 116.

32 PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS (IPCC). *Land Use, Land-Use Change, and Forestry*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2000. p. 375.

33 IPCC, 2000. p. 375.

34 UNFCCC Secretariat. *LULUCF: Developments at past COP and SB sessions*. Disponível em: <http://unfccc.int/land_use_and_climate_change/lulucf/items/3063.php>. Acesso em: 01 abr. 2015.

4. OS REMANESCENTES FLORESTAIS E O MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO

Visando auxiliar as nações desenvolvidas na consecução de suas metas, o Protocolo de Quioto elencou três instrumentos de implementação, denominados *mecanismos de flexibilização*. São eles: a *Implementação Conjunta (JI)*, que torna possível a realização de projetos que versam sobre a redução de emissões entre os países que compõem o Anexo I³⁵; o *Comércio Internacional de Emissões (IET)*, que possibilita a compra de cotas de redução de emissões entre as nações integrantes do Anexo I³⁶; e o *Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL)*, que permite que os Estados do Anexo I formulem projetos que objetivem a redução da emissão de GEE em países em desenvolvimento³⁷.

Dentre os mecanismos citados, o MDL é o único que viabiliza a participação dos países em desenvolvimento na contenção do lançamento de GEE na atmosfera. Expressamente, objetiva:

[...] assistir às Partes não incluídas no Anexo I para que atinjam o desenvolvimento sustentável e contribuam para o objetivo final da Convenção, e assistir às Partes incluídas no Anexo I para que cumpram seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3³⁸.

Trata-se, pois, de um mecanismo em que os membros do Anexo I utilizam-se de Reduções Certificadas de Emissões (RCEs)³⁹, resultantes de projetos financiados em países em desenvolvimento, para contribuir com o cumprimento de parte de seus compromissos quantificados de redução de emissões. Em outros termos, tem-se que o MDL consiste no desenvolvimento de projetos que reduzem as emissões de GEE, gerando créditos que podem vir a ser utilizados pelos países constantes do Anexo I⁴⁰. Logo, o mecanismo funciona

de forma que os países possuidores de emissões remanescentes, quer dizer, lançamento de GEE permitido e não utilizado, podem vender esse excedente para nações que extrapolam os limites de suas emissões. Por isso, há que se falar em um sistema de compensações baseado em pressupostos eminentemente econômicos e que, na prática, pode voltar-se tão somente ao provisionamento das necessidades e utilidades econômicas da sociedade contemporânea, afastando-se, portanto, do seu objetivo primordial⁴¹.

A despeito das críticas⁴², menciona-se que os incentivos relacionados ao MDL podem ser associados a projetos florestais aptos ao sequestro e à estocagem de carbono⁴³. Identificam-se três categorias de atividades florestais que podem ser promovidas por esse mecanismo, quais sejam: a preservação das florestas nas quais o carbono permanece estocado; as atividades de plantio de florestas; e as práticas de manejo e gestão de florestas⁴⁴.

Apesar de promover o estoque de carbono na vegetação e no solo, nota-se que as reduções de emissões decorrentes de desmatamento e da degradação florestal não foram inseridas no MDL, pois estas podem vir a ser degradadas por meio da queima e outras formas de devastação⁴⁵.

Assim, o chamado *desmatamento evitado*⁴⁶ não foi

35 Ver Artigos 4 e 6 do Protocolo de Quioto.

36 Ver Artigo 17 do Protocolo de Quioto.

37 Ver Artigo 12 do Protocolo de Quioto.

38 Ver Artigo 12.2 do Protocolo de Quioto.

39 Também chamadas de *créditos de carbono*, as Reduções Certificadas de Emissões (RCEs) são certificados emitidos para a pessoa física ou jurídica que reduziu suas emissões de GEE na atmosfera. Convencionou-se que 01 (uma) tonelada de dióxido de carbono (CO₂) corresponde a 01 (um) crédito de carbono. Esse crédito poderá ser negociado no mercado internacional. Logo, a compra de créditos de carbono no mercado equivale à aquisição de uma permissão para emitir GEE.

40 GRAU NETO, W. *O Protocolo de Quioto e o mecanismo de desenvolvimento limpo: uma análise crítica*. 2006. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 70-71.

41 MAMED, Danielle de O. *Pagamento por Serviços Ambientais e mercantilização da natureza na sociedade moderna capitalista*. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Paraná, 2016. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/>. Acesso em: 20 abr. 2016. p. 126.

42 Para uma visão mais crítica sobre o MDL como instrumento econômico, cf. MAMED, D. de O. *Pagamento por Serviços Ambientais e mercantilização da natureza na sociedade moderna capitalista*. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Paraná, 2016. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/>. Acesso em: 20 abr. 2016. p. 126.

43 O sequestro de carbono designa-se pela remoção de CO₂ de oceanos, florestas e outros locais por meio da fotossíntese. Nesse sentido, destaca-se a importância do sequestro de carbono naturalmente realizado pelas florestas. Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE FLORESTAS. *Sequestro de Carbono*. Disponível em: <<http://www.ibflorestas.org.br/sequestro-de-carbono.html>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

44 GALDINO, V.S.; WEBER, G.B. Do protocolo de Quioto: mecanismo de desenvolvimento limpo e sequestro de carbono. *Revista de Direito Ambiental*, v. 52, 2008. p. 02.

45 DERANI, C.; CHRISTOFOLI, B. O Redd+ e a convenção do clima: avanços da COP 19. *Revista de Direito Ambiental*, v. 76, 2014. p. 511-529.

46 Redução de emissões decorrentes de desmatamento e da degradação florestal.

contemplado pelos instrumentos que compõem os mecanismos de flexibilização do Protocolo de Quioto. Enfatiza-se que, em um primeiro momento, o MDL voltava-se tão somente à formulação de projetos capazes de promover a diminuição de lançamento de GEE no ambiente. Apenas posteriormente, por meio dos Acordos de Marrakesh⁴⁷, tornou-se possível a inclusão de métodos capazes de remover o CO₂ da atmosfera, como o florestamento e o reflorestamento, excluindo-se, entretanto, a conservação florestal como medida mitigadora de emissões⁴⁸.

Observa-se, então, que a preservação de remanescentes florestais não foi abarcada como atividade elegível durante o primeiro período de vigência do Protocolo. Assim, os países em desenvolvimento⁴⁹, possuidores de áreas nativas consideráveis e com uma quantidade significativa de emissões em razão do desmatamento, ficaram de fora do mercado de carbono. Diante disso, durante a 9ª Conferência das Partes (COP9) da UNFCCC, realizada em Milão, organizações não governamentais brasileiras propuseram a formulação de um dispositivo capaz de promover a compensação financeira internacional pelas emissões de GEE evitadas voluntariamente pelos países em desenvolvimento⁵⁰. Despontam, a partir de então, as discussões que oportunizaram o surgimento do mecanismo de *Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação* (REDD), a seguir analisado.

5. O MECANISMO DE REDUÇÃO DE EMISSÕES POR DESMATAMENTO E DEGRADAÇÃO

A ideia de *Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação* tornou-se centro das discussões climáticas em 2005, durante a realização da 11ª Conferência das Partes

(COP11) da UNFCCC, em Montreal, Canadá. Nessa ocasião, Papua Nova Guiné e Costa Rica argumentaram que o custo para manter suas florestas tropicais intactas deveria ser dividido com a comunidade internacional, uma vez que essas passaram a ser vistas como elementos reguladores do clima⁵¹. Como resultado dessas discussões:

[...] o mecanismo REDD inicialmente proposto em 2005 objetivava a criação de incentivos financeiros para os países em desenvolvimento manterem suas coberturas florestais como reservatórios e potenciais sumidouros de carbono, com o intuito de desacelerar a emissão de GEE e mitigar as possíveis consequências negativas das mudanças climáticas⁵².

Cumprido observar, entretanto, que o papel das florestas para o equilíbrio do sistema climático terrestre foi oficialmente reconhecido apenas na 13ª Conferência das Partes (COP13) da UNFCCC, realizada em Bali, Indonésia, em 2007. Nessa oportunidade, o REDD foi instituído como um possível mecanismo para tratar das emissões oriundas de desmatamento e degradação de florestas⁵³.

Com a assinatura do Plano de Ação de Bali, intentou-se caracterizar o referido mecanismo como um dos potenciais meios para o refreamento das emissões de GEE na atmosfera⁵⁴. Os Estados signatários do Protocolo de Quioto iniciaram, assim, um procedimento que permitiu a intensificação dos esforços para a mitigação e a adaptação aos efeitos das mudanças climáticas a partir de um exame detalhado dos embates políticos que permeavam não apenas a redução das emissões decorrentes de desmatamento e degradação florestal nos países em desenvolvimento, mas também a conserva-

47 Estabelecidos durante a 7ª Conferência das Partes (COP7) da UNFCCC, os Acordos de Marrakesh definiram os mecanismos de flexibilização, a decisão de limitar o uso de créditos de carbono gerados de projetos florestais do MDL, assim como o estabelecimento de fundos de ajuda a países em desenvolvimento voltados à iniciativa de adaptação às mudanças climáticas.

48 BORGES, L.C.R. *Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação – REDD: desafios e oportunidades para o Brasil no contexto das mudanças climáticas*. 2011. ?f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2015. p. 81.

49 Têm-se, como exemplo, as florestas do Brasil e da Indonésia.

50 DERANI, C.; CHRISTOFOLI, B. O Redd+ e a convenção do clima: avanços da COP 19. *Revista de Direito Ambiental*, v. 76, 2014. p. 511-529.

51 INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL NA AMAZÔNIA (IPAM). *REDD no Brasil: um enfoque amazônico*. Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE), 2011. p. 42.

52 CHUTZ, N. *What Will It Take to Make REDD Work?* United Nations Mandated University for Peace, Natural Resources and Sustainable Development, 2010. p. 38-39. Traduzido a partir de: “[...] *the initial REDD mechanism proposed in 2005 aimed to create financial incentives for developing countries to maintain forest cover as a standing carbon resource and a potential sink for carbon sequestration in order to slow greenhouse gas emissions and mitigate potentially negative consequences from climate change*”.

53 INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL NA AMAZÔNIA (IPAM). *REDD no Brasil: um enfoque amazônico*. Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE), 2011. p. 43.

54 Nesse contexto, vale lembrar que o REDD deveria fazer parte de um novo acordo internacional a ser concluído na 15ª Conferência das Partes (COP15) da UNFCCC, em Copenhague.

ção, gestão sustentável e o aumento dos estoques de carbono nas reservas florestais⁵⁵. O Plano visava, assim,

[...] incentivar todas as Partes a patrocinar o desenvolvimento da devida capacitação que o assunto enseja, a promover a assistência técnica, a facilitar a transferência de tecnologias com o intuito de aprimorar, *inter alia*, a coleta de dados, as estimativas acerca das emissões oriundas do desmatamento e da degradação florestal; bem como monitorar, imputar e direcionar as necessidades institucionais dos países em desenvolvimento no que diz respeito à avaliação das emissões advindas do desmatamento e da degradação ambiental⁵⁶.

Ainda como resultado da COP13, cita-se a Decisão nº 02, que focou especificamente na redução das emissões decorrentes do desflorestamento e da degradação florestal nos países em desenvolvimento, estimulando a continuidade de atividades voluntariamente em curso. Nessa oportunidade, solicitou-se ao Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico e Tecnológico da UNFCCC (SBSTA)⁵⁷ a formação de um grupo de trabalho para a análise das possíveis externalidades positivas relacionadas à redução das emissões provenientes do desmatamento e da degradação florestal nos países em desenvolvimento⁵⁸.

A partir de então, vinculou-se o sinal de *mais* à sigla, a qual passou a ser designada como REDD+, uma vez que, além de levar em consideração o desmatamento e a degradação florestal, o instrumento passou a contemplar, também, “o incremento de boas práticas de conservação e restauração que resultem em aumento de estoque de carbono nas áreas analisadas”⁵⁹.

55 DERANI, C.; CHRISTOFOLI, B. O Redd+ e a convenção do clima: avanços da COP 19. *Revista de Direito Ambiental*, v. 76, 2014. p. 511-529.

56 UNFCCC Secretariat. *Decision booklet REDD+*: Key decisions relevant for reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries. UNFCCC Secretariat, 2014. p. 02. Disponível em: <<http://unfccc.int/6917.php>>. Acesso em: 01 abr. 2015. Traduzido a partir de: “[...] to encourage all Parties, in a position to do so, to support capacity-building, provide technical assistance, facilitate the transfer of technology to improve, *inter alia*, data collection, estimation of emissions from deforestation and forest degradation, monitoring and reporting, and address the institutional needs of developing countries to estimate and reduce emissions from deforestation and forest degradation”.

57 Do inglês, UNFCCC Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice.

58 UNFCCC SECRETARIAT. *Decision booklet REDD+*: Key decisions relevant for reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries. UNFCCC Secretariat, 2014. p. 02. Disponível em: <<http://unfccc.int/6917.php>>. Acesso em: 01 abr. 2015. p. 02-04.

59 NUSDEO, A.M.O. *Pagamentos por serviços ambientais*: sustentabilidade e disciplina jurídica. São Paulo: Atlas, 2012. p. 46.

Nesse contexto, percebe-se que o conteúdo do REDD+ deve envolver iniciativas que se direcionem para: a redução de emissões oriundas do desmatamento e da degradação de florestas; a conservação e o manejo sustentável das matas; e o aumento dos estoques de carbono das florestas nos países em desenvolvimento. Isto é, “a conjunção dessas ações define hoje o que se conhece por REDD *plus* (REDD+)”⁶⁰.

Tendo em vista que o prazo para o cumprimento do Plano de Ação de Bali expiraria em dois anos, é de ser relevado que a 15ª Conferência das Partes (COP15) da UNFCCC, realizada em Copenhague, foi rodeada de expectativas. Entretanto, constatou-se que o seu principal resultado, conhecido como *Acordo de Copenhague*, nada dispôs sobre a implementação de qualquer compromisso de caráter vinculante no que tange ao REDD+, reconhecendo, tão somente, a imprescindibilidade da redução das emissões de GEE em razão do desmatamento e da degradação florestal nos países em desenvolvimento, e o desenvolvimento de incentivos, por meio do estabelecimento de um mercado de carbono e de outros mecanismos financeiros, com o intuito de mobilizar recursos dos países desenvolvidos⁶¹.

Contornos mais concretos ao mecanismo, possibilitando o seu enquadramento nos dispositivos da UNFCCC, foram firmados na 16ª Conferência das Partes (COP16) da UNFCCC, realizada em Cancun no ano de 2010. Os países em desenvolvimento foram incentivados a colaborar com a preservação florestal por meio da adoção das seguintes medidas: a redução de emissões oriundas do desmatamento e da degradação florestal; a conservação e o aumento dos estoques de carbono florestais; bem como a gestão sustentável das florestas⁶². Para tanto, determinou-se:

[...] o desenvolvimento de estratégias nacionais ou de planos de ação, de políticas públicas e outros mecanismos; a capacitação seguida da implementação de políticas nacionais e outras

60 INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL DA AMAZÔNIA (IPAM). *REDD no Brasil*: um enfoque amazônico. Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos (CGEE), 2011. p. 43.

61 LEAL-ARCAS, R. *Climate Change and International Trade*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013. p. 199.

62 UNFCCC SECRETARIAT. *Decision 1/CP.16 - The Cancun Agreements*: Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention. UNFCCC Secretariat, 2011. p. 12. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf-page=2>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

medidas, como estratégias nacionais ou planos de ação capazes de impulsionar a elaboração de novas tecnologias a sua posterior transferência; e, por fim, o acompanhamento da evolução das atividades desenvolvidas, as quais deverão ser medidas, relatadas e devidamente verificadas⁶³.

Constata-se que obstáculos políticos e financeiros, desde a COP11 até a 18ª Conferência das Partes (COP18) da UNFCCC, realizada em Doha, inviabilizaram as negociações e a efetiva incorporação do REDD+ na estrutura de regulação internacional das mudanças climáticas. Essa situação perdurou até a 19ª Conferência das Partes (COP19) da UNFCCC, realizada na cidade de Varsóvia, em 2013, momento em que se tornou possível, finalmente, a definição do marco regulatório do REDD+ no âmbito dos órgãos que compõem a UNFCCC⁶⁴.

Por meio do Marco de Varsóvia para REDD+, tornou-se possível o estabelecimento, sob a égide da UNFCCC, de uma agenda internacional composta por sete decisões⁶⁵ sobre aspectos metodológicos, institucionais e financeiros relativos ao regime REDD+⁶⁶. Nesse momento, foram estabelecidos os critérios para que os resultados de mitigação nos países em desenvolvimento fossem reconhecidos, assim como as maneiras pelas quais se poderiam obter pagamentos por resultados. Especificamente sobre o pagamento, convencionou-se que os países em desenvolvimento deveriam apresentar seus níveis de referência de emissões florestais para uma avaliação anual por especialistas internacionais selecionados pela UNFCCC⁶⁷.

Nesse contexto, a Decisão nº 9/CP.19 reconhece o papel central do Fundo Verde para o Clima (GCF)⁶⁸,

que visa canalizar recursos para países em desenvolvimento que implementem atividades REDD+. Pagamentos por resultados pelo uso do REDD+ também poderão ser feitos por outros fundos multilaterais ou diretamente por países desenvolvidos⁶⁹.

Ainda que não tenham sido definidas as origens de provisão, o GCF mostrou-se como um avanço significativo no âmbito do REDD+, visto que tem por escopo a destinação de até US\$ 100 bilhões aos países em desenvolvimento para que estes possam mitigar suas emissões e adaptar-se às mudanças climáticas entre os anos de 2013 e 2020⁷⁰.

Ademais, definiu-se que os países em desenvolvimento, para que possam responder aos desafios da implementação do REDD+, deverão ser beneficiados com a troca de informações, experiências e boas práticas. Reconheceu-se, assim, a necessidade de:

[...] fortalecer, consolidar e aprimorar o compartilhamento de informações relevantes, conhecimentos, experiências e boas práticas, a nível internacional, levando em consideração experiências nacionais e, conforme o caso, conhecimentos e práticas tradicionais; identificar e considerar possíveis necessidades e lacunas na coordenação de apoio, sopesando as informações pertinentes relacionadas à Convenção e a outros acordos bilaterais e multilaterais; ponderar e oportunizar a devida troca de informações entre órgãos estabelecidos pela Convenção e por outras entidades bilaterais e multilaterais que financiam as atividades [...]⁷¹.

63 UNFCCC Secretariat, 2011. p. 12. Traduzido a partir de: “[...] the development of national strategies or action plans, policies and measures, and capacity-building, followed by the implementation of national policies and measures and national strategies or action plans that could involve further capacity-building, technology development and transfer and results-based demonstration activities, and evolving into results-based actions that should be fully measured, reported and verified.”

64 DERANI, C.; CHRISTOFOLI, B. O Redd+ e a convenção do clima: avanços da COP 19. *Revista de Direito Ambiental*, v. 76, 2014. p. 511-529.

65 Decisions 9-15/ CP 19.

66 BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). REDD+ na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://mma.gov.br/redd>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

67 UNFCCC SECRETARIAT. *Conference of the Parties: Report of the Conference of the Parties on its nineteenth session, held in Warsaw from 11 to 23 November 2013*. UNFCCC Secretariat: 2014a. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

68 Do inglês, *Green Climate Fund*.

69 UNFCCC SECRETARIAT. *Decision booklet REDD+: Key decisions relevant for reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries*. UNFCCC Secretariat, 2014. p. 02. Disponível em: <<http://unfccc.int/6917.php>>. Acesso em: 01 abr. 2015. p. 24-26.

70 UNFCCC Secretariat. *Decision 3/CP.19 – Long term Climate Finance: Report of the Conference of the Parties on its nineteenth session, held in Warsaw from 11 to 23 November 2013*. UNFCCC Secretariat, 2014b. p. 09. Disponível em: <http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf_page=9>. Acesso em: 01 abr. 2015.

71 UNFCCC SECRETARIAT. *Decision booklet REDD+: Key decisions relevant for reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries*. UNFCCC Secretariat, 2014. p. 02. Disponível em: <<http://unfccc.int/6917.php>>. Acesso em: 01 abr. 2015. p. 26. Traduzido a partir de: “[...] strengthen, consolidate and enhance the sharing of relevant information, knowledge, experiences and good practices, at the international level, taking into account national experiences and, as appropriate, traditional knowledge and practices; identify and consider possible needs and gaps in coordination of support, taking into consideration relevant information communicated under the Convention and other multilateral and bilateral arrangements; consider and provide opportunities to Exchange information between the relevant bodies established under the Convention and other multilateral and bilateral entities financing and funding the activities [...].”

Com isso, tornou-se possível o estabelecimento de requisitos que legitimam resultados de mitigação no setor florestal em países em desenvolvimento e as maneiras pelas quais poderão obter pagamentos por resultados. Quer dizer, países em desenvolvimento que almejam o recebimento de pagamentos oriundos do REDD+ deverão apresentar seus níveis de referência de emissões florestais para avaliação de especialistas internacionais selecionados pela UNFCCC⁷².

Diante do exposto, e em que pese a debilidade da comunidade internacional para combater as consequências das mudanças climáticas decorrentes do aquecimento global, um fenômeno considerado incontestável pelo Quinto Relatório do IPCC⁷³, frisa-se que a COP19 concretizou a implementação de contrapartidas financeiras em favor de medidas que visam à conservação de remanescentes florestais tropicais⁷⁴.

A 20ª Conferência das Partes (COP20) da UNFCCC, realizada em Lima no final de 2014, não logrou êxito na elucidação de diversas questões que permeiam o mecanismo REDD+, tal como a implementação de ferramentas complementares que promovam ações de mitigação a um baixo custo, como os *Esforços Conjugados de Mitigação e Adaptação (JMA)*⁷⁵ 76.

Do encontro resultou apenas um documento intitulado *Chamada de Lima para a Ação Climática*⁷⁷, o qual reforçou a intenção de que um novo acordo, com força legal, fosse adotado como parte da UNFCCC na próxima Conferência das Partes, a qual viria acontecer no ano seguinte.

Nessa perspectiva, o Anexo do referido documento apresentou os contornos para a formulação de um futuro acordo acerca dos mecanismos de financiamento a serem utilizados pelo REDD+⁷⁸. Dentre esses elementos, reconheceu-se a importância de abordar, de forma equilibrada, questões como a mitigação, a adaptação, o financiamento, assim como o desenvolvimento e a transferência de tecnologia que possibilitem a efetiva implementação do mecanismo REDD+⁷⁹.

Ainda durante a COP20, o SBSTA promoveu a estruturação de um grupo de trabalho com o objetivo de preparar orientações metodológicas concretas sobre o REDD+, as quais foram apresentadas na sua 42ª reunião, realizada em junho de 2015, na cidade de Bonn. Nessa oportunidade, a comunidade internacional declarou sua intenção de finalizar o quadro institucional de exigências e orientações sobre o Marco de Varsóvia para REDD+⁸⁰.

As discussões acerca da elaboração de diretrizes concretas para as atividades relacionadas à redução de emissões por desmatamento e degradação florestal nos países em desenvolvimento⁸¹ culminaram, durante a 21ª Conferência das Partes (COP21) da UNFCCC, realizada em dezembro de 2015, na cidade de Paris, na adesão de três decisões referentes a aspectos metodológicos do REDD+⁸².

As deliberações encerraram, por fim, a necessidade de orientações adicionais para a devida implantação do mecanismo e encontram-se relacionadas a: *salvaguardas de REDD+*, evidenciando que a estrutura existente sobre o tema é suficiente para a implementação plena de atividades desse mecanismo; *abordagens políticas alternati-*

72 UNFCCC SECRETARIAT. *Decision booklet REDD+: Key decisions relevant for reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries*. UNFCCC Secretariat, 2014. p. 02. Disponível em: <<http://unfccc.int/6917.php>>. Acesso em: 01 abr. 2015. p. 26.

73 IPCC, 2014.

74 DERANI, C.; CHRISTOFOLI, B. O Redd+ e a convenção do clima: avanços da COP 19. *Revista de Direito Ambiental*, v. 76, p. 511-529, 2014. p. 511-529.

75 O mecanismo Joint Mitigation and Adaptation Mechanism (JMA) pauta-se em uma visão holística dos povos indígenas sobre as florestas, bem como na sinergia existente entre a mitigação e a adaptação aos efeitos das mudanças climáticas por meio de uma gestão florestal sustentável. Cf. PLURINATIONAL STATE OF BOLIVIA. *The Joint Mitigation and Adaptation Mechanism for the Integral and Sustainable Management of Forests (JMA)*. Ministério das Relações Exteriores: Estado Plurinacional da Bolívia, 2014. Disponível em: <<https://unfccc.int/files/>>. Acesso em: 01 abr. 2016.

76 THE REDD desk. *What is REDD+?* Disponível em: <<http://theredddesk.org/what-is-redd>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

77 Do inglês, Lima Call for Climate Action.

78 THE REDD desk. *What is REDD+?* Disponível em: <<http://theredddesk.org/what-is-redd>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

79 UNFCCC Secretariat. *Decision -/CP.20: Lima Call for Climate Action*. 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/files/meetings/lima_dec_2014/application/pdf/auv_cop20_lima_call_for_climate_action.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2015.

80 LEHR, D. *REDD + Safeguards: Forests Report Bonn*. Disponível em: <<http://reddplussafeguards.com>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

81 Ver Agenda Item 4: Methodological guidance for activities relating to reducing emissions from deforestation and forest degradation and the role of conservation, sustainable management of forests and enhancement of forest carbon stocks in developing countries. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/sbsta/eng/105.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

82 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). *REDD+ BRASIL: REDD+ na COP21*. Disponível em: <<http://redd.mma.gov.br/index.php/pt/informma/item/258-redd-na-cop-21>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

nas, demonstrando que entidades financiadoras poderão oferecer recursos e suporte técnico para tais iniciativas; e *benefícios de não carbono*, concluindo que aspectos relativos a benefícios não relacionados ao carbono não constituirão um requisito para o recebimento de apoio para a implementação de atividades de REDD+, tampouco para o recebimento de pagamentos por resultados⁸³.

Todavia, não se pode perder de vista que o principal resultado da COP21 foi a adoção do Acordo de Paris. Com relação à redução de emissões provenientes do desmatamento e da degradação florestal, assim dispôs o Artigo 5, § 2º do acordo:

As Partes são encorajadas a agirem para implementar e apoiar, inclusive por meio de pagamentos por resultados, a estrutura existente, definida por orientações e decisões relacionadas já acordadas no âmbito da Convenção para: abordagens políticas e incentivos positivos para atividades relacionadas à redução de emissões por desmatamento e degradação florestal, e o papel da conservação, do manejo sustentável de florestas e do incremento dos estoques de carbono florestal nos países em desenvolvimento; e abordagens alternativas, como as que conjuguem mitigação e adaptação para a gestão integral e sustentável das florestas, reafirmando a importância de se incentivar, quando apropriado, os benefícios de não carbono associadas a tais abordagens⁸⁴.

Reconhece-se, desde então, a relevância da provisão de recursos financeiros previsíveis para a implementação de abordagens políticas e de incentivos positivos para a redução de emissões por desmatamento e degradação florestal, bem como de abordagens alternativas que conjuguem mitigação e adaptação para a gestão integral e sustentável das florestas, incentivando, assim, a coordenação de apoio de fontes públicas e privadas, bilaterais e multilaterais, como o GCF⁸⁵.

Vale mencionar, nesse sentido, a Decisão nº -/CP 21 da COP21, a qual reafirma o papel central do GCF para canalizar recursos para países em desenvolvimento que implementem atividades REDD+. Em síntese, seu conteúdo insta o Conselho de Administração

do Fundo a iniciar as operações de pagamentos por resultados desse mecanismo⁸⁶.

Assim posta a questão, para que o REDD+ possa ser de fato viabilizado, os Estados-membros da UNFCCC deverão exercer forte protagonismo com vistas à correta implementação desse mecanismo, sejam como reguladores ou como gestores. Na medida em que o REDD+ envolve atores nacionais e internacionais, públicos e privados, os desafios são enormes, principalmente no que se refere às ações para a captação dos recursos necessários e a sua posterior distribuição.

Inobstante o REDD+ ser um mecanismo em processo de implementação, pode vir a contribuir com a conservação dos remanescentes florestais, auxiliando não apenas para a implementação da política internacional de mudanças climáticas, mas também para a preservação da biodiversidade, conforme exposto a seguir.

6. A PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA FLORESTAL POR MEIO DO REDD+

Além de desempenhar papel vital no ciclo do carbono que, em síntese, promove a troca de CO₂ entre a atmosfera e a biosfera em razão da fotossíntese das plantas e da respiração dos solos, os remanescentes florestais são responsáveis pela preservação de grande parte da biodiversidade global, assumindo papel de relevância para a manutenção do equilíbrio ecológico terrestre⁸⁷.

Nesse contexto, é de ser relevado que a elaboração do REDD+, no âmbito da UNFCCC, coaduna-se com os esforços empreendidos para a implementação da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB)⁸⁸. As-

83 BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *REDD+ na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://mma.gov.br/redd>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

84 UNFCCC SECRETARIAT. *Draft decision CP.21: Adoption of the Paris Agreement*. 2015.

85 BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *REDD+ na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://mma.gov.br/redd>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

86 UNFCCC Secretariat. *Draft decision -/CP.21: Report of the Green Climate Fund to the Conference of the Parties and guidance to the Green Climate Fund*. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l07r01.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

87 SAVARESI, A. Reducing emissions in the forest sector under the United Nations Framework Convention on Climate Change: a new opportunity for biodiversity conservation? In: MAES, F.; CLIQUET, A.; PLESSIS, W.; MC-LEOD-KILMURRAY, H. *Biodiversity and Climate Change: Linkages at International, National and Local Levels*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013. p. 238.

88 Assinado durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Brasil, em 1992, a Convenção Sobre Diversidade Biológica (CDB) estabelece normas e princípios que devem reger o uso e a proteção da diversidade

sinala-se que esse mecanismo pode prestar-se à complementação de metas e objetivos de outros acordos multilaterais, funcionando como um instrumento político abrangente capaz de não apenas controlar os estoques de carbono florestais, mas também promover a conservação da diversidade biológica^{89 90}.

Em outras palavras, o mecanismo REDD+ pode colaborar para a consecução simultânea das metas estabelecidas pela UNFCCC e, também, pela CDB nos países em desenvolvimento. Apesar de as Convenções mencionadas possuírem abordagens distintas acerca dos remanescentes florestais⁹¹, ambas ambicionam um manejo florestal efetivo e, desse modo, a implementação do REDD+ pelos Estados-membros pode tornar possível o cumprimento de obrigações sobrepostas estabelecidas pelos dois acordos internacionais⁹².

Assim, frisa-se que, além de promover o sequestro e a estocagem de carbono, o REDD+ se propõe a contribuir para a proteção do conjunto de ecossistemas planetários, incorporando a proteção da biodiversidade como parte indissociável das florestas. Isso porque, dentre as suas ferramentas, elencou-se a conservação florestal como uma das formas de prover incentivos positivos aos países em desenvolvimento que adotarem medidas

biológica em cada país signatário.

89 De acordo com a Convenção Sobre Diversidade Biológica (CDB), diversidade biológica significa “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas”. O vocábulo *biodiversidade*, por sua vez, refere-se ao papel das espécies no ecossistema e, na cadeia trófica, inclui, além da interrelação, também a relação entre espécies e o meio. Denota-se que, na composição dos dois termos, há evidências de que ambos possuem a mesma significação e incorporam o mesmo sentido. Cf. CORRÊA, C. E. *Meio Ambiente e a agricultura no século XXI*. Curitiba: Ithala, 2013. p. 41.

90 SAVARESI, A. Reducing emissions in the forest sector under the United Nations Framework Convention on Climate Change: a new opportunity for biodiversity conservation? In: MAES, F.; CLIQUET, A.; PLESSIS, W.; MC-LEOD-KILMURRAY, H. *Biodiversity and Climate Change: Linkages at International, National and Local Levels*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013, p. 239.

91 Enquanto que, no âmbito da UNFCCC, os remanescentes florestais enquadram-se nas definições de *reservatórios*, *sumidouro* e *fonte*, já citados nesta pesquisa, a CDB atenta-se às florestas como habitats e componentes da biodiversidade global. Cf. SAVARESI, 2013, p. 259.

92 SAVARESI, A. Reducing emissions in the forest sector under the United Nations Framework Convention on Climate Change: a new opportunity for biodiversity conservation? In: MAES, F.; CLIQUET, A.; PLESSIS, W.; MC-LEOD-KILMURRAY, H. *Biodiversity and Climate Change: Linkages at International, National and Local Levels*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013. p. 252.

com vistas à mitigação dos efeitos das mudanças climáticas.

Uma vez revelada a integração entre a UNFCCC e a CDB, assim dispõe o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia (IPAM)⁹³:

O REDD é uma opção imediata de mitigação e um elemento crítico para a concretização dos esforços que visam a estabilização das mudanças climáticas a longo prazo. Na ausência do REDD, o desmatamento continuará ou até mesmo se acentuará. Se as taxas de desmatamento dos remanescentes florestais tropicais permanecerem estáveis e nenhuma medida for adotada, de 312 a 477 bilhões de toneladas de CO₂ serão emitidas nos próximos cem anos. Isso aumentaria a concentração atmosférica de CO₂ em cerca de 130 partes por milhão (ppm), aumentando o risco de eventos climáticos extremos.

Nessa perspectiva, assevera-se que os impactos climáticos têm incidido cada vez com maior intensidade sobre a diversidade biológica do planeta, causando sua perda ou redução. Um mecanismo voltado à limitação das emissões de GEE na atmosfera, portanto, não poderia afastar-se do objetivo de também resguardar a biodiversidade florestal. Assim, afirma-se que “além de atuar na redução de emissões, o REDD também foi concebido com o intuito oferecer cobenefícios à biodiversidade e a sua conservação”⁹⁴.

Assinala-se que a manutenção da biodiversidade florestal pode ser considerada um aspecto acessório do mecanismo REDD+, uma vez que, ao se evitar o desmatamento, a biodiversidade abrangida pelos remanescentes florestais permanece protegida. Quer dizer, a seleção das áreas florestais a serem resguardadas pelo mecanismo REDD+ deve levar em consideração a biodiversidade florestal como um critério adicional⁹⁵.

93 INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL DA AMAZÔNIA (IPAM). *Why REDD Matters*. Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia: IPAM, 2007. p. 01. Traduzido a partir de: “[...]REDD is an immediate mitigation option and a critical element of climate change stabilization efforts long-term. In the absence of REDD, deforestation will likely continue or increase. At current tropical deforestation rates, another 312 to 477 billion tons of CO₂ will be emitted over the next hundred years if no action is taken. This would increase the atmospheric concentration of CO₂ by nearly 130 parts per million, further heightening the risk of catastrophic climate impacts”.

94 KHATRI, D.B.; KARKI, R.; BUSHLEY, B. *REDD+ Payments and Benefit-Sharing Mechanisms in Nepal*. Forest Action, 2010. p. 05. Traduzido a partir de: “[...] apart from its principle to reduce emissions, REDD was conceived to have co-benefits in the form of biodiversity and natural conservation as well.”

95 GTZ. *Making REDD work: A practitioner’s guide for successful implementation of REDD*. RT Druckwerkstaten Mainz: Federal

Oportuno mencionar que a CDB se fundamenta na utilização sustentável e na conservação da diversidade biológica, assim como na repartição equitativa dos benefícios derivados da biodiversidade. Possibilita, desse modo, o desenvolvimento de estratégias e planos, assim como a aplicação de programas que visam à utilização sustentável da diversidade biológica⁹⁶.

Convém, então, relacioná-la ao REDD+, uma vez que

[...] são esses benefícios conexos que tornaram o REDD+ um mecanismo que vai além da mera mitigação aos efeitos das mudanças climáticas. De acordo com decisão tomada na COP realizada em Durban⁹⁷, o financiamento do REDD+ deve garantir a 'integridade ambiental'. A natureza desse conceito proporciona uma avaliação abrangente do mecanismo [...]⁹⁸.

Isso posto, apesar de o foco central desse mecanismo pautar-se na estabilização das alterações climáticas por meio da redução das emissões de GEE e do aumento do sequestro de carbono pelos remanescentes florestais, acorda-se que as ações que permeiam o REDD+ devem levar em consideração as múltiplas funções exercidas pelas florestas, destacando-se, neste artigo, a manutenção da diversidade biológica a nível global⁹⁹.

Nessa perspectiva, parece oportuno, também, ressaltar a importância da 10ª Conferência das Partes (COP10) da CDB¹⁰⁰, realizada no ano de 2010 em Nagoya. Por meio das Metas de Aichi¹⁰¹, estipulou-se 20

estratégias para a proteção da biodiversidade. Tratam-se, pois, de medidas que se vinculam ao REDD+ por buscarem a promoção de esforços combinados de redução de emissões, aumento de estoques e conservação da biodiversidade, evidenciando que a abordagem ecossistêmica da CDB proporciona uma estrutura flexível de manejo para tratar de atividades de mitigação e adaptação às mudanças climáticas¹⁰².

De acordo com a Decisão nº X/2 da COP10, intitulada *Plano Estratégico para a Biodiversidade 2011-2020*¹⁰³, as Metas de Aichi foram fundamentadas em cinco objetivos estratégicos: resolver as causas subjacentes da perda da biodiversidade por meio da integração entre os órgãos governamentais e a sociedade civil; reduzir as ameaças que recaem sobre a biodiversidade por intermédio do seu manejo sustentável; melhorar as condições de manutenção da diversidade biológica mediante a salvaguarda dos ecossistemas, espécies e variedade genética; aprimorar os mecanismos de serviços ambientais; e, por fim, buscar a implementação de ferramentas efetivas de capacitação referentes ao seu uso¹⁰⁴.

Em suma, por meio das Metas de Aichi, pretende-se minimizar ou evitar impactos negativos à biodiversidade. Em contrapartida, incentivos positivos para a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica serão elaborados e aplicados, de forma consistente e em conformidade com a CDB¹⁰⁵.

Ademais, almeja-se a redução da taxa de degradação de todos os habitats nativos, incluindo-se as florestas: prevê-se, até 2020, a conservação por meio de sistemas de áreas protegidas, geridas de maneira efetiva e equitativa, de pelo menos 17% das áreas terrestres e de águas continentais e 10% de áreas marinhas e costeiras, com especial enfoque nas áreas de especial importância para a biodiversidade e os serviços ecossistêmicos¹⁰⁶.

Ministry for Economic Cooperation and Development, 2010. p. 26.
96 Ver Artigo 6 da CBD.

97 Trata-se da 17ª Conferência das Partes (COP17) da UNFCCC.

98 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). *Nota informativa 01: Florestas tropicais, mitigação e adaptação às mudanças climáticas*. MMA: Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental, 2012. p. 04.

99 MILES, L.; TRUMPER, K.; OSTI, M.; MUNROE, R.; SANTAMARIA, C. *REDD+ and the 2020 Aichi Biodiversity Targets*. Promoting synergies in international forest conservation efforts. UN-REDD Programme: Policy Brief Issue 05, 2015. p. 02.

100 Assim como a UNFCCC, a CDB também instituiu uma complexa estrutura de órgãos visando o exame e o desenvolvimento do acordo, propiciando a tomada de decisões necessárias para promover o seu efetivo funcionamento, como a Conferência das Partes (COP).

101 Do inglês, *Aichi Biodiversity Targets*. Ademais, frisa-se que, no âmbito da CDB, um primeiro conjunto de metas havia sido estabelecido para o período 2002-2010. Para tanto, um plano estratégico havia sido criado para coordenar a implementação da Convenção em nível regional, nacional e global com o objetivo de desacelerar a devastação da biodiversidade, assegurando, assim, a manutenção de seus benefícios e sua repartição equitativa. No entanto, as avaliações apontam que o Plano Estratégico 2002-2010 não foi efetivo. Cf. UICN; WWF-BRASIL; IPÊ. *Metas de Aichi: Situação atual no Brasil*. Brasília, DF: UICN, WWF-Brasil e Ipê, 2011. p. 04.

102 BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Nota informativa 01: Florestas tropicais, mitigação e adaptação às mudanças climáticas*. MMA: Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental, 2012. p. 04.

103 Do inglês, *Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020*.

104 CBD SECRETARIAT. *COP10 Decision X/2: Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020*. 2010. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=12268>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

105 BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Nota informativa 01: Florestas tropicais, mitigação e adaptação às mudanças climáticas*. MMA: Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental, 2012. p. 04.

106 CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Quick Guides to the Aichi Biodiversity Targets*. Version 02, UNEP, 2013. p. 23.

Ainda, prenuncia-se a recuperação dos ecossistemas degradados para a mitigação e adaptação às alterações do clima: “a resiliência de ecossistemas e a contribuição da biodiversidade para estoques de carbono terão sido aumentadas através de ações de conservação e recuperação, [...] contribuindo para a mitigação e adaptação à mudança climática e para o combate da desertificação”¹⁰⁷. Observe-se que, dentre as Metas de Aichi, essa é a única que faz referência explícita à importância desempenhada pelos ecossistemas terrestres no que tange à estabilização das alterações climáticas mediante o sequestro e consequente armazenamento do carbono. Ao destacar a relevância da resiliência dos remanescentes florestais na perpetuação dos estoques desse elemento químico, relaciona-se com a diminuição de riscos e possíveis retrocessos, evidenciando que tal fato mostra-se essencial para a viabilização do REDD+ a longo prazo¹⁰⁸.

Inobstante muitos dos esforços dispendidos na COP10 tenham se focado na definição do papel da CDB para a implementação e o monitoramento do REDD+ com vistas à salvaguarda da biodiversidade, deve-se atentar para o fato de que outras questões relacionando à legislação climática com remanescentes florestais também foram abordadas. Nesse sentido, tem-se que:

[...] de acordo com a decisão sobre a biodiversidade florestal, as atividades conjuntas desenvolvidas entre o Secretariado da CDB e o Fórum das Nações Unidas sobre Florestas devem incluir preceitos que permeiam as mudanças climáticas; por exemplo, a contínua qualificação de temas que relacionam a biodiversidade florestal e as alterações do clima pode ser melhor trabalhada em políticas nacionais que versem sobre a implementação de práticas florestais sustentáveis [...]”¹⁰⁹.

Diante do exposto, sustenta-se que o REDD+ deve, também, atender aos preceitos do manejo florestal sustentável¹¹⁰, ou seja, assegurar a continuidade do

fornecimento dos benefícios oferecidos pelas reservas florestais às populações de todas as espécies de vida. “Trata-se, portanto, de um mecanismo que revela uma conceituação expandida da interação entre as múltiplas necessidades da sociedade moderna e os recursos que os remanescentes florestais planetários podem fornecer para satisfazê-las”¹¹¹.

A manutenção das florestas mostra-se, portanto, imprescindível não apenas para a regulação do clima global, mas também para a preservação da biodiversidade e para a garantia da qualidade de vida de comunidades cuja sobrevivência depende diretamente das matas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O REDD+ é um mecanismo destinado à redução de emissões de GEE decorrentes do desmatamento e da degradação florestal, assim como ao incremento de boas práticas de conservação e restauração que tornem possível o aumento de estoque de carbono. Pauta-se na atribuição de contrapartida financeira pelo desmatamento evitado nos países em desenvolvimento, promovendo a manutenção de florestas que abrigam vasta biodiversidade e desempenham papel relevante no cenário climático global.

Todavia, apesar de o discurso do mecanismo em questão haver sido desenvolvido em razão da deterioração do meio ambiente a nível global, vale lembrar que tal preocupação resulta, ainda, de uma visão antropocêntrica e que, portanto, encontra-se pautada nas necessidades econômicas da sociedade contemporânea.

Verificou-se, ademais, que o processo de elaboração das normas que regulam o mecanismo REDD+ se apresenta como um desafio proporcional à magnitude dos seus objetivos, admitindo-se a complexidade de sua implementação pela sociedade contemporânea. Nesse contexto, destaca-se a relevância da COP21, na qual se reconheceu a importância de redução das emissões produzidas pelo desmatamento e pela degradação florestal

firmada em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, “os recursos florestais e áreas florestais devem ser geridas de forma sustentável para atender às necessidades sociais, econômicas, ecológicas, culturais e espirituais das gerações presentes e futuras”.

111 CHUTZ, N. *What Will It Take to Make REDD Work?* United Nations Mandated University for Peace: Natural Resources and Sustainable Development, 2010. p. 19.

107 UICN; WWF-BRASIL; IPÊ. *Metas de Aichi*. Situação atual no Brasil. Brasília, DF: UICN, WWF-Brasil e Ipê, 2011. p. 53.

108 MILES, L. et al. *REDD+ and the 2020 Aichi Biodiversity Targets*: Promoting synergies in international forest conservation efforts. UN-REDD Programme: Policy Brief Issue 05, 2015. p. 10.

109 LESNIEWSKA, F. *UNFCCC REDD+ COP Decisions: The Cumulative Effect on Forest Related Law Processes*. Martinus Nijhoff Publishers: International Community Law Review 15, 2013. p. 114. Traduzido a partir de: “[...] according to the decision on forest biodiversity, joint activities between the Secretariats of the CBD and the UN Forum on Forests include climate-change-related language; for example, continued capacity building on how forest biodiversity and climate change could be better addressed in national biodiversity and forest policies in sustainable forest management practices [...]”.

110 De acordo com o Princípio 02 da Declaração de Florestas,

e, conseqüentemente, a imprescindibilidade de promover incentivos positivos para financiar tais ações com recursos dos países desenvolvidos.

Não se pode perder de vista que o mecanismo em questão permanece em construção e ainda terá que enfrentar uma série de questões, como a consolidação do mercado de carbono pela comunidade internacional e uma governança efetiva na sua instrumentalização.

Ainda que o REDD+ seja um mecanismo em processo de implementação e com um forte viés econômico, reconhece-se que pode vir a apoiar a conservação dos remanescentes florestais, contribuindo não apenas para a implementação da política internacional de mudanças climáticas, mas também para a preservação da diversidade biológica florestal.

Por fim, em relação a esse cenário que abarca possibilidades de múltiplos benefícios, há que se lançar olhares esperançosos para a consolidação de um regime global efetivo de REDD+ nos próximos encontros internacionais a respeito das mudanças climáticas. Desde que o meio ambiente seja sempre considerado em sua integralidade e complexidade, esse mecanismo pode vir a contribuir, efetivamente, para a mitigação dos GEE, ressaltando-se, ainda, os proveitos não associados apenas ao carbono, como a preservação da diversidade biológica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIERMANN, F. *Saving the atmosphere: international law, developing countries and air pollution*. Berlin: Peter Lang, 1995.

BODANSKY, D. The history of the global climate change regime. In: LUTERBACHER, U., SPRINZ, D.F. (Ed.). *International relations and global climate change*. Cambridge: MIT Press, 2001.

BORGES, L.C.R. *Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação – REDD: desafios e oportunidades para o Brasil no contexto das mudanças climáticas*. 2011. ?f. Dissertação (Mestrado) - Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Nota informativa 01: Florestas tropicais, mitigação e*

adaptação às mudanças climáticas. MMA: Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Ambiental, 2012.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *REDD+ Brasil: REDD+ na COP21*. Disponível em: <<http://redd.mma.gov.br/index.php/pt/informma/item/258-redd-na-cop-21>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *REDD+ na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://mma.gov.br/redd>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

CBD SECRETARIAT. *COP10 Decision X/2: Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020*. 2010. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=12268>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

CHUTZ, N. *What Will It Take to Make REDD Work?* United Nations Mandated University for Peace: Natural Resources and Sustainable Development, 2010.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY (CBD). *Quick Guides to the Aichi Biodiversity Targets*. Version 02. UNEP, 2013.

CORRÊA, C. E. *Meio Ambiente e a agricultura no século XXI*. Curitiba: Ithala, 2013.

DERANI, C.; CHRISTOFOLI, B. O Redd+ e a convenção do clima: avanços da COP 19. *Revista de Direito Ambiental*, v. 76, p. 511-529, 2014.

GALDINO, V.S.; WEBER, G.B. Do protocolo de Quioto: mecanismo de desenvolvimento limpo e sequestro de carbono. *Revista de Direito Ambiental*, v. 52, 2008.

GRAU NETO, W. *O Protocolo de Quioto e o mecanismo de desenvolvimento limpo: uma análise crítica*. 2006. 189 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GTZ. *Making REDD work: A practitioner's guide for successful implementation of REDD*. RT Druckwerkstaten Mainz: Federal Ministry for Economic Cooperation and Development, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE FLORESTAS. *Sequestro de Carbono*. Disponível em: <<http://www.ibflorestas.org.br/sequestro-de-carbono.html>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL DA AMAZÔNIA (IPAM). *REDD no Brasil: um enfoque amazônico*. Brasília, DF: Centro de Gestão e Estudos

- Estratégicos (CGEE), 2011.
- INSTITUTO DE PESQUISA AMBIENTAL DA AMAZÔNIA (IPAM). *Why REDD Matters*. IPAM, 2007.
- KHATRI, D.B.; KARKI, R.; BUSHLEY, B. *REDD+ Payments and Benefit-Sharing Mechanisms in Nepal*. Forest Action, 2010.
- LEAL-ARCAS, R. *Climate Change and International Trade*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.
- LEHR, D. *REDD + Safeguards: Forests Report Bonn*. Disponível em: <<http://reddplussafeguards.com>>. Acesso em: 01 abr. 2015.
- LESNIEWSKA, F. *UNFCCC REDD+ COP Decisions: The Cumulative Effect on Forest Related Law Processes*. Martinus Nijhoff Publishers: International Community Law Review 15, 2013.
- MAMED, D. de O. *Pagamento por Serviços Ambientais e mercantilização da natureza na sociedade moderna capitalista*. 2016. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Paraná, 2016. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tede_busca/>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- MILES, L. et al. *REDD+ and the 2020 Aichi Biodiversity Targets: Promoting synergies in international forest conservation efforts*. UN-REDD Programme: Policy Brief Issue 05, 2015.
- NUSDEO, A.M.O. *Pagamentos por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. 1992. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*. UN. 1997. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2015.
- PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS (IPCC). *Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. IPCC: Geneva, Suíça, 2014.
- PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICAS (IPCC). *Land Use, Land-Use Change, and Forestry*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2000.
- PLURINATIONAL STATE OF BOLIVIA. *The Joint Mitigation and Adaptation Mechanism for the Integral and Sustainable Management of Forests (JMA)*. Ministério das Relações Exteriores: Estado Plurinacional da Bolívia, 2014. Disponível em: <<https://unfccc.int/files/>>. Acesso em: 01 abr. 2016.
- RIVERA, M.T. C. El cambio climático: análisis científico y jurídico del problema de la emisión de gases de efecto invernadero. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, v. 31, n. 156, 1997.
- SAVARESI, A. Reducing emissions in the forest sector under the United Nations Framework Convention on Climate Change: a new opportunity for biodiversity conservation? In: MAES, F.; CLIQUET, A.; PLESSIS, W.; MC-LEOD-KILMURRAY, H. *Biodiversity and Climate Change. Linkages at International, National and Local Levels*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013.
- THE REDD desk. *What is REDD+?* Disponível em: <<http://theredddesk.org/what-is-redd>>. Acessado em: 04 jun. 2015.
- UICN; WWF-BRASIL; IPÊ. *Metas de Aichi: Situação atual no Brasil*. Brasília, DF: UICN, WWF-Brasil e Ipê, 2011.
- UNEP. *Integração entre o meio ambiente e o desenvolvimento: 1972-2002*. Disponível em: <<http://www.wwiuna.org.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2015.
- UNFCCC SECRETARIAT. *Conference of the Parties: Report of the Conference of the Parties on its nineteenth session, held in Warsaw from 11 to 23 November 2013*. UNFCCC Secretariat: 2014a. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/>>. Acesso em: 01 abr. 2015.
- UNFCCC SECRETARIAT. *Decision -/CP.20: Lima Call for Climate Action*. 2015. Disponível em: <https://unfccc.int/files/meetings/lima_dec_2014/application/pdf/auv_cop20_lima_call_for_climate_action.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2015.
- UNFCCC SECRETARIAT. *Decision 1/CP.16 - The Cancun Agreements: Outcome of the work of the Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action*

under the Convention. UNFCCC Secretariat, 2011. p. 12. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf> - page=2>. Acesso em: 01 abr. 2015.

UNFCCC SECRETARIAT. *Decision 3/CP.19 – Long term Climate Finance*. Report of the Conference of the Parties on its nineteenth session, held in Warsaw from 11 to 23 November 2013. UNFCCC Secretariat, 2014b. p. 09. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2013/cop19/eng/10a01.pdf> - page=9>. Acesso em: 01 abr. 2015.

UNFCCC SECRETARIAT. *Decision booklet REDD+*: Key decisions relevant for reducing emissions from deforestation and forest degradation in developing countries. UNFCCC Secretariat, 2014. p. 02. Disponível em: <<http://unfccc.int/6917.php>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

UNFCCC SECRETARIAT. *Draft decision -/CP.21 – Adoption of the Paris Agreement*. 2015. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

UNFCCC SECRETARIAT. *Draft decision -/CP.21: Report of the Green Climate Fund to the Conference of the Parties and guidance to the Green Climate Fund*. 2015. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l07r01.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

UNFCCC SECRETARIAT. *LULUCF*: Developments at past COP and SB sessions. Disponível em: <http://unfccc.int/land_use_and_climate_change/lulucf/items/3063.php>. Acesso em: 01 abr. 2015.

VIÑUALES, J.E. *El régimen jurídico internacional relativo al cambio climático: perspectivas y prospectivas*. Disponível em: <<http://www.oas.org/>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Ecolabels de eficiência energética e sua consistência com a disciplina dos PPM's e provisões dos Acordos GATT e TBT

Energy efficiency ecolabels and it's compatibility with the PPM's regime under GATT and TBT Agreements' provisions

Cristiane Derani

Arthur Rodrigues Dalmarco

Ecolabels de eficiência energética e sua consistência com a disciplina dos PPM's e provisões dos Acordos GATT e TBT*

Energy efficiency ecolabels and it's compatibility with the PPM's regime under GATT and TBT Agreements' provisions

Cristiane Derani**

Arthur Rodrigues Dalmarco***

RESUMO

O alinhamento dos esquemas de *ecolabelling* com as imposições dos acordos que orientam a atuação da Organização Mundial do Comércio têm estado, ao longo da última década, no centro dos debates jurídicos daquele fórum. Com casos emblemáticos relacionados à consistência da disciplina jurídica dos chamados métodos de processo e produção (PPM's), o assunto reganha vigor ao adentrarmos em seara específica de tais esquemas, os chamados *ecolabels*. Dotados de particularidades específicas quanto ao seu enquadramento no regime jurídico que orienta os julgamentos mais recentes dos Painéis ou do Órgão de Apelação da OMC, a disciplina requer especial atenção quanto às nuances de seu tratamento jurídico – objeto de investigação do presente artigo. No primeiro capítulo, pretende-se analisar em que consistem os esquemas de *ecolabels*, explorando as diferentes implicações jurídicas e impactos práticos quanto aos programas mandatórios e voluntários perante a regulação internacional da matéria. No segundo capítulo, investigar-se-á a consistência dos esquemas de *ecolabelling* em face das provisões do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* ou Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), nomeadamente seus artigos III e XX, e aquelas constantes do Acordo TBT (*Technical Barriers to Trade* ou Acordo de Barreiras Técnicas ao Comércio), a exemplo de seu artigo 2:2. Verificar-se-á, ainda, se tais *ecolabels* associados à eficiência energética podem gerar eventuais inconsistências internamente ao próprio regime GATT/OMC, em que eventual adequação às exigências de um acordo (TBT, por exemplo) não exclui a possibilidade de inadequação perante outro acordo cumulativamente (i.e. GATT) – com base nas condicionantes expostas em casos já analisados pelos órgãos julgadores.

Palavras-chave: Eficiência energética. OMC. Ecolabelling.

ABSTRACT

The alignment of *ecolabelling* schemes with the provisions of the agreements that guide WTO's actions have been, along the last decade, in the center of legal debates involving that forum. With leading cases related to

* Recebido em 31/03/2016
Aprovado em 09/06/2016

** Livre-docente pela Universidade de São Paulo. Pós-doutorado na Ecoledes Hautes Etudes em Sciences Sociales, Paris. Estudos de doutorado (bolsa CNPq) na J. W. Goethe Universitaet, Frankfurt. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora da Universidade Federal de Santa Catarina e Visiting Professor no C-EENRG, Department of Land Economy, Universidade de Cambridge (UK). E-mail:cristianederani@icloud.com

*** Mestrando em Direito e Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela mesma instituição e em Administração Empresarial pela Universidade do Estado de Santa Catarina (ESAG/UDESC). E-mail:arthur.dalmarco@gmail.com

the consistency of the so called process and production methods (PPM's), the topic gains particular relevance when analyzed through its particularities, embodied within ecolabels of all sorts. Embedded with specific considerations about its compatibility with the WTO regime, as noticed in recent Panel's or Appellate Body's reasoning, the ecolabelling regime and its features stands as the main focus of this paper. In the first part, we analyze the legal structure of ecolabelling schemes, exploring the different legal implications and practical impacts related to both voluntary and mandatory programs, as they are considered before their international regulatory framework. Furthermore, the second part intends to investigate the compatibility of existing ecolabelling schemes within the GATT/WTO provisions, namely articles III and XX, as well as those existent in the TBT Agreement, such as article 2:2. Finally, we evaluate whether energy efficiency related ecolabels might imply incompatibilities within the described regime, since the consistency with GATT/WTO provisions do not necessarily imply the cumulative adequacy with its supplementary agreements (i.e. TBT), as we outline through the analysis of the dispute settlement body's jurisprudence.

keywords: Energy efficiency. WTO. Ecolabelling.

1. INTRODUÇÃO

A problemática da conformação dos esquemas de ecolabelling ao regime da Organização Mundial do Comércio já se encontra há certo tempo no centro dos debates do Direito Internacional Econômico. Embora a abordagem seja usualmente tangencial, importantes considerações já foram tecidas a esse respeito em casos emblemáticos como US-Tuna I e II ou mesmo US-Shrimp. Por outro lado, e de forma interconectada, a abordagem dos chamados métodos de processo e produção (PPM's) também produz grandes controvérsias ao serem analisados naquele fórum.

A definição dos chamados *ecolabels* refere-se a certos selos de aprovação dados a produtos que são considerados, a partir de critérios técnicos empregados pelas agências (públicas ou privadas) que os outorgam, como possuidores de baixo impacto no meio ambiente do que

produtos similares funcional ou competitivamente¹.

O objetivo do presente artigo é, por conseguinte, explorar as nuances específicas de uma modalidade particular de *ecolabels* em face do regime GATT/OMC: aquelas associadas à eficiência energética². Central para as políticas nacionais de desenvolvimento econômico com foco no desenvolvimento sustentável tal qual delineado pelos objetivos da ONU acerca do tema³, a preocupação com incentivos à eficiência energética tem se apresentado como um dos grandes motores à mitigação das mudanças climáticas e pesquisa e desenvolvimento na área de fontes renováveis de energia.

Quanto à sua formatação jurídica, a relativa assimetria nas formas jurídicas de políticas públicas nacionais podem gerar conflitos, conforme se busca demonstrar ao longo do presente artigo, quanto às disposições de alguns dos acordos mais importantes ao comércio internacional contemporâneo, nomeadamente, os Acordos GATT e TBT. Nesse sentido, buscou-se aliar à coleta de dados sobre políticas públicas existentes em diversos países uma análise jurídica pormenorizada, destacando os pontos centrais à compreensão do tema, cuja complexidade repousa em sua natureza interdisciplinar.

O presente trabalho subdivide-se em três capítulos. No primeiro capítulo, buscou-se definir, caracterizar e classificar os *ecolabels* (se mandatórios ou voluntários; se incorporados ou não-incorporados ao produto final); e de que forma o debate sobre seu regime jurídico é relevante em sede de disputas levadas a efeito na Or-

1 Veja-se: PRODUCT certification and ecolabelling for fisheries sustainability. In: FISHERIES TECHNICAL PAPER, 422. New York: FAO, 2001. p. 10.

2 Para efeitos do presente artigo, entende-se eficiência energética como "a capacidade de manter-se a mesma dose de unidade de produção (de um bem ou serviço), sem redução de qualidade ou performance do produto final, enquanto reduz-se a energia necessária para produzir o mesmo resultado". O conceito foi estabelecido pelo artigo 19 (3)(c), do Protocolo de Eficiência Energética e Aspectos Ambientais Relacionados (PEEREA), constante do Energy Charter Treaty (ECT). Disponível em: <<http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

3 O objetivo n. 7 estabelece a busca pela garantia de acesso à energia confiável, sustentável, economicamente acessível e moderna a todos, possuindo como submetas diretamente relacionadas ao presente artigo, até 2030: (i) dobrar a taxa mundial de melhoria em eficiência energética; e (ii) aumentar a cooperação internacional para facilitar o acesso à pesquisa e tecnologias associadas a energias limpas, incluindo energias renováveis, eficiência energética e tecnologias mais limpas para combustíveis fósseis. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/energy/>>. Acesso em: 11 maio 2016.

ganização Mundial do Comércio, com base em estudos empíricos e estatísticos promovidos pela organização.

O segundo capítulo, por seu turno, delinea a estrutura jurídica de *ecolabels* de eficiência energética que têm se apresentado como prática pelos Estados – a amostra analisada por este trabalho compreende os modelos da Alemanha, Estados Unidos e China, como *benchmark* para elementos potencialmente conflitantes com o regime GATT/OMC.

O terceiro capítulo busca avaliar a consistência dessa parcela específica de *ecolabels* com o regime jurídico dos PPM's em casos concretos, com especial atenção a US-Tuna II, desenvolvendo, particularmente, o conceito de “relevantes padrões internacionais”, tal qual definido pelo sistema GATT/OMC em recentes decisões dos Painéis e Órgão de Apelação.

Desse modo, propõe-se uma avaliação apurada sobre os limites e eventuais inconsistências que podem advir da tensa relação entre (i) desenvolvimento tecnológico, (ii) políticas públicas e ambientes regulatórios nacionais que incentivam a busca por eficiência energética, e (iii) o regime jurídico do comércio internacional, dada sua atual estrutura, em face das restrições e incentivos impostos por tais instrumentos jurídicos.

2. REGIME JURÍDICO DO SISTEMA GATT E DO ACORDO TBT EM FACE DOS ESQUEMAS DE ECOLABELLING VOLUNTÁRIOS: O DEBATE SOBRE RESTRIÇÕES BASEADAS EM PPM'S

É sabido que o regime jurídico que institui e orienta a atuação da Organização Mundial do Comércio na solução de controvérsias possui um propósito bastante claro: promover o livre-comércio. Embora seja um lugar-comum apontar que há nesse propósito, necessariamente inculcida, uma inclinação ao surgimento de litígios das mais variadas formas, conflitantes com tal objetivo, as preocupações de matiz ambiental, por óbvio, não constituem um universo à parte de tais controvérsias, mas sim um grande nicho de conflitos em potência.

De mais a mais, pode-se afirmar que os *ecolabels* surgiram com dois objetivos mais evidentes: o primeiro, relacionado à precisão informacional ofertada aos consumidores, é de clarificar com algum grau de precisão que os produtos disponibilizados pelas companhias no

mercado atendiam critérios técnicos que observavam normas de controle e produção sustentáveis, em comparação aos seus concorrentes; o segundo objetivo, por seu turno, é o de criar um incentivo interno ao próprio processo de mercado que direcionasse os esforços das companhias ao que alguns autores definem como *green consumerism*⁴ – a ideia de que buscar desenvolver tecnologias e processos mais sustentáveis, em diversos segmentos de mercado, produz resultados positivos e concretos nos padrões de consumo das sociedades, que associam os selos concedidos (*ecolabels*) a boas práticas por parte dessas mesmas companhias⁵.

Visto por outra perspectiva, o *ecolabelling* pode ser considerado como um instrumento de política pública ou como um tipo particular de informações⁶. Para Böstrom, os *ecolabels* são “um tipo de eco-padronização, em que o *green labelling* é baseado na padronização de princípios e critérios prescritivos, sendo baseado no mercado e orientado ao consumidor, sustentando-se em diferenciação simbólica”⁷.

Pode-se perceber, todavia, que, embora guarde semelhança com outros instrumentos baseados na interação com o mercado, os *ecolabels* se referem a uma forma particular desse instrumental. Isso porque os demais mecanismos (i.e. tributos, subsídios, permissões de emissão) não possuem a flexibilidade e abrangência que os selos verdes detêm, ao atestarem características que

4 BOSTRÖM, Magnus; KLINTMAN, Mikael. *Eco-Standards, Product Labelling and Green Consumerism*. London: Palgrave Macmillan, 2008. p. 23.

5 É importante observar que a pesquisa associada à verificação de tais conclusões é de extrema complexidade, tanto na coleta quanto na análise estatística dos dados. Assim, os métodos de regressão estatística são, frequentemente, distintos e as conclusões gerais muito específicas ao setor/países analisados. Veja-se, por exemplo: BJORNER *et al.* Environmental labelling and consumers' choice: an empirical analysis of the effect of the nordic swan. *Journal of Environmental Economics and Management*, Amsterdam, 2004; ECO MARK OFFICE. Market Survey 2002: survey of market share of eco mark certified stationary products. Japão: EMO, 2002. ; MÜLLER, Edda. *Environmental labelling, innovation and the toolbox of environmental policy: lessons learned from the German blue angel program*. Alemanha: Federal Environment Ministry, 2002; KOREAN ENVIRONMENT LABELLING ASSOCIATION. *Social costs and benefits of ecolabelling*. Seoul: KELA, 2004; UNITED STATES ENVIRONMENT PROTECTION AGENCY. *Energy star: the power to protect the environment through energy efficiency*. Washington: USEPA, 2003.

6 JORDAN, Andrew; WURZEL, Rüdiger; ZITO, Anthony. New instruments of environmental governance: national experiences and prospects. *Environmental Politics*, n. 12, p. 1-24.

7 BOSTRÖM, Magnus; KLINTMAN, Mikael. *Eco-Standards, product labelling and green consumerism*. London: Palgrave Macmillan, 2008.

simbolizem escolhas positivas em termos ambientais, de saúde, de qualidade e assim por diante.

Ademais, parece-nos adequado supor que uma transição nos padrões de consumo que seja balizada em maior ou menor grau por instrumentos que influenciem o comportamento dos consumidores (em nível ambiental, ético e político), deve promover, como pressuposto, que padrões qualitativamente superiores podem ser perseguidos e incentivados.

Desse modo, abordar o presente tema implica, simultaneamente, identificar que há comportamentos desejáveis por parte dos produtores (que devem realinhar seus métodos e processos de produção a uma realidade de recursos progressivamente mais escassos), e comportamentos esperados por parte dos consumidores (que para realinharem hábitos de consumo necessitam, também, de incentivos).

Se há um instrumento que oferece grandes vantagens nas harmonizações desses dois objetivos (realinhar comportamentos de ambos consumidores e produtores), são os *ecolabels*. A capacidade de transformar o comportamento de produtores sem descartar a realidade de autointeresse destes, em um ambiente de mercado, parece contemplada, em larga medida, ao oferecer a esses agentes um novo ativo intangível – a diferenciação em face de seus concorrentes, em virtude de novos valores que estão, sem dúvida, difundindo-se na sociedade.

Longe de constituir um argumento meramente especulativo, as pesquisas empíricas utilizadas neste trabalho evidenciam essa forte correlação – entre a introdução de *ecolabels* em setores específicos da economia e mudanças sensíveis no comportamento dos agentes envolvidos. Isso posto, é necessário identificar as diferentes modalidades de *ecolabels* existentes para, então, posicionar esses instrumentos no cenário do comércio internacional contemporâneo (bem como os problemas oriundos de seu regime jurídico).

Nesse sentido, as duas grandes categorias que, além de congregarem os diferentes esquemas de *ecolabelling*, são úteis para a posterior análise sobre a consistência de tais esquemas em face da regulamentação empregada pela Organização Mundial do Comércio (OMC) são os esquemas voluntários e mandatórios. Em análise mais apurada, os esquemas voluntários podem ser, ainda, subdivididos entre esquemas voluntários patrocinados pelo governo e voluntários patrocinados por agentes

privados⁸.

Primeiramente, vamos analisar os esquemas mandatórios patrocinados por governos. Essa categoria consiste, basicamente, nos selos que exigem a presença de informações ambientais nos produtos anteriormente a sua venda no mercado⁹. Dessa forma, as disputas oriundas dessa modalidade de *ecolabel*, geralmente, se referem a relações entre o próprio governo e os produtores, não dizendo respeito, via de regra, a instâncias de resolução de conflitos diferentes daquelas relacionadas a regulações comuns, internas aos estados.

Um exemplo do primeiro conjunto de informações atinentes a conteúdo negativo e, talvez, o mais famoso dessa sorte até os dias atuais, seja aquele exigido pelo Clean Air Act, emanado pela *Environmental Protection Agency* (EPA), dos Estados Unidos. Segundo disposições dessa regulamentação, é necessária a presença de selos específicos em produtos que possuam em sua composição ou fabricação a utilização de substâncias químicas que degradem a camada de ozônio¹⁰.

Para ilustrar os selos de conteúdo neutro, cumpre salientar que podem ser considerados neutros quaisquer informações que, por alguma forma de regulamentação, o governo tenha considerado de importância elevada aos consumidores. Assim, tem-se como exemplo a exigência de que todos os novos automóveis nos Estados Unidos possuam sua eficiência energética estimada em uma taxa de milhas/galão de combustível, informada aos novos compradores, por exigência da *Energy Policy and Conservation Act*¹¹, também emanada pela EPA.

Quanto ao terceiro tipo, os selos de conteúdo positivo, os tipos mais conhecidos, que indicam características ambientais positivas nos métodos e processos de produção dos produtos (como “reciclável” ou “biodegradável”), tem-se o uso da *ecolabel* “*dolphin-safe*”, insti-

8 OKUBO, Atsuko. Environmental Labelling Programs and the WTO/GATT Regime. *Georgetown International Law Review*, v. 11, p. 603, 1999.

9 Ainda de acordo com Okubo, esses esquemas normalmente requerem que os produtores informem (i) conteúdo negativo; (ii) conteúdo neutro; ou (iii) conteúdo positivo. Ver: OKUBO, Atsuko. Environmental Labelling Programs and the WTO/GATT Regime. *Georgetown International Law Review*, v. 11, p. 603-605, 1999.

10 ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. Clean Air Act. Títulos IV, § 611 (d)(1), 42 U.S.C. § 7671 (j), (d)(1). Disponível em: <<http://www.epw.senate.gov/envlaws/cleanair.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

11 C.f. Disponível em: <<http://legcounsel.house.gov/Comps/EPCA.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2016.

tuída nos Estados Unidos nos anos 1990 por meio do *Dolphin Protection Consumer Information Act*, para informar, na comercialização de atum pescado e enlatado, a utilização de redes de pesca apropriadas, que, comprovadamente, diminuíssem a mortalidade de golfinhos associada à pesca – o que, posteriormente, gerou um dos casos mais emblemáticos relacionados a *ecolabels* no sistema de solução de controvérsias da OMC, em três casos distintos (comumente conhecidos por US – Tuna, abordados ao longo deste trabalho).

Isso posto, passa-se, agora, à breve análise de esquemas voluntários – e talvez os mais representativos e comuns quando analisa-se os *ecolabels* relativos a eficiência energética. O primeiro ramo é composto pelos esquemas voluntários patrocinados por governos. Esses consistem na modalidade mais difundida de esquemas de *ecolabelling*, por uma série de razões¹².

Uma vez que os esquemas voluntários prescindem da participação obrigatória dos produtores, há uma completa discricção por parte destes para aderir, ou não, às “melhores práticas” associadas e necessárias à concessão do *ecolabel*. Dessa forma, os esquemas voluntários não ensejam, em primeiro plano, o surgimento de conflitos entre produtores e o governo – sendo menos restritivos à atividade comercial como um todo, essa modalidade opera exclusivamente pela persuasão gerada pela opinião pública e os mecanismos de mercado, ao criar uma “imposição branda” de práticas de produção mais alinhadas com fins públicos (como a preservação do meio ambiente, no presente caso).

Um dos grandes exemplos associados ao *ecolabelling*, sendo considerado o primeiro programa desse tipo do mundo¹³, é o *Blue Angel Program*, arquitetado pelo gover-

no alemão. Existente desde 1977, lançado pelo Ministério de Proteção Ambiental daquele país, tem o objetivo de prover informações e alertar o consumidor a respeito de produtos fabricados de forma ambientalmente sadia, relativamente a outros produtos de uso semelhante.

No entanto, em que pese ter sido originado no seio governamental, o programa é administrado, apenas, indiretamente pelo governo alemão (em uma sorte de “patrocínio”), uma vez que não é ele quem, diretamente, concede o selo, mas sim a atuação integrada de três agências distintas: a *Federal Environment Agency* (FEA), o *Environmental Label Jury* (ELJ), e o *Institute for Quality Assurance and Labelling* (RAL).

Por último, a última modalidade de esquemas voluntários são aqueles patrocinados por agentes privados. Ainda em expansão, esses esquemas se desenvolveram no sentido baixo-cima, com base em uma preocupação progressivamente mais difusa na sociedade a respeito do meio ambiente. Genericamente, podem ser divididos em (i) aqueles cujos critérios são impostos por terceiros; e (ii) aqueles baseados na autodeclaração dos produtores.

No primeiro caso, o terceiro participante, que impõe os critérios para concessão dos *ecolabels*, é uma organização independente, que pode ou não participar/receber recursos com base em projetos governamentais. Embora a linha de participação dos governos em tais programas seja por vezes turva, cumpre destacar que há, nos casos concretos, uma linha bastante visível de diferenciação^{14,15}.

No segundo caso, aqueles relacionados à autodeclaração por parte dos produtores, tal declaração regular-

12 Entre as principais, Okubo (1999, p. 605) destaca que, usualmente, se considera que os governos estão em melhor posição que os agentes privados para garantir (i) a consistência dos critérios utilizados; (ii) balancear os diferentes interesses/visões entre as partes influenciadas; (iii) maior possibilidade de *accountability* à população; e (iv) maior possibilidade de transparência.

13 Segundo informações disponibilizadas no sítio eletrônico do programa, fica clara a sua categorização conforme o exposto: “*The Blue Angel is a market-conform instrument of environmental policy that is used on a voluntary basis. The important thing is to provide the consumer with information for his or her buying decision as a result of which suppliers may gain competitive advantage. If there is demand for environment and health-safe products manufacturers and trading companies will be anxious to have their products ecolabelled accordingly – but there is no obligation to do so. The over twenty-year existence of the Blue Angel and its use are evidence that consumers consider environmental and health aspects - besides other aspects - when making their purchasing decisions.*” Disponível em: <<https://www.blauer-engel.de/en/blue-angel/faqs-consumers>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

de/en/blue-angel/faqs-consumers>. Acesso em: 02 mar. 2016.

14 A título de exemplo, têm-se experiências que se desenvolvem desde os anos 1990 como o *Scientific Certification System* (SCS), que criou em 1994 o primeiro selo de declaração ambiental do mundo, chamado “*Certified Eco-Profile*”, que considera em sua análise todo o processo de produção, desde a extração das matérias-primas até a sua disposição final. Para maiores informações. Disponível em: <<http://www.scsglobalservices.com/>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

15 Mais recentemente, pode-se relacionar, ainda, uma iniciativa que extrapola a participação de ONG’s ou agentes privados na mera concessão de certificações/selos, também com endosso por parte de agências governamentais: o chamado *Green Power Partnership*, criado e gerido pela USEPA, numa interessante integração entre assistência técnica governamental relacionada à compra de energia a partir de fontes renováveis e uma ecolabel em contrapartida, para garantir a credibilidade dos parceiros privados no mercado como organizações que financiam energias limpas. Disponível em: <<http://www3.epa.gov/greenpower/>>. Acesso em: 03 mar. 2016.

mente assume a forma de símbolos próprios, embalagens características ou simples propaganda. Por outro lado, a literatura sobre o assunto indica que, embora não haja uma forma pré-definida para realizar a autodeclaração, a *International Standards Organization (ISO)*, por meio de suas orientações na família ISO 14000, possui um rascunho-padrão que identifica precisão, clareza e especificidade como itens esperados nessa modalidade¹⁶.

Por seu turno, sabe-se que o conteúdo jurídico do regime geral GATT/OMC possui certos pilares fundamentais, como a cláusula da nação mais favorecida, a obrigação relativa ao tratamento nacional, a regulamentação de barreiras não tarifárias ao comércio (insculpidas no já mencionado Acordo TBT) e assim por diante. De um modo geral, portanto, o sistema objetiva liberalizar as relações comerciais entre os países de uma forma que incentive um tratamento recíproco de obrigações e direitos, sem que se concedam privilégios ou discriminações em quaisquer situações¹⁷.

Por se tratar de uma regra, o próprio sistema prevê a existência de exceções em virtude de diversos fundamentos que justifiquem a imposição de medidas discriminatórias, i.e. situações de emergência econômica, segurança, desenvolvimento econômico, valores históricos e culturais, dentre outras¹⁸. O presente trabalho volta sua atenção à aplicação do artigo XX do GATT, considerado como o mais abrangente em termos de exceções outorgadas pelo próprio sistema.

No bojo das exceções contidas no dispositivo mencionado, muitos estudos já foram elaborados acerca da conformação dos métodos de processo e produção (PPM's) nesse sistema, em que tanto a precisão do conceito quanto a sua categorização são extremamente relevantes a sua aplicação. Assim, considerando-se que o termo PPM refere-se a "*métodos de processo e produção e é definido como forma com a qual produtos são manufaturados ou*

produzidos e recursos naturais são extraídos ou colhidos"¹⁹, qual seria a extensão das exceções associadas a ele? E, ainda, qual a relação existente entre os PPM's e os esquemas *ecolabelling*?

A resposta a ambas as perguntas transita não apenas pela análise do já mencionado caso US-Tuna II, mas pela diferenciação fundamental entre métodos de processo e produção incorporados ao produto final (pr-PPM's) e não incorporados ao produto final (npr-PPM's). Independentemente da modalidade, é importante destacar que as PPM's têm, no sistema jurídico GATT/OMC, a natureza jurídica de restrição ao comércio internacional, que pode ou não ser excepcionado pela regra contida no já mencionado artigo XX das provisões do GATT.

Sabe-se, de mais a mais, que os pr-PPM's são caracterizados por deixarem traços físicos no produto final a ser comercializado (a exemplo de pesticidas agrícolas, que usualmente aderem aos vegetais cultivados), sendo incorporados, portanto, ao produto final. Por outro turno, os npr-PPM's são, na maior parte das vezes, associados à ausência de traços identificáveis no produto final, ou seja, a utilização de métodos que produzem consequências ou externalidades invisíveis aos olhos do consumidor final do produto (i.e. a utilização de métodos mais degradantes na exploração de recursos naturais utilizados pela cadeia produtiva)²⁰.

Em que pese haja inúmeras e variadas críticas à categorização acima empregada, em sua grande maioria muito sólidas²¹, entendemos que ao atentarmos aos casos submetidos a julgamento pelo órgão de solução de controvérsias, podemos ter um terreno mais seguro para identificar as balizas estabelecidas pela diferencia-

16 TIBOR, Tom; FELDMAN, Ira. *ISO 14000: a guide to the new environmental management standards*. Chicago: Irwin Professional Pub, 1996.

17 HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C. Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation clause. *European Journal Of Political Economy*, Neuchatel, v. 17, n. 1, p.233-279, out. 2001.

18 ANDRADE, Mariana Clara de. Métodos e processos produtivos (PPMS) ambientais e a organização mundial do comércio: análise sob a perspectiva da não-discriminação no comércio internacional. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 16, 2015. Disponível em: <www.cedin.com.br/revistaeletrônica>. Acesso em: 17 mar. 2016.

19 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Processes and Production Methods (PPMs): conceptual framework and considerations on use of ppm-based trade measures*. 1997. Available in: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(97\)137&docLanguage=Em](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(97)137&docLanguage=Em)>. Access in: 5 nov. 2015. Acesso em: 17 mar. 2016.

20 CONRAD, Christiane R. *Processes and production methods (PPMs) in WTO Law: interfacing trade and social goals*. Paperback edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

21 Ver: WINTER, Gerd. The GATT and environmental protection: problems of construction. *Journal of Environmental Law*, p. 113-40, 2003; HOWSE, Robert; REGAN, Donald. The product/process distinction: an illusory basis for disciplining "unilateralism" in trade policy. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 2, p. 249-289, 2000; BARTELS, Lorand. Article XX of GATT and the problem of extraterritorial jurisdiction: the case of trade measures for the protection of human rights. *Journal of World Trade*, v.36, n.2, p.353-403, 2002.

ção indicada (pr-PPM's x npr-PPM's) como suficientes para delinear o problema aqui proposto.

Conforme já apontado, o regime do GATT não admite, em princípio, restrições a sua intenção de liberalização do comércio que não estejam, expressamente, contidas em suas exceções, nomeadamente as previstas em seu artigo XX²².

Desse modo, é seguro concluir que existem variáveis-chave para interpretar o regime do GATT em face da formatação jurídica que os *ecolabels* podem vir a assumir, uma vez que os PPM's relevantes às exceções do regime são, conforme visto acima, mais comumente os pr-PPM's, e em grau menor os npr-PPM's. Desse modo, a primeira variável a ser analisada deve ser a identificação da modalidade de PPM's que subordina os esquemas de *ecolabels* de eficiência energética.

Especificamente quanto à modalidade de PPM a que estariam subordinados os esquemas relativos à eficiência energética, é importante perceber que estes podem se originar de ambas as formas apontadas. Isso porque, embora a maior parte dos programas de *ecolabelling* dessa espécie seja voltada aos ganhos incrementais de eficiência incorporados ao produto final²³ (como no caso do *Energy Star* ou do *Blue Angel*, voltados ao desenvolvimento de tecnologias para produtos), em outros casos, os *ecolabels* são outorgados em virtude de rearranjos produtivos voltados à conservação energética – nesse caso, os ganhos em eficiência se dão pela reorganização dos processos produtivos, sem alteração nas características dos produtos em si.

Esse último caso, no entanto, é, usualmente, parte

22 Segundo Boström e Klintman: *In principle, WTO only accepts regulation of global trade if it concerns characteristics of the product itself. Rules must not be based on distinctions between products in terms of their production or processing methods (PPM) if the physical characteristics of the products themselves are equal. Green labels are typically based on PPM criteria. From a strict interpretation, WTO rules firmly delimit what products can be subject to green labelling. However, voluntary labelling schemes are largely beyond the direct jurisdiction of the WTO, and this type of instrument does not deny market access in principle. Moreover, whereas they are built on PPM criteria, labelling programmes such as the MSC and FSC could be seen as concrete responses to the dominant WTO discourse because of their global application, which enables global flows of products. Labelling is generally considered to take place outside the scope of the WTO, as long as governments remain uninvolved.* BOSTRÖM, Magnus; KLINTMAN, Mikael. *Eco-Standards, Product Labelling and Green Consumerism*. London: Palgrave Macmillan, 2008.

23 CHARNOVITZ, Steve. The Law of Environmental 'PPMs' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality. *Yale Journal of International Law*, New Haven v. 59, 2002. Available in: <http://scho.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1451&context=faculty_publications>. Access in: 18 mar. 2016.

integrante dos requerimentos de programas já criados com a finalidade de atender o desenvolvimento tecnológico da primeira espécie mencionada²⁴ – embora não abordado em detalhes, por ser uma das iniciativas do *China Energy Label*, o programa *China Energy Conservation Program*²⁵ é um exemplo de iniciativa que requer, para concessão da rotulagem, uma análise dos ganhos relativos à reorganização da cadeia produtiva.

Nesse ponto, é de fácil observação que, embora determinada rotulagem venha a ser outorgada a um produto em virtude de seus métodos de processo e produção, que atingem os padrões de eficiência exigidos pela entidade que a concede, o selo, em si, não representa nos esquemas voluntários um elemento de diferenciação que afete, negativamente, o acesso ao mercado – e, por conseguinte, uma barreira ao comércio. Não haveria, portanto, o surgimento de eventual controvérsia, porque a voluntariedade dos esquemas de *ecolabelling* implica o afastamento, em tese, da própria jurisdição da OMC. Ora, se o propósito da rotulagem é, por exemplo, meramente informacional, garantindo ao consumidor maior clareza acerca do produto que consome, não residiria aí qualquer incompatibilidade com o regime apresentado.

Essa constatação, por sua vez, nos indica que, para o caso de esquemas mandatórios, pode haver maior margem para questionamentos sobre eventuais restrições indevidas ao comércio. Tanto o é que o caso US-Tuna II ilustra categoricamente tal afirmação: nele, o esquema de *ecolabelling* estabelecido pelo governo estadunidense foi utilizado como argumento pelo México para alegar discriminação tanto em face do GATT, quanto do acordo TBT. Os requisitos da rotulagem estavam relacionados aos métodos utilizados na pesca de atum, que segundo as melhores técnicas conhecidas, eram considerados menos nocivos à integridade dos golfinhos – dessa forma, a concessão do selo “*dolphin-safe*” ocorria apenas aos produtores capazes de aderir ao referido padrão.

24 Nesse sentido, é interessante observar que o aspecto informacional carregado pelas *ecolabels* de eficiência energética são, via de regra, desenvolvidas paralelamente a projetos setorializados de fortalecimento do uso racional de energia. A título de exemplo, veja-se o Projeto *China Energy Efficiency Promotion in Industry*, fomentado pelo Banco Mundial, em que a iniciativa informacional é apenas uma das etapas de uma complexa ação integrada entre agentes do governo, sociedade civil e indústria. Maiores informações disponíveis em: <<http://www.worldbank.org/projects/P119357/china-energy-efficiency-promotion-industry?lang=en>>. Acesso em: 18 mar. 2016.

25 C.f.: <<http://www.ccep.org.cn>>. Acesso em: 19 mar. 2016.

Dessa forma, a real dificuldade, em casos semelhantes, reside em identificar os programas que são realmente concebidos com o propósito de atingir metas ambientais relevantes sem incidir em ofensa às disposições do sistema OMC, em detrimento dos que se utilizam das exceções como retórica, para criar barreiras indevidas ao propósito do sistema, por exemplo.

Contudo, como esse ponto será retomado adiante, a análise da próxima variável, que consiste na relevância da modalidade identificada (pr-PPM's) em face da exceção prevista pelo artigo XX em suas alíneas (b) e (g)²⁶, únicas diretamente associadas a implicações, e afastar o regime ordinário das provisões do GATT, disposto, por exemplo, por meio das regras contidas nos artigos I e III²⁷, será desenvolvida detalhadamente no terceiro capítulo.

Por ora, é possível afirmar que a revisão das modalidades acima, apresentando o panorama em que se apresentam os *ecolabels*, em suas diferentes formatações jurídicas, permite vislumbrar a existência de uma inclinação dos sistemas jurídicos internos em quase toda a comunidade internacional a serem receptivos ao fomento de políticas públicas ambientais com base em tais instrumentos.

Assumindo tal premissa, e sabendo que tais políticas não podem adotar qualquer estrutura jurídica – sob pena de ferirem práticas comerciais consolidadas internacionalmente –, a indagação aqui proposta é: além da aparente necessidade de possuir contornos reconhecidos e aceitos pela comunidade internacional, os limites para adoção ou fomento de *ecolabels* pelos Estados pode ser contrário ao regime comercial balizado pelo sistema GATT/OMC?

Ou, de modo mais abrangente, é relevante considerar certas modalidades de concessão de *ecolabels* como dis-

criminatórias em face do regime comercial mencionado, uma vez que novas regulações internas seguramente afetariam países exportadores de produtos fabricados com métodos e processos produtivos incompatíveis com as novas políticas públicas?

Para prosseguir e responder a tais indagações, foi necessário investigar (i) as estruturas jurídicas mais relevantes de *ecolabels* de eficiência energética em funcionamento, nomeadamente as da Alemanha, Estados Unidos e China; (ii) o papel desempenhado pelos “padrões internacionais” no estabelecimento do que pode ser considerado, ou não, prática discriminatória, relacionando os mesmos com os PPM's; e (iii) sua relação com a criação de *ecolabels*, em suas diferentes modalidades, sobretudo as associadas a eficiência energética no contexto do sistema GATT/OMC.

3. UM PANORAMA CONTEMPORÂNEO DE ECOLABELS RELATIVOS A EFICIÊNCIA ENERGÉTICA

Tal qual afirmado anteriormente, são inúmeras as iniciativas regionais/locais empreendidas para promover as *ecolabels* atualmente, sejam elas voluntárias ou mandatórias²⁸. Em virtude de tal centralidade, o objetivo desse tópico é expor sinteticamente três, dentre as mais relevantes, associadas a parâmetros de conservação e incentivo à eficiência energética existentes, a saber: o Programa *Energy Star* (elaborado pela EPA, agência de proteção ao meio ambiente dos Estados Unidos); o Programa *Blue Angel* (já abordado brevemente, inicialmente incentivado pelo governo da Alemanha); e, por fim, o *China Energy Savings Programme* (principal programa de padronização de eficiência energética do governo chinês).

O programa *Energy Star* é um programa de *ecolabeling* voluntário, criado em 1992, e que concede selos de eficiência energética a empresas e produtos, requerendo para tanto que seus “parceiros”²⁹ atinjam padrões mínimos e, frequentemente, revisados de eficiência energética.

28 Segundo o banco de dados do *Ecolabel Index*, maior existente em sua modalidade, existem atualmente 460 *ecolabels*, distribuídas em 197 países e 25 setores da indústria. C.f.: <<http://www.ecolabelindex.com/>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

29 Termo utilizado para definir as empresas que atingem os requerimentos técnicos do programa e associam-se ao mesmo.

26 Os referidos dispositivos prescrevem: *Article XX : Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: [...] (b) necessary to protect human, animal or plant life or health; [...] (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.* Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

27 Os artigos correspondem à disciplina legal da cláusula da nação mais favorecida e da cláusula do tratamento nacional, respectivamente.

O programa, em si, foi estabelecido pela *Environmental Protection Agency* (EPA) por delegação do Clean Air Act (originalmente instituído em 1970). O fundamento legal para o exercício da competência e criação do programa propriamente foi estabelecido na Seção 103(g) da referida norma, que estabeleceu que o Administrador (a EPA) deveria conduzir uma pesquisa básica acerca de programas de engenharia e tecnologias para desenvolver, avaliar e demonstrar estratégias não regulatórias (mandatórias) e tecnologias para prevenção da poluição do ar. Tais estratégias e tecnologias deveriam ser desenvolvidas com prioridade nos poluentes que imponham risco significativo à saúde humana ou ao meio ambiente, com oportunidades de participação pela indústria, grupos de interesse público, cientistas e outros interessados no desenvolvimento de tais estratégias e tecnologias³⁰.

Além do fundamento acima, no ano de 2005, foi editado pelo congresso estadunidense o chamado *Energy Policy Act*, que emendou o anterior *Energy Policy and Conservation Act*, disciplinando em sua Seção 131 (Seção 324(42 U.S.C. 6294) do ato emendado) o estabelecimento no Departamento de Energia e da Agência de Proteção Ambiental um programa voluntário para identificar e promover produtos e construções energeticamente, com o objetivo de reduzir o consumo energético, melhorar a segurança energética e reduzir a poluição por meio do *labelling* voluntário de, ou de outras formas de comunicação sobre, produtos e construções que atinjam os mais rigorosos padrões de conservação energética³¹.

Assim, a mudança significativa promovida em 2005 foi, essencialmente, de ordem administrativa, incluindo o ato de criação original do programa *Energy Star* no rol de atribuições perenes da EPA relativamente à eficiência energética. Os resultados alcançados pelo esquema de *ecolabelling* empreendido realmente surpreendem: se-

gundo os relatórios mais recentes indicam³², na janela temporal de 2004 a 2014, o programa promoveu, por meio de seus padrões de eficiência energética, um salto de, aproximadamente, 600 bilhões de kWh (2004) de economia para aproximadamente 3.1 trilhões de kWh (2014). A métrica relativa à redução de emissões de gases associados ao efeito estufa segue tendência de forte correlação com os dados indicados acima: de 500 milhões de toneladas métricas não emitidas (2004), houve um salto para 2.5 bilhões de toneladas métricas não emitidas (2014).

Como os registros de ganhos de eficiência são fundamentais à perpetuação e adaptação dos parâmetros utilizados pelo programa, o *Energy Star* tornou-se uma das *ecolabels* mais conhecidas ao redor do mundo. Conforme já apontado, embora não tenha sido a primeira, seus resultados são inegáveis, e estudos futuros sobre arranjos semelhantes ao utilizado (em termos de estabelecimento de padrões de eficiência e controle) podem ser interessantes aos *labels* existentes no Brasil (a exemplo daqueles aplicados pelo Inmetro).

Passando-se à análise do programa *Blue Angel*, em virtude de breve histórico já ter sido apresentado, entendemos por adequado expor o desenho institucional do programa e, a seguir, os resultados atingidos por este na última década, simetricamente à análise anterior.

Nesse sentido, é importante relembrar que o programa *Blue Angel* é, também, um programa voluntário (administrado indiretamente, ou “patrocinado”, pelo governo da Alemanha), se encontrando, por conseguinte, vinculado a um departamento do Estado alemão – uma das três entidades, já mencionadas, que compõem sua estrutura de atuação.

Diferentemente do programa *Energy Star*, os bancos de dados e estatísticas do desempenho do programa não são disponibilizados, facilmente, pelas entidades que o administram. No entanto, importante estudo empírico conduzido no ano de 2005, especificamente sobre o desempenho do programa *Blue Angel* desde sua implementação, traz conclusões intrigantes acerca dos resultados atingidos³³.

De acordo com o professor da Universidade de

30 Destaca-se, ainda, a Seção 103(g)(1), que dispõe: (1) *Improvements in nonregulatory strategies and technologies for preventing or reducing multiple air pollutants, including sulfur oxides, nitrogen oxides, heavy metals, PM-10 (particulate matter), carbon monoxide, and carbon dioxide, from stationary sources, including fossil fuel power plants. Such strategies and technologies shall include improvements in the relative cost effectiveness and long-range implications of various air pollutant reduction and nonregulatory control strategies such as energy conservation, including end-use efficiency, and fuel-switching to cleaner fuels. Such strategies and technologies shall be considered for existing and new facilities (grifos adicionados)*. Disponível em: <<http://www.epw.senate.gov/enlaws/cleanair.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2015.

31 C.f.: <http://energy.gov/sites/prod/files/2013/10/f3/epact_2005.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.

32 C.f.: <http://www.energystar.gov/ia/partners/publications/pubdocs/Overview%20of%20Achievements_508Compliant.pdf?531b-f91c>. Acesso em: 09 mar. 2015.

33 GERTZ, Renate. Eco-labelling: a case for deregulation? In: LAW, Probability and Risk. Oxford: Oxford Journals, 2005.

Edinburgo, que conduziu entrevistas com uma larga parcela de companhias que aderiram ao programa, o “sucesso” na utilização da *ecolabel* variou entre os respondentes significativamente. Isso porque, aparte dos benefícios já descritos, por se tratar de um programa voluntário, dois fatores se destacaram como pontos negativos sob a perspectiva industrial: a existência de uma grande parcela de concorrentes que também aderiram à *ecolabel* ao longo do tempo (afastando ao menos parcialmente a ideia de que o *label* produziria um diferencial significativo em termos de vendas para os que aderem ao programa de forma constante – uma inverdade, conforme o programa passa a ser progressivamente adotado); e o tempo total de participação das companhias no programa (as que haviam aderido há mais tempo tiveram mais benefícios comerciais relativamente às de adesão tardia).

Outro elemento interessante a considerar é que a variável “tamanho da empresa”, também, é determinante quanto aos resultados econômicos alcançados pela adesão ao programa. Foi verificado, no mesmo estudo, que enquanto as conclusões acima expostas se aplicam de maneira homogênea a grandes empresas, para pequenos e médios empreendimentos as vantagens econômicas são significativas – ainda que, em primeiro momento, se pudesse imaginar que as exigências de eficiência avaliadas pelo programa pudessem representar uma “barreira” a novos entrantes. Ademais, para os casos de produtos semelhantes, fabricados por grandes corporações e pequenas empresas, estas encontraram no *label* um significativo aliado econômico, uma garantia de qualidade que passa a ser reconhecida pelos consumidores³⁴.

Em virtude dessa miríade de dados, é importante destacar conclusões que afastem visões idealizadas sobre os esquemas de *ecolabelling*. Primeiramente, fica claro pela análise empírica que há uma patente diferença entre os benefícios de curto e de longos prazos associados ao *ecolabelling* – no curto prazo, salvo na dicotomia grandes *versus* pequenas empresas, não há incentivos claros à adesão por parte dos agentes econômicos. Isso porque há uma impressão generalizada, confirmada pelos números associados ao ganho econômico dos agentes, de que a participação no programa pode demorar a trazer benefícios “concretos” à empresa, ainda que haja claras

evidências de ganhos sociais com tal participação.

Sem cair na armadilha de uma crítica rasa aos mecanismos de mercado, no presente caso o emprego de “*branding* verde” à atuação empresarial, prossegue-se à segunda conclusão: tem-se difundido na sociedade um sentido mais claro acerca das implicações econômicas de uma opção voltada a resultados socioambientais. Em determinados segmentos, os custos incrementais de atingimento nos padrões de eficiência exigidos por uma *ecolabel* podem representar uma barreira a novos entrantes nos segmentos e mercado afetados. Por outro lado, os dados indicam que é, justamente, na “cauda” de novos entrantes que o atingimento dos padrões de eficiência apresentam os maiores ganhos econômicos – assim, antes de representar um desestímulo à competição, constitui um incentivo à mesma em face dos resultados observados.

Embora o cenário acima tenha sido representado com base em simples dicotomias, que em modelos mais realistas seriam compostas de inúmeras outras variáveis, o propósito do estudo nesse ponto é ilustrar a importância de uma análise dos incentivos que modelos voluntários, promovidos pelo governo, podem gerar em um ambiente complexo. Em larga parcela das vezes, intervenções pontuais geram incentivos conflitantes, produzindo efeitos colaterais que inviabilizam ou comprometem os resultados de boas políticas públicas.

Nesse sentido, a quarta consideração a ser extraída é que resultados socioambientais consistentes, como os observados no modelo estadunidense em curto prazo, e no modelo germânico no médio-longo prazos, necessitam de uma arquitetura legal realista. Vimos que os resultados obtidos pelas *ecolabels* são melhores quando a marca outorgada é amplamente reconhecida pelos consumidores – que rapidamente a associam a práticas sustentáveis e um padrão de eficiência no aproveitamento de recursos. Por isso o esforço em estabelecer tal reconhecimento, tornando a *ecolabel* um ativo às empresas que a obtém, é tão importante para o sucesso da iniciativa quanto o próprio rigor no estabelecimento dos padrões de eficiência.

Uma consideração final acerca do programa Blue Angel faz-se necessária. Foi observado que, ao longo do tempo, os efeitos são distintos a depender do segmento a que o selo é outorgado: embora em longo prazo a regra seja a existência de benefícios econômicos associados aos ganhos socioambientais, em caso de “saturação” do

34 HASSLER, Rolf; MAHLMANN, Imke; SCHOENHEIT, Ingo. Assessing the success of the German Eco-Label. In: INSTITUTE REPORT. Hannover: IMUG, 1998.

número de *ecolabels* concedidas a produtos similares, o incentivo econômico aos agentes tende a desaparecer, uma vez que a posse da *ecolabel* se torna “lugar-comum” naquele segmento específico. Antes de constituir um problema, no entanto, parece-nos que o incentivo à manutenção das boas práticas persiste como um elemento central à postura dos agentes (produtores), que seguem desejando ser percebidos pelos consumidores como membros de um grupo reconhecidamente preocupado com determinados padrões de eficiência.

O terceiro programa de *ecolabelling* a ser analisado é chamado *China Energy Savings Programme* (CESP). Talvez o maior e mais importante de uma série de programas implementados pelo governo da China para promover a eficiência energética de produtos fabricados naquele país³⁵, o CESP é um programa mandatário, que consiste no fornecimento de subsídios por parte do governo chinês (oscilando entre 30% para produtores urbanos, e 50% para produtores rurais) para os empresários que atingirem os padrões definidos pelo *China National Institution of Standardization* (CNIS).

A estrutura administrativa para gerenciamento do programa de *ecolabelling* é bastante imbricada. Existem duas agências administrativas dedicadas à atividade e vinculadas ao CNIS. A primeira é a *China Energy Label Center*, responsável por conceder a *ecolabel* e avaliar o cumprimento dos requisitos; e a segunda é a *China Energy Savings Programme Management Office*, responsável pela gestão do programa, estabelecimento dos requisitos (com base nas melhores práticas internacionais) e realização de inspeções periódicas.

Por ter natureza mandatária e haver 14 comitês técnicos responsáveis pelos estudos de padronizações a que as empresas serão submetidas, o maior desafio encontrado, atualmente, se relaciona com o *enforcement* da política de modo mais ou menos homogêneo pelo país. Como há outros programas sob a supervisão das agências administrativas mencionadas, suas atividades podem compreender, ainda, a edição de boletins públicos de informações relacionadas à eficiência energética, à operação e gestão de mecanismos de supervisão para produtos super-eficientes, estudos especiais envolven-

35 Os outros 4 grandes programas relacionados a eficiência energética são: o “Lead List”; o STCE; o China Energy Label Alliance of Trustworthy Enterprises; e o BRESL Project. Para maiores detalhes, ver: <<http://www.energylabel.gov.cn/en/KeyProgramsand-Projects/China%20energy%20savings%20programme/detail/594.html>>.

do o mercado de *ecolabelling* em eficiência energética, o desenvolvimento de institutos jurídicos para regulação do *ecolabelling*, modelos de implementação ou mesmo de avaliação dos mecanismos já existentes, entre outros³⁶.

Ademais, há outros dois grandes programas relacionados a *ecolabels* de eficiência energética atualmente em execução na China³⁷: um deles de *ecolabelling* voluntário, administrado pelo *China Standards Certification Center* (CSC), estruturado basicamente com a formatação do programa *Energy Star*, operando desde 1998 com uma parceria direta com este (incluindo uma larga variedade de segmentos e produtores); e o segundo, outro programa de *labelling* informacional mandatário, voltado aos consumidores, lançado em 2005 com inspiração direta no modelo de categorização europeu para eficiência energética, é administrado também pela *China Energy Label*.

Uma característica interessante é que, mesmo no programa voluntário, há uma clara inclinação, na estruturação jurídica do programa, voltada à retenção dos produtores que aderem ao programa – comumente definido como de “simples entrada/difícil saída”, no ano de 2011 tal traço se evidenciou ainda mais com a criação do Projeto “Produtos com Eficiência Energética para o Benefício do Povo”³⁸.

Quanto aos resultados obtidos, segundo os dados

36 C.f.: <http://www.energylabel.gov.cn/en/About_celc.html>. Acesso em: 15 mar. 2016.

37 ZHOU, Nan; LEVINE, Mark D.; PRICE, Lynn. Overview of Current Energy Efficiency Policies in China. *Energy Policy Review*, Melbourne, v. 38, 2010.

38 Segundo informações disponíveis sobre o Projeto “Produtos com Eficiência Energética para o Benefício do Povo”: “The main policies of the “Energy-Efficient Products for the Benefit of the People” project. The Benefit Project is intended for large-scale application among electrical product manufacturers. Results will be quick to see in order to motivate the manufacturers, with an “easy to enter, hard to exit” policy in order to limit business barriers to entry. However, we also believe that there is a greater need for closer supervision in the later stages, especially while the project’s social credibility and degree of corporate self-regulation are still relatively low. Supervision of the tests into whether products are energy efficient will be of the highest importance. These tests will inevitably need some development before the standards can be accepted on a wide scale. As a result, the implementation of energy efficiency S&L will provide a good foundation and can become the basis for our supervision of the policy. The Benefit Project is intended to be a short-term subsidy scheme only. With this in mind, the entire policy needs to be planned in detail from the outset, including the exit mechanism. Publicly subsidizing energy-efficient products effectively eradicates market barriers by preventing the need for initially high promotion costs that would need to be reflected in the product price and ultimately limit widespread acceptance”. Disponível em: <<http://www.energylabel.gov.cn/en/Introduction/LabelImplementationResults/detail/573.html>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

disponibilizados pelo governo chinês, o país tem sido bem-sucedido ao estabelecer metas ambiciosas e, com algumas dificuldades, atingi-las. Orientando suas políticas públicas de forma sinérgica com as expectativas de crescimento, produziu-se, no ano de 2007, uma redução na quantidade de energia consumida por unidade do PIB em 4,04% e em 4,79% no ano de 2008³⁹. A tendência verificada indicava que o plano de atingir uma redução agregada de 20% ao final do 11º Plano Quinquenal de Energia foi realizada (período de 2006-2010) – revertendo uma tendência contrária dos anos de 2002-2005, em que a indústria chinesa se mostrou resistente às rápidas mudanças exigidas pela legislação⁴⁰.

Os objetivos estabelecidos pelo 12º Plano Quinquenal de Energia (2011-2015), por sua vez, definiram como meta uma redução agregada de 16% na intensidade energética, tornando clara a intenção de tornar tais reduções (e conseqüente incremento na eficiência energética) uma prioridade⁴¹.

Por fim, é necessário destacar que, dentre as abordagens possíveis, buscou-se trazer os principais elementos que compõem alguns dos principais programas de eficiência energética atualmente em operação, não apenas para evidenciar a complexidade do tema, mas para expor as características que podem ser vistas como barreiras ao comércio aos olhos da Organização Mundial do Comércio. Tendo isso em vista, passa-se à abordagem do regime jurídico das *ecolabels* em face do sistema GATT/OMC.

4. ACORDO SOBRE BARRERAS TÉCNICAS AO COMÉRCIO (TBT) E O DIMENSIONAMENTO DAS ECOLABELS DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA EM SEU REGIME

A abordagem do problema aqui proposto foi evidenciada a partir do estudo de relatório emanado pela

39 FU, Jing. *Energy intensity falls, call to do more*. Pequim, 2008. Disponível em: <http://chinadaily.cn/bizchina/2008-08/09/content_6919404.htm>. Acesso em: 04 out. 2015.

40 Energy Foundation. *Forum on implementing China's 2010 20 percent energy efficiency targets*. Hainan: China, 2006.

41 É o que revela o Relatório de Eficiência Energética da China de 2012, o mais atual disponível para consulta acerca do assunto. Para maiores detalhes, como metas por setores, ver: <<https://library.e.ab.com/public/0a9c91a9a97f3bbdc12579d0004ef177/China%20Energy%20efficiency%20Report.pdf?filename=China%20Energy%20efficiency%20Report.pdf>>.

Organização Mundial do Comércio em abril de 2013⁴², que trouxe a luz uma controvérsia altamente relevante a essa análise, acerca da utilização de padrões internacionais como uma base para regulação nacional⁴³.

Comumente, uma das funções centrais atribuídas ao Comitê TBT é a de agir como um fórum para solução de *specific trade concerns* (doravante STC's), que consistem em controvérsias de membros da OMC com o desenho ou implementação de medidas regulatórias específicas por parte de outro membro – sendo usualmente comunicadas ao órgão pelos próprios membros, em virtude dos procedimentos de transparência previstos no próprio Acordo TBT.

Segundo o relatório acima mencionado, até o ano de 2012, por volta de um terço de todos os STC's estava relacionados com dúvidas acerca de padrões internacionais. Totalizando 129 STC's, a análise do Anexo II do relatório revela que destes três abordam, diretamente, questões associadas à eficiência energética – uma argumentada pela China e duas arguidas pela Coreia do Sul. Se considerarmos a amplitude de categorias regulatórias existentes, o número torna-se bastante significativo.

Ademais, na constante busca por definições claras do que seriam padrões internacionais, todos os Estados-membros buscam trazer aos seus arrazoados organizações que certifiquem seu atendimento ao conceito. Nesse esforço, os dados revelam que mais de 40 corpos ou organizações foram mencionadas pelas arguições particulares dos Estados e, evidentemente, algumas acabam tendo proeminência: a já aludida *International Organization for Standardization* (ISO), com 30%; o FAO/WHO *Codex Alimentarius* em 19%; o *International Electrotechnical Commission* (IEC) em 12%; o *International Laboratory Accreditation Cooperation* (ILAC) em 10%; e, nesse grupo entre os mais representativos, a *United Nations Economic Cooperation for Europe* (UNECE) em 10%⁴⁴.

42 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Economic Research and Statistics Division: international standards and the WTO TBT agreement: improving governance for regulatory alignment*. Genebra: WTO, 2013.

43 Em tradução livre: O Acordo TBT da OMC obriga que os governos utilizem padrões internacionais como uma base para regulação, deixando, contudo, certo grau de flexibilidade com respeito à escolha do padrão, e a maneira de utilizá-lo. Essa ação recíproca entre obrigação e flexibilidade tem originado certa tensão em vários fóruns de discussão da OMC, incluindo nos trabalhos dos comitês, negociações e solução de controvérsias. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Economic Research and Statistics Division: international standards and the WTO TBT agreement: improving governance for regulatory alignment*. Genebra: WTO, 2013.p. 3.

44 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Economic Research and*

O que os dados não revelam tão claramente é que cada caso dos 129 mencionados possui uma história particularmente complexa, possuindo sua própria nuance de relacionamento com os padrões internacionais utilizados no segmento regulado.

Em virtude disso, após a segunda revisão trienal pela qual os artigos 2, 5 e Anexo 3 do Acordo TBT passaram no ano de 2012⁴⁵, foram estabelecidos os chamados Seis Princípios⁴⁶ do desenvolvimento de padrões internacionais, sendo eles: transparência; abertura; imparcialidade e consenso; efetividade e relevância; coerência; e dimensão do desenvolvimento.

Statistics Division: international standards and the WTO TBT agreement: improving governance for regulatory alignment. Genebra: WTO, 2013.p. 6.

45 As informações acerca dos Seis Princípios estão detalhadas na decisão contida no Anexo B do documento emitido pelo próprio Comitê TBT: WORLD TRADE ORGANIZATION. *Decisions and recommendations adopted by the WTO Committee on Technical Barriers to Trade since 1 January 1995.* (11-2857), G/TBT/1/Rev.10. 2011c.

46 Conforme o texto original: a. *Transparency: All essential information regarding current work programmes, as well as on proposals for standards, guides and recommendations under consideration and on the final results should be made easily accessible to at least all interested parties in the territories of at least all WTO Members. [...] b. Openness: Membership of an international standardizing body should be open on a nondiscriminatory basis to relevant bodies of at least all WTO Members. This would include openness, without discrimination, with respect to the participation at the policy development level and at every stage of standards development. Especially developing country members, with an interest in a specific standardization activity should be provided with meaningful opportunities to participate at all stages of standard development. c. Impartiality and consensus: All relevant bodies of WTO Members should be provided with meaningful opportunities to contribute to the elaboration of an international standard so that the standard development process will not give privilege to, or favour the interests of, a particular supplier/s, country/ies or region/s. Consensus procedures should be established that seek to take into account the views of all parties concerned, and to reconcile any conflicting arguments. d. Effectiveness and relevance: In order to serve the interests of the WTO membership in facilitating international trade and preventing unnecessary trade barriers, international standards need to be relevant and effectively respond to regulatory and market needs, as well as scientific and technological developments in various countries. They should not distort the global market, have adverse effects on fair competition, or stifle innovation and technological development. In addition, they should not give preference to the characteristics or requirements of specific countries or regions when different needs or interests exist in other countries or regions. Whenever possible, international standards should be performance-based rather than based on design or descriptive characteristics. e. Coherence: In order to avoid the development of conflicting international standards, it is important that international standardizing bodies avoid duplication of, or overlap with, the work of other international standardizing bodies. In this respect, cooperation and coordination with other relevant international bodies is essential. f. Development Dimension: Constraints on developing countries, in particular, to effectively participate in standards development, should be taken into consideration in the standards development process. Tangible ways of facilitating developing countries' participation in international standards development should be sought. The impartiality and openness of any international standardization process requires that developing countries are not excluded de facto from the process. With respect to improving participation by developing countries, it may be appropriate to use technical assistance, in line with Article 11 of the TBT Agreement. Provisions for capacity building and technical assistance within international standardizing bodies are important in this context.*

O que se busca destacar aqui, portanto, é a centralidade que os padrões internacionais associados às informações constantes dos diferentes esquemas de *ecolabelling* desempenham no mais importante foro internacional de discussões comerciais. Conforme se observará, a análise de questões oriundas de eventuais incompatibilidades de esquemas de *ecolabelling* de eficiência energética e o sistema GATT/OMC depende, ainda, de uma avaliação analógica, uma vez que uma disputa dessa natureza ainda não foi submetida diretamente ao julgamento de painéis ou do corpo de apelação – contudo, outros esquemas de *ecolabelling* já o foram, pelo que os estudos de casos se mostrarão de grande valia.

Sabe-se que a intenção subjacente à inclusão do Acordo TBT como um elemento normativo integrante do sistema OMC, a partir de 1995, foi a de balizar a conformidade entre (i) as especificidades dos produtos comercializados internacionalmente e (ii) o propósito de liberalização do comércio, sobre o qual quaisquer regulamentações deveriam ser, conforme visto, exceções.

Isso ocorre em virtude do reconhecimento por parte dos próprios Estados, quando da negociação dos termos que viriam a constar do texto final do Acordo, de uma necessidade de padronização de certos aspectos técnicos dos produtos, bem como de procedimentos seguros para avaliação de tal conformidade⁴⁷. Encarados como um campo de restrições não apenas recomendáveis, mas necessárias ao pleno funcionamento do sistema OMC, os dispositivos que constam do Acordo TBT passaram, então, a orientar parte significativa das restrições não-tarifárias aceitas pelo regime⁴⁸.

47 Veja-se o disposto no preâmbulo do Acordo, que afirma: “Recognizing the important contribution that international standards and conformity assessment systems can make in this regard by improving efficiency of production and facilitating the conduct of international trade;[...] Desiring however to ensure that technical regulations and standards, including packaging, marking and labelling requirements, and procedures for assessment of conformity with technical regulations and standards do not create unnecessary obstacles to international trade; Recognizing that no country should be prevented from taking measures necessary to ensure the quality of its exports, or for the protection of human, animal or plant life or health, of the environment, or for the prevention of deceptive practices, at the levels it considers appropriate, subject to the requirement that they are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, and are otherwise in accordance with the provisions of this Agreement [...]”. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

48 É prudente lembrar que assim como o Acordo TBT, o Acordo SPS (sobre medidas sanitárias e fitossanitárias) também possui grande importância no sistema de resolução de controvérsias, não sendo, contudo, incluído no presente estudo por tratar de matéria

Como cada país possui certa margem de discricionariedade para estabelecimento de tais padrões, reconhecidas pelo Acordo TBT, é interessante destacarmos – em atenção ao objetivo central deste trabalho – a centralidade do conteúdo do artigo 2 do Acordo. Isso porque os itens 2.1 a 2.4 dimensionam no escopo do Acordo as cláusulas gerais de não discriminação (tratamento nacional e nação-mais-favorecida) e a prevenção de obstáculos desnecessários ao comércio internacional. Contudo, apenas pela análise do caso US – Tuna II é possível identificar os contornos interpretativos que devem ser atribuídos a tais cláusulas, e o procedimento de avaliação de compatibilidade com base no próprio julgado.

Inicialmente, o artigo 2.1 define, em síntese, que os produtos importados do território de outro membro do Acordo não poderão ter tratamento discriminatório com relação a produtos similares de origem nacional ou com origem em qualquer outro país, relativamente ao respeito aos regulamentos técnicos⁴⁹. Em virtude da semelhança com as provisões dos artigos I e III do GATT, seria intuitivo acreditar que alguma confusão relativamente a sua aplicação poderia vir a surgir, mas, hoje, a solução quanto à aplicabilidade de ambos em face de casos concretos revela que não somente se tratam de regimes com escopo distinto (GATT e TBT), como sua metodologia de aplicação também segue etapas distintas⁵⁰.

Sabendo-se disso é que se pôde identificar a extensão da pressão que os regulamentos técnicos exercem sobre a prática do comércio internacional como elemento central de preocupação do órgão de apelação, segundo se extrai do relatório de US-Tuna II⁵¹. Para que

não-afeta à eficiência energética.

49 *Members shall ensure that in respect of technical regulations, products imported from the territory of any Member shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin and to like products originating in any other country.*

50 Ver: MAVROIDIS, Peter. *Driftin too far from shore: why the test for compliance with the TBT agreement developed by the WTO Appellate Body is wrong, and what should the AB have done instead.* *World Trade Review*, v. 12, n. 12, p. 509-531, jul. 2013.

51 No original: “226. [...] *At the same time, we have noted that any adverse impact on competitive opportunities for imported products vis-à-vis like domestic products that is caused by a technical regulation may potentially be relevant for an assessment of “less favourable treatment”. It may thus have been pertinent for the Panel to consider, along with other factors, the question of whether the US measure had the effect of exerting pressure on Mexico to modify its practices. This alone, however, would not be sufficient to establish a breach of Article 2.1.*” Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=%20wt/ds381/](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=%20wt/ds381/)

uma ofensa ao dispositivo se caracterize, uma “mera pressão” não seria motivo suficiente para implicar uma quebra da regra estatuída pelo artigo 2.1 – nesse sentido, é importante guardar essa consideração como uma variável integrante da análise da compatibilidade dos *eco-labels* com a aplicação do Acordo TBT⁵².

Em um primeiro momento, a análise quanto à aplicabilidade de tais dispositivos a produtos que recebam *ecolabels* de eficiência energética, nos parecia, novamente, indicar a existência de regimes distintos, tanto nas provisões que se referem ao GATT, quanto ao Acordo TBT. Dessa forma, os esquemas voluntários não encontrariam uma incompatibilidade de plano com quaisquer deles – ainda que considerássemos a ressalva do órgão de apelação acima indicada. Por outro lado, seguindo-se tal lógica, os regulamentos mandatórios encontrariam, facilmente, margem para eventuais controvérsias quanto aos dispositivos subsequentes (Artigos 2.2 e 2.4, especificamente).

E foi esse, precisamente, o entendimento do painel em US – Tuna II: não haveria no sistema de *ecolabelling* dos Estados Unidos inerentemente uma discriminação com base na origem dos produtos (nação-mais-favorecida e tratamento nacional), e que a voluntariedade do programa não tornaria impossível para produtores mexicanos de atum que se adaptassem aos requerimentos do programa – ou, nas palavras arguidas pelo México em sua defesa, “proibissem” o uso do rótulo em seus produtos.

Tal argumentação do painel é consistente com a ideia já apresentada de que haveria uma diferença significativa entre programas voluntários e mandatórios para avaliação de existência, ou não, de discriminação nos casos concretos. A adoção da referida ideia implicou, ainda, a consideração de que os eventuais impactos negativos sentidos pelos produtores mexicanos em face do programa de *ecolabelling* se deviam a “fatores ou circunstâncias não relacionadas com a origem do produto”, e,

[ab/r/*%20not%20rw*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScripitedSearch&languageUIChanged=true#>](http://ab/r/*%20not%20rw*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScripitedSearch&languageUIChanged=true#>). Acesso em: 20 mar. 2015.

52 Na mesma oportunidade, o órgão de apelação se remeteu às considerações do caso US – Clove Cigarettes, par. 87, que definiu como critérios de compatibilidade com o dispositivo os seguintes elementos: “(i) *that the measure at issue constitutes a technical regulation within the meaning of Annex 1.1; (ii) that the imported products must be “like” the domestic product and the products of other origins; and (iii) that the treatment accorded to imported products must be less favourable than that accorded to like domestic products and like products from other countries.*”

portanto, não se inserindo no contexto do dispositivo, excluindo do contexto de consequências discriminatórias tanto as escolhas dos consumidores (que prefeririam produtos “dolphin-safe”) quanto as escolhas das frotas de navios pesqueiros mexicanos, que não seriam obrigadas a se adaptar pela natureza voluntária do esquema⁵³.

Não obstante tenha o painel se posicionado de forma congruente com a argumentação acima elaborada, o órgão de apelação reverteu a decisão exarada pelo painel, com base em uma análise concisa sobre o programa de *ecolabelling* instituído pelos Estados Unidos.

Para o órgão de apelação, a criação de um sistema de *ecolabelling*, seja ele voluntário ou mandatório, sem dúvida e necessariamente, impõe uma diferença no processo de competição no mercado norte-americano, ao afetar o comportamento dos consumidores com relação ao produto que recebe a rotulagem⁵⁴. A verdadeira ceulema jurídica consistiria, por conseguinte, em identificar se a regulamentação imposta para concessão do rótulo é legítima quanto aos objetivos (nesse caso ambientais) a que se propõe.

Considerando-se a análise do painel insuficiente para determinar se a regulamentação é legítima sob essa perspectiva, o órgão de apelação definiu que os Estados Unidos não foram capazes de demonstrar que os parâmetros utilizados no programa de concessão da *ecolabel* fossem consistentes em todas as áreas de pesca de atum que lhes forneciam o produto.

As diferenças existentes entre as regiões do mundo que comercializavam o atum com os Estados Unidos e a região específica que estava sob discussão com os produtores mexicanos era tão relevante, segundo o órgão de apelação, que uma análise rasa como a efetuada pelo painel seria inadequada para determinar se a regulamentação era, ou não, legítima, o que levou o órgão de apelação a reverter a decisão do painel e declarar o programa norte-americano inconsistente com a previsão do artigo 2.1 do Acordo TBT⁵⁵.

53 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/R, par. 7376-7378, p. 206.

54 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/AB/R, par. 298, p. 114.

55 No original presente no relatório do órgão de apelação: “For these reasons, we reverse the Panel’s finding, in paragraphs 7.374 and 8.1(a) of the Panel Report, that the US “dolphin-safe” labelling provisions are not

Por seu turno, o artigo 2.2 do Acordo TBT⁵⁶ aprofunda as considerações acerca da necessidade de objetivos legítimos para criação de regulamentações técnicas que impliquem restrições ao comércio. O conteúdo da segunda parte do dispositivo basicamente reproduz a exceção geral prevista pelo artigo XX, b, do GATT, ao delimitar entre os “objetivos legítimos” a proteção da saúde ou segurança humana, animal ou conservação vegetal.

Em sua análise quanto à inconsistência do programa de *ecolabelling* norte-americano com o dispositivo, o painel considerou a prática inconsistente com o mesmo. Embora o painel tenha considerado os objetivos declarados pelos Estados Unidos (informacional com relação aos consumidores, diretivo com relação ao equipamento e práticas das frotas pesqueiras) compatíveis e amparados pelo dispositivo, sua análise entendeu que haveria soluções menos restritivas disponíveis para atender aos mesmos objetivos, sendo a prática, portanto, inconsistente com o referido artigo.

O órgão de apelação, novamente, entendeu que a análise do painel foi apenas parcialmente correta, uma vez que a avaliação exigida pelo artigo 2.2 quanto às medidas menos restritivas foi conduzida de forma equivocada. Segundo procedimento já sedimentado pelo órgão de apelação em casos como *US – Wool Shirts and Blouses* e *EC – Sardines*, o dever de indicar a inconsistência *prima facie* com o disposto no artigo 2.2 é do reclamante (México, no caso) e as provas apresentadas devem ser suficientes para conduzir à conclusão de que há outras formas de tutelar os “objetivos legítimos” de modo menos restritivo ao comércio⁵⁷.

inconsistent with Article 2.1 of the TBT Agreement. We find, instead, that the US “dolphin-safe” labelling provisions provide “less favourable treatment” to Mexican tuna products than that accorded to tuna products of the United States and tuna products originating in other countries and are therefore inconsistent with Article 2.1 of the TBT Agreement.”

56 *Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create. Such legitimate objectives are, inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.*

57 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/AB/R, par. 322, p. 123, in verbis: “322. In sum, we consider that an assessment of whether a technical regulation is “more

No entanto, contrariamente ao que decidiu o painel, o órgão de apelação entendeu que a solução menos restritiva apresentada pelo México (a utilização de uma outra *evolabel* com escopo semelhante à impugnada), não era nem equivalente, nem menos restritiva ao comércio, se comparada com o programa estadunidense – que por si só apresentava falhas, bem relatadas no corpo do julgado.

Identificado o erro de procedimento, frisa-se, o órgão de apelação reverteu a decisão exarada pelo painel, admitindo a compatibilidade do programa norte-americano com o disposto no artigo 2.2 do Acordo TBT.

Por último, a análise do artigo 2.4 do Acordo TBT⁵⁸ traz importantes afirmações sobre o que se pode considerar como contido na expressão “relevante padrão internacional”, cujos contornos gerais já foram delineados no item 1.2 deste trabalho, e cuja análise no caso nos auxiliará a demarcar a amplitude jurídica da interpretação dada pelo órgão de solução de controvérsias, sobretudo por saber-se que as partes apelaram reciprocamente da decisão exarada pelo painel no procedimento.

O corpo do artigo 2.4 do Acordo TBT indica que sempre que padrões internacionais forem necessários e existirem, os membros da OMC deverão utilizá-los como base e fundamento para suas próprias regulamentações – implicando que tal concordância não implicaria em um descumprimento ao regime de livre-comércio. O que o dispositivo não esclarece, ao menos prontamente, é em que consistem tais “relevantes padrões internacionais”, e, não obstante, quem possuiria o poder de estabelecer/determinar tais padrões como aqueles adequados ao regime de comércio internacional balizado

trade-restrictive than necessary” within the meaning of Article 2.2 of the TBT Agreement involves an evaluation of a number of factors. A panel should begin by considering factors that include: (i) the degree of contribution made by the measure to the legitimate objective at issue; (ii) the trade-restrictiveness of the measure; and (iii) the nature of the risks at issue and the gravity of consequences that would arise from non-fulfilment of the objective(s) pursued by the Member through the measure. In most cases, a comparison of the challenged measure and possible alternative measures should be undertaken. In particular, it may be relevant for the purpose of this comparison to consider whether the proposed alternative is less trade restrictive, whether it would make an equivalent contribution to the relevant legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create, and whether it is reasonably available.”

58 “Where technical regulations are required and relevant international standards exist or their completion is imminent, Members shall use them, or the relevant parts of them, as a basis for their technical regulations except when such international standards or relevant parts would be an ineffective or inappropriate means for the fulfilment of the legitimate objectives pursued, for instance because of fundamental climatic or geographical factors or fundamental technological problems.”

pela OMC.

Para solucionar a questão, o órgão de solução de controvérsias foi bastante cuidadoso ao avaliar em US – Tuna II, tanto no painel, quanto no órgão de apelação, a extensão semântica de tais conceitos, assim como a consequência jurídica de sua interpretação.

Para o painel, a expressão “padrão internacional” contida no artigo 2.4 do Acordo TBT significa um “padrão que é adotado por uma organização de padronização/padrões e disponível para o público”⁵⁹. Estressando o conceito, foi necessário então estabelecer que tal organização internacional de padronização seria uma “entidade legal ou administrativa baseada na participação de outros corpos ou indivíduos que possuam uma constituição (estatuto) e sua própria administração, possua reconhecidas atividades em padronização e cuja participação seja aberta às agências de todos os países”⁶⁰.

Tais considerações do painel foram, contudo, contestadas pelos Estados Unidos em sua apelação, o que levou o órgão de apelação a destacar em que consistem “relevantes padrões internacionais”, tanto para qualificar as provisões do artigo 2.5 do Acordo TBT (que avança a abordagem de regulamentações técnicas), quanto para permitir a identificação futura em questões similares de tais padrões, cuja observância é obrigatória e presumida consistente com o Acordo TBT⁶¹.

Para o órgão de apelação, embora a expressão “padrões internacionais” não esteja expressamente definida no texto principal do Acordo TBT, uma análise conjugada dos anexos 1.2 e 1.4 do Acordo permite identificar o conteúdo de “padrão” e de “corpo internacional ou sistema”, respectivamente.

Enquanto “corpo internacional ou sistema” compreende “corpo ou sistema cuja participação seja aberta a corpos (agências) relevantes de, pelo menos, todos os membros (da OMC), “padrão” compreende basicamente todo documento aprovado por corpo reconhecido, sem observância mandatória, e que forneça para uso comum e repetido, regras, orientações, ou características para

59 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/R, par. 7663, p. 273.

60 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/R, par. 7680, p. 277.

61 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/AB/R, par. 348, p. 133.

produtos ou métodos de processo e produção, podendo se resumir a símbolos ou requerimentos de *labelling* conforme produto, processo ou método produtivo⁶².

É interessante observar que, para o órgão de apelação, a nota explicativa do anexo 1, que utiliza as definições do Guia ISO/IEC 2/1991, constitui por si só uma discussão importante. Isso porque o Acordo afirma que os conceitos do mencionado Guia serão sempre empregados, salvo quando contrariarem expressamente outros conceitos utilizados pelo próprio Acordo. No presente caso, há uma dissonância expressa entre os conceitos, porque o Guia ISO/IEC 2/1991 utiliza a expressão “organização”, e o Acordo TBT utiliza a expressão “corpo”, para as instituições que teriam o poder de definir “padrões internacionais”.

Para o órgão de apelação, prevaleceu esse último conceito, de que “padrões internacionais” para os fins de interpretação do artigo 2.4 do Acordo TBT devem ser aprovados por um “corpo de padronização internacional”, compreendendo-se nesta expressão um “corpo ou entidade, legal ou administrativa, que possua reconhecidamente atividades de padronização e cuja participação seja aberta aos corpos (de padronização) relevantes de, pelo menos, todos os membros”⁶³.

A decisão parece consistente com a previsão do Anexo 1.5 do Acordo TBT, que confirma essa mesma interpretação quanto às características de um “corpo internacional”. Quanto ao reconhecimento das atividades de padronização, a decisão é clara ao mencionar diversos dispositivos do Acordo TBT e do Acordo SPS para indicar que o reconhecimento deve se dar pelo reconhecimento fático e jurídico, tanto pelos corpos de padronização nacionais quanto pelos membros da OMC⁶⁴.

Com essas considerações, há que se fazer um último apontamento. A partir da Segunda Revisão Trienal de

Operação e Implementação do Acordo TBT, ocorrida em 2000, o Comitê TBT adotou uma decisão normativa, aprovada por consenso, que elencou princípios e procedimentos, que devem ser observados em nível administrativo pelos corpos internacionais de padronização, como elementar para sua caracterização como tal pelo sistema OMC⁶⁵.

Essa decisão tornou mais evidente, ainda, a compatibilidade de corpos regionais ou locais de padronização, que além de tais características se orientam pelo Código de Boas Práticas para a Preparação, Adoção e Aplicação de Padrões, contida no Anexo 3 do Acordo TBT. Isso porque, para o órgão de apelação, os corpos regionais ou locais de padronização que observem os procedimentos desse código, bastante similares à decisão do Comitê TBT, também devem ser reconhecidos como alinhados e compatíveis com o Acordo⁶⁶.

Isso posto, retornemos à compatibilidade de *ecolabels* de eficiência energética com o regime OMC, especificamente no que concerne as barreiras não tarifárias ao comércio, estabelecidas pelo Acordo TBT. À luz do que delineamos no item 1.2 do presente trabalho, podemos, agora, avaliar em tese a extensão da compatibilidade dos dispositivos mais relevantes do Acordo TBT para *ecolabels* – os artigos 2.1, 2.2 e 2.4.

Quando da análise do artigo 2.1, pudemos observar que a argumentação do órgão de apelação foi construída no sentido de avaliar se o programa de *ecolabelling* era capaz de atingir um objetivo legítimo, amparado como exceção admitida pelo sistema. No caso da *ecolabel* “dolphin-safe”, o órgão de apelação entendeu que os critérios técnicos utilizados pelo programa não eram comprovadamente os menos restritivos ao comércio existentes, assim como os critérios utilizados para a concessão do selo também não eram suficientes para garantir que o aspecto informacional aos consumidores fosse preciso – não havendo garantia concreta no procedimento de análise que comprovasse que golfinhos não haveriam sido gravemente feridos no processo de pesca.

62 De acordo com a definição contida no anexo 1.2 do Acordo TBT: “Document approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or related processes and production methods, with which compliance is not mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method”. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm#annexI>. Acesso em: 11 maio 2016.

63 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/AB/R, par. 359, p. 136.

64 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/AB/R, par. 363, p. 138.

65 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/AB/R, par. 376, p. 143.

66 WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States: measures concerning the importation, marketing and sale of tuna and tuna products*. DS381/AB/R, par. 377, p. 143.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar-se o caso de *ecolabels* de eficiência energética, nos parece que a inconsistência *prima facie* identificada em US – Tuna II não se aplicaria por motivos bastante claros:

- i. Admitindo-se que, de fato, programas mandatórios ou voluntários alteram o padrão comportamental dos consumidores no mercado, a existência de um *ecolabel* com a informação de que determinado produto possui padrões reconhecidamente elevados de eficiência não implicaria uma “pressão” excessiva no comportamento dos consumidores ao ponto de representar uma discriminação ilegítima;
- ii. Quanto à caracterização de eficiência energética como um objetivo legítimo dentro do escopo restrito do anexo 1.1, conforme exigido pela sistemática do órgão de apelação, nos parece que a análise em conjunto com o artigo 2.4 revela tal compatibilidade: não apenas há objetivos legítimos em termos ambientais, como os procedimentos utilizados para inferir tal legitimidade encontram-se sedimentados nas considerações sobre padrões internacionalmente reconhecidos, que, em última análise, informam mais uma modalidade de exceção em termos e regulamentações técnicas ao comércio;
- iii. Ainda na esteira dos critérios estabelecidos pelo órgão de apelação, entendemos que, com fundamento semelhante ao exposto acima, não caberia discutir-se a incompatibilidade *prima facie* de um determinado *ecolabel* com o sistema OMC, especificamente quanto a tratamento menos favorável, quando a interpretação desse dispositivo deve necessariamente ser cotejada com a exigência de observância e adoção de melhores práticas e padrões de produtos, quando padrões internacionalmente estabelecidos existirem para tanto – o que é, justamente, o caso das *ecolabels* de eficiência energética.

Passando-se à análise do artigo 2.2 do Acordo TBT, vale recordar que o cotejo de incompatibilidade, por procedimento estabelecido e observado reiteradamente pelo órgão de apelação, exige dois elementos: a apresentação de uma reclamação com amplo acervo probatório para sustentar a ilegitimidade do objetivo perseguido pela regulamentação (um programa de *ecolabels* de eficiência energética mal formulado, por exemplo); e a apresentação, também pelo reclamante, de meios alternativos e menos restritivos ao comércio internacional do que aquele instituído pelo programa.

Como casos especificamente associados ao assunto ainda não foram apresentados ao órgão de solução de controvérsias, importa-nos destacar esses dois elementos para avaliação futura.

Por fim, quanto ao artigo 2.4 do Acordo TBT, podemos explicitar o longo caminho percorrido pela argumentação do órgão de apelação para estabelecer quais os critérios a serem considerados quando da análise de compatibilidade de um determinado programa com os conceitos, por vezes “abertos”, do dispositivo. Nesse sentido, após a análise empreendida, podemos concluir que:

A. O estabelecimento de “relevantes padrões internacionais” para fins de interpretação do dispositivo encontra-se bem assentado pelas considerações do órgão de apelação, o que implica no caso de *ecolabels* de eficiência energética uma grande necessidade de análise caso a caso, uma vez que os padrões tecnológicos de avaliação, usualmente atualizados em curtos espaços de tempo, necessitam também de grande abrangência em termos de reconhecimento por parte dos membros da OMC, uma vez que as disputas em nível de padronização internacional podem surgir como reflexo de diferentes níveis de desenvolvimento tecnológico entre os membros;

B. Os corpos de padronização internacional comumente se relacionam “de fora para dentro” com os órgãos de padronização domésticos, o que torna ainda mais relevantes as considerações sobre modelos mandatórios e voluntários, ao passo que a compatibilidade passa a ser avaliada quanto ao enquadramento dos procedimentos de concessão de *ecolabels*, em detrimento de uma mera análise de produto – evidenciando uma abertura, ainda que tangencial, do debate de PPM’s a casos já analisados pelo órgão de solução de controvérsias;

C. Ademais, a partir da afirmação acima, também se deve destacar que muitas das novas entidades de padronização, que balizam a criação de *ecolabels* associadas à eficiência energética (como no modelo chinês), a única exigência *prima facie* estatuída pelo órgão de apelação, quanto a esse dispositivo especificamente, é que seja observado o Código de Boas Práticas constante do Anexo 3 do Acordo TBT, bem como seja a referida entidade aberta para o ingresso de quaisquer dos membros.

Desse modo, é possível estabelecer um parâmetro seguro de análise de compatibilidade das *ecolabels* de eficiência energética em face do sistema GATT/OMC, tendo em vista suas características e peculiaridades, sem perder de vista as balizas já especificadas pelo órgão de solução de controvérsias em suas decisões em casos diversos que, grosso modo, transitam pela mesma zona de penumbra quanto aos limites da atividade regulatória estatal e o conteúdo de seu exercício legítimo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Mariana Clara de. Métodos e processos produtivos (PPMS) ambientais e a organização mundial do comércio: análise sob a perspectiva da não-discriminação no comércio internacional. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 16, 2015. Disponível em: <www.cedin.com.br/revistaeletrônica>.
- BARTELS, Lorand. Article XX of GATT and the problem of extraterritorial jurisdiction: the case of trade measures for the protection of human rights. *Journal of World Trade*, v. 36, n. 2, p. 353–403, 2002.
- BJORNER *et al.* Environmental labelling and consumers' choice: an empirical analysis of the effect of the nordic swan. *Journal of Environmental Economics and Management*, Amsterdam, 2004.
- BOSTRÖM, Magnus; KLINTMAN, Mikael. *Eco-Standards, Product Labelling and Green Consumerism*. London: Palgrave Macmillan, 2008.
- CHARNOVITZ, Steve. The Law of Environmental 'PPMs' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality. *Yale Journal of International Law*, New Haven, v. 59, 2002. Available in: <http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1451&context=faculty_publications>.
- CONRAD, Christiane R. *Processes and production methods (PPMs) in WTO Law: interfacing trade and social goals*. Paperback edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- DEERE, Carolyn. *Eco-labelling and Sustainable Fisheries*. IUCN: The World Conservation Union and the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO). Washington; Rome, 1999.
- ECO MARK OFFICE. *Market Survey 2002: survey of market share of eco mark certified stationary products*. Japão: EMO, 2002.
- Energy Foundation. *Forum on implementing China's 2010 20 percent energy efficiency targets*. Hainan: China, 2006.
- GERTZ, Renate. Eco-labelling: a case for deregulation? In: LAW, Probability and Risk. Oxford: Oxford Journals, 2005.
- HASSLER, Rolf; MAHLMANN, Imke; SCHOENHEIT, Ingo. Assessing the success of the German eco-label. In: INSTITUTE REPORT. Hannover: IMUG, 1998.
- HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C. Economic and legal aspects of the most-favored-nation clause. *European Journal Of Political Economy*, Neuchatel, v. 17, n. 1, p.233-279, out. 2001.
- HOWSE, Robert; REGAN, Donald. The product/process distinction: an illusory basis for disciplining "unilateralism" in trade policy. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 2, p. 249–289, 2000.
- JORDAN, Andrew; WURZEL, Rüdiger; ZITO, Anthony. New instruments of environmental governance: national experiences and prospects. *Environmental Politics*, n. 12, p. 1-24.
- KOREAN ENVIRONMENT LABELLING ASSOCIATION. *Social costs and benefits of ecolabelling*. Seoul: KELA, 2004.
- MAVROIDIS, Peter. *Driftin too far from shore: why the test for compliance with the TBT agreement developed by the WTO Appellate Body is wrong, and what should the AB have done instead*. *World Trade Review*, v. 12, n. 12, p. 509-531, jul. 2013.
- MÜLLER, Edda. *Environmental labelling, innovation and the toolbox of environmental policy: lessons learned from the German blue angel program*. Alemanha: Federal Environment Ministry, 2002.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Processes and Production Methods (PPMs): conceptual framework and considerations on use of ppm-based trade measures*. 1997. Available in: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(97\)137&docLanguage=Em](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(97)137&docLanguage=Em)>. Access in: 5 nov. 2015.
- OKUBO, Atsuko. Environmental Labelling Programs and the WTO/GATT Regime. *Georgetown International Law Review*, v. 11, p. 603, 1999.
- PRODUCT certification and ecolabelling for fisheries sustainability. In: FISHERIES TECHNICAL PAPER, 422. New York: FAO, 2001.
- TIBOR, Tom; FELDMAN, Ira. *ISO 14000: a guide to the new environmental management standards*. Chicago: Irwin Professional Pub, 1996.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Solução de controvérsias*. Genebra, 2003. Disponível em: <<http://>

unctad.org/pt/docs/edmmisc232add33_pt.pdf>.

UNITED STATES ENVIRONMENT PROTECTION AGENCY. *Energy star: the power to protect the environment through energy efficiency*. Washington: USEPA, 2003.

WINTER, Gerd. The GATT and environmental protection: problems of construction. *Journal of Environmental Law*, p. 113–40, 2003.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Economic Research and Statistics Division: international standards and the WTO TBT agreement: improving governance for*

regulatory alignment. Geneva: WTO, 2013.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Decisions and recommendations adopted by the WTO Committee on Technical Barriers to Trade since 1 January 1995*. (11-2857), G/TBT/1/Rev.10. 2011c.

ZARRILLI, Simonetta; JHA, Veena; VOSSENAAR, Rene. *Eco-Labeling and international trade*. London: Palgrave Macmillan, 1997.

ZHOU, Nan; LEVINE, Mark D.; PRICE, Lynn. Overview of current energy efficiency policies in China. *Energy Policy Review*, Melbourne, v. 38, 2010.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Análisis del ordenamiento jurídico internacional sobre protección de los recursos genéticos: desafíos y perspectivas en Uruguay a partir de la implementación del protocolo de Nagoya

Analysis of international legal system on the protection of genetic resources: challenges and prospects in Uruguay from the implementation of the Nagoya protocol

Alina Celi

Análisis del ordenamiento jurídico internacional sobre protección de los recursos genéticos: desafíos y perspectivas en Uruguay a partir de la implementación del protocolo de Nagoya*

Analysis of international legal system on the protection of genetic resources: challenges and prospects in Uruguay from the implementation of the Nagoya protocol

Alina Celi**

RESUMEN

El objetivo del presente artículo lo constituye el estudio del ordenamiento jurídico internacional que regula la conservación y la utilización de los recursos genéticos, con el fin de determinar los principales desafíos, así como las perspectivas en Uruguay a partir de la implementación del último de los convenios en la materia, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica. Se analiza el ordenamiento jurídico marco de este convenio, así como otros tratados vinculados, su convergencia y las dificultades que presentan actualmente, teniendo en cuenta que la mayor parte de los Estados-parte del Convenio de Diversidad Biológica y del Protocolo de Nagoya se encuentra ante la inminente implementación de este último. Se obtiene como resultado una cosmovisión de la mencionada complejidad jurídica y de las reales posibilidades surgidas del consenso de los Estados-parte, así como de novedosos métodos de convergencias de intereses teniendo en cuenta los actuales procesos de globalización, los impactos de las nuevas tecnologías, las dificultades cruciales que atraviesa la sociedad global en materia ambiental, y las urgencias humanitarias y de la conservación y la utilización de los recursos biológicos y genéticos en claro peligro. La relevancia de esta visión permite ampliar tradicionales enfoques jurídicos que resultan insuficientes ante la complejidad de la materia que trata, y permite a su vez la construcción de soluciones alternativas a partir de nuevas dimensiones del derecho tradicional.

Palabras Clave: Protocolo de Nagoya. Recursos genéticos. Constructivismo.

ABSTRACT

The aim of this paper is the study of international law regulating the use and conservation of genetic resources, in order to identify the main

* Recibido em 30/04/2016
Aprovado em 17/06/2016

** Doctora en Derecho (Universidad de Alicante, 2011), Máster en Derecho Administrativo Económico (Universidad de Montevideo, 2005), Posgrado en Derecho Ambiental (Universidad Austral de Buenos Aires, 1994), Graduación en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de la República O. del Uruguay, 1994). Actualmente llevando a cabo estancia posdoctoral en la Universidad do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, RS, Brasil, bajo la coordinación del Prof. Dr. Leonel Severo Rocha y con el apoyo del Programa Nacional de Posdoctorado de la Fundación CAPES, MEC, Brasil. E-mail: alina.celi@gmail.com.

challenges and prospects in Uruguay from the implementation of the last of the agreements in the field, the Nagoya Protocol on access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity. It analyzes the legal system framework of this agreement and other related agreements, convergence and difficulties currently present, considering that most of the states parties to the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol are to the imminent implementation of the latter. Is obtained as a result a worldview of that legal complexity and the real emerging possibilities consensus of the States-parties as well as novel methods of convergences of interest taking into account the current processes of globalization, the impact of new technologies, crucial difficulties facing the global society in environmental, and humanitarian and conservation and utilization of biological and genetic resources in clear danger emergency. The relevance of this view can extend traditional legal approaches are insufficient given the complexity of the subject matter and in turn allows the construction of alternative solutions from new dimensions of traditional law.

Keywords: Nagoya Protocol. Genetic resources. Constructivism.

1. INTRODUCCIÓN

De la complejidad de la actual regulación jurídica de la mayor parte de los asuntos vinculados a la protección del medio ambiente, a la conservación y utilización sustentable de los recursos ambientales, entre los que se cuentan los genéticos, entre otros bienes, resulta la notoria insuficiencia del derecho en su concepción clásica kelseniana y las escasas respuestas que se obtienen para el caso de insistir en dicho modelo como única solución.

La magnitud de la problemática social y por tanto jurídica, obliga a los diferentes agentes a asumir roles diferenciados. El derecho también se presenta como una nueva experiencia, con un proceso de diferenciación funcional, el cual como afirma Darío Rodríguez, “es particularmente notorio en referencia al sistema político, dado que la estrecha relación entre el sistema político y el sistema del derecho es evidente [...]”¹. De

esta forma existe una clara dependencia entre ambos sistemas, siendo que el

derecho depende de la política para su aplicación, porque sin la posibilidad de la imposición por la fuerza que proviene del poder político no puede haber una estabilidad normativa convincente².

Ahora bien, la crisis ambiental denota una tensión constante entre el sistema político y el sistema jurídico, recayendo los perjuicios derivados sobre los países y sectores sociales más vulnerables. De esta forma el Estado cede espacio a nuevos agentes y subsistemas que son capaces de incidir notablemente en la construcción social y del derecho, apartándose cada vez más de la concepción de Kelsen³ acerca de que el Estado debe ser considerado orden de conducta humana llamado orden jurídico, pero ajeno a un concepto sociológico. La norma jurídica central de este estudio, Protocolo de Nagoya, cuyo análisis se realiza exhaustivamente, es una prueba de la actual complejidad en la regulación a escala global de aspectos sensibles al sistema político, jurídico, económico, y cultural.

A su vez se advierte una diferenciación en el derecho internacional respecto de la ordenación jurídica de la mayor parte de los desafíos en materia de protección ambiental. Dos ejemplos claros podrían citarse, uno de ellos respecto al cambio climático como es el Protocolo de Kyoto, que de alguna forma incapaz de regular **per se**, la problemática de la mitigación de gases de efecto invernadero, acaba creando un sistema de auto-regulación por medio de un subsistema de mercado (de carbono) dejando buena parte de las respuestas jurídicas en manos de un sistema jurídico diferenciado y paralelo al cumplimiento del tratado.

Ya como segundo ejemplo cabe citar al Protocolo de Nagoya, que en el ámbito del cumplimiento del Convenio de Diversidad Biológica, innova en el sentido de establecer una serie de procedimientos y mecanismos capaces de permitir a los agentes interesados la posibilidad de negociar y acordar los respectivos intereses de forma tal de cumplir con las principales medidas del protocolo y del convenio, que pueden englobarse, en

Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25-52.

2 RODRIGUEZ Darío. Los límites del Estado en la sociedad mundial: de la política al derecho. In: NEVES, Marcelo. (Coord.) *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas.* São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25-52.

3 KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado.* 2. ed. México: D.F. Imprenta Universitaria, 1958. p.224.

1 RODRIGUEZ Darío. Los límites del Estado en la sociedad mundial: de la política al derecho. In: NEVES, Marcelo. (Coord.)

la conservación y utilización sostenible de los recursos biológicos y dentro de estos, los genéticos. La etapa de negociaciones sobre la utilización de los recursos genéticos prevista en el Protocolo de Nagoya resulta esencial para el logro de un buen acuerdo, y ello permite la consideración de la trazabilidad de los recursos, su uso sostenible y la distribución justa de los beneficios.⁴

Se avizora de esta forma y desde una visión sistémica con renovadas matrices, un derecho constructivo el cual busca dar respuesta a los conflictos, incertidumbres, desafíos e interferencias que se producen desde, y a partir de otros subsistemas del sistema social.

De esta forma se prevé que ganan fuerza los modelos constructivistas sobre las relaciones internacionales, así como las teorías sistémicas alternativas para el abordaje de semejante complejidad social. El Derecho de acuerdo a Niklas Luhmann —como expresa Leonel Severo Rocha — aún cuando percibido como estructura, es dinámico en virtud de su necesidad de constante actuación,

como una de las estructuras sociales reductoras de la complejidad de las posibilidades del ser en el mundo. Así esta complejidad heterogénea [...] es combatida por los procesos de identificación estructural [...] con la creación de diferenciaciones funcionales.⁵

De cualquier forma las urgencias ambientales y la complejidad social y global, facilitan el estado crítico del derecho, que reorienta sus soluciones hacia la elaboración de convenios marco, en los que se percibe una diferenciación en cuanto a la elaboración de las respuestas, ya sea por la presencia de agentes en número indeterminado, o bien por la complejidad de los intereses que promueve la creación del derecho a través de métodos de negociación de alto grado de complejidad, pero también de flexibilidad. Estas modalidades constructivas del Derecho, facilitan la reconsideración de espacios y conceptos del ámbito internacional; entre ellos el de soberanía, las generaciones futuras, y los derechos sobre los bienes naturales. Se discuten así mismo los actuales modelos democráticos y los límites inherentes a la soberanía de los Estados en la realización de un orden jurídico más justo en el contexto de las relaciones in-

ternacionales. En este sentido el constructivismo como método —según Nicholas Onuf⁶— es útil para el estudio de cualquier mundo de las relaciones sociales; presentándose como alternativa para el debate de las actuales relaciones internacionales.⁷

2. CONTEXTO DEL ACTUAL MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE LA CONSERVACIÓN Y LA UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

La norma que sirve de base al desarrollo del marco jurídico internacional sobre la conservación y la utilización de la diversidad biológica, es el Convenio de Diversidad Biológica (CDB), adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), y en vigor desde el 29 de diciembre de 1993; Uruguay aprueba dicho convenio mediante la Ley n° 16.408/1993 de 27 de Agosto.⁸

Los objetivos del convenio, están centrados en tres ejes de acción, a saber: a) la conservación de la diversidad biológica; b) la utilización sostenible de sus componentes; y, c) la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. El convenio, define la diversidad biológica como, la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos, y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas; entendiendo por recurso genético, el material genético cuyo valor sea real o bien potencial.

La amplitud de los conceptos transcritos exige un despliegue de instrumentos y medidas jurídicas necesarias tanto para la conservación como la utilización sustentable de dichos recursos. La estrecha relación existente entre los recursos genéticos y los recursos biológicos, surge de los principios y directrices del CDB, y

4 CABRERA MEDAGLIA, Jorge. *Seis estudios de caso en América latina y el Caribe: acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios*. UICN, PNUMA-FMAM, 2013. p. 29.

5 SEVERO ROCHA, Leonel. Epistemología do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* RECHTD, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 141-149, 2013.

6 ONUF, Nicholas. Constructivism: A users's manual. In: KUBÁLDOVÁ, Vendulka; ONUF, Nicholas; KOWERT, Paul (Ed.). *International relations in a constructed world*. Armonk N.Y: M.E.Sharpe, 1998. p. 58-78.

7 KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE Robert; KRASNER Stephen D. Organization at fifty: exploration and contestation in the study of world politics. *International Organization*, v. 52, n. 4, p. 645-685, 1998. Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2601354>>. Accessed: 10 Mar. 2016.

8 D.O. de 06.09.1993.

en tal sentido cabe señalar los más importantes trazos de este convenio.

Por obvio que parezca debe insistirse como el propio convenio lo expresa, en el valor que ostenta la diversidad biológica y sus componentes, en su carácter intrínseco, el cual está directamente relacionado con aspectos, ecológico, genético, social, económico, científico, educativo, cultural, recreativo y estético; todo lo cual se refleja en la total y más absoluta dependencia de la vida con la biosfera y la trascendencia de la diversidad biológica en los procesos naturales.

Por ello como agentes principales en la gestión de la naturaleza, la soberanía de los Estados se traducen en responsabilidad ante un bien natural supremo universal, que exige el cumplimiento de obligaciones y responsabilidades de los Estados por la utilización adecuada de los recursos biológicos y genéticos, como el deber de adoptar medidas de promoción y fomento, que actúen como incentivos para la conservación y utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica. (Art. 11); el deber de la promoción y el fomento de actividades de investigación (Art. 12), así como de la educación y conciencia pública (Art. 13); la evaluación del impacto y la reducción al mínimo de los impactos adversos (Art. 14); el acceso a los recursos genéticos (Art. 15); el acceso a la tecnología y la transferencia; el intercambio de información (Art. 17); la cooperación científica y técnica (Art.18); la gestión de la biotecnología y la distribución de sus beneficios (Art.19) y el apoyo financiero (Arts. 20 y 21).

Por otra parte el convenio hace hincapié en la necesidad de vincular el acceso a los recursos genéticos y el desarrollo de tecnologías para la satisfacción de necesidades urgentes del actual estado crítico en relación a la alimentación, la salud y otras urgencias sociales, y sobre todo atendiendo la población mundial en crecimiento; por ello resulta imprescindible la cooperación internacional, regional y mundial, entre los Estados, organizaciones intergubernamentales y sector no gubernamental, mediante el fortalecimiento y complementación de acuerdos internacionales, redirigiendo los esfuerzos de la correcta conservación y utilización de la diversidad biológica y los recursos genéticos hacia la satisfacción de las necesidades de los países más pobres.

En estos procesos resultan imprescindibles, el respeto y la valorización de los conocimientos tradicionales provenientes de las comunidades locales y poblaciones indígenas, los cuales cobran importancia superlativa en territorio

latinoamericano donde aún permanecen bajo un orden social, cultural y jurídico como es el caso de la comunidad andina o bien en Brasil. El reconocimiento de la estrecha y tradicional dependencia de los sistemas de vida de estas comunidades locales y de las poblaciones indígenas con los recursos biológicos, los actos de piratería de las últimas décadas, y la importancia de conservar y utilizar en forma sostenible la diversidad biológica y sus componentes, constituye el nudo central del Protocolo de Nagoya, lo que a la postre significa el reconocimiento de estos conocimientos por encima del paradigma científico occidental, con la consecuente obligación del reparto equitativo de los beneficios que se derivan para la industria biotecnológica, por sus innovaciones, las cuales de no ser por dichos conocimientos exigirían un tiempo considerable con el costo económico asociado. Dentro del reconocimiento de vínculos particulares con la conservación de la diversidad biológica y los recursos genéticos, el convenio al igual que otras normas ambientales internacionales, regionales y locales, menciona la plena participación de la mujer en todo lo referente a la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica. El principio implica la presencia de la mujer en todos los niveles tanto en la formulación como ejecución de políticas públicas orientadas a la conservación de la diversidad biológica.

Es en este contexto en que se requieren de urgentes medidas de prevención que contengan impulsos desarrollistas insostenibles, y que agravan la situación de reducción y pérdida sustancial progresiva de la diversidad biológica y de los recursos genéticos. Ya el principio de precaución en sí mismo, continúa siendo uno de los grandes desafíos más que jurídico, político, junto a las medidas de conservación *in situ* y *ex situ*, previstas en el CDB; la primera de ellas con el fin de conservar los ecosistemas y hábitats naturales así como mantener y recuperar las especies en sus entornos naturales y las medidas *ex situ*, adoptadas de preferencia en el país de origen del recurso.

3. OTROS INSTRUMENTOS ASOCIADOS AL CONVENIO DE DIVERSIDAD BIOLÓGICA VINCULADOS CON LA CONSERVACIÓN Y LA UTILIZACIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

Existen además del CDB otros instrumentos de carácter internacional con el objetivo de regular aspectos

vinculados a los recursos genéticos, su conservación y utilización dentro de un marco jurídico propio, como es el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TIRFAA), adoptado en el ámbito de la FAO en noviembre de 2001 y en vigor desde el año 2004 y Uruguay ratificó este instrumento el 1° de marzo de 2006.⁹ Los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, consisten de acuerdo al Artículo 2 del TIRFAA, en cualquier material de origen vegetal o de valor real o potencial para la alimentación y la agricultura.

Los temas centrales regulados en el Tratado son, el acceso a los recursos fitogenéticos y los derechos de los agricultores, aspectos vinculados a los derechos de propiedad intelectual y los materiales relativos al Sistema Multilateral (SM), además de las relaciones entre este instrumento y otros acuerdos internacionales (entre ellos el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁰, en un contexto cuyos objetivos coincidentes con el CDB son: la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria. (Preámbulo 1.1.), a lo que se agrega que el cumplimiento de dichos objetivos se obtendrá vinculando estrechamente este Tratado a la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, y al Convenio sobre la Diversidad Biológica (Preámbulo 1.2.).

En el artículo 10 del Tratado, se reconocen los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos genéticos, incluyendo la facultad de otorgar el acceso a dichos recursos, la cual es competencia del gobierno nacional y sujeto a lo que determine la legislación nacional. El Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios (SM), es el resultado en cierto modo, del ejercicio de dicha soberanía que permite el acceso a sus recursos fitogenéticos listados en el Anexo I, que están bajo la administración y el control de las Partes

Contratantes y son del dominio público (Art. 11.2), con fines de alimentación y agricultura, comprometiéndose a compartir de forma justa y equitativa los beneficios derivados de la utilización de dichos recursos. Además dicha norma establece las principales características de este sistema multilateral de acceso, el que deberá ser eficaz, efectivo y transparente, sobre una base complementaria y de fortalecimiento mutuo. Tanto la conservación como la utilización de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura están dadas al igual que en el CDB y entre otras cosas, por la distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de dichos recursos fitogenéticos.

Interesa destacar que el TIRFAA, regula aspectos esenciales para la conservación y utilización de los recursos fitogenéticos que deben coexistir y corresponderse con la legislación nacional en la materia. El Tratado dispone que cada parte contratante garantizará, la conformidad de su ordenamiento jurídico interno (leyes, reglamentos y procedimientos), con el fin de llevar a cabo tareas de conservación, prospección, recolección, caracterización, evaluación y documentación de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, así como la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos. Por otra parte como se adelantara, el instrumento, regula los derechos del agricultor y el Sistema multilateral de acceso y distribución a los beneficios, la facilitación de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura dentro del sistema multinacional y la distribución de beneficios en el sistema multinacional.

Una vez vigente el Protocolo de Nagoya en los distintos sistemas jurídicos pasa a coexistir con el TIRFAA, lo que sin duda traerá aparejado una serie de dificultades teóricas y prácticas a resolver. Sin embargo la superposición del Protocolo de Nagoya puede aportar mayores beneficios mediante las nuevas exigencias a los países en desarrollo, tanto en el reparto de beneficios justos y equitativos derivados de la utilización de sus recursos, como para el acceso de otros recursos ajenos.

Algunas orientaciones han sido establecidas por el propio Protocolo que han de ser tenidas en cuenta frente al TIRFAA. El Artículo 4 del Protocolo establece normas relativas a la relación con acuerdos e instrumentos internacionales, afirmando que nada de lo dispuesto en el mismo, impedirá el desarrollo y la aplicación de acuerdos internacionales, ni aún los especializados en

9 El Tratado fue aprobado el 31° Período de servicios de la Conferencia de FAO, Roma (2-14 de noviembre de 2001) y en Uruguay lo fue por Ley N° 17.942 de 28.12.2005, D. O. de 04.01.2006.

10 CABRERA MEDAGLIA, Jorge. Algunas consideraciones sobre el marco legal e institucional de la bioseguridad en América. *Revista Judicial*, n. 90, p. 125-151, abr. 2009.

acceso y participación en los beneficios a condición que estos instrumentos apoyen, y no se opongan a los objetivos del Convenio de Diversidad Biológica y del Protocolo. Y el Artículo 8 c) (Consideraciones especiales), establece que las Partes al elaborar y aplicar su legislación y reglamentación sobre acceso y participación en los beneficios, deberán considerar la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria, materia regulada por el TIRFAA.

Por otro lado el Protocolo de Nagoya prevé otro tipo de medidas fuera de lo que es el SM previsto en el TIRFAA para todos los recursos genéticos, sin restricción de uso como lo hace el TIRFAA (para agricultura y alimentación), y tanto el acceso a los recursos genéticos como el reparto de los beneficios quedarán sujetos al igual que el TIRFAA a normativa interna pero que refiere al consentimiento fundamentado previo y a la elaboración de contratos a tales efectos, lo que vuelve más complejo en este caso los procesos de ajustes del ordenamiento jurídico nacional. En conclusión si bien puede cumplirse el TIRFAA sin la existencia de un marco de normas nacionales, no ocurre lo mismo con el Protocolo de Nagoya, que establece la necesidad de desarrollar un marco jurídico orientado a su implementación, por las partes. Por otro lado, en ciertos países el hecho de preexistir un marco normativo –caso Brasil– puede ofrecer las dificultades propias de la armonización de las nuevas disposiciones internacionales y del orden interno.

Cabe destacar que el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura dentro del sistema multilateral, definido en el Art.11, se regula de acuerdo a las disposiciones del Tratado (Art. 12.1), pero las partes acordaron adoptar las medidas jurídicas necesarias (nacionales) o de otro tipo para proporcionar dicho acceso. Por lo tanto corresponderá en ocasión de la implementación del Protocolo de Nagoya, tomar en cuenta el TIRFAA dentro de este contexto que se reitera en el Protocolo mencionado, es decir la necesidad de que las Partes adopten medidas jurídicas necesarias y de otra índole para garantizar el acceso a los recursos genéticos.

En tal sentido el Art. 12.2 del Tratado establece el deber de las Partes contratantes de adoptar dichas medidas jurídicas necesarias u otras que fueren apropiadas para el acceso tanto de personas físicas como jurídicas.

Dicho acceso de acuerdo lo dispuesto en el Art. 12.3 del Tratado

[...] se concederá exclusivamente con fines de utilización y conservación para la investigación, el mejoramiento y la capacitación para la alimentación y la agricultura, siempre que dicha finalidad no lleve consigo aplicaciones químicas, farmacéuticas y/u otros usos industriales no relacionados con los alimentos/piensos [...]

Habiéndose previsto que en el caso de cultivos de aplicaciones múltiples el factor determinante para su inclusión en el sistema multilateral y su acceso facilitado será la seguridad alimentaria.

4. DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE URUGUAY

4.1. Aspectos institucionales

El Protocolo de Nagoya fue aprobado en Uruguay por Ley nro. 19.227 de 18 de junio de 2014¹¹, siendo uno de los objetivos de su implementación, su sinergia con el TIRFAA. El Protocolo comienza haciendo alusión a los tres objetivos ya mencionados del CDB, sobre conservación de la diversidad biológica, utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios de la utilización de los recursos genéticos, siendo su objetivo principal, la participación justa y equitativa en los beneficios que se derivan de la utilización de los recursos genéticos. (Art. 1). Este nuevo instrumento define una base de trabajo aplicable a proveedores y usuarios de recursos genéticos, en los que el Estado por sus poderes soberanos, cobra centralidad, de tal forma que se disponen una serie de obligaciones que las partes deben cumplir tanto sean derivadas de la legislación y reglamentación nacional, como de obligaciones mutuamente pactadas.

Es un requisito jurídico esencial, de acuerdo al texto del Protocolo, que los recursos genéticos deban encontrarse bajo la administración y control de los Estados parte, y que pertenezcan al dominio público; en tal sentido, Uruguay debe revisar ámbitos competenciales que colocan en riesgo la legitimidad de medidas adoptadas en el marco de la ejecución del Protocolo.

11 D.O. de 01.07.2014.

El Instituto Nacional de Investigación Agrícola (INIA) de Uruguay, cumple tareas asociadas al uso, administración y control de recursos genéticos, llevando adelante investigaciones sobre recursos genéticos. El INIA, fue constituido por la ley nro. 16.065/1989 de 06 de Octubre, como persona jurídica de derecho público no estatal, lo que significa que se regula por normas de derecho público y responde al control público, pero no por ello integra el elenco de órganos del Estado, no pudiendo ejercer funciones atribuidas constitucionalmente al conjunto de órganos y personas, que componen el Estado.¹²

Descartada la posibilidad que los recursos genéticos sean **res nullius**, cabe la interrogante de, ¿a quién pertenecen dichos recursos? Yendo a la clásica clasificación de bienes del Estado que define en los diversos ordenamientos jurídicos, como bienes del dominio público, los que están destinados al uso público (directo o indirecto), y reconocida la soberanía estatal sobre dichos recursos, no cabe duda que las prerrogativas del Poder Público deben ser entendidas en los términos ampliados por los tratados citados, que implican responsabilidad en el uso y conservación de los recursos, a lo que cabe agregar valores de solidaridad comprometidos con las generaciones presentes y futuras. Ello está claramente especificado en la normas internacionales ya referidas y son la base para instrumentos como, el consentimiento fundamentado previo y el Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios (SM), acerca del cual, se hace una clara referencia de texto sobre el reconocimiento de los derechos soberanos que los Estados detentan, sobre sus propios recursos fitogenéticos para fines de alimentación y agricultura (Art. 10.2). De ningún modo pueden quedar dudas, que la materia regulada son los recursos fitogenéticos del dominio público, sobre los que el Estado ejerce derechos soberanos y que por lo tanto mal pueden integrar el Sistema Multilateral recursos genéticos sobre los que el Estado no pueda ejercer dichos derechos de soberanía, sin perjuicio de lo establecido específicamente en el art. 11.3, respecto a la posibilidad de que personas físicas y jurídicas incluyan recursos fitogenéticos que posean en el Sistema Multilateral.

En este caso, resulta oportuno citar la Constitución Federal de 1988 de Brasil, y la fórmula avanzada del ar-

tículo 225, en el que consagra el derecho de **todos** al medio ambiente ecológicamente equilibrado, como bien de uso común del pueblo; concepto que reitera al definir las medidas necesarias para efectivizar este derecho, entre las que incluye, la de preservar la diversidad y la integridad del patrimonio genético del País, en una fórmula que no deja lugar a dudas, sobre quién realmente detenta el dominio de dichos bienes; colocando a su vez de lado del Poder Público más que prerrogativas, deberes y obligaciones, especialmente, de administración y control.

Otro de los aspectos que implica desafíos en materia institucional, son las normas relativas al fortalecimiento de las capacidades, y su relación con los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas y locales, con el fin de obtener beneficios de sus conocimientos, innovaciones y prácticas. Dichas capacidades tienen virtualidad en la gestión de los conocimientos pero también en un modelo jurídico ampliado, en la elaboración del derecho¹³. Dicho modelo responde a pautas de participación en la elaboración del derecho tradicional o jerárquico, pero también la conformación de nuevos espacios en donde las normas no sean el resultado únicamente del quehacer político orientado a privilegiar únicamente intereses de la industria biotecnológica.

El Protocolo de Nagoya posibilita la ordenación jurídica del uso y conservación de los recursos genéticos, desde espacios jurídicos ampliados en que se combinan la actualización y aplicación de los ordenamientos jurídicos de cada Estado parte, pero además la disposición de nuevos agentes sociales, como las comunidades locales, la academia y organizaciones interesadas en el desarrollo biotecnológico que mediante mecanismos de negociación, basados en modalidades horizontales, podrán incidir en los objetivos del Protocolo. Ello se debe al reconocimiento de la complejidad social que encierra la conservación de la diversidad biológica y el uso sustentable de los recursos genéticos.

4.2. Promoción y fomento de la biotecnología.

En el contexto mencionado Uruguay, aprobó la Ley n° 19.317/2015, de 18 de Febrero¹⁴, (Biotecnología, normas para su promoción) estableciendo un mar-

12 BIASCO, Emilio. *Las personas públicas estatales y paraestatales*. Disponible en: <<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/paraesta.PDF>>. Acceso: 08 abr. 2016.

13 DAVIS, Andie; LEMMA, Tsegaye. *Desarrollo de capacidades*. Disponible en: <www.undp.org/capacity>. Acceso: 15 abr. 2016.

14 D.O. 02.03.2015.

co normativo para la promoción de las biotecnología. Ahora bien, la finalidad de esta ley, es la impulsar el desarrollo económico sustentable del país, mediante el aumento de la productividad y la competitividad, el marco del interés nacional de acuerdo a derecho, preservando de este modo la diversidad biológica y sin afectaciones para la salud de la población y el equilibrio ambiental.

Este designio de la ley n° 19.317/2015, podría parecer auspicioso en el sentido de que buscaría insertarse en nuevos modelos de derecho ampliado, de no ser porque en el artículo 3, sobre el objeto de la norma, el legislador expresa que las actividades comprendidas se verán limitadas por esta ley y, su reglamentación en el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. De esta forma el principio general pasa a ser una promoción sin barreras prácticamente, aún cuando se menciona que podrían llegar a serlo por vía reglamentaria, lo que presenta problemas de constitucionalidad, teniendo en cuenta la jerarquía entre ley y reglamento. En cuanto a la posibilidad que el orden internacional establezca barreras para el desarrollo de las biotecnologías que se le impongan al orden interno, parece ilusorio sobre todo si se tiene en cuenta que el mecanismo de los convenios internacionales y tratados que de alguna forma afectan las biotecnologías modernas apuntan a que los Estados sean quienes desarrollen normativas basadas en ciertos criterios que se pautan en dichos convenios como: la sustentabilidad, la orientación hacia la resolución de problemas regionales, ambientales, de salud, alimentación, pobreza, exclusión social, entre otros.

De esta forma el blindaje legal del nuevo sistema de promoción de biotecnologías en Uruguay, no hace otra cosa que disociar los intereses de la industria biotecnológica de las reales necesidades de la población y de la región. Este aspecto tiene virtualidad cuando se verifica que Uruguay en el marco del Protocolo de Nagoya, bien podría estar más del lado de la generación de capacidades y creador de innovación, aunque en baja escala, que como país proveedor de recursos genéticos. En los hechos Uruguay no ostenta un patrimonio genético terrestre, de relevancia como sus vecinos, pero bien podría apuntalar sus centros de investigación para la innovación en favor de la resolución de problemas que comprometen la sustentabilidad tanto local como regional, y fundamentalmente para la investigación de recursos genéticos de especies marinas, en gran parte desconocidas. Para ello son necesarios acuerdos con terceros países detentores de tecnología, en condiciones justas,

preferenciales (Art. 16 CDB), así como dar continuidad mediante el fomento a investigación básica y aplicada ya iniciada, a través de instituciones como la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII), el Instituto Clemente Estable, la Universidad de la República (UDELAR) y universidades del sector privado, y otras instituciones de actuación en la materia.

En otro orden, deberían implementarse medidas de promoción específicas hacia el desarrollo de productos farmacéuticos de elevado costo teniendo en cuenta la frecuencia cada vez mayor de enfermedades infecto-contagiosas, en grado de pandemias, que le insumen al Estado anualmente elevados costos, en adquisición de vacunas. Así mismo podría el sector privado desarrollar medicamentos de altísimo valor superando el déficit sanitario y social que se genera ante la negativa del Estado de ofrecerlo a pacientes en estado grave y con enfermedades no frecuentes. Los ejemplos son inúmeros pero la perspectiva es claramente otra.

En cuanto a los beneficios para el medio ambiente, es difícil creer que por el hecho que institucionalmente el Ministerio de Ordenamiento Territorial, Vivienda y Medio Ambiente (MVOITMA), se encuentre representado en el Grupo Interministerial de la Industria Biotecnológica creado en la ley n° 19.317/2015, tendrá incidencia en el reparto de asignaciones económicas a la industria biotecnológica, cuando la propia ley al crear el Fondo de Estímulo a la Biotecnología (Art. 14), no establece un orden de prioridades, que concrete la finalidad que la ley pretende en cuanto al desarrollo sustentable. Tratándose de una ley de promoción y fomento la ponderación y las orientaciones del Estado no deben ser vistas como injerencia en los procesos de liberalización de los mercados biotecnológicos, pues es de esencia de este tipo de instrumentos públicos, que de alguna forma aparecen en el sector privado, cuando el Estado no puede y no debe cumplir con ciertas actividades, en el primer caso por imposibilidad técnica y en el segundo con el fin de evitar competencia con el sector privado, que puedan crear un monopolio público de hecho.

Por otro lado la ley de promoción de las biotecnologías en Uruguay, n° 19.317/2015, no refleja orientaciones claras y suficientes, en base a las urgentes necesidades ambientales, ni con el desarrollo normativo internacional; ni aun con el Plan Estratégico Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (PENCTI), Decre-

to 82/2010 de 25 de Febrero¹⁵, entre cuyas pretensiones está la de ampliar la agenda de investigación con el fin de incluir proyectos de alto impacto social. El PENCTI, norma exhaustiva acerca de la complejidad de los procesos de generación de conocimientos, e innovación, alertó sobre los riesgos de afectar recursos en áreas innecesarias, así como que el Estado debe intervenir con el fin de evitar y reorientar el sector tecnológico, ante las fallas del mercado inherentes a los procesos de innovación.

En conclusión, Uruguay debería seguir respecto de la promoción de las biotecnologías aplicada al uso y conservación de los recursos genéticos, el modelo adoptado en la promoción y fomento de la explotación forestal, a través de medidas fiscales e incentivos públicos, de conformidad con el Artículo 11 del CDB, y en consonancia con el artículo 7, literal I de la Ley General de Protección del Ambiente (n° 17.283/2000), que prevé los incentivos económicos y tributarios, como instrumentos de gestión ambiental.

4.3. Ley de acceso y conservación a los recursos genéticos.

En cuanto al ámbito de aplicación del Protocolo, existen ciertos aspectos que deberán ser cubiertos por la normativa nacional. El Protocolo delimita su ámbito de aplicación y en caso de proceder la aplicación de otro instrumento especializado respecto de recursos genéticos, el Protocolo no se aplicará; es el caso del Tratado Internacional de Recursos Filogenéticos.

Sobre la participación justa y equitativa en los beneficios, el Artículo 5 del Protocolo establece el deber de adoptar medidas jurídicas por parte de los Estados, de naturaleza administrativas o políticas según proceda para asegurar los beneficios de los recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales, y con el fin de que sean compartidos de manera justa y equitativa sobre la base de condiciones mutuamente acordadas. Se recoge el sistema del consentimiento fundamentado previo, para el acceso a los recursos genéticos que se encuentran bajo soberanía de un Estado parte, el que será establecido de conformidad con su ordenamiento jurídico interno. El Estado que aporta los recursos deberá adoptar medidas para garantizar el acceso a los mismos, contando con la previa aprobación

y participación de las comunidades indígenas y locales, cuando proceda.

Las medidas que deba adoptar el Estado parte, que requiera del consentimiento fundamentado previo refieren, entre otras cosas a la seguridad jurídica en su legislación, normas y procedimientos justos sobre el acceso a recursos genéticos; normas y procedimientos claros para establecer las condiciones mutuamente acordadas, entre las que pueden incluirse la cláusula sobre resolución de controversias y las condiciones sobre participación de beneficios y derechos de propiedad intelectual, además de las condiciones de utilización subsiguiente por un tercero.

En efecto muchos de los requisitos del Protocolo se apoyan para su efectividad en el ordenamiento jurídico interno. Por ejemplo el efecto de compatibilidad o no entre el Protocolo de Nagoya y el ADPIC ante la exigencia del certificado de origen dependerá, si el mismo está o no previsto en la legislación interna. En el caso que no se encuentre prevista dicha medida en la legislación nacional, la solicitud de dicha identificación se asume como facultativa del Estado solicitante.¹⁶

En particular ha de tenerse en cuenta, que buena parte de las cláusulas que se deriven de las negociaciones previstas, encuentran su fundamento en normas de carácter general interno que regulan la conservación de los recursos genéticos. En el caso de Uruguay a lo largo de los últimos años se han ensayado proyectos de ley de acceso a los recursos genéticos, observando el uso racional de los mismos por el sector productivo. Sin embargo dichas iniciativas se confrontan en forma permanente con una visión extremadamente productivista que no logra conciliar, aspectos de conservación y sustentabilidad con enfoques comerciales e industriales tradicionales, en particular del sector agropecuario.

Por lo que el diseño del Protocolo de que los Estados partes, alienten a usuarios y proveedores a canalizar beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos, hacia la conservación de la biodiversidad y utilización sostenible de sus componentes, debería contar con un soporte legal que no es otro que la tan esperada ley de conservación y acceso a los recursos genéticos.

16 GARCIA VIEIRA, Vinícius. *Direito da biodiversidade e América Latina: a questão da propriedade intelectual*. Injuí: Unijuí, 2012. p. 143.

15 D.O. 11.03.2010.

4.4. La cooperación transfronteriza

La otra técnica que menciona el Protocolo, es la cooperación transfronteriza, necesaria para el cumplimiento de los objetivos previstos y en particular cuando existan conocimientos tradicionales asociados y recursos genéticos compartidos por más de una comunidad indígena o local o varias partes.

Los usuarios de conocimientos tradicionales asociados deberán ser informados por las partes con la participación de las comunidades indígenas y locales, de sus obligaciones sobre el acceso a los recursos genéticos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven.

También los Estados partes, deben apoyar las comunidades indígenas y locales, para que estas establezcan los protocolos sobre los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los requisitos mínimos en las condiciones que hayan sido acordadas para el cumplimiento de la participación justa y equitativa de los beneficios obtenidos y, la fijación de cláusulas contractuales para cumplir con la obligación anterior.

La información es administrada por un Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los beneficios e intercambio de información. Este Centro tendrá en depósito información confidencial de los Estados parte, además de otra que el Protocolo menciona: medidas de tipo legislativa, administrativa y política; información sobre el punto focal, autoridad/es; permisos y condiciones sobre acuerdos que se hayan emitido. Además de ello, autoridades correspondientes a las comunidades indígenas y locales; modelos de cláusulas y contratos; métodos e instrumentos de control de los recursos genéticos y códigos de conducta y prácticas óptimas.

Los problemas denunciados sobre piratería y la necesidad de controles, motivaron que el Protocolo de Nagoya, en el Artículo 17, previera la vigilancia de la utilización de los recursos genéticos. El objetivo es controlar y aumentar la transparencia de las actividades y para ello se designarán puntos de verificación.

En esta instancia también la información es un aspecto fundamental pues estos “puntos”, estarían recibiendo información vinculada al consentimiento fundamentado previo, la fuente del recurso genético, y las condiciones acordadas por las Partes sobre la utilización de los recursos genéticos. La información abarca todas las etapas que comprenden las actividades con recursos

genéticos: investigación, desarrollo, innovación y pre-comercialización y comercialización.

Además, el Protocolo crea el certificado de cumplimiento reconocido internacionalmente, que se deriva de la emisión del permiso para el acceso a los conocimientos tradicionales asociados, o recursos genéticos, y puesto en conocimiento del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación.

Sin perjuicio de las medidas legislativas, administrativas y políticas en el Artículo 20, se prevé la necesidad de apoyar los mecanismos establecidos mediante otro tipo de normas como son los códigos de conducta, directrices y prácticas óptimas, así como estándares; sin perjuicio de los procedimientos tendentes al aumento de la concienciación mediante la promoción del Protocolo y organización de reuniones entre las comunidades indígenas y locales e interesados directos.

La cooperación internacional es el instrumento clave para la transferencia de tecnología, colaboración y cooperación en la investigación científica, técnica y de desarrollo, prevista en el Artículo 26 del Protocolo, y en este sentido los países del ámbito del Mercosur debieran reconsiderar los intereses regionales, lo que contribuiría con los objetivos del Protocolo pero además con el crecimiento del mercado regional. Constituye un deber de los Estados parte desarrollados, alentar hacia el acceso a las tecnologías, a aquéllos en vías de desarrollo y economías en transición, para lo cual se hace imprescindible la transferencia de conocimientos y tecnologías, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 23.

Los avances tecnológicos han generado una importante brecha entre países desarrollados y los que no lo son, respecto de la participación de los beneficios que se obtienen de la innovación. Estas distancias únicamente pueden salvarse, como lo prevé el Protocolo mediante la participación justa y equitativa, la que está prevista, a través del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinente, según establece el Protocolo. Una vez más, el refuerzo regional de instrumentos a la altura del Protocolo, colocaría a los países en vías de desarrollo y economías emergentes en situaciones más privilegiadas que las actuales.

4.5. Conservación y uso de recursos genéticos y bioseguridad

El Protocolo ordena el acceso a los recursos genéticos para la conservación de la diversidad biológica y

la utilización sostenible de sus componentes. De esta forma se constituye en un estatuto jurídico vinculado con el conjunto de normas que regulan la bioseguridad, razón por la cual se incluye una referencia a este cuerpo de normas nacionales, vigentes a la fecha.

También dando cumplimiento al CDB y en materia directamente relacionado con la conservación y utilización de los recursos genéticos debe mencionarse el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología¹⁷ –ya en vigor y aprobado en Uruguay por la ley nro. 18.792/2011¹⁸– viene a implementar el contenido del Convenio de Diversidad Biológica analizado, y es para el futuro el eje jurídico tanto para las naciones civilizadas, como para la industria implicada en términos de seguridad de la biotecnología¹⁹, esenciales para la conservación y correcta utilización de los recursos genéticos. Los propósitos del Protocolo consisten en la prevención y precaución en materia de riesgos para la salud y el ambiente derivados de posibles efectos adversos a partir de la rápida expansión de la biotecnología moderna.

El preámbulo de este instrumento retoma la decisión II/5 de la Conferencia de las Partes en el Convenio, de 17 de noviembre de 1995, relativa a la elaboración de un protocolo sobre seguridad de la biotecnología, centrado específicamente en el movimiento transfronterizo de cualesquiera organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna cuyos efectos puedan ser adversos para la diversidad biológica.

El ámbito de aplicación del instrumento alcanza al movimiento transfronterizo, tránsito, manipulación y utilización de los Organismos Vivos Modificados (OVMS), que puedan tener efectos adversos tanto para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, como para la salud humana. (Art.4º)

El Protocolo viene a establecer reglas de seguridad,

en cuanto a acciones que recaen sobre OVMS resultantes de la biotecnología moderna que puedan significar riesgos para la diversidad biológica y la salud humana. Para lograr la instrumentación de las medidas necesarias de seguridad, el Protocolo se sirve de la aplicación de algunos instrumentos jurídicos, entre los que cabe destacar el principio de precaución²⁰, previsto en la Declaración de Río, y que el protocolo denomina, criterio de precaución. Es pues como ha señalado la doctrina, la incorporación en la parte dispositiva de este principio uno de los resultados principales del Protocolo. El hecho de estar recogido en el artículo 1, como objetivo, permite concluir que su aplicación es amplia y abarca todo el ámbito del Protocolo.²¹ Como derivación del principio de precaución el Protocolo se sirve de la técnica de la evaluación del riesgo (Art. 15) y la herramienta de la gestión del riesgo (Art.16).

En Protocolo persigue la garantía de un **nivel adecuado de protección** en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna, teniendo en cuenta los efectos adversos para la conservación y utilización de la diversidad biológica, los riesgos para la salud humana y centrándose en los movimientos transfronterizos (Art.1). Para cumplir con este objetivo los Estados deberán adoptar medidas legislativas, administrativas y de otro tipo, que sean necesarias y convenientes para llevar adelante las obligaciones derivadas del instrumento (Art.2.1.)

Las disposiciones adoptadas por el Protocolo (Art.2.4.), constituyen un mínimo contenido, pudiendo los Estados adoptar medidas más restrictivas dirigidas a la protección, conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, siempre y cuando dichas medidas sean compatibles con el objetivo y las disposiciones del Protocolo y con las obligaciones internacionales asumidas por las partes.

En otro orden, es importante destacar para los riesgos derivados de los organismos genéticamente modifi-

17 Aprobado en Montreal, el 29 de enero de 2000, también denominado Protocolo de Bioseguridad. Versión oficial de la Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica (2000).

18 D.O. 02.11.2011.

19 REY SANTOS, Orlando. *Régimen legal para la seguridad de la biotecnología en América Latina*. México, DF: PNUMA, 2005. p. 25. (Serie Documentos sobre Derecho Ambiental, 13). El autor señala que el Protocolo es la “principal respuesta de la comunidad internacional al reto de la biotecnología moderna”. Esta afirmación es trascendente en el sentido que el Protocolo debe ser considerado el instrumento jurídico eje tanto para la adopción, como interpretación y aplicación de toda medida jurídica, que se hiciera a partir de su vigencia, sea de parte de una entidad nacional, regional o internacional, respecto a la seguridad de la biotecnología moderna.

20 Contenido en el Principio 15 de la Declaración de Río que expresa que: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

21 REY SANTOS, Orlando. *Régimen legal para la seguridad de la biotecnología en América Latina*. México, DF: PNUMA, 2005. p. 42. (Serie Documentos sobre Derecho Ambiental, 13).

cados, fuera de los usos comentados para la agricultura, que el Protocolo excluye (Art. 5) de su ámbito de aplicación, que son los productos farmacéuticos destinados a los seres humanos que ya están contemplados en otros acuerdos u organizaciones internacionales pertinentes, y por el Artículo 6, los organismos vivos modificados (OVMS), en tránsito respecto a la aplicación del procedimiento del acuerdo fundamentado previo, contenido en el Artículo 7, del Protocolo.

En el caso de productos farmacéuticos la exclusión fue prevista sin perjuicio de los derechos de la Parte a someter a evaluación de riesgo todos los OVMS previo a las autorizaciones de ingreso y en el supuesto de los OVMS en tránsito, la Parte conserva los derechos de reglamentación del transporte a través de su territorio. Con respecto a los productos farmacéuticos, cabe señalar que más que un derecho, Uruguay tiene el deber de reglamentar los productos farmacéuticos (OGMS) derivados del uso de estas tecnologías, por aplicación del Artículo 23, inciso segundo (Bioseguridad) de la Ley General de Protección del Ambiente, Nro. 17.283/2000 de 28 de noviembre²², que expresa que, cuando así corresponda, coordinará (refiere al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente de conformidad con la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo) con otras entidades públicas y privadas las medidas a adoptar respecto de otros riesgos derivados de tales actividades (refiere a la creación, manipulación, utilización o liberación de OGMS, como resultado de aplicaciones biotecnológicas), pero relacionados con la salud humana, la seguridad industrial y laboral, las buenas prácticas de laboratorio y la utilización farmacéutica y alimenticia.

Cabe destacar la importancia de la información en lo que tiene que ver con la gestión del riesgo, y en tal sentido el Protocolo previó en el Artículo 7, la aplicación del acuerdo fundamentado previo (AFP),

“antes del primer movimiento transfronterizo intencional de un organismo vivo modificado destinado a la introducción deliberada en el medio ambiente de la Parte de importación”.

El AFP se aplicará de conformidad con los procedimientos establecidos en los Artículos 8, 10 y 12. La previsión hecha sobre la “introducción deliberada en el medio ambiente” no implica referencia, quedando expresamente excluidos (Art. 7.2).

Sobre la evaluación de riesgos, el Protocolo prevé como técnica para la adopción de decisiones – la que podrá revisar en cualquier momento (Art.12), la evaluación de riesgos (Art.15), de conformidad al Anexo III, y la adopción de los mecanismos, medidas y estrategias para regular, gestionar y controlar los riesgos determinados por la evaluación de riesgos del Protocolo (art.16). Para ello habrá de tenerse en cuenta el artículo 8 inciso g) del Convenio de Diversidad Biológica y las medidas de conservación in situ previstas.

Por último el Protocolo regula aspectos vinculados con la manipulación, el transporte y envasado e identificación dirigidos a evitar riesgos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, y la salud humana (Art.18.1). El Protocolo ordena a las partes, la adopción de medidas necesarias, a los efectos enunciados “teniendo en cuenta las normas y los estándares internacionales pertinentes” (Art.18.1). Sin perjuicio de lo cual la documentación que acompañe la manipulación, el envasado y el transporte deberá contener ciertas menciones tendientes a la identificación de características de identidad, uso seguro, transporte, manipulación, almacenamiento, rasgos característicos, destinatario y remitente y destinatario entre otras, según la utilización a que se vean afectados los OVMS involucrados. (Art.2, literales a) b) c).

El Protocolo afecta a la aplicación de las medidas precedentes, aquellos OVMS destinados al uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento, al uso confinado, y a su introducción intencional en el medio ambiente de la parte de importación y cualesquiera otros organismos vivos modificados contemplados en el Protocolo.

4.6. Conservación y uso de los recursos genéticos y protección de la propiedad intelectual

A las normas antes mencionadas se suman otras, de aplicación en la conservación y utilización de los recursos genéticos, aprobadas por Uruguay como es el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (Ley n°16.671/1994 de 13 de diciembre²³, Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales y Multilaterales, Acuerdos Firmados Resultantes de los Contenidos en la Carta Fi-

22 D.O.12.12.2000.

23 D.O. 29.12.1994.

nal suscrita en Marrakech, junto a la Ley 17.164/999 de 2 de septiembre²⁴ de patentes de invención, modelos de utilidad y diseños industriales que modificó a la antigua ley n°10.089/1941).

El ADPIC establece un contenido mínimo de protección de los derechos de propiedad intelectual, pudiendo los Estados miembros elevar el nivel de protección, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1°. El Acuerdo garantiza el cumplimiento de otros convenios sobre la materia (París, Berna, Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados).

El Artículo 27.2. del Acuerdo, permite interdicar la patentabilidad de invenciones cuya explotación comercial en el territorio de una parte debe impedirse necesariamente, fundada en la protección del orden público o la moralidad, salud, vida humana y animal, preservación de vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre y cuando la exclusión no se haga porque la explotación haya sido prohibida por la legislación nacional, norma que eventualmente puede ocasionar problemas jurídicos con las normas antes mencionadas.

Es posible también excluir la patentabilidad de: métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personal o animales y plantas excepto microorganismos, y los procedimientos biológicos para producción de plantas o animales que no lo sean ni biológicos ni microbiológicos. (Art.27.3)

De todos modos el Acuerdo consagra la protección de todas las obtenciones vegetales mediante patentes. El ADPIC, garantiza el cumplimiento de otros convenios internacionales sobre la materia, entre ellos el de París, el que fuera aprobado por Ley 16.580/994 de 7 de septiembre²⁵ (Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, firmado en París, el 2 de diciembre de 1961 y modificaciones posteriores) sobre la protección de las obtenciones vegetales.

El Convenio reconoce en su preámbulo la importancia de la protección de las obtenciones vegetales, tanto para el desarrollo de la agricultura, como para la salvaguardia de los intereses de los obtentores y a su vez hace hincapié en los problemas especiales que representa el reconocimiento y protección del derecho del obtentor, y especialmente las limitaciones que pueden imponer al

libre ejercicio de ese derecho las exigencias del interés público.

El Convenio establece las formas de protección (Art.2°) mediante el reconocimiento por parte del Estado de la, concesión de un título de protección particular o de una patente, pudiendo la Unión constituida por el Convenio (Art. 1°), limitar dicha protección dentro de “un género o de una especie, a las variedades que tengan un sistema particular de reproducción o de multiplicación o cierta utilización final.”

El ámbito de aplicación del Convenio (con la excepción señalada) alcanza a todos los géneros y especies botánicas, con el compromiso de ampliar dicha aplicación por parte de los Estados de conformidad con el Artículo 4. La protección provisional prevista en el Artículo 7 está sujeta a la superación de las condiciones del Artículo 6 del Convenio (vinculadas a la variedad y distinción sobre artificial o natural); prohibiciones de venta y comercialización aplicables antes de la solicitud de protección y características de la variedad.

El mínimo de la protección está establecido en quince años. Y de dieciocho, para las vides, árboles forestales, frutales, ornamentales, con inclusión de los portainjertos, (Art.8). Las limitaciones admisibles al libre ejercicio del derecho exclusivo únicamente podrán ser, como lo dice el Convenio, por razones de interés público. El Convenio establece el derecho de prioridad por un plazo de doce meses para el obtentor que habiendo presentado una variedad en un Estado parte, desee presentarlo en otras Partes de la Unión.

Actualmente tanto la ley de patentes en Uruguay, N° 17.164, como el ADPIC y por tanto el Convenio de París no presentan incongruencias sobre los plazos de protección de derechos, pues además la Ley N° 17.164 en el artículo 20, establece un plazo de veinte años. Esta última ley protege los derechos de patentes, límites y procedimientos, lo que es patentable de lo que no.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A partir del estudio de los instrumentos de carácter internacional que regulan la conservación y la utilización de los recursos biológicos y los recursos genéticos, se desprende la urgencia y la necesidad de recrear, nuevos espacios jurídicos y políticos, dentro de los

24 D.O. 20.09.1999.

25 D.O. 04.10.1994.

escenarios internacionales, tradicionales como son las conferencias de las partes, de las distintas convenciones internacionales.

En este sentido la búsqueda de confluencia y convergencia, de diferentes intereses hace que la complejidad social, conlleve a dificultar también las fórmulas consensuadas en dichos acuerdos.

Sin embargo y lejos de dar una respuesta acabada a las urgencias ambientales, y la escasez de recursos, tanto el Convenio de Diversidad Biológica como el Protocolo de Nagoya en particular, asumen que la tarea de construcción del derecho depende más del diálogo de las fuerzas sociales, que de la trabajosa tarea de obtener resultados inmediatos de difícil o casi imposible eficacia jurídica.

Los Estados parte, en medio de los intereses de las comunidades locales y pueblos indígenas y la industria biotecnológica, ofician en el ejercicio de su soberanía, de representantes y responsables por la conservación y la utilización de los recursos genéticos, pero por sobre todo ante el deber de promover y facilitar los acuerdos y ante la promoción de los intereses de los distintos grupos, que aunque opuestos deben converger en el cumplimiento de los diversos objetivos que la normativa internacional tiene planteados, y principalmente y de especial interés para la resolución de la problemática social de los países más pobres en sus economías, aunque más ricos en su diversidad biológica.

Uruguay, habiendo aprobado el Protocolo de Nagoya, debió haber adoptado medidas anticipadas, teniendo aún pendiente un **aggiornamento** del ordenamiento jurídico con el fin de poder implementar dicho Protocolo. La necesidad de conciliar la protección del medio ambiente, con el uso y conservación sustentable de los recursos genéticos para la resolución de problemas de interés social, son extremos que deben ser reencauzados a través de diferentes medidas jurídicas, entre las que se resumen: la resolución de aspectos institucionales, adopción de una norma de carácter general orientada a la regulación del acceso y conservación de los recursos genéticos, y la ponderación en ocasión de la redistribución de fondos de promoción y fomentos a la industria biotecnológica, así como la observancia de las directrices del Plan Estratégico Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (PENCTI).

Finalmente se estima que el Protocolo propicia la necesidad de restablecer diálogos profundos a nivel regio-

nal del Mercosur, con el fin de concertar la armonización de la normativa en dicha escala, y promover de esta forma la protección del medio ambiente, la conservación de los recursos naturales y la gestión de los recursos genéticos, que reditúe beneficios en todos los órdenes sociales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIASCO, Emilio. **Las personas públicas estatales y paraestatales**. Disponible en: <<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/paraesta.PDF>>. Acceso: 08 abr. 2016.

CABRERA MEDAGLIA Jorge. **Seis estudios de caso en América latina y el Caribe: acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios**. UICN, PNUMA-FMAM, 2013.

CABRERA MEDAGLIA, Jorge. **Algunas consideraciones sobre el marco legal e institucional de la bioseguridad en América**. Revista Judicial, n. 90, p. 125-151, abr. 2009.

DAVIS, Andie; LEMMA, Tsegaye. **Desarrollo de capacidades**. Disponible en: <www.undp.org/capacity>. Acceso: 15 abr. 2016.

GARCIA VIEIRA, Vinícius. **Direito da biodiversidade e América Latina: a questão da propriedade intelectual**. Injuí: Unijuí, 2012.

KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE Robert; KRASNER Stephen D. Organization at fifty: exploration and contestation in the study of world politics. **International Organization**, v. 52, n. 4, p. 645-685, 1998. Available at: <<http://www.jstor.org/stable/2601354>>. Accessed: 10 Mar. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. 2. ed. México: D.F. Imprenta Universitaria, 1958.

ONUF, Nicholas. Constructivism: a users's manual. In: KUBÁLDOVÁ, Vendulka; ONUF, Nicholas; KOWERT, Paul (Ed.). **International relations in a constructed world**. Armonk N.Y: M.E.Sharpe, 1998. p. 58-78.

REY SANTOS, Orlando. **Régimen legal para la seguridad de la biotecnología en América Latina**. México, DF: PNUMA, 2005. (Serie Documentos sobre Derecho Ambiental, 13).

RODRIGUEZ Dario. Los límites del Estado en la sociedad mundial: de la política al derecho. In: NEVES, Marcelo (Coord.) **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25-52.

SEVERO ROCHA, Leonel. Epistemología do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** RECHTD, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 141-149, 2013.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos el apoyo de CAPES/PPND y de la Universidad do Vale do Ríó dos Sinos (Unisinos), en los apoyos para la elaboración del presente artículo.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Le régime international
de l'accès aux ressources
génétiques au prisme de l'entrée
en vigueur du Protocole de
Nagoya**

**International regime on access
to genetic resources in view
of the entry into force of the
Nagoya Protocol**

Rodolpho Zahluth Bastos

Otávio Canto

Karine Galy

Isabelle Vestris

Le régime international de l'accès aux ressources génétiques au prisme de l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya*

International regime on access to genetic resources in view of the entry into force of the Nagoya Protocol

Rodolpho Zahluth Bastos**

Otávio Canto***

Karine Galy****

Isabelle Vestris*****

RÉSUMÉ

Cet article vise à analyser les enjeux de la mise en œuvre du régime international d'accès et partage des avantages (APA) jusqu'au moment de l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya en octobre 2014, dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique (CDB). Il s'agit d'abord de faire un bilan des mesures législatives nationales et régionales prises en matière d'APA de sorte à présenter un état des lieux de ces mesures lors de l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya. Nous essayons ensuite d'identifier les lacunes du cadre normatif international régissant l'APA pour prendre la mesure de l'importance du Protocole de Nagoya, dont le but est d'assurer la mise en œuvre d'un régime international sur l'APA qui soit à la fois contraignant et efficace. On conclut que l'avenir du Protocole passe par l'engagement des États à œuvrer pour la bonne gouvernance des ressources génétiques, que ce soit par le biais de mécanismes de coopération ou encore par la voie d'une harmonisation progressive des législations nationales et des contrats sur l'APA.

Mots-clés: Biodiversité. Convention sur la diversité biologique. Accès et partage des avantages. Mesures législatives. Protocole de Nagoya.

ABSTRACT

The paper aims to analyze the international regime on access and benefit sharing (ABS) challenges in its implementation until the entry into force of the Nagoya Protocol in October 2014 upon Convention on Biological Diversity (CBD) framework. Firstly, we assess national and regional actions on ABS and explain the status of these actions at the time of the Nagoya Protocol started. Then, we attempt to identify gaps in the ABS international regulatory framework in order to have ideas about the CBD implemen-

* Recebido em 30/04/2016
Aprovado em 04/07/2016

** Doutor em Geopolítica pela Universidade de Paris 8. É professor do Núcleo de Meio Ambiente (NUMA) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Programa de Pós-Graduação em Gestão de Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia (PPGEDAM/NUMA/UFPA). Co-coordenador da rede Junction Amazonian Biodiversity Units Research Networking Program (JAMBU-RNP). E-mail: rzb@ufpa.br.

*** Geógrafo, Doutor em Desenvolvimento Rural pela Universidade É professor do Núcleo de Meio Ambiente (NUMA) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Docente do Programa de Pós-Graduação em Gestão de Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia (PPGEDAM, NUMA/UFPA). Membro da rede JAMBU-RNP. Email: docanto@ufpa.br.

**** Université des Antilles. Centre de Recherche sur les Pouvoirs Locaux dans la Caraïbe (CRPLC, Pôle Martinique). Email: Karine.Galy@martinique.univ-ag.fr.

***** Université des Antilles. Centre de Recherche sur les Pouvoirs Locaux dans la Caraïbe (CRPLC, Pôle Martinique). Email: Isabelle.Vestris@martinique.univ-ag.fr.

tation barriers. It is highlighted the importance of the challenges that surround Nagoya Protocol that aims to ensure the implementation of an international regime on ABS which intends to be at same time binding and effective. We conclude that Protocol future requires States commitment to work in favour of genetic resources good governance from implementation of cooperation mechanisms. It should not only work on regulation and control; on the contrary it should encourage a relative harmonization of national laws and ABS agreements.

Keywords: Biodiversity. Convention on Biological Diversity. Access and benefit sharing. Legislative measures. Nagoya Protocol.

1. INTRODUCTION

La protection de la diversité biologique constitue l'un des défis les plus importants et complexes auquel la communauté internationale est aujourd'hui confrontée. La diversité biologique – ou biodiversité – est le terme qui désigne toutes les formes de la vie sur Terre et les caractéristiques naturelles qu'elle présente¹. Cette richesse essentielle à la vie sur la planète est néanmoins gravement menacée : la perte de diversité biologique est, en effet, de plus en plus manifeste au cours du dernier demi-siècle². L'impact des activités économiques sur l'environnement, la surexploitation des ressources biologiques, la disparition des espèces, sont quelques-uns des facteurs qui interpellent. Depuis la fin du XXe siècle, la prise en compte de la biodiversité est, de ce fait, un problème environnemental majeur.

La Convention sur la diversité biologique (CDB), signée à Rio en 1992 lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED), est la réponse de la communauté internationale à la crise de la biodiversité. Il s'agit d'un accord

global sur l'environnement très largement accepté. Plus de 150 gouvernements ont, en effet, signé le texte présenté à la Conférence de Rio, et le nombre des Parties qui l'ont ratifié s'élève à 196, ce qui correspond à une participation quasi universelle des États³.

La CDB, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, est le premier des accords relatifs à la protection de l'environnement en vigueur, à couvrir tous les aspects de la diversité biologique (ressources génétiques, espèces et écosystèmes). Cette convention est aussi présentée comme le premier accord mondial répondant simultanément aux objectifs environnementaux, sociaux et économiques du développement durable⁴. La CDB fixe trois objectifs principaux: la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques⁵.

Parmi ces objectifs, le plus audacieux et le plus controversé est sans conteste celui du partage équitable des bénéfices issus de l'utilisation des ressources génétiques. La mise en œuvre de cet objectif suppose le contrôle de l'usage de la biodiversité, notamment par l'établissement d'un mécanisme de régulation de l'accès aux ressources génétiques.

En vertu de la CDB, l'accès aux ressources génétiques s'organise donc désormais autour de quatre principes reliés entre eux :

- 1) souveraineté de l'état,
- 2) consentement préalable de l'autorité nationale compétente,
- 3) accès réglementé, mais facilité aux ressources,
- 4) partage des avantages découlant de l'exploitation des ressources fournies.

1 Biological diversity encompasses all species of plants, animals, and microorganisms and the ecosystems and ecological processes of which they are parts, in, McNEELY J. A. et al. *Conserving the world's biological diversity*. Gland, Switzerland; Washington D.C.: The International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, World Resources Institute, Conservation International, World Wildlife Fund-US and World Bank, 1990. p. 17.

2 WILSON E. O. A situação atual da diversidade biológica. In: WILSON, E. O. (Org.). *Biodiversidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 3-24.

3 195 États et l'Union européenne, en 22 mars 2016. A ce jour, seuls deux États parmi ceux qui sont reconnus par les Nations Unies n'ont pas ratifié la CDB: Saint-Siège (pourtant non-membre des Nations Unies) et États-Unis d'Amérique. Au niveau international, le seul accord sur l'environnement d'autant plus largement ratifié est le Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1987), avec 197 ratifications.

4 LE PRESTRE, P. The convention on biological diversity: negotiating the turn to effective implementation. *ISUMA*, p. 92-98, fall/automne, 2002. p. 93. Disponible en: <www.cbd.int/doc/articles/2002/-a-00319.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016.

5 Comme l'indique l'article premier de la CDB.

Le régime fondé sur ces quatre principes est désigné par le terme « accès et partage des avantages », abrégé sous l'acronyme APA⁶.

Dans le but d'atteindre l'objectif de partage juste et équitable des avantages, la CDB reconnaît la souveraineté des États sur les ressources génétiques originaires de leurs territoires et, à ce titre, confère aux gouvernements le pouvoir de déterminer les modalités d'accès à ces ressources par le biais de lois et de politiques nationales.

Selon la Convention, c'est donc à l'État qu'il revient de définir les règles (législations nationales) et les autorisations publiques (octroi d'un consentement en connaissance de cause préalable à l'accès) relatives à l'échange de ressources génétiques. Les pays riches en biodiversité – souvent des pays en développement – pourront alors contrôler l'accès aux ressources et demander un partage des avantages découlant de leur exploitation. S'agissant de la conservation de la biodiversité, on considère que dans la mesure où ces pays bénéficient de l'utilisation des ressources génétiques, plus forte sera la volonté politique de les conserver. La CDB part ainsi du postulat selon lequel la mise en valeur économique des ressources génétiques encouragerait les pays détenant une méga biodiversité à en assurer la conservation.

S'inspirant de cette logique, depuis l'entrée en vigueur de la Convention, plusieurs pays ont promulgué des législations nationales définissant des modalités d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages, autrement dit ces États ont établi des régimes nationaux d'APA encadrant la bioprospection et garantissant les droits des fournisseurs de ressources génétiques. Vingt ans après l'adoption de la CDB, on constate toutefois que l'objectif de partage équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques est encore loin d'être atteint et continue de susciter des débats au niveau étatique. En effet, l'échange de ressources génétiques, tel qu'il a été prôné par la CDB, n'est pas encore devenu une réalité⁷.

6 En anglais *Access and Benefit Sharing* (ABS).

7 LOUAFI, S.; MORIN, J. F. Gouvernance internationale de la biodiversité: impliquer tous les utilisateurs de ressources génétiques. *Iddri, coll. Synthèses*, Paris, n. 4, p. 1-4 fév. 2004. Disponible: <www.iddri.org/Publications/Collections/Syntheses/sy_0401_louafi&morin_abs.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016. BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Tiers monde et biodiversité: tristes tropiques ou

Au regard des préconisations relatives à l'APA dans la CDB (2), il s'agira d'analyser l'action des États dans l'adoption de stratégies, de politiques et de mesures législatives et réglementaires concernant l'APA (3). Nous tenterons ce faisant d'identifier les lacunes du cadre normatif, national et régional, régissant l'APA, afin d'évaluer les difficultés rencontrées dans sa mise en œuvre.

Il s'agira alors de mettre en évidence les enjeux liés à l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya, dont le but est d'assurer l'effectivité d'un régime international de l'APA qui soit à la fois contraignant et efficace (4).

2. LA RELATIVE RÉGLEMENTATION DE L'APA AU SEIN DE LA CDB

La CDB est une convention-cadre (Framework convention)⁸, dans la mesure où elle établit un cadre d'action qui prend la forme d'une série de dispositions exprimées comme des objectifs généraux plutôt que des obligations contraignantes. La CDB est de fait un traité international qui prévoit les grandes lignes en matière de protection de la biodiversité, prenant en compte à la fois sa valeur intrinsèque et les mécanismes d'appropriation de ressources génétiques. Du point de vue juridique, cette convention établit un cadre peu efficace, car, malgré la force de l'ensemble de ses principes, elle a besoin d'être transposée pour atteindre ses objectifs de façon intégrale et effective.

Il appartient donc aux États de transcrire dans leur droit interne les normes et prescriptions contenues dans la CDB, pour faire en sorte qu'elles s'imposent à leurs destinataires, personnes publiques et privées placées sous la juridiction étatique, notamment celles qui se

tropiques d'abondance? La régulation internationale des ressources génétiques mise en perspective. *Revue Tiers Monde*, n. 181, t. XLVI, p. 185-206, 2005. p. 204. BASTOS, R. Z. Géopolitique juridique de la biodiversité: le cas du régime d'accès et partage des avantages au Brésil. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011, p. 26. Disponible: <<http://www.apebfr.org/passagesdeparis/editione2011/articles.html>>. Consulté le: 18 avr. 2016.

8 Le projet initial de CDB était tourné vers une convention-parapluie (*umbrella convention*), c'est-à-dire inscrite dans une perspective de consolider une série d'autres accords internationaux sur la biodiversité déjà existants. Au cours du processus de négociation, la CDB a toutefois évolué vers une convention-cadre (*framework convention*) dont le texte établit principes et règles générales, mais ne stipule ni délais ni obligations spécifiques.

livrent à des activités d'accès aux ressources génétiques (chercheurs, industrie du vivant). C'est d'ailleurs ce qui prévoit le célèbre article 15 de la CDB⁹.

Cette réglementation de la CDB peut se faire à une triple échelle. Au niveau national d'abord, par le biais de lois internes des États parties à la Convention. La CDB désigne explicitement cette échelle de régulation pour régir l'accès aux ressources génétiques. Plusieurs pays ont élaboré des lois en la matière depuis le milieu des années 1990. Au niveau régional ensuite, l'adoption de législations-cadre sur l'APA est également envisagée au sein de la Communauté Andine des Nations (CAN) en 1996 et au sein de l'Union Africaine (UA) en 1998. Ces dispositions devront toutefois être déclinées dans les droits nationaux. Enfin, la mise en œuvre de la CDB peut se faire aussi au niveau international, soit par des normes contraignantes, par exemple sous forme de Protocoles annexés à la Convention¹⁰, soit par le biais de normes à caractère volontaire, qualifiées de droit mou (soft norm en anglais), et caractérisées par l'absence de contrainte juridique ; leur mise en œuvre dépendant du bon vouloir des acteurs concernés¹¹.

Rien n'empêche a priori que ce triple échelon normatif (national, régional et international) puisse représenter dans la pratique une sorte de complémentarité dans le cadre de mise en œuvre de la CDB, y compris en matière d'APA. Toutefois, la coordination entre ces différents cadres juridiques reste une question non résolue, et c'est en partie ce qui explique l'ouverture de négociations en 2002 pour établir un régime international sur l'APA juridiquement contraignant, dont l'un des objectifs est justement de favoriser l'intégration ou la combinaison des différents instruments juridiques sur l'APA en vigueur.

9 COMPAGNON, D. La biodiversité, entre appropriation privée, revendications de souveraineté et coopération internationale. *Développement durable et territoires*, dossier 10, 2008. Disponible : < <http://developpementdurable.revues.org/5253>>. Consulté le : 28 avr. 2016.

10 Voir CDB, articles 23, al. 4 (c) et 28. Annexes à la CDB, voir le Protocole sur la Biosécurité, adopté à Montréal le 29 janvier 2000, et le Protocole sur l'accès et partage des avantages, adopté à Nagoya le 29 octobre 2010.

11 On trouve souvent du droit mou en droit international de l'environnement. Dans le cadre de la CDB, on peut citer notamment les Lignes directrices de Bonn sur l'accès et le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques (2002), les Lignes directrices d'Alkwé : Kon relatives aux communautés traditionnelles (2004), et les Principes et directives d'Addis-Abeba pour l'utilisation durable de la diversité biologique (2004).

3. LE DÉBAT RELATIF AU MEILLEUR NIVEAU DE RÉGLEMENTATION SUR L'APA

S'agissant de l'adoption de lois nationales sur l'APA, les dispositifs de la CDB sont exprimés en tant qu'objectifs et politiques généraux – éventuellement afin que leur application soit opérée conformément aux circonstances, capacités (et intérêts) de chaque État – et non en tant qu'obligations rigides et précises¹². Il revient alors à l'État fournisseur de prendre des mesures réglementaires devant régir l'accès aux ressources génétiques sur son territoire. Or, adopter des mesures d'ordre législatif et administratif propres à donner effet au dispositif de la CDB s'est révélé après des années passées une tâche complexe.

On évoque quelques raisons pour expliquer cette situation. La première a trait au manque de capacités juridiques, techniques et de gestion des pays en développement face au besoin de se doter de législations et de structures administratives, scientifiques et de contrôle adaptées. Les juristes soulignent par exemple le problème de l'adoption de lois sommaires dans la plupart des pays fournisseurs potentiels de ressources génétiques, ce qui ne permettrait pas d'assurer le partage des avantages et de résoudre la question de la biopiraterie¹³. Une autre explication est apportée par les économistes, qui évoquent que les espoirs placés dans le commerce de ressources génétiques au début des années 1990 ont été démesurés, l'ensemble du projet de création de lois nationales sur l'APA reposant sur des attentes économiques qui ne seraient pas réalistes¹⁴. Une troisième explication considère la difficulté (ou le refus) des acteurs scientifiques et industriels de tenir compte de nouveaux principes et règles dans le cadre de leurs activités – pour les premiers, notamment au nom de la liberté de la recherche¹⁵. Une quatrième,

12 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité*: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil. Sarrebruck : EUE, 2010. p. 54.

13 BELLIVIER, F.; NOIVILLE, C. Code de conduite et équité des échanges de ressources génétiques. *Iddri, coll. Idées pour le débat*, Paris, n. 15, 2006. p. 3.

14 BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Tiers monde et biodiversité : tristes tropiques ou tropiques d'abondance? La régulation internationale des ressources génétiques mise en perspective. p. 196. BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Un marché pour la biodiversité ? In : AUBERTIN, C.; PINTON, F.; BOISVERT, V. (Dir.). *Les marchés pour la biodiversité*. Paris : IRD, 2007. p. 223-243. p. 235.

15 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité*: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil. p. 55.

enfin, met l'accent sur l'incohérence du cadre international censé garantir la mise en œuvre du mécanisme d'accès et partage des avantages¹⁶. Cette dernière est très présente dans les débats relatifs à la CDB depuis le début des années 2000, portée en particulier par les pays « mégadivers »¹⁷.

En effet, les pays en développement, en particulier le groupe des pays mégadivers, contestent le fait de supporter, eux seuls, et depuis des années, les coûts de régulation du système par le biais des mesures législatives nationales sur l'APA¹⁸.

Sur le plan des négociations internationales, l'accent est alors mis sur la nécessité d'un régime international sur l'APA juridiquement contraignant qui, pour les pays fournisseurs, représente la seule façon d'impliquer les utilisateurs de ressources génétiques dans la mise en œuvre de la CDB et/ou de faire imposer à ces derniers leurs régimes nationaux d'APA.

Parallèlement, on voit apparaître depuis quelques années une multitude de codes de bonne conduite en matière de prospection biologique. Il s'agit d'une initiative volontaire, mise en avant par la communauté scientifique et industrielle, pour répondre aux défis actuels de la bioprospection tout en prenant compte des objectifs de la CDB. Selon Bastos, c'est aussi une initiative des chercheurs pour améliorer leur image et réputation face à la médiatisation de diverses affaires de biopiraterie à travers le monde¹⁹.

Ces codes de bonne conduite, qui ont des appellations diverses: principes directeurs, guidelines, lignes directrices, chartes, manuels, s'adressent à une multitude d'utilisateurs de ressources génétiques (botanis-

tes, conservateurs, chercheurs et techniciens de jardins botaniques, herbiers, musées, banques de semences, instituts de recherche, universités, entreprises). Ces codes visent à informer les scientifiques et les industriels au sujet d'un système régissant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, établi par la CDB, et à expliquer les étapes qui doivent être prises en compte lorsqu'on veut accéder à des ressources génétiques dans un but de recherche scientifique et/ou industrielle²⁰.

Afin de se prémunir des accusations de biopiraterie, les acteurs scientifiques et industriels misent en effet sur la mise en œuvre anticipée d'une réglementation volontaire de la CDB par le biais de l'adoption de codes de bonnes pratiques en matière de bioprospection. Cette démarche apparaît autant comme une action de communication que comme une tentative d'autorégulation professionnelle²¹. De ce point de vue, il s'agirait, pour ces acteurs, de réguler préalablement leurs pratiques professionnelles avant que les lois nationales ne le fassent. Dans une autre optique, les codes joueraient davantage le rôle d'un recueil d'informations visant à clarifier les formalités auxquelles il convient de satisfaire, surtout en cas de bioprospection dans des pays étrangers. Ils apparaîtraient donc comme des instruments de bonne foi et de bonne volonté dont la mise en œuvre dépend de la détermination des acteurs concernés. Ils assureraient le cas échéant, une convergence de pratiques éthiques de bioprospection, lors de recherches menées auprès de communautés traditionnelles notamment.

De toute évidence, les pays riches en biodiversité ne sont pas particulièrement favorables au développement d'un système de régulation volontaire des activités d'accès aux ressources génétiques. Pour les pays « mégadivers » en particulier, les utilisateurs (bioprospecteurs, collecteurs) doivent avant tout respecter les dispositions nationales en matière d'accès et de partage

16 LOUAFI, S.; MORIN, J. F. Gouvernance internationale de la biodiversité: impliquer tous les utilisateurs de ressources génétiques. *Iddri, col. Synthèses*, Paris, n. 4, fév. 2004. p. 1. Disponible: <www.iddri.org/Publications/Collections/Syntheses/sy_0401_louafi&morin_abs.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016.

17 Le Groupe des pays mégadivers (GPM) rassemble 17 pays s'affirmant détenteurs de 70% de la biodiversité mondiale et disant partager les mêmes opinions (*Like-Minded*) au sein des négociations internationales sur la biodiversité: Afrique du Sud, Bolivie, Brésil, Chine, Colombie, Costa Rica, République Démocratique du Congo, Équateur, Inde, Indonésie, Kenya, Madagascar, Malaisie, Mexique, Pérou, Philippines et Venezuela.

18 LOUAFI, S.; MORIN, J. F. Gouvernance internationale de la biodiversité: impliquer tous les utilisateurs de ressources génétiques. *Iddri, col. Synthèses*, Paris, n. 4, fév. 2004. p. 1.

19 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 69.

20 On peut citer à titre d'exemple, le Guide des bonnes pratiques pour la recherche universitaire sur les ressources génétiques (2012) de l'Académie suisse des sciences naturelles (SCNAT), les Lignes Directrices sur l'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation (2006) de la Fédération internationale de l'industrie du médicament (FIIM/IFPMA), ou encore le fameux CDB pour les botanistes élaboré par le *Royal Botanic Gardens* (Kew).

21 BELLIVIER, F., NOIVILLE, C. Code de conduite et équité des échanges de ressources génétiques. *Iddri, coll. Idées pour le débat*, Paris, n. 15, 2006. p. 6.

des avantages. Il s'agit en effet d'imposer que l'APA soit régi par un système de normes contraignantes, c'est-à-dire, d'une part, par des législations nationales, dont certaines sont en cours d'élaboration, et d'autre part, par l'établissement d'un régime international qui soit juridiquement contraignant pour tous les États membres de la CDB.

3.1. La mise en œuvre variable de l'APA à travers des réglementations nationales et régionales

195 États et une organisation régionale, l'Union européenne, sont aujourd'hui parties à la CDB et ont pour la plupart déjà adopté des lois sur l'APA, que ce soit à l'échelle nationale ou régionale. En effet, d'après la base de données du Secrétariat de la CDB, le 17 juin 2014, ils étaient 57 pays et 7 communautés régionales²² à avoir établi des mesures législatives et/ou réglementaires en matière d'APA (tableau 1), soit une nette progression par rapport à 2008, où le total était de 39 pays et 4 organisations régionales²³. En ce qui concerne les stratégies et les politiques sur l'APA, il existe en effet, des mesures législatives de portée régionale. C'est le cas notamment des décisions de la Communauté andine des Nations (CAN), de l'accord Centraméricain sur l'accès aux ressources génétiques et de la Loi-modèle africaine (tableau 2).

Par ailleurs, la plupart des États membres de la CDB ayant adopté des législations nationales sur l'APA sont des pays en voie de développement. Parmi eux, on compte une quarantaine de pays et cinq organisations régionales (Communauté Andine des Nations, Union africaine, ARIPO, COMIFAC, SICA) qui ont établi des régimes relatifs à l'APA. En revanche, parmi les pays dits les plus industrialisés, ils ne sont que sept à avoir établi des mesures législatives nationales sur l'APA: l'Allemagne, l'Australie, le Canada, la France, l'Italie, le Japon et la Suisse. S'agissant précisément de la France, les mesures concernent les collectivités françaises situées outre-mer, notamment la Polynésie française²⁴, la

Nouvelle-Calédonie²⁵ et la Guyane. Concernant ce dernier territoire, le dispositif de l'APA est effectif depuis 2013 dans le cadre du Parc Amazonien de Guyane. Ce PAG fut créé par la loi du 14 avril 2006, qui ne prévoyait pas de dispositions spécifiques relatives à l'APA. En l'absence de telles dispositions un code bonne conduite fut établi afin de palier ce vide juridique. Un décret du 28 octobre 2013 établit une charte des territoires qui détermine les portions du territoire concernées par ce dispositif APA, et précise le régime de l'APA en Guyane.

Au niveau régional, on peut citer également les pays nordiques (le Danemark, la Finlande, la Norvège, la République d'Islande et la Suède), plus particulièrement le Conseil nordique (Norden) au nom duquel des mesures régionales en matière d'APA ont été adoptées. Certes, ces régimes nationaux (et régionaux) sont de nature et de portée variées, ce qui reflète le contexte singulier de chaque pays (ou région) sur les plans environnementaux, sociaux, juridiques en ce qui concerne la gestion des ressources génétiques.

Tableau 1 - Liste des pays et des organisations régionales ayant adopté des mesures législatives en matière d'accès aux ressources génétiques

1. Mesures nationales	2. Mesures régionales
Afghanistan, Afrique du sud, Allemagne, Argentine, Australie, Belgique, Bhoutan, Bolivie, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Costa Rica, Croatie, Cuba, Danemark, Égypte, El Salvador, Équateur, Éthiopie, France, Gambie, Guatemala, Guyana, Inde, Italie, Japon, Kenya, Lesotho, Malaisie, Malawi, Malte, Mexique,	- Communauté Andine des Nations (CAN), comprenant la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou - Système d'Intégration Centre-Américaine (SICA), comprenant le Belize, le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, la République dominicaine et El Salvador

22 MEDAGLIA, J. C.; PERRON-WELCH, F.; PHILLIPS, F. K. *Overview of national and regional measures on access to genetic resources and benefit-sharing: challenges and opportunities in implementing the Nagoya Protocol*, Montréal, CISDL. 3^{ème} ed. 2014. p. 13.

23 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 75.

24 Assemblée de la Polynésie Française, Loi du pays n. 2012-5, du 23 janvier 2012, relative à l'accès aux ressources biologiques et au

partage des avantages résultant de leur valorisation, *Journal Officiel* 2012 n. 6 NS du 23/01/2012 à la page 43 dans la partie Lois du Pays.

25 Assemblée de la Province Sud de Nouvelle Calédonie, Délibération n° 6-2009/APS du 18 février 2009, relative à la récolte et à l'exploitation des ressources biochimiques et génétiques, *Journal Officiel de la Nouvelle Calédonie* du 26 février 2009 (p. 1277).

Micronésie, Mozambique, Nicaragua, Niger, Niué, Norvège, Ouganda, Panama, Pérou, Philippines, Portugal, République centrafricaine, Roumanie, Russie, Suède, Suisse, Thaïlande, Vanuatu, Venezuela, Vietnam, Zimbabwe, soit un total de 57 pays	<ul style="list-style-type: none"> - Union européenne (UE) - Conseil nordique (Norden), dont les membres sont le Danemark, la Finlande, la Norvège, la République d'Islande et la Suède - Union africaine (UA), dont font partie 54 États, soit tous les pays d'Afrique à l'exception du Maroc - African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) dont font partie 19 pays africains (essentiellement anglophones) - Commission des Forêts d'Afrique Centrale (COMIFAC), dont font partie Burundi, Cameroun, Congo, Gabon, Guinée Équatoriale, République Centrafricaine, République Démocratique du Congo, Rwanda, Sao Tomé & Príncipe et Tchad
--	--

Source: Base de données du Secrétariat de la CDB, 2014.

On trouve dans la base de données du Secrétariat de la CDB en 2014 un total de 168 mesures nationales et régionales sur l'APA en vigueur. Parmi ces mesures figurent notamment des lois et des politiques générales. Alors que certains pays ont adopté une seule mesure – en général, une loi – d'autres ont opté pour un ensemble de mesures, par exemple une stratégie nationale, une loi, des décrets d'application, des règlements ou des directives. Néanmoins, beaucoup de pays sont encore en train d'élaborer ou de réviser leurs régimes nationaux, et de ce fait leur réglementation demeure incomplète. C'est notamment le cas du Brésil, qui a institué une nouvelle loi sur l'APA en 2015 visant à remplacer le règlement provisoire MP 2.186, de 2001. La nouvelle loi brésilienne, 13.123, en date du 20 mai 2015, est entrée en vigueur le 17 novembre 2015.

Tableau 2 - Exemples de mesures législatives en matière d'APA

PAYS	MESURE NATIONALE / RÉGIONALE	ANNÉE
Afghanistan	<i>Environment Law</i>	2007
Afrique du Sud	National Environmental Management: Biodiversity Act	2004
Argentine	<i>Estrategia Nacional de Biodiversidad</i>	2003
	<i>Régimen de acceso a los recursos genéticos</i>	2010
Australie	<i>Nationally Consistent Approach for Access to and Utilisation of Australia's Native Genetic and Biochemical Resources, Accord-cadre</i>	2002
Bhoutan	<i>The Biodiversity Act of Bhutan</i>	2003
Brésil	<i>Loi 13.123</i>	2015
Colombie	<i>Décret 309, por el cual se reglamenta la investigación científica sobre diversidad biológica</i>	2000
Communauté Andine des Nations (CAN)	Régimen Común de Acceso a los recursos genéticos, Decisión 391	1996
Conseil nordique (Norden)	Tillträde och rättigheter till genetiska resurser	2003
Costa Rica	<i>Ley de Biodiversidad, 7788</i>	1998
	<i>Décret 34.433</i>	2008
El Salvador	<i>Ley del Medio Ambiente</i>	1998
Inde	<i>Biological Diversity Act</i>	2002
	<i>Biological Diversity Rules</i>	2004
	<i>Andhra Pradesh Biological Diversity Rules</i>	2009
Kenya	<i>Environmental Management Act, n. 08</i>	1999
	<i>Environmental Management Regulations</i>	2006

PAYS	MESURE NATIONALE/ RÉGIONALE	ANNÉE
Mexique	<i>Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (artículos 87, 87 bis, 87 bis 1)</i>	1996
	<i>Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable</i>	2003
Nicaragua	<i>Estrategia Nacional de Biodiversidad</i>	2002
	<i>Ley 807</i>	2012
Panama	<i>Ley General de Ambiente, n. 41</i>	1998
	<i>Decreto Ejecutivo 25 que reglamenta el artículo 71 de la Ley General de Ambiente</i>	2009
Pérou	<i>Ley 27.811</i>	2002
	<i>Ley 28.216</i>	2004
	<i>Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos</i>	2009
Philippines	<i>Executive Order 247</i>	1995
	<i>Republic Act 9147</i>	2001
	<i>Guidelines for bioprospecting activities</i>	2005
Polynésie française	<i>Loi 2012-5</i>	2012
Système d'Intégration Centre-Américaine (SICA)	<i>Acuerdo Centroamericano de Acceso a Recursos Genéticos y al Conocimiento Tradicional Asociado</i>	2003
Union Africaine (UA)	<i>Loi-Modèle africaine</i>	1998
Venezuela	<i>Ley de Diversidad Biológica</i>	2000
	<i>Normas de contrato de acceso a los recursos genéticos</i>	2001

Source : www.cbd.int.

De plus, les processus et les structures peuvent varier d'un pays à l'autre. On peut citer par exemple le cas de l'Afrique du sud, où la gestion de l'accès aux ressources génétiques est partagée entre le gouvernement fédé-

ral et les gouvernements des provinces²⁶, ou de l'Inde, où il existe des lois régissant l'APA au niveau national et au niveau des États fédérés²⁷.

Les pays ont recours à différentes stratégies pour mettre en place leurs mesures en matière d'APA. Dans certains d'entre eux, ce sont les législations nationales sur l'environnement ou le développement durable ou les lois sur la biodiversité, qui contiennent des dispositions relatives à l'accès aux ressources génétiques, c'est-à-dire le plus souvent des dispositions générales prévoyant, dans certains cas, l'établissement de règlements ou directives spécifiques sur l'APA. D'autres pays ont néanmoins choisi de réglementer l'APA de façon plus détaillée, notamment par le biais de lois et de décrets d'application régissant spécifiquement la matière. À titre d'exemple, alors que des pays comme le Mexique ont décidé d'intégrer des dispositions concernant l'APA dans les lois sur l'environnement déjà en vigueur²⁸, d'autres pays, à l'exemple du Brésil ont décidé d'élaborer un régime consacré expressément à l'APA, comprenant le plus souvent un ensemble de mesures réglementaires.

En effet, on peut classer les stratégies de mise en œuvre des mesures nationales sur l'APA en quatre grandes catégories. La première comprend les pays qui ont élaboré des lois générales sur l'environnement (ou sur la biodiversité) contenant des directives sur l'APA ainsi que des dispositions relatives à la conservation et à l'utilisation durable de la biodiversité, généralement destinées à mettre en œuvre l'ensemble de la CDB (Afghanistan, Kenya). La deuxième catégorie rassemble les pays qui ont modifié des lois existantes sur l'environnement et/ou le développement durable afin d'y inclure des dispositions en matière d'APA (Mexique, France en ce qui concerne notamment la Polynésie française et la Guyane). La troisième catégorie regroupe les pays qui ont adopté des politiques relatives à l'APA susceptibles de conduire ultérieurement à la prise de mesures législatives plus complètes en la matière (Nicaragua, Panama).

Les pays de la quatrième catégorie sont ceux qui ont réglementé l'APA de façon plus détaillée, notamment le

26 Biodiversity Act 2004, consultable sur: <www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-za-en.pdf>

27 Au moins six États fédérés de l'Inde disposent de lois régissant l'APA: Bengale Occidentale (2005), Sikkim (2006), Jharkhand (2007), Andhra Pradesh (2009), Meghalaya (2010), Arunachal Pradesh (2011).

28 À propos du Mexique, voir <<http://www.sciencesnaturelles.ch/organisations/biodiversity/abs/publications>>.

Brésil, la Colombie, le Costa Rica, le Pérou et les Philippines. En effet, les pays de cette catégorie adoptent généralement un ensemble de mesures, tant législatives qu'administratives, destinées à régir la bioprospection et à garantir le partage des avantages. Ils ont désigné des autorités nationales compétentes pour autoriser l'accès aux ressources génétiques, et mis en place des procédures pour l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause et pour l'élaboration de conditions convenues d'un commun accord et d'arrangements contractuels, y compris en ce qui concerne le partage des avantages entre utilisateurs et fournisseurs de ressources génétiques. Ils ont également pris des mesures visant à assurer le respect des exigences de la Convention.

En dépit de l'existence de législations nationales sur l'APA, les pays fournisseurs expriment leurs préoccupations devant le non-respect des conditions d'accès aux ressources génétiques par les utilisateurs. Ils critiquent surtout le faible engagement des utilisateurs envers les objectifs initialement visés par la CDB, notamment ceux concernant le partage juste et équitable des avantages et le transfert de technologies utilisées pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité. Les utilisateurs pour leur part, s'inquiètent de l'absence de sécurisation des transactions liées aux ressources génétiques, et ce, quelles que soient les précautions prises. Un cas exemplaire est celui du Mexique, où des projets de bioprospection ont été menés sous le cadre de la *Ley General del Equilibrio Ecológico*, et ont été ensuite interrompus en raison de conflits juridiques et de protestations sociales²⁹.

En effet, le cadre international régissant les échanges de ressources génétiques a été pendant longtemps composé d'un ensemble d'instruments multilatéraux à caractère volontaire, de mesures législatives nationales et d'arrangements contractuels. Mais alors que ce cadre était censé créer les conditions d'un partenariat harmonieux entre les différentes parties prenantes (États, chercheurs, industrie, communautés locales), un climat de forte suspicion s'est instauré au point que les accusations de biopiraterie sont devenues incontournables dans la plupart des pays fournisseurs de ressources gé-

nétiques³⁰. Selon Moretti et Aubertin, cette situation serait de nature à décourager la bioprospection³¹.

En tout état de cause, du côté des pays fournisseurs la frustration est grande. Vingt ans après l'entrée en vigueur de la CDB, ils disent supporter l'essentiel des coûts de régulation – moyennant la mise en place de législations nationales – sans bénéficier pour autant de retombées concrètes, que ce soit en termes financiers ou de transfert de technologies³². Il leur incombe en effet, la lourde tâche d'élaborer, mais également d'appliquer et de faire respecter les dispositions de la CDB en matière d'accès et de partage des avantages. Ces pays aimeraient voir les utilisateurs ou les pays ayant des utilisateurs de ressources génétiques sur leur territoire, prendre à leur tour des mesures pour faire respecter les dispositions issues de la Convention³³. On comprend alors pourquoi ils exigent la création d'un régime international qui soit juridiquement contraignant pour tous les pays membres de la CDB.

C'est pourquoi l'une des principales demandes des pays fournisseurs est de renforcer les mesures pour assurer le respect des dispositions de la CDB en matière d'accès et de partage des avantages de la part des utilisateurs de ressources génétiques.

3.2. L'inefficacité des réglementations nationales relatives au partage juste et équitable des avantages

Sous l'égide de la CDB, on s'attendait à ce que l'adoption de la loi nationale régissant l'APA garantis-

29 DUMOULIN, D.; FOYER, J. ONG transnationales et experts dans le débat démocratique: bioprospection et savoir indigène au Mexique. In: *PROBLEMES d'Amérique latine*, Paris, Choiseul. n. 54, p. 95-122, automne 2004. p. 118. ; SAMPATH, P. G. *Regulating bio-prospecting: institutions for drug research, access and benefit-sharing*. Tokyo: United Nations University Press, 2005. p. 81.

30 LOUAFI, S.; VARELLA, M. La régulation de la bioprospection au Brésil. In : JACQUET, P.; TUBIANA, L. (Dir.). *Regards sur la Terre 2008 : biodiversité, nature et développement*. Paris: Presses de Sciences Po, 2007. p. 155-164. p. 157.

31 Les auteurs soulignent deux facteurs: les barrières administratives imposées par les lois sur l'APA et le fait que chercheurs et industriels ne veulent pas se soumettre à l'arbitraire et répondre à des accusations de biopiraterie. MORETTI, C.; AUBERTIN, C. Stratégies des firmes pharmaceutiques: la bioprospection en question. In : AUBERTIN, C.; PINTON, F.; BOISVERT, V. (Dir.). *Les marchés de la Biodiversité*. Paris: IRD, 2007. p. 27-54. p. 53.

32 LOUAFI, S.; VARELLA, M. La régulation de la bioprospection au Brésil. In : JACQUET, P.; TUBIANA, L. (Dir.). *Regards sur la Terre 2008 : biodiversité, nature et développement*. Paris: Presses de Sciences Po, 2007. p. 155-164. p. 157.

33 LECLERC, T. *Analyse critique des principales mesures envisagées pour encadrer l'utilisation des ressources génétiques dans le cadre d'un futur régime international sur l'accès et le partage des avantages*. Montréal: Unisféra, 2004. p. 4. Disponible: <http://www.unisfera.org/en/publications_details.sn?pub=37>. Consulté le: 18 avr. 2016.

se que l'utilisateur souhaitant développer un produit à partir d'une certaine ressource génétique se soumette aux règles du pays d'origine de la ressource. Ces règles concernent notamment la procédure de consentement préalable en connaissance de cause (prérequis nécessaire à l'accès), et la mise en œuvre d'un contrat de bio-prospection, sous aval de l'autorité nationale compétente pour les ressources génétiques. C'est dans ce contrat que doivent figurer les clauses de partage des avantages, prévoyant que l'utilisateur puisse céder une part des bénéfices de l'exploitation au pays d'origine, afin que celui-ci continue à conserver ses ressources génétiques. Il est arrivé cependant que la propriété des ressources ne soit pas respectée ; des ressources génétiques ont en effet, été exportées, développées et commercialisées sans le consentement des pays qui les avaient fournies, et sans leur participation aux bénéfices qui en résultaient³⁴.

La procédure s'applique également dans l'hypothèse d'un institut de recherche ou d'une entreprise du même pays d'origine que celui de la ressource génétique, qui ne respecterait pas les dispositions en matière d'APA. En effet, quelle que soit l'origine de l'utilisateur, qu'il soit étranger ou non, il doit suivre les principes et règles de la loi nationale régissant l'APA³⁵. Dans les deux cas, la loi nationale agit pour assurer l'application effective du droit au partage des bénéfices (monétaires ou non-monétaires), qui seraient alors transmis aux pays fournisseurs pour qu'ils puissent mener davantage d'actions de conservation de la biodiversité.

Toutefois, vingt ans après l'adoption de la CDB, la question de l'équité dans le partage des avantages liés à l'exploitation des ressources génétiques reste toujours non résolue. L'établissement de normes strictes sur l'APA par quelque cent vingt-cinq pays est loin de résoudre le problème. En effet, si le nombre des pays ayant adopté des lois sur l'APA représente environ deux tiers des États membres de la CDB, ces régimes ne prévoient pas tous des mesures précises sur l'APA, ce qui s'avère inefficace face à l'objectif de partage des avantages, tant sur le plan juridique qu'administratif. Cette sorte d'asymétrie entre les différents régimes déjà adoptés en matière d'APA, et le fait qu'un grand nombre de pays

n'ait pas encore établi de régime national, remettent en cause l'efficacité et la cohérence d'un régime sur l'APA qui se veut global.

Si l'on prend, par exemple, le cas d'une plante originaire de deux pays frontaliers et que seul l'un d'entre eux possède une loi sur l'APA, cette ressource biologique et génétique peut éventuellement faire l'objet d'une prospection dans le pays dans lequel il n'existe pas de réglementation. La ressource reste donc en libre accès. Par ailleurs, il y a des cas où des pays utilisateurs développent un produit, se font accorder un brevet fondé sur des ressources génétiques originaires d'autres pays, et ne partagent pas les bénéfices³⁶. En résumé, lorsqu'il n'y a pas d'engagement légal des pays utilisateurs de ressources génétiques envers les lois des pays d'origine des ressources, le partage des bénéfices peut s'avérer bien en deçà de l'utilisation réelle de ces ressources.

Et que dire du cas où l'accès aux ressources génétiques est autorisé par le pays fournisseur, mais où l'utilisateur décide d'utiliser ces ressources avec une finalité de recherche autre que celle qui avait été convenue initialement. Ces cas peuvent se produire couramment. Cela peut advenir par exemple au moyen d'accords de transfert de matériel (ATM)³⁷, c'est-à-dire par la voie des échanges de ressources génétiques que font habituellement les pays en matière de recherche scientifique. Il peut alors arriver que le matériel soit transféré sous accord exprès du fournisseur à des fins scientifiques, mais utilisé ultérieurement pour développer un produit, sans se rapporter à la loi nationale sur l'APA. Comme le matériau est déjà hors du territoire d'origine, le droit du fournisseur n'a plus d'effectivité. En guise de solution, on pourrait envisager un instrument international juridiquement contraignant contenant des procédures permettant de vérifier un éventuel changement de finalité d'utilisation lors de la cession de ressources génétiques. Ce mécanisme permettrait d'engager la responsabilité de l'utilisateur et prévoirait les sanctions correspondantes.

36 BASTOS R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil. Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 81.

37 Un accord de transfert de matériel (ATM) régit le transfert et l'utilisation de matériel de recherche exclusif (biologique, chimique) mis à disposition par son propriétaire (le fournisseur) à une institution publique de recherche ou à une entité privée (l'utilisateur) qui souhaite utiliser ce matériel à des fins de recherche. En règle générale, l'utilisateur peut uniquement utiliser le matériel de recherche conformément aux dispositions de l'ATM, et n'est pas habilité à l'utiliser à des fins commerciales.

34 Voir Guide des bonnes pratiques pour la recherche universitaire sur les ressources génétiques, Académie suisse des sciences naturelles (SCNAT), Berne, Suisse, 2012, disponible sur: <<http://abs.scnat.ch/>>.

35 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil. Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 80.

La question du partage des avantages présente également des difficultés lorsque les informations sur les ressources génétiques (propriété, usage, utilité) ne sont pas recueillies directement sur le terrain, mais suite à la publication des résultats de recherches scientifiques. C'est par exemple le cas lorsque la recherche sur une ressource génétique aboutit au séquençage des acides aminés qui constituent une protéine donnée. Étant publiée, cette information devient accessible à tout pays qui veut synthétiser cette séquence et produire une protéine identique. Autrement dit, au moment où la ressource est accessible, le pays fournisseur n'a pas les moyens de contrôler ce type de transfert. Pour résoudre cette difficulté, il faudrait probablement mettre en place un mécanisme qui reconnaisse l'information comme étant liée à la ressource génétique, afin de garantir que le pays d'origine perçoive les avantages qui lui sont dus.

Ce n'est toutefois pas encore le cas, puisque, comme démontré précédemment, il existe des situations où il est possible d'utiliser les ressources génétiques sans tenir compte de la loi en vigueur dans le pays qui a fourni ces ressources. Cela justifie l'insistance des pays fournisseurs pour la mise en œuvre d'un régime international imposant à l'utilisateur de ressources génétiques de divulguer l'origine de ces ressources, sous peine de se voir priver de brevet, et prescrivant d'accorder obligatoirement des licences sur des innovations issues de l'utilisation de ces ressources.

En résumé, bien que les législations nationales soient indispensables, elles n'ont pas forcément le pouvoir de garantir la mise en œuvre du mécanisme au regard de l'objectif poursuivi par la CDB. En effet, les lois nationales sur l'APA ne sont pas en mesure de résoudre les problèmes essentiels, ce qui justifie l'adoption d'un régime international qui soit juridiquement contraignant pour tous les États. Ce régime contraignant pourrait fonctionner comme un instrument complémentaire aux lois nationales, et capable de garantir que la loi du pays fournisseur soit respectée par le pays utilisateur.

L'objectif de cet instrument est toutefois sujet à débat. Pour les pays en développement, la biopiraterie est une réelle menace pour les ressources génétiques présentes sur leur territoire³⁸. Dans cette optique, un régime international sur l'APA doit offrir une protec-

tion efficace contre cette pratique. Il devra dès lors, être en grande partie d'inspiration « défensive ». Les pays développés, pour leur part, ne nient pas le phénomène de biopiraterie, mais tentent de le minimiser en arguant que le vrai problème réside surtout dans le manque d'information scientifique et préconisent d'inciter les États à une meilleure transparence. Pour ces pays, essentiellement utilisateurs, le régime international sur l'APA devrait donc plutôt faciliter l'accès aux ressources génétiques pour ne pas décourager la bioprospection³⁹. Les négociations au sujet d'un régime international sur l'APA sont ainsi dominées par des positions fortement polarisées. La recherche d'un équilibre entre ces différents points de vue, constitue, de ce fait l'objectif majeur d'un instrument international susceptible d'assurer la pleine mise en œuvre des objectifs de la CDB.

4. L'ESQUISSE D'UNE MISE EN ŒUVRE SATISFAISANTE DE L'APA À TRAVERS LE PROTOCOLE DE NAGOYA

En 2004, lors de la 7^e Conférence des Parties à la CDB (COP-7) à Kuala Lumpur (Malaisie), les États ont décidé d'entamer les négociations pour examiner le processus, la nature, la portée, les éléments et les modalités d'un régime international sur l'APA qui soit contraignant pour tous. Dans la pratique, il s'agissait de poursuivre les travaux de la Convention relatifs aux Lignes directrices de Bonn (2002)⁴⁰ en vue d'adopter un instrument qui puisse mettre en œuvre de façon efficace et définitive les dispositions de la CDB en matière d'APA⁴¹. Des formules telles que « il était temps de passer de lignes directrices volontaires à un régime international contraignant »⁴² illustrent l'état d'esprit des États parties.

39 GROSS, A. R. *Diálogo sobre o Protocolo de Nagoya entre Brasil e União Europeia*. Brasília: MMA, 2013. p. 14.

40 Les Lignes directrices de Bonn ont été adoptées par la 6^{ème} Conférence des Parties qui a eu lieu à La Haye en 2002. Ces lignes directrices à caractère volontaire ont constitué une première étape vers la mise en œuvre d'un régime international contraignant propre à assurer un partage juste et équitable des avantages issus de l'utilisation des ressources génétiques.

41 COP-7, Décision VII/19.

42 On se réfère aux propos de Mme Cristina Narbona Ruiz, ministre espagnole de l'environnement, lors de la séance d'ouverture de la quatrième réunion du 'Groupe de travail spécial sur l'Article 8(j)' qui a eu lieu à Grenade (Espagne) en janvier 2006. Voir les rapports UNEP/CDB/COP/8/6 et /8/7 sur <www.cbd.int>.

38 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 84.

Après six ans de négociations, l'adoption du Protocole de Nagoya lors de la 10e Conférence des Parties, à Nagoya (Japon), en 2010, a donné un nouvel élan à la mise en œuvre de l'objectif de partage des avantages fixé par la CDB. Le Protocole entre officiellement en vigueur le 12 octobre 2014⁴³, lors de la 12e Conférence des Parties, à Pyeongchang (Corée du sud), à savoir conformément aux Objectifs d'Aichi pour la biodiversité (Plan Stratégique de la CDB 2011-2020), dont l'objectif 16 prévoyait l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya jusqu'à 2015.

Le Protocole de Nagoya constitue un instrument juridiquement contraignant de la CDB, dont le but est de remplir une triple fonction.

La première de ces fonctions est technique et juridique. Le texte vise avant tout à assurer une plus grande certitude juridique et une transparence accrue pour les fournisseurs et les utilisateurs de ressources génétiques. Pour ce faire, le Protocole incite les États à prendre des mesures législatives, administratives ou de politique générale, appropriées, efficaces et proportionnées, afin de garantir que l'accès aux ressources génétiques utilisées sous leur juridiction fera l'objet d'un consentement préalable éclairé. Il prévoit par ailleurs, l'établissement de conditions d'accès aux ressources génétiques négociées, et conformes aux lois ou aux réglementations nationales du pays fournisseur.

La deuxième fonction est d'ordre politique et organisationnel. À cet égard, le Protocole de Nagoya décrit les étapes du processus d'APA et, parallèlement, définit le rôle et les responsabilités des utilisateurs et des fournisseurs des ressources génétiques, en soulignant l'importance de la participation de toutes les parties prenantes.

La troisième et dernière fonction est conative, elle souligne l'importance du contenu d'un message destiné à tous, qui constituerait la véritable vitrine d'un régime efficace d'APA, en encourageant les utilisateurs et les fournisseurs à respecter leurs obligations au titre de la CDB.

En effet, l'objectif du Protocole de Nagoya est d'établir un cadre de sécurité juridique pour les échanges de ressources génétiques par le biais de mesures de conformité permettant de créer un climat de con-

fiance réciproque entre fournisseurs et utilisateurs de ces ressources. Ainsi, en ce qui concerne l'objectif premier de partage des avantages, le Protocole prévoit l'établissement de critères minimaux d'accès aux ressources génétiques à prendre en compte dans les lois internes de tous les pays qui se sont engagés à respecter le Protocole à la suite du dépôt de leurs instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion⁴⁴.

En somme, les États ont l'obligation de prendre des mesures pour garantir que les utilisateurs respectent la législation nationale du pays fournisseur. Ils doivent mettre en place des mécanismes de contrôle et de traçabilité, tels la délivrance, par l'autorité nationale compétente, d'un permis comme preuve d'obtention du consentement préalable. La divulgation de la source de la ressource génétique, et la conclusion d'un contrat de partage des avantages selon des conditions convenues d'un commun accord, le cas échéant⁴⁵, sont également requises.

Ce permis a donc valeur de certificat international de conformité et doit être enregistré dans le Centre d'échange sur l'APA de la CDB, l'*Access and Benefit-sharing Clearing House* (ABSCH)⁴⁶. Il incombe aussi aux États de prendre des mesures en cas de non-respect des obligations découlant du Protocole⁴⁷.

Tel que prévu dans la CDB, le Protocole de Nagoya s'applique aux ressources génétiques végétales, animales, microbiennes et autres (à l'exception des ressources génétiques humaines). Il s'applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et aux avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances⁴⁸. L'objectif est donc de promouvoir le partage des avantages résultant de l'utilisation de ces ressources et connaissances, en tant que stratégie d'action globale visant à contribuer à la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité.

Le Protocole de Nagoya fait ainsi progresser considérablement le partage juste et équitable des avantages, troisième objectif de la CDB, en établissant des normes contraignantes pour les États. Le nombre total de ratifications s'élève aujourd'hui à 78⁴⁹ et comprend des

43 90 jours après le dépôt du cinquantième instrument de ratification, celui de la Suisse le 11 juillet 2014.

44 Article 1^{er} combiné avec les articles 6, 15 et 33 du Protocole de Nagoya.

45 Article 13 combiné avec l'article 17 du Protocole.

46 Voir <<https://absch.cbd.int/>>.

47 Articles 15 et 16 combinés avec l'article 30 du Protocole.

48 Article 3 du Protocole.

49 Suite à l'accession de la Chine au Protocole le 8 juin 2016. Voir

pays de toutes les cinq régions des Nations Unies, notamment l'Afrique du Sud, l'Inde, le Mexique et le Pérou, parmi les plus riches en biodiversité. Parmi les pays développés, le Danemark, l'Espagne, la Norvège et la Suisse ont ratifié le Protocole. Le Parlement européen a, pour sa part, adopté en avril 2014 le Règlement n° 511⁵⁰ qui autorise l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya à l'échelle de l'Union européenne et établit des normes pour sa mise en œuvre. On peut s'étonner que le Brésil, souvent présenté comme le pays le plus riche en biodiversité, et constamment présent dans les négociations qui ont mené à l'adoption du Protocole de Nagoya, n'ait pas encore ratifié l'instrument.

5. CONCLUSION

Le Protocole de Nagoya sur l'APA est un accord international qui renforce et soutient la mise en œuvre de la CDB, dans son troisième objectif spécifique, le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques. Vingt ans après l'entrée en vigueur de la CDB, le Protocole est le résultat de la prise de conscience par les États que l'adoption de mesures nationales et régionales sur l'APA a été insuffisante pour permettre la pleine mise en œuvre du troisième objectif de la Convention.

En effet, les stratégies de mise en œuvre et le contenu des législations nationales sur l'APA variant d'un État à l'autre, cela entraîne de nombreux obstacles à la mise en place d'un mécanisme global permettant de réguler les échanges internationaux de ressources génétiques. Le Protocole de Nagoya vise à mettre fin aux dysfonctionnements liés à la gouvernance des ressources génétiques et donc à assurer la mise en œuvre d'un régime international sur l'APA, qui soit à la fois contraignant et efficace.

Si, on peut considérer l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya, comme une indéniable avancée en

matière d'APA, il convient toutefois d'attendre la suite des mesures à prendre par les États en fonction du Protocole afin d'évaluer son application effective. En effet, la plupart des États membres de la CDB n'ont toujours pas signé le Protocole et à peine plus d'un tiers l'ont ratifié. Ce faible nombre de signatures et de ratifications du Protocole durant les six ans qui ont suivi son adoption en 2010, révèle les difficultés de mise en œuvre d'un régime international efficace sur l'APA.

L'enjeu est, en effet, considérable dans la mesure où la régulation de l'accès aux ressources génétiques présuppose des interventions dans plusieurs domaines n'ayant jamais fait l'objet de réglementation. Cela invite à l'innovation et implique l'élaboration de propositions à plusieurs niveaux au regard de la chaîne d'acteurs concernés (industriels, chercheurs, communautés traditionnelles). L'avenir du Protocole passe, de ce fait, par l'engagement des États à œuvrer pour la bonne gouvernance des ressources génétiques, à la fois par le biais de mécanismes de coopération, de régulation, et de contrôle, ainsi que par la voie d'une harmonisation progressive des législations nationales et des contrats sur l'APA.

Dès lors, l'enjeu du partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques semble désormais dépendre de la mise en œuvre effective du Protocole de Nagoya.

RÉFÉRENCES

- BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011.
- BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: le cas du régime d'accès et partage des avantages au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011, p. 26. Disponible: <<http://www.apebfr.org/passages-deparis/editione2011/articles.html>>. Consulté le: 18 avr. 2016.
- BELLIVIER, F., NOIVILLE, C. *Code de conduite et équité des échanges de ressources génétiques*. *Iddri, coll. Idées pour le débat*, Paris, n. 15, 2006.
- BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. *Tiers monde et biodiversité: tristes tropiques ou tropiques d'abondance? La régulation internationale des ressources génétiques mise en perspective*.

l'état des signatures et des ratifications du Protocole sur le site officiel de la CDB en <<https://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>>.

50 Règlement (UE) n. 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, *Journal Officiel de l'Union Européenne*, 20 mai 2014, L- 150, p. 59.

- BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Un marché pour la biodiversité ? In: AUBERTIN, C.; PINTON, F.; BOISVERT, V. (Dir.). *Les marchés pour la biodiversité*. Paris: IRD, 2007. p. 223-243.
- BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Tiers monde et biodiversité: tristes tropiques ou tropiques d'abondance? La régulation internationale des ressources génétiques mise en perspective. *Revue Tiers Monde*, n. 181, t. XLVI, p. 185-206, 2005.
- COMPAGNON, D. La biodiversité, entre appropriation privée, revendications de souveraineté et coopération internationale. *Développement durable et territoires*, dossier 10, 2008. Disponible: < <http://developpementdurable.revues.org/5253>>. Consulté le: 28 avr. 2016.
- DUMOULIN, D.; FOYER, J. ONG transnationales et experts dans le débat démocratique: bioprospection et savoir indigène au Mexique. In: *PROBLEMES d'Amérique latine*, Paris, Choiseul. n. 54, p. 95-122, automne 2004.
- GROSS, A. R. *Diálogo sobre o Protocolo de Nagoya entre Brasil e União Europeia*. Brasília: MMA, 2013.
- LE PRESTRE, P. The convention on biological diversity: negotiating the turn to effective implementation. *ISUMA*, p. 92-98, fall/automne, 2002. p. 93. Disponible en: <www.cbd.int/doc/articles/2002-/a-00319.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016.
- LECLERC, T. Analyse critique des principales mesures envisagées pour encadrer l'utilisation des ressources génétiques dans le cadre d'un futur régime international sur l'accès et le partage des avantages. Montréal: Unisféra, 2004. p. 4. Disponible: <http://www.unisfera.org/en/publications_details.sn?pub=37>. Consulté le: 18 avr. 2016.
- LOUAFI, S.; MORIN, J. F. Gouvernance internationale de la biodiversité: impliquer tous les utilisateurs de ressources génétiques. *Iddri, coll. Synthèses*, Paris, n. 4, p. 1-4 fév. 2004. Disponible: <www.iddri.org/Publications/Collections/Syntheses/sy_0401_louafi&morin_abs.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016.
- LOUAFI, S.; VARELLA, M. La régulation de la bioprospection au Brésil. In : JACQUET, P.; TUBIANA, L. (Dir.). *Regards sur la Terre 2008 : biodiversité, nature et développement*. Paris: Presses de Sciences Po, 2007. p. 155-164.
- McNEELY J. A. et al. *Conserving the world's biological diversity*. Gland, Switzerland; Washington D.C.: The International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, World Resources Institute, Conservation International, World Wildlife Fund-US and World Bank, 1990.
- MEDAGLIA, J. C.; PERRON-WELCH, F.; PHILLIPS, F. K. *Overview of national and regional measures on access to genetic resources and benefit-sharing: challenges and opportunities in implementing the Nagoya Protocol*, Montréal, CISDL. 3^{ème} ed. 2014.
- MORETTI, C.; AUBERTIN, C. Stratégies des firmes pharmaceutiques: la bioprospection en question. In : AUBERTIN, C.; PINTON, F.; BOISVERT, V. (Dir.). *Les marchés de la Biodiversité*. Paris: IRD, 2007. p. 27-54.
- SAMPATH, P. G. *Regulating bioprospecting: institutions for drug research, access and benefit-sharing*. Tokyo: United Nations University Press, 2005.
- WILSON E. O. A situação atual da diversidade biológica. In: WILSON, E. O. (Org.). *Biodiversidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 3-24.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Killing the green goose:

legal limits to develop and sell
biodiversity goods

**Os limites jurídicos para
desenvolver e vender produtos
da biodiversidade**

José Augusto Fontoura Costa

Liziane Paixão Silva Oliveira

Killing the Green goose: legal limits to develop and sell biodiversity goods*

Os limites jurídicos para desenvolver e vender produtos da biodiversidade

José Augusto Fontoura Costa**

Liziane Paixão Silva Oliveira***

ABSTRACT

Biodiversity and its protection are at the centre of international environmental discussions. The legal regimes set by the Convention of Biological Diversity and the Nagoya Protocol, not yet in force, are aimed to foster the protection of biodiversity through legal distribution of rights and a regime focused on ecosystems, not singular species. However, the tension between economically efficient protection and distributive concerns, as well as a complex structure of entitlements, mitigates the use of market mechanisms to approach a sustainable use of biodiverse resources. This article proposes the evaluation of the conventional dispositions from an economic perspective, as well as the tensions between two predominant legitimating discourses. It concludes that the international legal regime in force is not enough to grant an efficient use of biodiverse resources, as well as an optimal standard of protection, since it limits the state capabilities to lay down more efficient statutes and implement liberal policies.

Keywords: Biodiversity. Convention on Biological Diversity. Nagoya Protocol. Genetic resources. Biodiverse resources.

RESUMO

A biodiversidade e sua proteção estão no centro das discussões ambientais internacionais. Os regimes jurídicos postos pela Convenção da Diversidade Biológica e pelo Protocolo de Nagoya, este ainda sem vigor, têm o objetivo de fomentar a proteção da biodiversidade mediante a distribuição jurídica de direitos subjetivos e construção de um regime pautado pela noção de ecossistema, não de espécies isoladas. Não obstante, a tensão entre a proteção economicamente eficiente e preocupações distributivas, bem como a estrutura complexa das titularidades, mitigam o uso de mecanismos de mercado para abordar o uso sustentável de recursos biodiversos. Esse artigo propõe a avaliação de disposições convencionais a partir de um viés econômico, bem como das tensões entre os dois discursos predominantes de legitimação. Ele conclui que o regime jurídico internacional em vigor não é suficiente para garantir o uso eficiente dos recursos biodiversos, bem como um padrão ótimo de proteção, pois limita a capacidade estatal de estabelecer leis e regulamentos mais eficientes, bem como implementar políticas mais liberais.

* Recebido em 13/04/2016
Aprovado em 28/05/2016

** Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Pesquisador de produtividade do CNPq.

*** Professora da Universidade Tiradentes, Doutora em Direito pela Université d'Aix Marseille III, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

Palavras-chave: Biodiversidade. Convenção da Diversidade Biológica. Protocolo de Nagoya. Recursos genéticos. Recursos biodiversos.

1. INTRODUCTION

A strong and sound market for genetic resources and related goods generates strong incentives to biodiversity conservation. Nevertheless, the legal regime laid down by the Convention on Biological Diversity (CBD) looks to bar the widespread use of such assets and, consequently, of many possible socio-environmental benefits. At least partially, the negative incentive to the employment of biodiverse inputs is the result of unclear norms on access to resources, its ownership and downstream limits to use of such assets.

In 2010 during the COP-10, the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity was adopted and was implemented on October 12th of 2014.¹

This article discusses the legal aspects related to the economics of biodiversity and genetic resources. It focuses the limits of ownership rights implemented by the domestic law and its evaluation from the point of view of two disputing discourses: one oriented by sovereign developmental goals and other oriented to the maximization of environmental protection.

2. THE OBJECTIVES AND PRINCIPLES OF THE CBD

The CBD was signed on June 5th, 1992, and came into force on December 29th, 1993. By the adhesion of Andorra in May 20015, the figure of 196 Members was reached. The Convention was preceded by the creation by the United Nations Environmental Program in 1987 of a Committee, which consisted of a working group to study the implementation of an umbrella convention to bring together all the existing treaties related to the issue.

The negotiation process was polarized in three lines of tension: between developed and developing countries, between transition (ex-communist) and developed

countries, and between transition and developing countries. A main point put forward by these states was the need to grant special conditions to their further development, since both developed and transition countries historically depleted their ecosystems in order to grow. In economic terms, it puts the question of an *efficient and sustainable use* of natural resources – biodiversity included – as necessarily limited by *distributive effects* in terms of rights to pollute and exploit non-renewable and renewable resources to developing countries. As generally perceived, the fair distribution of wealth could be Pareto inferior in terms of conservation, as far as benefits to developing countries are granted in a higher degree.

Therefore, some economic instruments devoted to correct inequalities have been put on the table and, as a consequence, the final text contemplates both the conservation of biodiversity as far as the economic gains of countries that have conserved their own biodiversity.

Accordingly to the negotiated concessions, the CBD Article 1 identifies two finalities: (a) the biodiversity conservation, and (b) the sustainable use and fair and equitable share of benefits from the genetic resources. Transfer of technology, funding and appropriate access, and *inter alia*, are instruments to implement fairness and equitability to the genetic resource benefit sharing².

Considering the whole convention, Lakshman Guruswamy organizes it around three structuring principles: equity and resource transfers, conservation and sustainable use, and common but distinct responsibility. Although they are not the only principles that could be correctly extracted from the CBD text, they are very revealing of the unsolved tension between developed and developing countries. The third principle links “equity and sustainable development together”³, as if words would be enough to conciliate efficiency and distributive goals. Consequently, it is legitimate to ask if that is enough.

The analysis of economic aspects of conservation and of the fair and equitable share of the benefits is

1 In 2016 the Nagoya Protocol has 69 Parties. (CDB Secretariat).

2 Nagoya Protocol Article 1 - “[t]he objective of this Protocol is the fair and equitable sharing of the benefits arising from the utilization of genetic resources, including by appropriate access to genetic resources and by appropriate transfer of relevant technologies, taking into account all rights over those resources and to technologies, and by appropriate funding, thereby contributing to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components”.

3 GURUSWAMI, Lakshman D. *International Environmental Law in a Nutshell*. 2. ed. Eagan: Thomson-West, 2003.

fundamental to understand the incomplete conciliation of CDB's objectives.

3. BIODIVERSITY AS A PUBLIC GOOD

CBD's Preamble recognizes the "intrinsic value of biological diversity". However, its definitions (Article 2) and operative clauses are far away from any ecocentric doctrine, as well as any moral commitment to other species. As Birnie and Boyle point out:

The Preamble's first recital begins by recognizing, without further explanation, 'the intrinsic value of biodiversity', as well as other values – ecological, genetic, social, economic, scientific, educational, cultural, recreational, and esthetic. [...] The other Preambular recitals refer to biodiversity, however, solely as a 'resource'. The substantive articles define 'biological resources' as including 'genetic resources, organisms or parts thereof, populations or any other biotic component ecosystems *with actual or potential use or value to humanity*', a more anthropocentric approach. The preamble reinforces this in noting that conservational use of biodiversity is critical for meeting the food, health, and other needs of the growing population.⁴

Nevertheless, the shyer and shallower approach of earlier conventions was clearly replaced by an integrated view of ecosystems, instead of singular species or resources, as the unit to be conserved.

In fact, former conventions on the protection of species focus on economically useful animals or plants and propose regimes that control exploitation, such as hunting seasons and limited quotas⁵. The depletions faced were result of overexploitation, not systemic crisis. Considering the interest to protect stocks as the primary goal of such treaties, it is not hard to understand the substantial change brought by an approach that took whole ecosystems into account: as the exclusive goods resulting from harvesting were replaced by the nature itself, a complex public good – the biodiversity – occu-

pies now the centre of the stage.

In other words, the CBD does not protect directly the interests of people entitled to harvest or to exploit the natural resources. It does protect the whole humankind – since biodiversity is defined as "a common concern". So, *the notion of a collective or public good explains better the focus of the CDB than the doctrines of intrinsic value*. This is not a statement without consequence though, since the acceptance of the biodiversity value as being economic implies, necessarily, a less than absolute character. As far as it is accepted as holding a relative value, the biodiversity can, legitimately, be exchanged for other goods.

Since biodiversity is legally defined as a public good, whose beneficiary is the whole humankind, its depletion or diminishment, although in favour of any economic actor, represents a decrease of utility to all other people. So, in order to understand how to protect biodiversity, it is necessary to understand the reasons of its former destruction as well as the market mechanisms that can help to conserve it.

4. ECONOMICS OF BIODIVERSITY

Depletion of biodiversity might result from a wide variety of causes. To summarize, two usual sets will be remembered: (a) on one hand, Jared Diamond's expression "quartet of evil", referring to habitat destruction, overkill, introduced species, and secondary extensions⁶; (b) on the other hand, Edward Wilson's acronym HIPPO, referring to habitat destruction, invasive species, pollution, population, and over harvesting.⁷

Gerd Winter follows a report from the German Advisory Council on Global Change (GACGC) (2001) in adopting a syndromic view of the environmental issues, which considers systemic dynamics that identifies the human economic activities and its effects on the environment.⁸ The document describes sixteen syndromes and six environmental problems. The identification of these

4 BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E. *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 573

5 For example: Migratory Bird Treaty Act of 1918; International Convention for the Regulation of Whaling (ICRW), Washington, 1946; Convention on Wetlands of International Importance, especially as Waterfowl Habitat, Ramsar, 1971; Convention on the International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (CITES), 1973; Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals, (CMS), Bonn, 1979; Convention of the Protection, Management and Development of the Marine and Coastal Environment of the Eastern African Region, Nairobi, 1985.

6 DIAMOND, J. M. "Normal" extinctions of isolated populations. In: NITECKI, M. H. (Ed.). *Extinctions*. Chicago: University of Chicago Press, 1984. p. 191-246.

7 WILSON, Edward O. *The Future of Life*. New York: Knopf, 2002.

8 WINTER, Gerd. Introduction, In: WINTER, G. (Ed.). *Multi-level Governance of Global Environmental Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

questions follows the criterion that they are predominately geographic but also regards the complexity of causes and effects to identify the following clusters: climate change, ozone depletion, oceans at risk, biodiversity loss and deforestation, soil degradation, and freshwater. It is interesting to stress that even though biodiversity is nominally referred only to forest, it is obvious that oceanic and freshwater species are also included in the broad concept. Moreover, all of the 16 syndromes affect biological diversity and, within them, 14 strongly affect it.⁹

Syndromic GACGC analysis also classifies them in three broad categories

1. *'Utilisation' syndromes*: Syndromes as a consequence of inappropriate utilization of natural resources as factors of production;

2. *'Development' syndromes*: Human/environment problems resulting from non-sustainable development processes;

3. *'Sink' syndromes*: Environmental degradation due to inappropriate disposal of the effluents of human society.¹⁰

These categories are linked to three distinct economic situations, which also embrace Diamond's and Wilson's sets of environmental issues:

1. One or a limited set of living elements of an ecosystem is highly valuable and, therefore, it is exploited in rates higher than the natural reposition ones (utilisation syndromes, overkill, overharvesting);

2. Land, water, or any other mineral resources are economically valuable and the natural ecosystem represents a barrier to their complete use (developmental syndromes, habitat destruction, deforestation, population, secondary extensions); and

3. Externalities, such as pollution and invasive species, occur due to the lack of manifest preferences to conserve the ecosystems and their sites (sink syndromes, pollution).

9 GERMAN ADVISORY COUNCIL ON GLOBAL CHANGE. *New Structures for Global Environmental Policy*. London: Earthscan, 2001. Available in: <http://www.wbgu.de/wbgu_jg2000_engl.pdf>. Consulted on: 16 July 2015. WINTER, Gerd. Introduction. In: WINTER, G. (Ed.). *Multilevel Governance of Global Environmental Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

10 GERMAN ADVISORY COUNCIL ON GLOBAL CHANGE. *New Structures for Global Environmental Policy*. London: Earthscan, 2001. Available in: <http://www.wbgu.de/wbgu_jg2000_engl.pdf>. Consulted on: 16 July 2015.

The first item refers to the overexploitation problem, usually approached through the concept of tragedy of commons. This expression, popularized by a Garrett Hardin's essay to *Science*, refers itself to a situation in which a resource is exploited by more than a single individual or organization and, as a result of the selfish seeks for higher revenue; the use of the resource extrapolates an optimal rate.¹¹ Generally, there are two possible solutions: privatisation and regulation. Enclosure and privatisation lead to a better utilisation of the resource, since the owners are interested in obtaining the best possible revenues, which are expected to result from the self-interest in maximizing wealth. Regulatory solutions depend on the external intervention of the state – as well as any other political entity – to distribute the shares and to control the respect of the established rules. Self-regulatory and cooperative structures, such as traditional division of labour as well as wealth and communitarian management, both approximate the solution to privatisation and regulation, since, on one hand, the socio-political arrangements create a collective actor who is able to seek optimal results; on the other hand, regulatory structures are committed to the group, and the management costs are supported by the own community.

Nevertheless, the approach to overexploitation, through the tragedy of the commons concept, does not cover the whole issue of biodiversity. The good protected by both privatizing and regulation solutions is not necessarily the biodiversity itself, but the optimal use of a natural resource, which almost always is not an entire ecosystem, but an element that can be individualized, captured, and incorporated to the economic human life. In other words, it can be useful to protect alligators, whose skin is a valuable asset to produce purses and shoes, but it cannot protect the natural niche of the species from its mass production in farms, far more efficient in getting financial revenues.

As a consequence, solutions to overexploitation problems cannot be regarded as a panacea to biodiversity protection, especially considering the integrated ecosystemic approach. Therefore, it is a very valuable instrument to take care of single species as well as biomes that cannot be easily farmed, both due to natural and

11 HARDIN, Garrett. The tragedy of commons, In: *Science*, n. 167. 1967. Available in: <<http://www.sciencemag.org/cgi/print/162/3859/1243.pdf>>. Consulted on: 16 July 2008.

regulatory hardships, such as high seas and protected areas, respectively.

The second economic situation deals differently with biodiversity, especially regarding the destruction of biomes in order to open new agricultural areas. If in some regions the deforestation has slowed down in recent years¹², it is still increasing in some other regions such as South-East Asia.¹³ Indeed, biodiversity is a function of space occupied by ecosystems; therefore, the reduction of areas that are natural habitats of many species, implies the *in situ* destruction of those species.

The very wide scope covered by the definition of biodiversity as a “common concern of humankind” that extends itself to future generations does not help to find people and groups immediately interested in its conservation. As a pure public good, it is not provided under market conditions, since preferences do not get revealed.

The classical available solution is a commanding and controlling one. The lack of a global state-like authority implies the absence of international public policies, taxes, and enforcers, though. Therefore, CBD follows the pattern of creating conventional obligations to states, which would be responsible for the protection of ecosystems in their territories and for the cooperation to conserve biodiversity of global commons. Nevertheless, operative clauses are very loose, full of evasive formulations such as ‘as far as possible’, and ‘as appropriate’.

The protection of biodiversity is, as a consequence, formally in the sole hands of the states. Sometimes, though not every time, states, which are the only entities that actually hold all necessary features to set and implement public policies, have specific economic or political interests in protecting natural areas and biodiversity. Moreover, if the benefits resulting from the public good supply are higher than the gains of any alternative

use plus the implementation costs, the efforts of the organized civil society and the business sectors may be able to produce awareness as well as specific actions devoted to the environmental conservation.

The third situation is very close to the second one. The same public good – biodiversity – is at stake, the reason for the failure in offering it is not the same, though. Waste disposal, pollution, and invasive species, which can be regarded as a special kind of pollution, are economic effects of the human activity that are usually kept outside the accountancy of productive and consumptive processes or, in short, externalities.

If, on one hand, the menace to biodiversity due to a more intense economic use of the land often depends on private ownership of this resource, the externalities normally affect public goods, commons, or relatively pulverized sets of exclusive private goods. Indeed, the property rights induce their owners to protect the goods and to resist the negative effects from external activities as far as their costs are lower than the damages generated. In the condition of absence or a high fragmentation of the ownership (commons, pulverised property), public policies are necessary to deal with the problem.

To solve the externality problem, it is possible to foster the diminishment of the costs of internalization, or to enforce a command and control policy. For instance, special credit lines to acquisition of anti-pollution filters is an action that makes easier to the polluter to cut down the negative effects of his or her activity. Alternatively, contracting more inspectors to help the enforcement of legal penalties can lead to the same results. In the presence of two or more methods, a good manager shall choose a better mix in terms of costs and benefits. Since the problem of externalities admits inductive instruments as possible solutions, it does not necessarily demand any kind of international state to enforce policies and public decisions.

Nevertheless, since legal and social distribution of property is an important variable, it is also possible to increase the social pushes towards the control of externalities through the assignment of property rights. The clear attribution of ownership rights over biodiversity is, therefore, a very strong instrument to mitigate negative externalities.

It does not mean that such property rights should necessarily be attributed to private owners. It is, of cour-

12 “Recent efforts have reduced Amazon deforestation in 2013 by 70% below the historical 1996–2005 baseline of 19,600 km² per year. Deforestation in the Cerrado has remained high. Deforestation has steadily declined in the Atlantic Forest despite a slight increase in 2013. “ UNITED NATIONS. Secretariat of the Convention on Biological Diversity. *Global Biodiversity Outlook 4*. Montréal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2014. p. 53. Available in: <www.cbd.int/GBO4>. Consulted on: 16 Jan. 2016.

13 UNITED NATIONS. Secretariat of the Convention on Biological Diversity. *Global Biodiversity Outlook 4*. Montréal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity 2014. p. 52. Available in: <www.cbd.int/GBO4>. Consulted on: 16 Jan. 2016.

se, a possible solution, as well as the state ownership. Moreover, through the strengthening of cooperative ties among pulverized owners, it is possible to unify the action. Cooperatives, federations of indigenous people, and governmental action towards the empowerment of local communities are good examples of coordinated and cooperative instruments to unify interests and action. A multiple owner, such as scattered group of peasants, can become a single entitled entity, such as a cooperative, that is far more able to identify and to fight those negative effects over their properties.

As far as biodiversity, or any of its aspects, is marketable, the interest of their owners can converge to its protection; therefore, some benefits thereof shall be exclusive.

As it has been discussed in the former topic, biodiversity is treated by the CBD as a public good that, at least in some aspects, is a pure one. Since it is well known, a pure public good cannot be exclusively appropriated due to its own characteristics or to the high costs of exclusivity. It is possible, moreover, that the legal system prohibits the private appropriation of some goods, which turn in legally collective. Nevertheless, the CBD did not lay down that all biodiversity and its aspects are *legally* public and, as a consequence, it can be appropriated by private or public entities. This interpretation is corroborated by the Preamble, which expressly recognises a wide set of value: “ecological, genetic, social, economic, scientific, educational, cultural, recreational, and aesthetic”. Some of these values only have some sense if the goods are exclusive.

So, the CDB admits that biodiversity can be economically valuable – the so-called resources. As a resource, biodiversity (species, materials, and ecosystems) may generate sustainable economic activity, such as services and trade. For instance, ecotourism, voluntary donations to keep natural areas untouched, and traditional and indigenous handcraft trade, *inter alia*, are generally regarded as activities that foster the conservation of natural sites and biodiversity. The use of genetic resources is a particular case of it.

Summarizing, three economic problems affect the biodiversity: overexploitation of natural resources, need for land and other natural resources, and externalities. The dynamics of both overexploitation and externality problems can be, in some extension, dealt with ownership assignments as well as actions to increase the value

of consistent products to conserve the biodiversity. If the value of land or other resource is higher than the value of the resource based on the biodiversity, the only solution is the regulation. In other words, market instruments are not effective to prevent depletion of ecosystems unless some effective economic values result from it and they are not overwhelmed by the revenues from other uses of land and other resources.

The meaning of genetic resources as well as the dynamics of its marketability is important to understand the effects of access regulation and the share of benefits over protection and conservation of biodiversity.

5. GENETIC RESOURCES AS ECONOMIC GOODS

The CBD is the first document that makes clear that access to genetic resources is not free but it is under the state sovereignty. As Article 15 (1) states, “the authority to determine access to genetic resources rests on the national governments and is subject to national legislation”, and a mutually agreed price is to be paid for the access. The prior informed is the key to validate the contractual terms of access.

CBD, Article 2, defines some important expressions as follows:

“*Biological resources*” includes genetic resources, organisms or parts thereof, populations, or any other biotic component of ecosystems with actual or potential use or value for humanity.

[...]

“*Genetic material*” means any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity.

“*Genetic resources*” means genetic material of actual or potential value.

These definitions clearly set that genetic resources are material, tangible goods. The technical and scientific descriptions as well as the intellectual property (IP) rights derived thereof are no genetic resource.

Interpreting the definition of genetic material in an extensive manner, every material extracted from biological resources whose DNA was not destructed, also encompasses genetic material. Timber, fish, and a myriad of plants and animals normally sold as commodities, would be under restrictions of access applied to biotechnological research or *ex situ* breeding. The defi-

nition of “utilization of genetic resources” was firmly embedded in the Nagoya Protocol. According to the article “Utilization of genetic resources”, it is necessary to conduct research and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the use of biotechnology as defined in Article 2 of the Convention;¹⁴

Such interpretation is to be kept away not only because its effects are dysfunctional, but because it is wrong. In fact, the concept of “genetic resources” cannot be equalized to “biological resources” one, since it would be nonsense to define two synonymous concepts in the same text through the use of equivalent terms. In fact, genetic resource is genetic material that is potentially and actually valuable as such, that means, “functional units of heredity” which can be used to the reproduction of specimens as well as to the synthetic production of proteins or other substances.

So, there are just a few situations, mainly related to endangered species, in which the access to genetic resources could, under special circumstances, imply over-exploitation. Since the access is limited to samples, a high price of the genetic resources would hardly derive from its scarcity. The price of the samples would account nothing but the costs of sample operations plus the payment of the local material holders. This situation seems to be unfair to at least some important negotiating parties of CBD, especially to the underdeveloped countries backed by a developmental discourse.¹⁵

From this material perspective, genetic resources are very close to immaterial goods, since its use to breeding or to synthesizing is not rivalrous. It means, plainly, that the use of a genetic resource does not exclude others from the use of an equivalent genetic resource to the same specific finalities.

In fact, there is an important market on genetic material from animals that held very special characteristics, such as awarded bulls, which does not depend on special regulation to exist, since, in fact, the good at state

has its production limited by the material condition of a small group of animals. It is to be clearly distinguished from the breeding or cropping of certain species, whose genetic material could be, indistinctly, sampled through the access to any of its representative individuals. Attributing any special value to such genetic resources, depends on the creation and entitlement of property rights in a fashion very close to the IP rights.

The most common argument to justify IP rights is based on the dynamics of invention and production. This argument defends the need of exclusive rights that derives from creation or invention and, consequently, is an incentive to further research and artistic activities. The social and legal creation of an ownership system that encompasses immaterial objects is a necessary condition to implement a market and, in the specific case of IP rights, is clearly aimed to it.¹⁶

In fact, genetic resources are material; however, as it has been pointed out, they are not necessarily scarce in consequence of their materiality. They are due to the fact that the information contained a DNA chemical support – or any functional unit of heredity – that can be used in the *ex situ* breeding of plants and animals or, otherwise, through biotechnological devices. Therefore, the original set of individuals or parts thereof can be multiplied and perpetuated without any need for further samples. Consequently, it gets clear that legal entitlement to exclusive rights over genetic resources through the regulation of the access is aimed to create scarcity and, consequently, a market for the access itself.

So, it is important to understand the motives and justifications for the creation of such property system.

6. TWO DISCOURSES: RIGHT TO DEVELOPMENT AND EFFICIENT CONSERVATION OF BIODIVERSITY

At least two popular discourses are articulated in order to justify the CBD clauses that restrict access. On one hand, the *discourse of right to development* stands the well known narrative of structural unbalance between North and South and the need to bridge the development gap. The use of genetic material from Southern

14 Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity, adopted at the CBD COP-10 on 29 October 2010. Available in: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>.

15 See BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E. *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press, 2002; GURUSWAMI, Lakshman D. *International Environmental Law in a Nutshell*. 2. ed. Eagan: Thomson-West, 2003.

16 PICCIOTTO, Sol; CAMPBELL, David. Whose molecule is it anyway?: private and social perspectives on intellectual property. In: HUDSON, Alistair (Ed.). *New perspectives on property law, obligations and restitution*. London: Routledge-Cavendish, 2003.

territories would be a kind of colonial exploitation and a historical debt should be paid by industrialised countries. On the other hand, the *discourse of efficient conservation of biodiversity* states that the fair and equitable share of benefits is primarily aimed to incentive developing countries to conserve their biodiversity, since they can perceive it as a future source of revenues.

The discourse of the right to development is built on the foundations set by a sharp structural division between developed and developing countries. In its more radical version, both the colonial and the free trade international systems are regarded as tools that widen the developmental gap, since they favour the central economies – mainly the US – and eternalise the backwardness of the third world. North-South relations are primarily conflictive and the objectives of developing countries are to conquer rights and benefits in order to increase their power in the international arena until they equalise or surpass the power of developed countries. The notion of fairness defended by its discourse focus on the retributive justice as well as the historical debts accumulated during the colonial period; also, the biodiversity is an additional instrument to reach the objectives of increasing the national wealth and, consequently, power.

Therefore, the notion of “fair and equitable share of benefits”, following this discourse, cannot be established by the market once the necessary fairness includes a compensatory dimension established by the retributive patterns of justice. The own market is primarily seen as an instrument of international oppression and dominance by the North over the South and any increased interdependence means, essentially, more dependence.

Conversely, the discourse of efficient conservation of biodiversity presupposes that the CBD was signed to protect biological diversity. Consequently, the instruments thereby adopted aim primarily the environmental protection. Therefore, it sets forth that, though states are members of international organisations and responsible for their acts, biodiversity is a public good, the relevant stakeholders are all individuals encompassed by the concept of “common concern of humankind”¹⁷, and indigenous and local communities.

This perspective displaces states from the centre of

17 See KISS, Alexandre-Charles. *La notion de patrimoine commun de l'humanité*. Boston: Brill, 1982. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law, v. 175).

the discussion; therefore, the North-South conflict becomes the greatest concern therewith. Since the individuals and the communities are stakeholders, the development itself is assessed by their living standards and perceptions, and cannot be strongly equalized to the growth of the state wealth anymore. It is necessary to stress that perception and discourse are not exclusive of the biodiversity or of the environmental fields, but they are increasingly influent in international documents and norms, such as the Millennium Development Goals as well as the conditionalities of international financing institutions.

The “fairness and equity” hold another in this discourse.¹⁸ At first, the regard is far more prospective, since there is no need to compensate former colonial inequalities; future generations are the beneficiaries. The focus is on sharing of benefits: individuals and communities are generally entitled to more biodiversity and, in the case of individuals and communities, to revenues from use and commercialization of genetic resources and related IP rights. It is in the market that genetic resources and downstream products are traded. Consequently, the values of genetic resources are set in market transactions and cannot be artificially higher. Regarding such condition, the fair and equitable share of benefits has a very clear limit: the profitability of the final products.

Nevertheless, an effective use associated to a fair share of benefits assures no protection to biodiversity. It depends on a feedback effect—stakeholders that are entitled to receive the revenues from the use of genetic resources and products resulting from them shall:

1. Regard the exploitation of biodiversity as more profitable than rival uses of the resource (agriculture, for instance), as it was described as the situation 2 of the economics of biodiversity; and
2. Hold enough rights and/or power to bar the rival uses of the resource.

18 The article 5.1 of the Nagoya Protocol recognized “[...] benefits arising from the utilization of genetic resources as well as subsequent applications and commercialization shall be shared in a fair and equitable way with the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.” Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity, adopted at the CBD COP-10 on 29 October 2010. Available in <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>

If any of these conditions are absent, there is no reason, according to the conservationist discourse, to implement and to enforce any property rights over genetic resources.

Although several distributions of ownership rights can be built, as it is to be discussed below, the CBD solution was to concentrate these rights in the sovereign entity. To justify it from the point of view of the conservationist discourse, it is possible to argue that the power of states is, generally, enough to implement conservation programs (2nd condition) and it would be possible to identify it as a better actor to have concentrated therein, the rights over biodiversity.

Therefore, it is possible to assert that those discourses may converge to the point that assures it is correct to attribute rights over genetic resources to the state of origin. The Nagoya Protocol explicitly specifies in its article 6 that:

In the exercise of sovereign rights over natural resources, and subject to domestic access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements, access to genetic resources for their utilization shall be subject to the prior informed consent of the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention, unless otherwise determined by that Party.¹⁹

Nevertheless, the harmony between them cannot be expected to be resilient.

The following table summarizes the main features of both discourses:

Table 1 – Developmental and conservational discourses.

	Developmental	Conservational
Primary actors	States.	Stakeholders. Individuals and local communities.
Biodiversity	Mean.	End.

¹⁹ Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity, adopted at the CBD COP-10 on 29 October 2010. Available in: < <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>.

	Developmental	Conservational
Political assumptions	North-South structural conflict Focus on power.	Generalization of consensus and attention to non-state goals. Focus on wealth and environment.
Main principle	Sovereignty.	Biodiversity as common concern of humankind.
Market	Widens the developmental gap. Instrument of oppression.	Instrument to set and distribute the values of biodiversity and genetic resources.
Fairness and equity	Compensation for the colonial inequalities. Retributive justice.	Fair distribution among stakeholders. Seek for efficient empowerment and legal entitlement. Distributive justice.
Development	National growth. New international balance of wealth and power.	Sustainable development.

Moreover, it is necessary to stress that sometimes some elements of the conservational discourse are incorporated by the developmental one in two important ways: the internal empowerment and affirmation of individuals and communities as decision makers on one hand, and the incorporation of international conservation and developmental goals to government policies, on the other.

In fact, the radical distinction between the focus on primary actors as stakeholders and as states can be mitigated by a wider acceptance of sub-national actors, governmental or from the civil society, as internal decision makers. Nevertheless, since the developmental discourse takes the presupposed structural distinction between developed and developing states as the fundamental feature of international relations, the participation of sub-national actors are accepted as long as they support state policies. In other words, the discursive *loci* of anti-imperialism, needs to revert the balance of power, the retributive justice against colonial powers/corpora-

tions, the sovereign rights over natural resources, and the biodiversity. In order to increase national wealth and power, they are used as a criterion to screen the relevant and non-relevant internal actors, since the discursive legitimacy of political objectives as well as civil society actors shall pass the compatibility test to the general view. State discourses, such as the traditional developmental one, focus the national public entities and government capabilities, competences, and responsibilities to set and control the aims of both international and internal policies.

Regarding the conservational and developmental goals, the classical structural/developmental discourse tends to focus the growth of national wealth and the increase of national capabilities to produce technology. The welfare is a result from growth, closely related urbanization, industrialization, and focus the innovation and research. However, the theorists do not agree on distributive policies that vary according to leftist and rightist political tendencies²⁰. At this point, it is necessary to highlight that developmental goals, as defined in some recent international documents that follow the criterion of UN Millennium Goals, are closer to distributional and welfare concerns than to classical structural/developmental conceptions and beliefs. This last discourse, therefore, perceives environment and welfare concerns as secondary and instrumental.

Since the backwardness of developing countries' economies is attributed to the unbalanced structure of political and economic relations between North and South, and the state is the primary actor both in international and internal arenas, the participation of sub-national actors as well as the use of international environmental and developmental criteria cannot be regarded as more than merely instrumental discursive *loci* that are temporarily incorporated in the narrow limits of its convenience. In fact, there is no easy reconciliation between the analysed discourses.

Nevertheless, they get to a common point regarding the genetic resources: they shall be object of an ownership system that creates or increases their value. The reasons, however, are quite distinct. For one reason, the entitlement of the state to exert control over the access is a historically conquered right that shall be used

to make developing Southern states more wealthy and powerful in relative, not absolute, terms. For the other one, only effective results in terms of biodiversity conservation justify the concentration in the hands of the states' exclusive right to authorize the access.

These distinct fundamentals lead to different structures of the ownership. Thus, the analysis of the general structure of the right to allow or deny access to genetic goods in the system of the CBD is, also, a necessary step to understand the influence of each of these discourses and their effects over the conservation of biodiversity.

7. EXCLUSIVE CONTROL OF ACCESS AS A PROPERTY RIGHT

The CBD sets some internationally agreed characteristics of this ownership system and left the further development of a most specific regulation to the Conference of Parties (COP) as well as, predominantly, to the states' internal legal systems. The main aspects dealt with in the CBD are the entitlement of rights over genetic resources and some necessary steps to its legitimate transfer as well as some suggested means of returning to the access conceivably allowed.

Indeed, property is the exclusive right to possess, enjoy, and dispose a good. It means that a person, which can be an individual or a legal entity, is the owner. Consequently, the right to exclude all other subjects from the possession and enjoyment of such good is owned. A legal description of a property right is to comprise, consequently, the subject (owner), the rights derived from the ownership (possession, enjoyment and disposal), and the means to protect and to exert these rights. The same structure can be employed to explain the exclusive right to control access to natural resources.

The owners of genetic resources are, primarily, the states. Following the legal institute of permanent sovereignty over natural resources, reaffirmed in the CBD, Article 15 (1), the genetic resources' owner is the state where they are found. Therefore, the state can legally establish a system to regulate the access.

The access to genetic resources shall be preceded by a prior informed consent, which means that any *in situ* research, sampling, or any other mean of access to a

20 BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento Econômico Brasileiro – 1930/1964: o ciclo ideológico do desenvolvimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

genetic resource cannot be considered legitimate unless the one who carries it has been authorized in the terms of state legislation and by the competent authorities. According to Nagoya Protocol (article 6), the competent national authority, which comprehends multilevel governments and, occasionally, indigenous and local communities, consents the access during a reasonable period of time in a certain geographic area through specific procedures and to a specific use, which cannot be changed or transferred to third parties without a new consent.

Additionally, the further use and benefits of the genetic resources are to be mutually established between the parties in an access agreement. As it has been pointed out above, the consent to the access does not imply the permission to use associated knowledge or commercialization.

The mutually agreed terms are the instrument in which the balance among the several aspects of access and the use of genetic resources are to be established between – or among – the state and the other stakeholders. The Nagoya Protocol was intended to:

Establish clear rules and procedures for requiring and establishing mutually agreed terms. Such terms shall be set out in writing and may include, *inter alia*:

- (i) A dispute settlement clause;
- (ii) Terms on benefit-sharing, including in relation to intellectual property rights;
- (iii) Terms on subsequent third-party use, if any; and
- (iv) Terms on changes of intent, where applicable.²¹

The fair and equitable share of benefits may embrace both financial and non financial aspects. It may vary from the plain exchange of samples for a price – a sale contract – to complex relational regimes that encompass both monetary and non monetary obligations for each part. For instance: a price (monetary obligation) can be established for a certain period of access time to a determined area for the sample collecting to a deter-

21 Article 6. 3 (g) in Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity, adopted at the CBD COP-10 on 29 October 2010. Available in: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>.

mined range of species (obligation to permit the access) with the help of local guides (accessory services) that will be technologically processed in foreign laboratories with the presence of technicians and researchers of the country of origin (accessory services, building capacity), being clearly agreed that the IP rights resulting from the research are to be shared in a determined proportion (obligation to perform common registry), and royalties are to be paid for downstream uses of the resources (obligation to pay royalties). It is not difficult to imagine some far more complex regimes. The Nagoya Protocol detail a wide set of 10 suggested monetary, and 17 non-monetary benefits (Annex). All these lists are open.²²

An important question that arises from the access legal structure of the genetic resources is the nature of the knowledge use restrictions and the IP rights that derive from them. It is generally recognized that once the ownership over a material good resource is transferred, the related rights to possession, enjoyment, and disposal are transferred therewith. The modern structure of property rights, for the sake of certainty and transparency, is normally concentrated in a single owner and regimes of co-property are exceptional. It would be reasonable to believe that it is also the case with the rights and the products at the downstream of a sold genetic resource.

Indeed, the co-property of downstream rights, knowledge, and products extends the problem of anti-commons far beyond the access regulation. The transaction and enforcement costs will be very high and, possibly, many economic operations will become non viable.

At first sight, the notions of informed consent and the mutually agreed terms would exclude the transference to third parties and the use of the knowledge or intellectual property rights that result, in any sense, from a genetic resource; *unless* they are clearly established in those terms.²³ The mere access authorization would not

22 Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from Their Utilization to the Convention on Biological Diversity, adopted at the CBD COP-10 on 29 October 2010. Available in: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>

23 “Recognising that access and benefit-sharing rarely take place between one provider and one user, but that more often it applies to a chain of providers and users, terms on subsequent third party use are suggested”.(GLOWKA, Lyle; NORMAND, Valérie. The Nagoya Protocol on access and benefit -sharing: innovations in international environmental law. MORGERA, Elisa; BUCK, Matthias; TSIOUMANI, Elsa. The 2010 Nagoya Protocol on access and

include the downstream²⁴ uses *unless* they were clearly described therein. The Nagoya Protocol provided in the article 6 Access to genetic resources that

[...] 3. Pursuant to paragraph 1 above, each Party requiring prior informed consent shall take the necessary legislative, administrative or policy measures, as appropriate, to:

[...]

(g) Establish clear rules and procedures for requiring and establishing mutually agreed terms. Such terms shall be set out in writing and may include, inter alia:

[...] (iii) Terms on subsequent third-party use, if any; and²⁵

This is a possible interpretation, corroborated by the Nagoya Protocol, of the notion of fair and equitable share of benefits. However, it shall not be used to construct a concept of co-property of the genetic resources, according to which the country of origin would keep the right to prohibit further uses of the genetic resources as if the state had kept the enjoyment right, or a part thereof. It is far more reasonable to focus on possible compensatory rights that result from the rule of fair and equitable share of benefits, which basis could be any malicious behaviour that biases the consent and the agreed terms, as well as a use that could not be predicted in the time when the terms were negotiated.

8. FINAL CONCLUSIONS

The CBD was the result of a compromise between countries primarily concerned about the conservation of biodiversity through restrictions, the control of human activities that would deplete ecosystems, and the countries in which the use of available natural resources can be profitable. Since a consensus was not possible, the solution to harmonize the opposed interests was the

establishment of instruments to motivate and to compensate the costs of conservation. The recognition of the permanent sovereignty over the genetic resources was an important part of this solution, which, at first sight, would contemplate both the developmental and the conservational discourses.

The definition of the biodiversity as a “common concern of humankind” as well as the character of public good that derives from its intrinsic value established legal foundations to the building of an international system. Nevertheless, a legal definition is not enough to implement an effective regime: the protection and conservation depends on the comprehension of the economic dynamics of the uses of the biodiversity as well as the resources associated to it. As it has been described, increasing the market value of biodiversity and products related to it – such as ecotourism and exploration of genetic resources – is a central incentive to the conservation.

Genetic resources, therefore, are a possible source of revenue to states and local stakeholders. The recognition by the CBD of a sovereign right over such assets, which are functionally equivalent to property rights, was intended to increase their value through monopolistic control or oligopolies.

The justifications for the increase of exclusivity of genetic resources, however, come from two distinct legitimating discourses. On one hand, a developmental one, which focus on the structural differences between Northern and Southern states and consider the sovereignty over genetic resources as an instrument of compensation from colonial exploitation. On the other hand, a conservational discourse, which considers that the primary aim of CBD is the conservation of the biodiversity and the rights over genetic resources, is an instrument thereof. The social articulation and the market circulation of wealth are instruments to increase incentives to conserve natural areas.

Specific regimes of property over genetic resources are heavily affected by the discursive basis. The search for legitimacy in one of both discourses deeply influences the design of the ownership rights, especially in the domestic sphere, the most influent over the access control. Regimes conceived under the influence of development are more likely to overrate the values of genetic resources. Consequently, it is possible that no market transactions related to genetic resources occur due to

benefit-sharing in perspective. Netherlands, 2013. pp 33)

24 “Downstream” activities include research (basic and applied) and development on genetic resources for both commercial and non-commercial purposes – i.e. activities that fall within the Protocol’s definition of “utilization” of genetic resources – and the commercialization of products that are based on the utilisation of genetic resources or associated traditional knowledge”. (IEEP, Ecology and GHK. Study to analyse legal and economic aspects of implementing the Nagoya Protocol on ABS in the European Union. Executive Summary of the Final report for the European Commission, DG Environment. Institute for European Environmental Policy, Brussels and London, 2012.)

25 Nagoya Protocol

the high transaction costs and anti-commons situation.

A market of genetic resources is beneficial for all parties, since it is an incentive to the development of technology, a source of revenue for states, enterprises, and local stakeholders. It is, of course, necessary to grant the fair and equitable share of benefits, but with no market, there are far less benefits to be shared. Therefore, it is necessary to shape the ownership regimes carefully.

Both international and domestic legal principles as well as rules shall be designed in order to deny the extension of the ownership rights beyond a reasonable reach, implemented by an efficient control of access, and having transparent mutually agreed terms. The CBD system, which confers to the states the sovereign control over the genetic resources in their territories, is flexible enough to embed a very wide range of international and domestic regimes. Some sorts of these regulatory frameworks happen to be risky to the own existence of a market on genetic resources and their downstream products; therefore, they may jeopardize the own positive effects of the biodiversity conservation, killing the rare green goose that was supposed to lay the golden eggs.

REFERENCES

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento Econômico Brasileiro – 1930/1964: o ciclo ideológico do desenvolvimento*. 3. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E. *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

CONFERENCE OF THE PARTIES TO THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Report of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity on the work of its Ninth Meeting*. Bonn: UNEP/CBD/COP/9. 2008

DIAMOND, J. M. “Normal” extinctions of isolated populations. In: NITECKI, M. H. (Ed.). *Extinctions*. Chicago: University of Chicago Press, 1984. p. 191-246.

GERMAN ADVISORY COUNCIL ON GLOBAL CHANGE (2001) *New Structures for Global Environmental Po-*

licy. London: Earthscan. Available in: <http://www.wbgu.de/wbgu_jg2000_engl.pdf>. Consulted on: 16 July 2008.

GLOWKA, Lyle; NORMAND, Valérie. The Nagoya Protocol on access and benefit-sharing: innovations in international environmental law. In: MORGERA, Elisa; BUCK, Matthias; TSIOUMANI, Elsa. *The 2010 Nagoya Protocol on access and benefit-sharing in perspective*. Netherlands, 2013. p. 33.

GURUSWAMI, Lakshman D. *International Environmental Law in a Nutshell*. 2. ed. Eagan: Thomson-West, 2003.

HARDIN, Garrett. The tragedy of commons. *Science*, n. 167. 1967. Available in: <<http://www.sciencemag.org/cgi/reprint/162/3859/1243.pdf>>. Consulted on: 16 July 2008..

HELLER, Michael A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from marx to markets. *Harvard Law Review*, n. 111, p. 621-688, 1998.

KISS, Alexandre-Charles. *La notion de patrimoine commun de l'humanité*. Boston: Brill, 1982. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague Academy of International Law, v. 175).

PICCIOTTO, Sol; CAMPBELL, David. Whose molecule is it anyway?: private and social perspectives on intellectual property. In: HUDSON, Alistair (Ed.). *New perspectives on property law, obligations and restitution*. London: Routledge-Cavendish, 2003.

SAFRIN, Sabrina. Hyperownership in a time of biotechnological promise: the international conflict to control the building blocks of life. *American Journal of International Law*, n. 98, p. 641-685, 2004.

SCHRJIVER, Nico. *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

UNITED NATIONS. Secretariat of the Convention on Biological Diversity. *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*. Montreal: Secretariat of the Convention on Biological Diversity, 2002.

WILSON, Edward O. *The Future of Life*. New York: Knopf, 2002.

WINTER, Gerd. Introduction. In: _____. (Ed.). *Multilevel Governance of Global Environmental Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Vínculo substancial e as bandeiras de conveniência: consequências ambientais decorrentes dos navios com registros abertos

Substantial bonding and flags of convenience: environmental consequences of ships with open records

Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva

André de Paiva Toledo

Vínculo substancial e as bandeiras de conveniência: consequências ambientais decorrentes dos navios com registros abertos*

Substantial bonding and flags of convenience: environmental consequences of ships with open records

Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva**

André de Paiva Toledo***

RESUMO

Este artigo tem por objeto examinar a significância da nacionalidade dos navios para fins do estabelecimento de seu registro e as questões que envolvem as bandeiras de conveniência no plano do Direito do Mar. O objetivo é analisar como a não observância do vínculo substancial, elemento de conexão fundamental para o registro das embarcações exigido na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, projeta-se como difusor para o incremento das bandeiras de conveniência, marco teórico deste estudo. Nesse contexto, justifica-se interrogar as indesejáveis consequências ambientais proporcionadas pelos navios com registros abertos. Para enfrentar esse desafio, a comunidade internacional deve sincronizar as práticas já existentes de inspeção dos Estados com a adoção de novas estratégias de uniformização das práticas de navegação e exploração de recursos naturais marinhos, para desestimular a permanência das bandeiras de conveniência. Buscando atingir esse objetivo, a presente pesquisa consolidou-se interrogando doutrinas e artigos relacionados ao tema para uma compreensão do problema por meio do método dedutivo.

Palavras-chave: Direito do Mar. Navio. Bandeiras de Conveniência.

ABSTRACT

This article's purpose is to examine the significance of the nationality of ships for the purpose of establishing registration and issues involving flags of convenience in the maritime law of the plan the objective is to analyze how non-compliance of a substantial link, element fundamental connection for the registration of vessels required in the united nations convention on the 1982 law of the sea, is projected as a diffuser for the increase of flags of convenience, theoretical framework of this study. In this context, it is justified to question the undesirable environmental consequences provided by ships with open records. To address this challenge, the international community must synchronize the existing practice of inspection of states to adopt new strategies of uniformity of navigation practices and exploitation

* Recebido em 15/04/2016
Aprovado em 15/06/2016

** Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Público pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce. Advogado. *Email:* marcosedmar@avalicon.com.br

*** Doutor em Direito pela Université Panthéon-Assas Paris II. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. *Email:* depaivatoledo@gmail.com

of marine natural resources, to discourage the permanence of flags convenience. Looking achieve this goal, this research was consolidated questioning doctrines and articles related to the topic to an understanding of the problem through the deductive method.

Keywords: Law of the sea. Ship. Flags of convenience.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo devota-se a demonstrar a importância da nacionalidade dos navios para fins de realização de seu registro e a problemática que relaciona a utilização de bandeiras de conveniência, no plano do Direito do Mar, às consequências ambientais nos espaços marítimos onde essas embarcações exercem suas atividades.

É certo que, desde as mais remotas épocas, as embarcações têm sido utilizadas pelos diversos povos e nações como meio de transporte para singrar em mares, rios e oceanos, com o propósito de encurtar as distâncias entre as regiões, particularmente para exploração de novas terras e intercâmbios comerciais.

A civilização humana integrou-se fazendo dos mares e oceanos seu principal meio de circulação, que “em sua dimensão antropológica, nos mais remotos registros históricos, serviram como espaço dinâmico de interação cultural, comércio, conquista, pacificação, contato entre povos e civilizações e miscigenação¹”.

As mais antigas civilizações nasceram ou se desenvolveram próximas ao mar e a grandes rios navegáveis, tendo em vista seu potencial econômico, pois ali encontram-se recursos hídricos, potencial energético, fonte de alimentação e via de circulação de bens e pessoas. Com o aperfeiçoamento da tecnologia de navegação, o homem lançou-se, desde logo, ao conhecimento do mundo por vias fluviais e marítimas, a fim de melhor explorar suas capacidades.

Há registros de navios chineses navegando pelo Rio Yangtzé no ano 3000 a.C., fazendo uso de um complexo sistema de distribuição de cargas para manutenção da segurança da tripulação e melhor aproveitamento das correntes fluviais.²

Contudo, coube ao povo fenício o aperfeiçoamento dos empreendimentos marítimos em razão do “desenvolvimento de seu comércio, certamente premidos pela ocupação de estreita porção do domínio terrestre, oprimidos entre as montanhas do Líbano e as plagas do Mediterrâneo³”.

Na Antiguidade clássica, tanto os fenícios quanto os macedônios, egípcios e gregos, resolutos navegantes, tiveram no mar o principal caminho para a expansão de suas fronteiras territoriais, desejando amealhar riquezas e fortalecer seus domínios. Para tanto, a dominação do Mediterrâneo oriental e ocidental tornou-se questão estratégica comum.

Anthony Pagden⁴ relata que, no período entre 1405 a 1433, um almirante chinês, chamado Zheng He, viajou pelos mares da China e pelo oceano Índico “utilizando embarcações gigantescas, chamadas bao chuan (navios-tesouro), com cerca de 120 metros de comprimentos, nove mastros e uma pequena população, que somava mais de 18 mil marujos”.

Salto importante no desenvolvimento da tecnologia de navegação deu-se, no século XV, com a tentativa de se estabelecer um efetivo comércio de especiarias com o Oriente. Embarcações eram construídas para identificar novas rotas marítimas em direção às riquezas das Índias. Há quem defenda, inclusive, que a busca pela pimenta impulsionou decisivamente o desenvolvimento da tecnologia que permitiu o advento das grandes navegações⁵.

As conquistas ultramarinas, decorrentes das grandes navegações, como pontua Alexandra de São Rafael von Böhm-Amolly de Mello⁶, provocaram importantes con-

bandeiras de conveniência: possibilidades de regulação. In: _____ (Coord.). *Direito marítimo, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 581-620.

3 GONÇALVES, Marcelo David. *Direito Internacional Marítimo*. In: FERREIRA JUNIOR, Lier Pires; CHAPARRO, Verônica Zárate (Coord.). *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2008. p. 517-541.

4 PAGDEN, Anthony. *Povos e impérios: uma história de migrações e conquistas, da Grécia até a atualidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002. p. 93.

5 SANTOS, Christian Fausto Moraes dos; BRACHT, Fabiano; CONCEICAO, Gisele Cristina da. Das virtudes da ardência: uso e disseminação dos frutos de *Capsicum* nos séculos XVI e XVII. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi: Ciências Humanas*, Belém, v. 8, n. 1, p. 59-76, abr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 abr. 2016.

6 MELLO, Alexandra de São Rafael Von Bohm-Amolly de. *O alto*

1 MENEZES, Wagner. *O Direito do Mar*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2015. p. 19.

2 CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. *Segurança marítima e*

flitos “entre os navios dos Estados descobridores e os navios dos outros Estados que pretendiam contrariar, no plano prático, as ambições portuguesas e espanholas de modo a compartilhar das riquezas existentes nos territórios descobertos.”

Durante o período que se iniciou com as grandes navegações, os mares e oceanos tornaram-se espaço de disputas comerciais e militares entre os Estados desenvolvidos da Europa. Até o século XIX, a tecnologia de navegação era destinada à circulação de mercadorias em uma proporção bem maior do que a destinada à circulação de pessoas. Tratava-se de instrumento geopolítico.

Quatro entre cada dez escravos africanos desembarcados nas Américas foram importados pelo Brasil e apenas no século XVIII aportaram na América portuguesa menos negros do que em outra região do Novo Mundo⁷.

O incremento da navegação destinada à circulação de pessoas iniciou-se em 1818, quando a *American Black Ball Line* introduziu roteiros de viagens regulares entre Nova York, nos Estados Unidos, e Liverpool, na Inglaterra, provocando a necessidade de maior regulação do setor, em razão da instalação de uma forte concorrência internacional, especialmente entre estadunidenses e britânicos, pelo domínio do transporte marítimo de passageiros⁸.

A intensa regulamentação internacional que se seguiu, mormente na segunda metade do século XX, pretendeu consolidar práticas consuetudinárias de comércio e transporte internacional, regulação jurídica sobre a pesca em espaços marítimos, exploração de recursos naturais, responsabilidade dos Estados e particulares, além do redimensionamento do principal propulsor de comunicação marítima: o navio.

Diante do fato de que o navio pode se deslocar pelos diversos espaços marítimos espalhados pelo planeta, é importante que ele seja individualmente identificado. Tal identificação passa pelo registro da embarcação e a utilização da bandeira do Estado em que se encontra

matriculado.

Durante o percurso histórico aqui traçado, a ideia de vinculação jurídica entre determinada embarcação e um Estado ou povo esteve de alguma forma presente⁹ e era corporificada pelo hasteamento da bandeira no mastro principal ou na proa do navio. Essa vinculação jurídica é normalmente retratada pelo instituto da nacionalidade do navio, embora seja o emprego dessa palavra contestado por diversos autores¹⁰.

Esse vínculo conduziu a percepção da nacionalidade, sobretudo pelo costume internacional, que, por sua vez, relaciona-se estritamente com os objetivos perseguidos pelo proprietário do navio, sua tripulação ou pelo próprio Estado cuja bandeira se arvora.

A partir do robustecimento das normas internacionais relativas à circulação marítima, em tese, pressupôs-se que o Estado, que autoriza o arvoreamento de sua bandeira a uma embarcação, procedeu a todas as vistorias e controles administrativos necessários, selando no plano jurídico internacional a presunção de legalidade e no plano jurídico interno o atendimento às normas de regência do próprio Estado de registro. É a bandeira, então, que indica a nacionalidade do navio e, conseqüentemente, o *Estado do pavilhão*.

Porém, a chamada *bandeira de conveniência* soergueu-se para instabilizar a “convicção” que o hasteamento do pavilhão pretendia garantir, em virtude da flexibilização da precisão de um vínculo genuíno entre o navio e o Estado do pavilhão.

Esta pesquisa tem por objeto examinar a magnitude da nacionalidade dos navios para o escopo da consolidação de seu registro e as questões que envolvem as bandeiras de conveniência no plano do Direito do Mar, especialmente no que se refere às questões ambientais.

Objetiva este artigo meditar sobre como o não atendimento ao vínculo substancial, elemento de conexão fundamental para o registro de embarcações prescrito

mar e o princípio da liberdade. Lisboa: Edições Cosmos Livraria Arcorís, 1991. p. 36.

7 FLORENTINO, Manolo. Tráfico atlântico, mercado colonial e famílias escravas no Rio de Janeiro, Brasil, c. 1790 - c. 1830. *História: Questões e Debates*, Curitiba, n. 51, p. 69-119, jul./dez. 2009. p. 70.

8 CALIXTO, Robson José. *Incidentes marítimos: história, direito marítimo e perspectivas num mundo em reforma da ordem internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

9 Nesse sentido, Raposo (1989) observa que no século XVI, navegadores britânicos hasteavam bandeira espanhola como maneira de acesso às Índias Ocidentais para intensificação comercial e, no século XVII, um terço da frota britânica era, na prática, holandesa, pois ostentava o pavilhão holandês para fugir da rigorosidade das leis inglesas sobre o registro de navios. RAPOSO, Alberto. *As bandeiras de conveniência*. Lisboa: Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Marítimo, 1989.

10 LUCCHINI, Laurent; VÉLCKEL, Michel. *Droit de la mer*. Paris: Pedone, 1996. v. 2. t. 2. p. 42-43.

na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 (Convenção Montego Bay), projeta-se como difusor para o incremento das bandeiras de conveniência, marco teórico deste estudo.

No encaixe deste objetivo, buscou-se empreender a abordagem pelo método dedutivo, pois parte-se da narrativa textual histórica sobre a evolução do navio no âmbito internacional e a sua conceituação *ad hoc*¹¹ em algumas convenções, como elemento amplo, percorrendo a relativização do vínculo substancial para o registro do navio e o advento das bandeiras de conveniência com o intuito de, gradativamente, estreitar na problemática central da pesquisa, qual seja as consequências ambientais decorrentes da profusão dessa prática.

Nesse contexto, justifica-se refletir sobre as indesejáveis consequências ambientais proporcionadas pelos navios registrados sob a chancela de Estados facilitadores, ditos de registros abertos.

2. DEFINIÇÕES AD HOC DE NAVIO NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Dos diversos temas que envolvem o Direito do Mar, seguramente, a definição de navio é um dos que provoca maiores consequências no ordenamento jurídico internacional, pois, a partir de sua qualificação e identificação, estabelecem-se os critérios essenciais para aplicação da competência jurisdicional dos Estados.

Ao tratar da conceituação de navio, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet¹² ponderam que “as convenções de direito público não abordam o problema senão de uma forma indirecta e não demonstram qualquer rigor na definição do navio e dos engenhos flutuantes em geral”.

Do mesmo modo, Celso D. de Albuquerque Mello¹³ salienta que as convenções internacionais não forneceram um conceito preciso de navio, utilizando-se a expressão “navio” como sinônimo de embarcação.

11 Expressão latina, geralmente usada para informar que determinado acontecimento tem caráter temporário e que se destina para aquele fim específico.

12 DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 1164.

13 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Alto-mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Tradicionalmente, a definição de navio era uma questão desimportante, uma vez que se tratava de uma evidência: todo objeto, construído pelo homem, que flutua e circula no mar é navio. Contudo, com o desenvolvimento tecnológico, a definição de navio deixou de ser evidente, pois surgiram objetos que, embora flutuantes no mar, não podem ser considerados navios. É esse o caso das ilhas artificiais, docas flutuantes, estações meteorológicas, etc¹⁴.

Não são raras as convenções internacionais que têm perfilhado diferentes conceituações de navios e embarcações, sem a adoção de rigor técnico, em razão dos objetivos específicos das partes signatárias. Por isso, o conteúdo dessas definições diferem de instrumento para instrumento. Algumas são bem objetivas, outras são mais complexas e elaboradas minuciosamente.

Para a Convenção do Trabalho 22 sobre os contratos de trabalho dos marítimos de 1926¹⁵, celebrado no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), navio é toda construção, independente de sua natureza, de propriedade pública ou privada, que efetue habitualmente a navegação marinha.

Na Convenção sobre a Facilitação do Tráfego Marítimo Internacional¹⁶ (FAL) de 1967, celebrada com o propósito de facilitar o transporte marítimo, desburocratizando as formalidades de exigências de documentos e simplificando os procedimentos relacionados com o aportamento, estadia e partida de navios envolvidos em viagens internacionais, não há qualquer menção à noção de embarcação em seus dezesseis artigos, sete seções e três apêndices. Entretanto, a Convenção ocupa-se em apresentar a definição de navio de cruzeiro (item A, definições):

Um navio em viagem internacional, transportando passageiros participantes de um programa em grupo e acomodados a bordo com a finalidade de fazer visitas turísticas temporárias programadas em

14 LUCCHINI, Laurent; VIELCKEL, Michel. *Droit de la mer*. Paris: Pedone, 1996. v. 2. t. 2. p. 19.

15 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção da OIT n.º 22: Convenção relativa ao Contrato de Trabalho dos Marítimos, 1926*, tal como modificada pela Convenção relativa à Revisão dos Artigos Finais, 1946. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2006/14/aviso16.asp#ptg22>>. Acesso em: 02 de mar. 2016.

16 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Convenção sobre facilitação do tráfego marítimo internacional, 1965*. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/convencao-para-a-facilitacao-do-trafego-maritimo-internacional-fal-65/>>. Acesso em: 02 de mar. 2016.

um ou mais portos diferentes, ao qual durante a viagem não é normalmente permitido: (a) embarcar ou desembarcar quaisquer outros passageiros; (b) carregar ou descarregar qualquer carga.

A Convenção Internacional sobre Arqueação de Navios¹⁷ (TONNAGE) de 1969 estabeleceu princípios e regras semelhantes para a determinação da medida de capacidade dos navios envolvidos em viagens internacionais, assim como buscou quantificar o volume de carga que um navio pode transportar, além de fixar critérios para a determinação das tonelagens bruta e líquida dos navios. Em seu art. 3º, item 3, observa-se que a TONNAGE diferencia navio novo de navio existente. Nos termos do dispositivo normativo, navio novo é a embarcação “cuja quilha foi batida, ou que se encontra em estágio equivalente de construção em/ou após a data de entrada em vigor da Convenção”. Navio existente é, por sua vez, “um navio que não é navio novo”, isto é, todo navio, que não se encaixa na definição de navio novo, é, por exclusão, navio existente. Essa distinção tem o objetivo de auxiliar a aplicação das normas da convenção, pois os navios existentes não podem ter suas tonelagens novamente calculadas “nos termos das disposições até então aplicadas pela administração aos navios em viagens internacionais.” (TONNAGE, art. 3º, item 3). Salvo essa diferenciação, não há na TONNAGE qualquer outra referência à definição de navio.

A Convenção sobre o Regulamento Internacional para evitar abalroamentos no Mar¹⁸ de 1972 (COLREG), firmada com o objetivo de ordenar a circulação de embarcações para evitar colisões no mar, controlar direitos de passagem, procedimentos em canais e regimento do tráfego, menciona na Regra I, item “a”, que “as regras se aplicarão a todas as embarcações em alto mar e em todas as águas a este ligadas, navegáveis por navios de alto-mar”, trazendo, inclusive, o conceito de embarcação, que passa a designar qualquer tipo de embarcação, inclusive embarcações sem calado, naves de voo rasante e hidroaviões utilizados ou capazes de serem utilizados como meio de transporte sobre a água¹⁹.

17 INTERNATIONAL CONVENTION ON TONNAGE MEASUREMENT OF SHIPS. *Convenção internacional sobre a arqueação dos navios, 1969*. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/50/decreto04.asp#ptg>>. Acesso em: 05 de mar. 2016.

18 CONVENÇÃO sobre o regulamento internacional para evitar abalroamentos no mar de 1972. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/documentos_reuniao/rip-eam_colreg_consolidada_com_emd_dez2013.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2015.

19 DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain.

A Convenção Internacional de Torremolinos para a Segurança de Embarcações de Pesca²⁰ de 1977 (SFV), embora não esteja ainda em vigor, propõe os requisitos mínimos para construção e operação segura das embarcações de pesca maiores que 24 metros. Institui esta convenção, logo no preâmbulo, que ela se aplica “à segurança dos navios em geral e à segurança das embarcações de pesca em especial”. Percebe-se, todavia, que há aqui uma preocupação das partes em fixar uma definição de embarcação, incluindo naves de voo rasante e hidroaviões, fazendo crer que há uma diferença entre embarcação e navio.²¹

A Convenção Internacional sobre o Controle de Sistemas Anti-incrustantes Danosos em Navios²² de 2001 (AFS), em seu art. 2º, item 9, conceitua navio como:

Uma embarcação de qualquer tipo que esteja operando no ambiente marinho e inclui hidrofólios, embarcações com colchão de ar, embarcações submersíveis, engenhos flutuantes, plataformas fixas ou flutuantes, unidades flutuantes de armazenagem (FSUs), unidades flutuantes de produção e descarga (FPSOs).

Observa-se que a AFS exhibe um conceito amplo de navio, incluindo, também, “plataformas fixas”, que, comumente, não entram nos critérios de embarcações ou navios nas convenções internacionais, posto que não se locomovem nos espaços marítimos.

A Convenção Internacional para o Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos dos Navios²³ de 2004 (BWM), que ainda não entrou em vigor, tem o propósito de prevenir, minimizar ou eliminar os riscos da introdução de organismos aquáticos nocivos à fauna e flora marinha e agentes patogênicos existentes na água de lastro dos navios aportados.

Direito Internacional Público. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 1278.

20 ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Protocolo de Torremolinos de 1993: Convenção Internacional Sobre Segurança de Embarcações de Pesca de 1977*. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/protocolo_torremolinos-1993.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

21 Art. 2º. [...] (B) Embarcação de pesca ou embarcação significa qualquer embarcação utilizada comercialmente para a captura de peixes, baleias, focas, morsas ou outros recursos vivos do mar.

22 ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Conferência Internacional Sobre Controle de Sistemas Anti-incrustantes Danosos em Navios de 2001*. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/afs_2001.pdf>. Acesso em: 05 de nov. 2015.

23 BWM. *Convenção Internacional Para o Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos dos Navios de 2004*. Disponível em: <<https://www.ccaimo.mar.mil.br/bwm>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

Para a BWM, navio significa “uma embarcação de qualquer tipo operando no ambiente aquático, inclusive, submersíveis, engenhos flutuantes, plataformas flutuantes”, incluindo unidades flutuantes de armazenamento e unidades flutuantes de produção, armazenamento e transbordo. Esta Convenção, ao contrário da AFS, não incluiu em seu rol as plataformas fixas, mas apenas as plataformas flutuantes, seguindo uma tendência observada em outros instrumentos jurídicos internacionais.

Sobre as instalações, obras e ilhas artificiais, agudamente observam Nguyen Quoc Dihn, Patrick Daillier e Alain Pellet²⁴:

Para então que a necessidade de uma definição não se fez sentir demasiado na prática, se bem que a doutrina tenha levantado desde há muito tempo o problema para as ilhas artificiais (ver bibliografia cita *infra*, com o n.º 687). As dificuldades encontradas, em Direito Público, dizem respeito à jurisdição estatal competente a respeito destas instalações, assim como à liberdade de as instalar, face a outras utilizações legítimas do mar: parece oportuno e pertinente distinguir, a título principal, as estruturas flutuantes – que participam da problemática dos navios – e as estruturas fixas. Será portanto um critério tecnológico, de preferência ao destino prático do engenho, que virá a ser determinante.

As convenções sobre o direito do mar de 1958 e 1982, desenvolvidas no âmbito das Nações Unidas, são omissas quanto à definição geral de navio²⁵. Há tão somente, na Convenção de Montego Bay²⁶, a definição de navio de guerra. De fato, em seu art. 29, lê-se que:

Para efeitos da presente Convenção, ‘navio de guerra’ significa qualquer navio pertencente às forças armadas de um Estado, que ostente sinais exteriores próprios de navios de guerra da sua nacionalidade, sob o comando de um oficial devidamente designado pelo Estado cujo nome figure na correspondente lista de oficiais ou seu equivalente e cuja tripulação esteja submetida às regras da disciplina militar.

De acordo com Vicente Marotta Rangel²⁷, a Comis-

são de Direito Internacional das Nações Unidas, quando das conferências sobre o Direito do Mar, procurou evitar estabelecer o conceito de navio, sendo vários os motivos do silêncio das partes. Primeiramente, por ser dispensável definir o óbvio. Logo, não haveria razão para se criar controvérsia em relação à questão. Por fim, visto ser o navio objeto sujeito a constante modificação imposta pelo contínuo desenvolvimento tecnológico, uma definição estrita poderia causar problemas futuramente.

De fato, a constante evolução tecnológica ocasiona a criação de inventos cujas características podem tornar impossível a identificação e aplicação de normas de Direito do Mar. A capacidade criativa do homem é infinita ao ponto de dar origem a engenhos híbridos, que transitam sucessivamente por ambiente marinho, aéreo e terrestre²⁸.

Assim, a definição de navio, que era uma questão desimportante por sua obviedade, passar a ser, cada vez mais, um aspecto importante, tendo em vista a multiplicidade de objetos artificiais utilizados no mar. Discutir a definição de navio alcançou significativa importância, pois “hoje em dia é preciso tomar em consideração uma diversidade de engenhos e instalações artificiais, fruto da tecnologia moderna, que é impossível assimilar aos navios devido à sua falta de mobilidade quando estão em atividade²⁹”.

A questão é mais prática do que teórica. Trata-se de indicar, entre todos os engenhos utilizados no mar, quais fazem parte de um regime jurídico fundado na responsabilidade dos Estados, tendo em vista garantir a submissão do navio ao Direito do Mar.

O regime de navegação consagrado pelo Direito do Mar funda-se em uma relação interestatal. O Estado é o titular do direito de liberdade de navegação. Esse direito estatal implica, necessariamente, o exercício de amplas competências por parte do Estado da bandeira, o que impede a ação de qualquer outro Estado. Diante disso, no que concerne ao Direito do Mar, o navio define-se, basicamente, como um engenho circulando no am-

24 DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 1166.

25 DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 1277.

26 BRASIL. *Decreto 1.530, de 22 de junho de 1995*. Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar de 1982. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1995/dec_1530_1995_convencionacoesunidasobredireito-mar.pdf>. Acesso em: 22 de nov. 2015.

27 RANGEL, Vicente Marotta. Conflito de leis marítimas: questões prévias. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 91, p.

28 Exemplo corriqueiramente mencionado pela doutrina é o *hovercraft* ou aerobarco. Trata-se de veículo que se locomove tanto nos ambientes marinhos, terrestres ou aéreos através de um colchão de ar, impulsionado por turbinas e hélices.

29 DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 1164.

biente marinho sob a responsabilidade de um Estado ao qual ele pode estar vinculado pela nacionalidade³⁰.

3. NACIONALIDADE DOS NAVIOS E O VÍNCULO SUBSTANCIAL

Há indícios históricos de algum tipo rudimentar de nacionalidade aplicada aos navios no Direito Romano. Todavia, a concepção moderna de nacionalidade atribuída às naus surgiu mais recentemente por meio de alguns em tratados de paz. De fato, Marcelino André Stein³¹ ensina que os “tratados de amizade, cooperação econômica e navegação, datados do início dos anos 1800, traziam a noção de que os navios, pertencentes aos Estados membros, possuíam a nacionalidade destes Estados”.

Assim, os navios eram considerados juridicamente uma extensão do território dos Estados, o que contribuiu para apropriação do atributo da nacionalidade, muito embora o preceito da nacionalidade tenha estado atrelado, primordialmente, ao vínculo que une o cidadão a um determinado Estado. Apesar de ser um bem sujeito ao direito de propriedade, o navio possui uma nacionalidade próxima àquela de um cidadão, o que gera polêmica doutrinária e jurisprudencial³².

No entanto, como assevera Vicente Marotta Rangel³³, a regra, segundo a qual todo navio deve possuir uma nacionalidade, gerou dissidentes posicionamentos entre os doutrinadores no século XX, máxime pela não obrigatoriedade da utilização desse critério em alto mar, posto vigorar, nesse espaço marítimo, o princípio da liberdade de navegação.

Apesar de ser um bem objeto do exercício dos direitos inerentes à propriedade pública ou privada, o navio é visto, no âmbito do Direito do Mar, como uma entidade independente de seus proprietários, vinculada, ju-

ridicamente, ao Estado cuja bandeira ele arvora³⁴. Com frequência, a nacionalidade do navio é distinta daquela de seu proprietário, o que implica importantes desdobramentos relativos à responsabilidade internacional.

O costume internacional, porém, tem como característica o entendimento de que um navio só adquire a nacionalidade no momento de seu regular registro em um Estado, “embora tivessem variado no tempo os critérios de outorga dessa nacionalidade”³⁵.

O direito de arvorar uma bandeira é garantido quando do registro do navio juntamente às autoridades de um determinado Estado, que permite a reunião dos elementos de identificação da embarcação em uma única matrícula. O registro da embarcação consubstancia-se, assim, em uma matrícula, que contém as informações gerais sobre o navio, como dimensão, capacidade de tonelagem, especificação do nome, indicação do proprietário e concessão de nacionalidade, permitindo-lhe arvorar a bandeira do Estado do registro. Logo, a matrícula define o ordenamento jurídico interno aplicável ao navio, as competências administrativas e judiciárias, assim como o vínculo jurídico internacional com o Estado do registro³⁶.

A nacionalidade é o traço mais relevante dos navios, pois o registro em um Estado lhes permite usufruir de uma gama de direitos como a proteção do respectivo Estado no que se refere à aplicação dos tratados internacionais. O navio beneficia-se da proteção diplomática e consular do Estado da bandeira. Além disso, ele pode participar das atividades marítimas reservadas a sua nacionalidade³⁷. Contudo, em contrapartida, a nacionalidade lhes impõe uma série de obrigações internas e internacionais, o que é materializado no exercício da jurisdição por parte Estado que lhes autorizou o arvoreamento da bandeira. Dessa forma, cabem a eles o cumprimento das normas internacionais consentidas pelo Estado da bandeira, assim como o atendimento da legislação interna referente a aspectos trabalhistas, sanitários, tributários, ambientais etc.

30 LUCCHINI, Laurent; VÖELCKEL, Michel. *Droit de la mer*. Paris: Pedone, 1996. v. 2. t. 2. p. 38.

31 STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência: análise jurídica e econômica*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 54.

32 *Vide* o Caso Nottebohm, julgado pela Corte Internacional de Justiça, em 1955.

33 RANGEL, Vicente Marotta. Conflito de leis marítimas: questões prévias. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 91, p. 291-313, 1996.

34 LUCCHINI, Laurent; VÖELCKEL, Michel. *Droit de la mer*. Paris: Pedone, 1996. v. 2. t. 2. p. 44.

35 RANGEL, Vicente Marotta. “Conflito de leis marítimas: questões prévias”. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 91, p. 291-313, 1996. p. 303.

36 LUCCHINI, Laurent; VÖELCKEL, Michel. *Droit de la mer*. Paris: Pedone, 1996. v. 2. t. 2. p. 50-51.

37 NDENDÉ, Martin. “Règles générales sur le statut des navires”. In: BEURIER, Jean-Pierre. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 345.

O fato de um navio arvorar a bandeira do Estado onde está matriculado importa a fixação do Estado responsável pela fiscalização e controle do navio em diversos âmbitos jurídicos, especialmente o administrativo, técnico e social. Trata-se de um ato de soberania. Por essa razão, a bandeira simboliza a possibilidade jurídica de se responsabilizar, no âmbito internacional, o respectivo Estado pelo uso que o navio faz do mar. Consequentemente, esse navio submete-se aos tratados internacionais ratificados pelo Estado do pavilhão³⁸.

Nessa mesma linha de raciocínio, Celso D. de Albuquerque Mello³⁹ destaca a importância jurídica da nacionalidade do navio, tendo em vista suas consequências práticas:

- a) será ele protegido pelo seu Estado nacional, em consequência, no estrangeiro, fará apelo à representação diplomática e consular do seu Estado nacional; b) os tratados relativos à navegação, concluídos pelo seu Estado nacional, são aplicados a ele; c) ele se encontra sob a jurisdição do seu Estado nacional se for navio público; d) ele se encontra sob a jurisdição de seu Estado nacional se for navio privado, que esteja em espaço não submetido à jurisdição de nenhum Estado, como zona econômica exclusiva e no alto-mar.

Por estar intimamente vinculado à nacionalidade, o registro de navio deve atender a critérios definidos soberanamente pelos Estados. Esses critérios nacionais de registro de navios podem consequentemente variar de Estado para Estado. No Brasil, por exemplo, o navio deve ser de “propriedade de brasileiro nato ou de sociedade com sede no País e dirigida, exclusivamente, por brasileiros; serem os armadores brasileiros natos; e serem o comandante e dois terços da tripulação brasileiros natos.”⁴⁰

Atualmente, o conceito de nacionalidade advindo do registro dos navios “tem sido usado de forma a cumprir objetivos políticos dos mais variados Estados, além dos planejamentos econômicos dos proprietários de frotas internacionais de navios.”⁴¹

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do

Mar de 1982⁴², em seu art. 91, determina que:

Todo Estado deve estabelecer os requisitos necessários para a atribuição da sua nacionalidade a navios, para o registro de navios no seu território e para o direito de arvorar a sua bandeira. Os navios possuem a nacionalidade do Estado cuja bandeira estejam autorizados a arvorar. Deve existir um vínculo substancial entre o Estado e o navio. Todo Estado deve fornecer aos navios a que tenha concedido o direito de arvorar a sua bandeira os documentos pertinentes.

Infere-se da literalidade do dispositivo normativo acima transcrito que as circunstâncias legais e administrativas para a atribuição da nacionalidade aos navios são prerrogativas soberanas do Estado do pavilhão. Entretanto, como contrapartida, essa competência exclusiva do Estado de atribuir sua nacionalidade a um navio deve corresponder a um vínculo genuíno entre si, isto é, entre o navio e o Estado da bandeira.

A condição de existência de vínculo genuíno ou substancial entre o Estado da bandeira e o navio é uma construção jurisprudencial. Quando do julgamento do citado caso *Nottebohm*⁴³, a Corte Internacional de Justiça julgou improcedente o pedido “com base na inexistência de elo que vinculasse genuinamente Nottebohm a esse país [Liechtenstein] e no reconhecimento, ao contrário, de elo antigo e estreito entre o mesmo cidadão e a Guatemala.”⁴⁴ Essa decisão internacional passou a pautar também a questão da nacionalidade dos navios. De fato, a obrigatoriedade do vínculo de nacionalidade genuína entre o Estado da bandeira e o navio se inscreveu posteriormente na Convenção de Genebra sobre o

42 BRASIL. *Decreto 1.530, de 22 de junho de 1995*. Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar de 1982. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1995/dec_1530_1995_convencaoacoesunidasobredireito-mar.pdf>. Acesso em: 22 de nov. 2015.

43 Frederic Nottebohm, cidadão alemão, mudou-se ainda jovem para a Guatemala, onde viveu por mais de trinta anos. Em 1939, junto às autoridades do Principado de Liechtenstein, Nottebohm requereu e obteve a nacionalidade daquele Estado, retornando, em seguida, para sua residência na Guatemala. Com o início da Segunda Guerra Mundial, instaurou-se o estado de beligerância entre Guatemala e Alemanha, o que justificou a detenção de Nottebohm, o confisco de seus bens e a suspensão de seus direitos por autoridades guatemaltecas. Em seguida, foi ele internado nos Estados Unidos. Após ser liberado, Nottebohm fixou domicílio definitivo em Liechtenstein, que ajuizou ação junto à Corte Internacional de Justiça, pleiteando indenização em face da Guatemala.

44 RANGEL, Vicente Marotta. Conflito de leis marítimas: questões prévias. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 91, p. 291-313, 1996. p. 308.

38 LUCCHINI, Laurent; VÉLCKEL, Michel. *Droit de la mer*. Paris: Pedone, 1996. v. 2. t. 2. p. 50-51; p. 53.

39 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Alto-mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 219.

40 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 847-848.

41 STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência: análise jurídica e econômica*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 52.

alto mar, de 1958⁴⁵, que em seu art. 5º, *caput* e parágrafo 1º determina que:

Cada Estado fixa as condições pelas quais concede a sua nacionalidade aos navios, e bem assim as condições de registro e o direito de arvorar o seu pavilhão. Os navios possuem a nacionalidade do Estado cujo pavilhão estão autorizados a usar. Deve existir uma ligação substancial entre o Estado e o navio; o Estado deve, nomeadamente, exercer a sua jurisdição efetiva e a sua fiscalização.

Para Hidelbrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella⁴⁶ a determinação da nacionalidade é tema complexo, pois “a exigência de vínculo substancial (*genuine link*) entre o Estado e o navio é considerada vaga, em sua formulação, e tem dado lugar a interpretações abusivas”.

Em contrapartida, percebe-se que Rafael Muniz⁴⁷ assume diferente perspectiva, ao afirmar que:

Esse vínculo efetivo está relacionado ao cumprimento, por parte do Estado da bandeira, das obrigações e dos deveres previstos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. Esta exige que o Estado de bandeira exerça de modo efetivo jurisdição e controle nos aspectos administrativos, técnicos e sociais relativos ao navio.

Com efeito, pode-se observar que a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar⁴⁸, em seu art. 94, § 1º, que trata dos deveres do Estado da bandeira, dispõe que “todo Estado deve exercer, de modo efetivo, a sua jurisdição e seu controle em questões administrativas, técnicas e sociais sobre navios que arvoem a sua bandeira”. Esse dispositivo corresponde a uma direção normativa para o delineamento do vínculo genuíno de nacionalidade entre o navio e o Estado da bandeira.

Logo, o vínculo substancial pode ser definido como o efetivo exercício das funções jurisdicionais e administrativas do Estado da bandeira sobre o navio, consubs-

tanciado em ações de fiscalização, controle, exigência da prática de determinados atos previstos normativamente e eventual punição dos responsáveis pela violação das obrigações jurídicas nacionais e internacionais válidas para aquele Estado da bandeira determinado. O vínculo é considerado forte quando o navio possui algum laço com o Estado de registro. Esse é o significado do vínculo efetivo entre o Estado e o navio⁴⁹.

4. BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA E AS IMPLICAÇÕES AMBIENTAIS DECORRENTES DOS REGISTROS ABERTOS

Todo navio possui traços próprios, característicos e individualizantes, que o diferenciam de outras embarcações. Esses elementos de identificação dos navios têm a função jurídica, acima de tudo, de indicar a titularidades de responsabilidades penais, civis, administrativas e internacionais. Em resumo, esses elementos de identificação correspondem ao número de registro, nome do navio, a bandeira que arvora e a documentação de bordo.

Discorrendo a respeito dessas características, Celso D. de Albuquerque Mello⁵⁰ sustenta que:

A bandeira é o símbolo externo do registro do navio, que é comprovado pelos papeis de bordo. O local do registro é denominado porto de registro, que não precisa ser necessariamente um porto. Os papeis de bordo eram designados antigamente como *lettres de mer*. Estes papéis compreendem: certificado de nacionalidade, rol de equipagem, diário de bordo, etc. a forma e a concessão dos papeis de bordo dependem exclusivamente do Estado nacional do navio. Os papéis de bordo são regulamentados pelo Estado.

No que se diz respeito aos registros, eles podem ser classificados em registros fechados e abertos. Os registros fechados são aqueles em que há coincidência de nacionalidade entre o navio e seu proprietário, estabelecendo-se assim um verdadeiro vínculo jurídico entre eles. Os Estados de registro fechado admitem que seus nacionais registrem os navios em seu território, exercendo, conseqüentemente, os procedimentos próprios,

45 CONFERÊNCIA DE DIREITO DO MAR, 1., 1958, Genebra. *Convenção sobre o Alto Mar*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/dl44490B.pdf>>. Acesso em: 11 de jan. 2016.

46 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 607.

47 MUNIZ, Rafael. *A nacionalidade do navio à luz da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982: o vínculo efetivo entre o Estado e o navio*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009. p. 09.

48 BRASIL. *Decreto 1.530, de 22 de junho de 1995*. Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar de 1982. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1995/dec_1530_1995_convencaonacoesunidasobredireito-mar.pdf>. Acesso em: 22 de nov. 2015.

49 MUNIZ, Rafael. *A nacionalidade do navio à luz da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982: o vínculo efetivo entre o Estado e o navio*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009. p. 76.

50 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Alto-mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 217.

o que implica a observância das respectivas normas jurídicas.

Alguns Estados permitem, excepcionalmente, dentro do sistema de registros fechados, um segundo registro⁵¹, criado como reação à proliferação das bandeiras de conveniência no cenário marítimo internacional. Com o segundo registro, pretende-se manter o numerário de frota mercante, e não dispersar as divisas. Nessa hipótese, os Estados autorizam que navios portadores de registro anterior realizem um novo registro em seu território, desde que atendidos os requisitos fixados pelas normas internas e internacionais.

Na convicção de Carla Adriana Comitre Gibertoni⁵², os objetivos dos Estados, que determinam o segundo registro, “são impedir a evasão da frota nacional para os países de registro aberto, fortalecer a marinha mercante nacional, retorno dos navios registrados nos países de bandeiras de conveniência, maior desenvolvimento da indústria da navegação”.

Nos Estados que adotam o sistema de registro fechado, existe um severo controle das condições dos navios, manutenções periódicas e permanentes, direitos trabalhistas respeitados, taxas e impostos considerados altos pela categoria marítima⁵³.

Por sua vez, nos Estados que adotam o sistema de registro aberto, não há a exigência de uma ligação efetiva entre o navio e o Estado do pavilhão. Ao contrário, esses Estados facilitam o registro de embarcações em seus territórios, pois a fiscalização das atividades marítimas é praticamente inexistente ou, quando há o cumprimento de obrigações jurídicas, as normas mostram-se bastante flexíveis quando comparadas com o sistema de registro fechado. Visto ser o sistema de registro aberto caracterizado pela falta de compromisso com os princípios do Direito do Mar, percebe-se a ocorrência, nesse contexto, da violação por parte dos navios de diversas normas jurídicas internas e internacionais de caráter trabalhista, ambientais e administrativa.

O direito de arvorar uma bandeira, obtido no sistema de registro aberto, corresponde ao que a doutrina

tem identificado como adoção de bandeiras de conveniência, bandeiras de necessidade, bandeiras de refúgio, pavilhão de complacência ou pavilhão de refúgio⁵⁴.

Bandeira de conveniência é uma bandeira concedida pelo Estado de registro aberto em contrapartida à prática de atos que excluem o vínculo efetivo desse Estado com o navio que passa a arvorar sua bandeira. O navio é, então, registrado em Estado que exerce raramente sua competência de fiscalização e controle, mesmo quando o navio se encontra atracado em seus portos.⁵⁵ A bandeira de conveniência tornou-se paulatinamente uma estratégia para impedir o estabelecimento do elo jurídico genuíno entre o Estado e o navio.

Para Oswaldo Agripino de Castro Júnior⁵⁶ a “bandeira de conveniência é o registro de navio em país para reduzir o pagamento de tributos, custos de tripulantes, segurança e manutenção do navio”. Essa prática pode causar uma série de fatos contrários à proteção internacional do meio ambiente.

A bandeira de conveniência representa um sistema perigoso na medida em que o Estado do registro aceitam de ignorar as condições socioambientais de exercício das embarcações, acarretando, em contraposição ao princípio da prevenção, no aumento do risco de danos significativos⁵⁷.

Os proprietários de navios dos Estados Unidos, diante do rigor das exigências normativas existentes naquele país, foram os precursores da adoção do sistema de bandeiras de conveniência. Para tanto, buscou-se o registro de seus navios no Panamá, uma vez que as obrigações jurídicas a serem cumpridas ali eram vistas como menos rigorosas:

Entre 1915 e 1922, este país [Estados Unidos] teve uma política agressiva de criação de uma marinha mercante forte e uma série de novas medidas foi implementada pelo *American Bureau of Shipping* que forçou a própria marinha mercante norte-americana a buscar alternativas. A primeira delas encontrou abrigo na ajuda da criação do registro aberto do Panamá⁵⁸.

51 O Brasil é um desses Estados, que preveem a existência do segundo registro.

52 GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 63.

53 STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência: análise jurídica e econômica*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011p. 54.

54 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Alto-mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

55 LUCCHINI, Laurent; VÖELCKEL, Michel. *Droit de la mer*. Paris: Pedone, 1996. v. 2. t. 2. p. 50-51; p. 64.

56 CASTRO JUNIOR, Oswaldo Agripino de. Segurança marítima e bandeiras de conveniência: possibilidades de regulação. In: _____ (Coord.). *Direito marítimo, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 581-620. p. 594.

57 NDENDÉ, Martin. “Règles générales sur le statut des navires”. In: BEURIER, Jean-Pierre. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 336-360. p. 349.

58 STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência: análise ju-*

Em 1919, o navio *Belen Quezada* foi o primeiro a obter o registro no Panamá. A partir de 1922, vários proprietários de navios, vindos dos Estados Unidos e da Europa, vislumbrando a possibilidade de se vincularem a um ordenamento jurídico marítimo mais flexível, passaram a registrar seus navios no Panamá⁵⁹.

No entanto, historicamente, a bandeira de conveniência ganhou os contornos atuais, no início da década de 1940. Como estratégia política desenvolvida em razão de seu maior envolvimento na Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos, antes da formal declaração de guerra e com o intuito de auxiliar a marinha do Reino Unido nos combates com a Alemanha, autorizou que proprietários de navios estadunidenses agissem de modo a arvorar a bandeira panamenha, quando do abastecimento de material estratégico no Reino Unido. Pretendia-se, com essa decisão, impedir a identificação da origem daquele comércio, protegendo, assim, os Estados Unidos da acusação de interferência no desenvolvimento do conflito armado⁶⁰.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, ocorreu um exponencial crescimento do regramento das questões marítimas pelos Estados em escala nacional, regional e global. Ao aumento da normatividade relacionada com a atividade marinha correspondeu a generalização da adoção do sistema de registro que permite a utilização de bandeiras de conveniência.

Atualmente, cerca de 65% da frota mundial é registrada em Estados de bandeira de conveniência. Os cinco países mais procurados para esse tipo de registro são Panamá, Libéria, Grécia, Bahamas e Ilhas Marshall. Dentre eles, somente a Grécia não é considerada um Estado de registro aberto pela Federação Internacional dos Trabalhadores em Transporte (ITF)⁶¹.

Por sua vez, o Panamá é o Estado que detém o maior número de registros abertos de navios, representando 23% do total mundial, quando considerado o critério da

tonelagem transportada. No entanto, mais de 75% dos proprietários das embarcações de bandeira panamenha são estrangeiros. Há Estados, como Bahamas, Malta, Antígua e Barbuda, São Vicente e Granadinas, em que menos de 1% dos navios registrados são de propriedade de seus nacionais⁶².

A ITF, sindicato que representa milhões de trabalhadores de 150 países, realizou por intermédio de seu comitê de práticas aceitáveis⁶³ estudos listando os 35 Estados e entidades considerados de bandeiras de conveniência⁶⁴.

Os benefícios dos armadores, de acordo com a ITF⁶⁵, são decorrentes da pouca regulamentação do Estado da bandeira, que é representada por facilidades de registro, taxas de registros baratas, isenção de impostos ou pequenas alíquotas, liberdade de empregar mão de obra barata no mercado global e não imposição de vínculo efetivo entre o Estado de registro e o navio. As vantagens para o Estado de registro aberto residem na cobrança da taxa anual calculada sobre a tonelagem transportada e nos valores percebidos para o registro dos navios em seu território.

Segundo Oswaldo Agripino de Castro Júnior⁶⁶, a estratégia das empresas que procuram as bandeiras de conveniência “é buscar espaços não regulados ou de má qualidade regulatória, para que seus navios sejam registrados. O país de registro determina as normas que aplicam ao navio (Lei pavilhão)”.

62 MUNIZ, Rafael. *A nacionalidade do navio à luz da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982*: o vínculo efetivo entre o Estado e o navio. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009

63 Comissão mista formada por representantes sindicais de marítimos e portuários.

64 Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda (RU), Bolívia, Burma, Cambódia, Ilhas Cayman, Comoros, Chipre, Guiné Equatorial, Ilhas Faroé (FAS), Registro Internacional de Navios Francês (FIS), Registro Internacional de Navios Alemão (GIS), Geórgia, Gibraltar (RU), Honduras, Jamaica, Líbano, Libéria, Malta, Ilhas Marshall (EUA), Maurício, Moldávia, Mongólia, Antilhas, Holandesas, Coreia do Norte, Panamá, São Tomé e Príncipe, St Vincent, Sri Lanka, Tonga, Vanuatu.

65 FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTE. *Bandeiras de conveniência*: evitando as regras com uma bandeira conveniente. Disponível em: <<http://www.itfglobal.org/pt/transport-sectors/seafarers/in-focus/flags-of-convenience-campaign/>>. Acesso em: 02 dez. 2015.

66 CASTRO JUNIOR, Oswaldo Agripino de. *Segurança marítima e bandeiras de conveniência*: possibilidades de regulação. In: _____ (Coord.). *Direito marítimo, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 581-620. p. 594-595.

rídica e econômica. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 53.

59 CASTRO JUNIOR, Oswaldo Agripino de. *Segurança marítima e bandeiras de conveniência*: possibilidades de regulação. In: _____ (Coord.). *Direito marítimo, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 581-620. p. 595.

60 SARDINHA, Álvaro. *Registo de navios Estados de bandeira*. Lisboa: Coleção Mar Fundamental, 2013.

61 STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência*: análise jurídica e econômica. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

As vantagens econômicas para o armador do navio que arvora bandeira de conveniência são significativas, como declara Javier Del Corte⁶⁷:

Por isso, é tão evidente, em resumo, que o raciocínio final que leva a um armador a defender o seu navio em uma bandeira de conveniência é uma abordagem puramente econômica. Certamente, a diferença em termos exclusivos de custos de operação do navio é enorme, por exemplo, para um navio de 24 tripulantes entre a contratação de 10 oficiais e 14 marinheiros europeus e uma tripulação chinesa a diferença equivale a U\$ 58.200 por mês e U\$ 698.400 anualmente, porém, se produzem outras consequências muito negativas.⁶⁸

Todos esses Estados e entidades relacionados pela ITF não têm garantido, por meio do exercício de sua competência jurídico-administrativa, a realização de direitos trabalhistas básicos. Por consequência, nos navios de bandeira de conveniência, é comum que os trabalhadores marítimos tenham salários baixos, condições precárias de trabalho, alimentação de péssima qualidade, escassez de água potável e longas jornadas de trabalho sem o devido descanso. Além disso, no que concerne ao tema deste artigo, percebe-se, também, por parte dos navios de bandeira de conveniência o desrespeito sistemático de normas jurídicas internacionais ambientais, o que tem provocado danos significativos ao meio ambiente marinho.

No universo de consequências prejudiciais provocadas pela adoção dos registros abertos representados pelas bandeiras de conveniência, os aspectos ambientais destacam-se. Isso se deve ao fato de que o Estado da bandeira deveria ser o primeiro a agir em operações para fiscalização de navios potencialmente inseguros ou ambientalmente prejudiciais, mas nada fazem ou fazem muito pouco. Essa omissão decorre das precárias condições estruturais dos órgãos administrativos do Estado da bandeira, mas funda-se em uma política interna de flexibilização de obrigações e responsabilidades dos navios e na crise de efetividade das convenções inter-

nacionais sobre segurança marítima e proteção ao meio ambiente.

Para além do mar territorial, é a jurisdição do Estado da bandeira que se aplica ao navio. Por isso, o Estado da bandeira deve garantir que os navios matriculados em seu território cumpram as normas internacionais em vigor para evitar danos ambientais. Caso haja algum fato ambientalmente prejudicial na zona econômica exclusiva, o Estado da bandeira deve tomar todas as medidas necessárias para impor a seus navios a obrigação de cooperar com as autoridades do Estado costeiro.

Os Estados de bandeira de conveniência, em vista da rentabilidade própria do sistema de registro aberto, têm, sistematicamente, desconhecido suas obrigações socioambientais, que podem ser encontradas resumidamente no art. 217 da Convenção de Montego Bay⁶⁹, que diz, em seu § 1º:

Os Estados devem assegurar que as embarcações que arvorem a sua bandeira ou estejam registradas no seu território cumpram as regras e normas internacionais aplicáveis estabelecidas por intermédio da organização internacional competente ou de uma conferência diplomática geral, bem como as leis e regulamentos adotados de conformidade com a presente Convenção, para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho proveniente de embarcações, e consequentemente adotar as leis e regulamentos e tomar outras medidas necessárias para pô-los em prática. Os Estados de bandeira devem velar pela execução efetiva de tais regras, normas, leis e regulamentos, independentemente do local em que tenha sido cometida a infração.

Por isso, a inexistente ou ineficaz fiscalização dos navios pelos Estados de registro aberto tem provocado, ao longo de décadas, diversas catástrofes ambientais que poderiam ter sido evitadas ou minimizadas, caso as fiscalizações regulares tivessem sido realizadas com base em normas internas e internacionais relativas ao controle do transporte, segurança marítima e proteção ambiental.

Em 1967, por exemplo, o navio petroleiro *Torrey Canyon*, construído nos Estados Unidos, reformado no Japão, mas registrado na Libéria, encalhou próximo de Seven Stones, zona costeira localizada a noroeste do

67 CORTE, Javier del. Condiciones de vida y trabajo de los trabajadores del mar enrolados en buques bajo pabellón de conveniencia. *Trabajos y ensayos*, n. 2, p. 01-17, jul. 2005. p. 03.

68 Por lo tanto se evidencia así, en resumen, que el razonamiento final que lleva a un armador a abanderar su buque en un pabellón de conveniencia es un planteamiento exclusivamente económico. Ciertamente, la diferencia en exclusivos términos de costes de explotación del buque es enorme, por ejemplo, para un buque de 24 tripulantes entre la contratación de 10 oficiales y 14 marineros europeos y una tripulación china dicha diferencia asciende a 58.200 USD al mes y 698.400 USD anuales, pero se producen otras consecuencias muy negativas. (tradução nossa).

69 BRASIL. Decreto 1.530, de 22 de junho de 1995. Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar de 1982. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1995/dec_1530_1995_convencaoacoesunidasobredireito-mar.pdf>. Acesso em: 22 de nov. 2015.

Reino Unido, provocando o derramamento de 120 mil toneladas de petróleo. No inquérito, constatou-se que o comandante, além de estar tuberculoso, estava a bordo do navio, há mais de um ano, sem pisar em terra firme⁷⁰.

Três anos depois, o petroleiro *Arrow*, também registrado na Libéria, encalhou na costa canadense. Durante as investigações, certificou-se que os instrumentos fundamentais para navegação marítima estavam avariados ou não funcionavam. A tripulação estava, igualmente, irregular, pois o oficial de serviço que operava os instrumentos no horário do incidente não tinha licença e nenhum dos demais oficiais presentes tinha o conhecimento necessário de navegação⁷¹.

Em 1972, dois petroleiros de bandeira liberiana, *Oswego Guardian* e *Texanita*, envolveram-se em um abalroamento no Oceano Índico, próximo ao litoral da África do Sul. No acidente, houve uma explosão que lançou estilhaços a uma distância de 40 milhas da costa, provocando a morte de 34 pessoas. Além disso, no âmbito ambiental, derramaram-se no mar 90 mil toneladas de petróleo, causando a destruição significativa de flora e fauna marinha da região⁷².

Em 1976, o navio-tanque liberiano *Argo Marchant*, que mudou de nome três vezes em razão do envolvimento em outros incidentes com vítimas, encalhou a sudoeste da Ilha Nantucket, nos Estados Unidos. Na ocasião, a embarcação transportava mais de 28 mil toneladas de óleo. As tentativas de salvar a carga e o navio se frustraram, mas a tripulação pôde ser resgatada sem ferimentos. O navio partiu-se em dois e o óleo foi derramado na costa próxima à praia e resorts da região, causando danos significativos ao meio ambiente marinho. No curso da investigação, descobriu-se que o comandante utilizara cartas náuticas desatualizadas, a tripulação não tinha qualificação técnica e o navio estava com vários equipamentos danificados⁷³.

70 CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Segurança marítima e bandeiras de conveniência: possibilidades de regulação. In: _____ (Coord.). *Direito marítimo, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 581-620.

71 STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência: análise jurídica e econômica*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011

72 STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência: análise jurídica e econômica*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

73 CALIXTO, Robson José. *Incidentes marítimos: história, direito marítimo e perspectivas num mundo em reforma da ordem internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

Outro incidente emblemático ocorreu na região costeira da França, mais precisamente em Portsall, ao norte da Bretanha, em 1978. O navio-tanque *Amoco Cadiz*, arvorando a bandeira de conveniência liberiana, transportava 220 mil toneladas de óleo e ficou à deriva no mar por problemas no comando das marchas. Por essa razão, o navio chocou-se com um banco de pedras em Portsall, partindo-se e derramando toda a carga que transportava. As manchas de óleo se esparramaram por centenas de quilômetros na costa francesa, prejudicando as atividades pesqueiras e causando danos à vida marinha⁷⁴.

Em 1991, o petroleiro *Haven*, matriculado no Chipre – também considerado um Estado de bandeira de conveniência –, carregava 140 mil toneladas de petróleo quando explodiu no Mar Mediterrâneo, junto à costa italiana, em Gênova. Mais de 30 mil toneladas de petróleo foram lançados ao mar, causando um prejuízo ambiental significativo naquela porção do território da Itália⁷⁵.

Anos depois, em 1999, o petroleiro *Erika*, arvorando a bandeira de conveniência de Malta, carregado de 31 mil toneladas de combustível, fazia o trajeto entre a cidade portuária francesa de Dunquerque e a cidade italiana de Livorno. Próximo à costa da Bretanha, o navio envolveu-se em condições meteorológicas muito difíceis, forçando seu comandante a lançar um pedido de socorro, diante da ameaça de ruptura do casco, o que veio a ocorrer horas depois. Estima-se que entre sete e dez mil toneladas de combustível tenham sido lançadas no meio ambiente marinho⁷⁶.

Em 2002, na costa da Galícia, na Espanha, devido à força da tempestade, afundou o petroleiro *Prestige*, navio matriculado na Libéria, transportando 73 mil toneladas de combustível. Com o derramamento de sua carga, produziu-se um dano socioambiental significativo, tendo em vista os impactos na biodiversidade e no meio de vida da população local⁷⁷.

74 STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência: análise jurídica e econômica*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

75 CALIXTO, Robson José. *Incidentes marítimos: história, direito marítimo e perspectivas num mundo em reforma da ordem internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

76 LAUBIER, Lucien. La marée noire de l'Erika: conséquences écologiques et écotoxicologiques. Bilan d'un programme de recherche. *Natures Sciences Sociétés*, v. 12, p. 216-220, 2004. p. 216.

77 DAKOURI, Jean-Claude. *Le droit maritime international et le transport des hydrocarbures*. Maastricht: Universitaire Pers Maastricht, 2011.

Mais recentemente, em 2011, o navio *Rena*, arvorando a bandeira liberiana, encalhou na costa da Nova Zelândia, resultando em 70 contêineres de óleo lançados ao mar. Produziu-se, assim, uma mancha de óleo de 22 quilômetros, causando importantes danos ambientais marinhos⁷⁸.

Esses acidentes marítimos ilustram como a ausência de efetiva fiscalização do Estado da bandeira pode contribuir para a ocorrência de catástrofes ambientais, já que, em todos os relatos, durante as investigações, apurou-se a negligência quanto às normas internacionais de segurança, proteção ambiental e operação de equipamentos.

Em 23 de abril de 2009, a União Europeia instituiu uma diretiva a respeito das obrigações do Estado da bandeira quanto à prevenção da poluição por navios. Cabe ao Estado-membro verificar o cumprimento pelos navios matriculados das normas jurídicas internacionais sobre a matéria. A Comissão Europeia remete, a cada quinquênio, ao Parlamento Europeu um relatório sobre a aplicação dessa diretiva⁷⁹.

Diante da iniciativa europeia de prevenção de danos por navio de bandeira de conveniência, fica evidente que, somente por meio de um empenho efetivo de cooperação internacional, será possível “combater problemas como a poluição transfronteiriça, a poluição atmosférica trazida pelo vento e a poluição dos mares e oceanos, dentre outros males causados pelo homem”⁸⁰.

O principal instrumento jurídico instituído no âmbito das Nações Unidas é a Convenção de Genebra de 1986, que trata das condições de matrícula dos navios. Seu objetivo é impedir a adoção de sistemas nacionais de bandeira de conveniência. Porém, a convenção não foi ainda ratificada por um número significativo de Estado, o que dificulta sua implementação generalizada⁸¹.

Como contrapartida aos problemas socioambientais

advindos da adoção do sistema de registro aberto, o desenvolvimento do Direito do Mar tem sido no sentido de valorizar a posição do Estado costeiro, que pode subjetivar os prejuízos advindos de atos de navios de bandeira de conveniência. A Convenção de Montego Bay permite ao Estado costeiro o exercício da competência normativa interna ambiental quando do exercício da jurisdição sobre a zona econômica exclusiva. “Ele pode proceder à inspeção de um navio estrangeiro para estabelecer a materialidade de uma infração a suas leis cometida, mas referidas zonas [mar territorial e zona econômica exclusiva]”^{82, 83}.

O problema dos danos causados por navios de bandeira de conveniência torna-se mais dramático quando ocorrido em espaço internacionalizado, fora da jurisdição do Estado costeiro, em que vige o princípio da liberdade e da incidência exclusiva das competências do Estado da bandeira.

Uma resposta interessante é o fortalecimento das competências do Estado do porto, em que o navio estrangeiro pode atracar, voluntariamente, com intuito de fazer escala em operação técnica ou comercial. Se o navio de bandeira de conveniência causou eventualmente um dano ambiental ilícito em alto mar ou em qualquer outro espaço fora da jurisdição nacional do Estado do porto, este pode investigar o fato e responsabilizar judicialmente os envolvidos, mesmo que não tenha sofrido diretamente o dano⁸⁴.

A comunidade internacional, especialmente os Estados europeus, tem procurado instituir meios para intensificar a fiscalização da segurança marítima em seus portos e zonas costeiras a fim de prevenir a ocorrência de danos ao meio ambiente marinho. Dentro dessa iniciativa europeia, destaca-se o Memorando de Paris e Controle pelo Estado do Porto (PSC)⁸⁵, que busca harmonizar as práticas de inspeção das administrações nacionais, instituindo um maior controle dos navios

p. 24-25.

78 STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência: análise jurídica e econômica*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

79 BEURIER, Jean-Pierre. Lutte globale contre la pollution des mers. In: _____. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 1.625-1.643. p. 1639.

80 JQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 11, n. 22, p. 299-315, 2015. p. 305.

81 NDENDÉ, Martin. “Règles générales sur le statut des navires”. In: BEURIER, Jean-Pierre. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 336-360.

82 “Il peut procéder à l’inspection d’un navire étranger pour établir la matérialité d’une infraction à ses lois commise dans lesdites zones”. (tradução nossa)

83 BEURIER, Jean-Pierre. Lutte globale contre la pollution des mers. In: _____. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 1.625-1.643. p. 1640.

84 BEURIER, Jean-Pierre. Lutte globale contre la pollution des mers. In: _____. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 1.625-1.643. p. 1641.

85 Memorandum of Understanding (MoU), assinado pelas administrações marítimas dos Estados da Comunidade Econômica Europeia, em Paris, em 26 de janeiro de 1982.

estrangeiros que atracam nos portos europeus. Esse memorando prevê a possibilidade de imobilização de navios estrangeiros considerados perigosos, caso as reparações exigidas pelas autoridades do Estado do porto não sejam efetuadas. A partir desse controle, são publicadas “listas negras” dos navios suspeitos de desrespeitarem as normas internacionais de segurança marítima, com a identificação dos armadores e das irregularidades constatadas, com a intenção de proibição de atracamento e circulação nos portos europeus⁸⁶. Depois dos acidentes com os navios *Erika* e *Prestige*, há quem defenda a necessidade de o Estado do porto exercer o controle antes da entrada dos navios nos portos da Comunidade Econômica Europeia⁸⁷.

Em 2009, assinou-se, no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO), o Acordo relativo às medidas do Estado do porto em vista da luta contra a pesca ilegal, não declarada e não regulamentada, que alarga o campo de competência do Estado do porto, tornando-se assim o “controlador da aplicação das normas do direito internacional a respeito ao mar”^{88, 89}.

Para suprir a ineficiente fiscalização dos Estados de bandeira de conveniência, que tem contribuído para a ocorrência de importantes danos ao meio ambiente marinho, deve-se criar, gradualmente, medidas internacionais de maior controle para proibir o ancoramento desses navios em terminais e portos estrangeiros, com aplicações de elevadas multas e severas penalidades, reduzindo, assim, os riscos de danos ambientais.

A omissão de alguns Estados em relação à preservação do meio ambiente marinho, especialmente daqueles que se identificam como Estado de bandeira de conveniência, tem contribuído para uma globalização da aplicação do direito ambiental marinho, sendo chamados à tarefa os Estados costeiros e do porto.

86 SARDINHA, Álvaro. *Registo de navios Estados de bandeira*. Lisboa: Coleção Mar Fundamental, 2013.

87 BEURIER, Jean-Pierre. Lutte globale contre la pollution des mers. In: _____. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 1.625-1.643. p. 1642.

88 “controlleur de l’application des normes du droit international concernant la mer”. (tradução nossa)

89 BEURIER, Jean-Pierre. Lutte globale contre la pollution des mers. In: _____. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 1.625-1.643. p. 1642.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As convenções internacionais de Direito do Mar, cada qual a sua maneira, estabelecem conceitos distintos para navios, buscando adequá-los aos fins colimados por si mesmas. De maneira geral, pode-se afirmar que navios são objetos artificialmente criados pelo homem, que possam efetuar de modo contínuo a navegação marinha. Visto ser próprio do conceito a característica de ser destinado à navegação, é importante que, do ponto de vista jurídico da responsabilização por dano, sejam instituídos mecanismos de identificação do navio.

Historicamente, o pressuposto de vinculação de um navio a um Estado, povo ou nação, esteve de alguma maneira presente e era concretizado pelo hasteamento da respectiva bandeira. Esta passou, consuetudinariamente, a representar a nacionalidade do navio que, a seu turno, relaciona-se com o critério de determinação das normas jurídicas aplicáveis aos atos e fatos envolvendo o navio, seu proprietário, sua tripulação ou o próprio Estado cuja bandeira arvora-se.

Para ostentar a bandeira de um Estado, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 estabelece ser necessária a existência de um vínculo genuíno, substancial, entre o Estado do pavilhão e o navio. Esse vínculo substancial, embora impreciso e sujeito a diversas interpretações, encontra abrigo na própria Convenção de Montego Bay, confundindo-se com o efetivo exercício das funções jurisdicionais e administrativas do Estado sobre o navio matriculado em seu território, segundo as disposições específicas do ordenamento jurídico soberanamente instituído. O navio, devidamente matriculado, deve ser usado de modo a cumprir o ordenamento jurídico interno do Estado da bandeira e a respeitar as normas jurídicas internacionais livremente aceitas por esse Estado.

É certo, portanto, que toda utilização de um navio se faz preceder por um registro, que se realiza em consonância com o Direito interno do Estado determinado. Feito o registro e obtida a matrícula, institui-se o vínculo jurídico fundamental entre o navio e o Estado da bandeira, que garante a este as condições formais para a aplicação de normas de controle como, *inter alia*, medidas relacionadas aos direitos trabalhistas dos marítimos, proteção ambiental, sanitária e de regulação portuária.

Diante da importância do registro do navio como requisito de sua vinculação jurídica com um Estado de-

terminado, o Direito do Mar considera-o condição *sine qua non* para toda atividade marinha, desde a navegação até a exploração de recursos naturais. Presume-se, então, que o navio, que arvora uma bandeira, submeteu-se a todas as vistorias e controles determinados normativamente pelo Estado do pavilhão.

Há Estados, contudo, que não exigem a instituição de um vínculo efetivo com os navios ali registrados, o que constitui uma conjuntura de baixa normatividade, frágil fiscalização e alto risco de dano. Esses Estados são conhecidos como Estados de bandeira de conveniência, que adotam o sistema de registro aberto de navios. Como consequência, os navios de bandeira de conveniência não só estão vinculados a normas bem mais flexíveis quanto à segurança socioambiental, como são sujeitos a uma fiscalização quase inexistente por parte do Estado da bandeira.

A adoção de bandeiras de conveniência e a respectiva flexibilização do controle das atividades do navio pelas autoridades do Estado do pavilhão têm sido vistas como um desafio ao Direito do Mar, uma vez que há uma relação direta entre esse sistema e a ocorrência de danos significativos. De fato, muitos acidentes têm acontecido em meio marinho, evidenciando o fato de que a falta de efetiva fiscalização por parte do Estado da bandeira pode ocasionar catástrofes ambientais por negligência quanto às normas internacionais de segurança e operação de equipamentos.

Esses problemas são ainda mais dramáticos quando ocorridos em espaço marinho internacionalizado, onde o Estado da bandeira detém competência exclusiva de intervenção. Para enfrentar esse desafio, a comunidade internacional tem concedido, no âmbito do Direito do Mar, ao Estado costeiro e ao Estado do porto maiores liberdades de intervenção em relação às atividades realizadas por Estados de bandeira de conveniência na zona econômica exclusiva e em alto mar.

Ao transferir para o Estado costeiro e o Estado do porto a responsabilidade de agir em face do risco de dano socioambiental significativo na zona econômica exclusiva e em alto mar, pretende-se incrementar a possibilidade de fiscalização e controle. O objetivo é garantir a eficácia das normas de segurança marítima, com medidas punitivas concretas, para prevenir danos ao meio ambiente marinho. Trata-se de importante alternativa, pois sincroniza os procedimentos já existentes de inspeção dos Estados com a adoção de novas

estratégias de uniformização das práticas de navegação e exploração de recursos naturais marinhos. É, de toda forma, um caminho para o desestímulo à permanência das bandeiras de conveniência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEURIER, Jean-Pierre. Lutte globale contre la pollution des mers. In: _____. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 1.625-1.643.

BRASIL. *Decreto 1.530, de 22 de junho de 1995*. Convenção das Nações Unidas Sobre Direito do Mar de 1982. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Decretos/1995/dec_1530_1995_convencao-naoes-unidas-sobre-direito-mar.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Convenção sobre facilitação do tráfego marítimo internacional*. 1965. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/convencao-para-a-facilitacao-do-trafego-maritimo-internacional-fal-65/>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

BWM. *Convenção Internacional Para o Controle e Gerenciamento da Água de Lastro e Sedimentos dos Navios de 2004*. Disponível em: <<https://www.ccaimo.mar.mil.br/bwm>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

CALIXTO, Robson José. *Incidentes marítimos: história, direito marítimo e perspectivas num mundo em reforma da ordem internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Segurança marítima e bandeiras de conveniência: possibilidades de regulação. In: _____. (Coord.). *Direito marítimo, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 581-620.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção da OIT n.º 22: Convenção relativa ao Contrato de Trabalho dos Marítimos, 1926, tal como modificada pela Convenção relativa à Revisão dos Artigos Finais, 1946*. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/ii/2006/14/aviso16.asp#ptg22>>. Acesso em: 02 de mar. 2016.

- CONFERÊNCIA DE DIREITO DO MAR, 1., 1958, Genebra. *Convenção sobre o Alto Mar*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/dl44490B.pdf>>. Acesso em: 11 de jan. 2016.
- CONVENÇÃO sobre o regulamento internacional para evitar abalroamentos no mar de 1972. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/documentos_reuniao/ripeam_colreg_consolidada_com_emd_dez2013.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2015.
- DAILLIER, Patrick; FORTEAU, Mathias; PELLET, Alain. *Droit international public*. 8. éd. Paris: L.G.D.J., 2009.
- DAKOURI, Jean-Claude. *Le droit maritime international et le transport des hydrocarbures*. Maastricht: Universitaire Pers Maastricht, 2011.
- CORTE, Javier del. Condiciones de vida y trabajo de los trabajadores del mar enrolados en buques bajo pabellón de conveniência. *Trabajos y ensayos*, n. 2, p. 01-17, jul. 2005.
- DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- FEDERAÇÃO INTERNACIONAL DOS TRABALHADORES EM TRANSPORTE. *Bandeiras de conveniência*: evitando as regras com uma bandeira conveniente. Disponível em: <<http://www.itfglobal.org/pt/transport-sectors/seafarers/in-focus/flags-of-convenience-campaign/>>. Acesso em: 02 dez. 2015.
- FLORENTINO, Manolo. Tráfico atlântico, mercado colonial e famílias escravas no Rio de Janeiro, Brasil, c. 1790 - c. 1830. *História*: Questões e Debates, Curitiba, n. 51, p. 69-119, jul./dez. 2009.
- GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e prática do direito marítimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GONÇALVES, Marcelo David. Direito Internacional Marítimo. In: FERREIRA JUNIOR, Lier Pires; CHAPARRO, Verônica Zárate (Coord.). *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2008. p. 517-541.
- INTERNATIONAL CONVENTION ON TONNAGE MEASUREMENT OF SHIPS. *Convenção internacional sobre a arqueação dos navios, 1969*. Disponível em: <<http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/50/decreto04.asp#ptg>>. Acesso em: 05 de mar. 2016.
- JAQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 11, n. 22, p. 299-315, 2015.
- LAUBIER, Lucien. La marée noire de l'Erika: conséquences écologiques et écotoxicologiques. Bilan d'un programme de recherche. *Natures Sciences Sociétés*, v. 12, p. 216-220, 2004.
- LUCCHINI, Laurent; VÉLCKEL, Michel. *Droit de la mer*. Paris: Pedone, 1996. v. 2. t. 2.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Alexandra de São Rafael Von Bohm-Amolly de. *O alto mar e o princípio da liberdade*. Lisboa: Cosmos Livraria Arco-íris, 1991.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Alto-mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MENEZES, Wagner. *O Direito do mar*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2015.
- MUNIZ, Rafael. *A nacionalidade do navio à luz da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982*: o vínculo efetivo entre o Estado e o navio. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009.
- NDENDÉ, Martin. Règles générales sur le statut des navires. In: BEURIER, Jean-Pierre. *Droits maritimes*. 3. éd. Paris: Dalloz, 2014. p. 336-360.
- ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Conferência Internacional Sobre Controle de Sistemas Antiincrustantes Danosos em Navios de 2001*. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/afs_2001.pdf>. Acesso em: 05 de nov. 2015.
- PAGDEN, Anthony. *Povos e impérios: uma história de migrações e conquistas, da Grécia até a atualidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.
- ORGANIZAÇÃO MARÍTIMA INTERNACIONAL. *Protocolo de Torremolinos de 1993: Convenção Internacional Sobre Segurança de Embarcações de Pesca de 1977*. Disponível em: <https://www.ccaimo.mar.mil.br/sites/default/files/protocolo_torremolinos-1993.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.
- RANGEL, Vicente Marotta. Conflito de leis marítimas: questões prévias. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 91, p. 291-313, 1996.

- RAPOSO, Alberto. *As bandeiras de conveniência*. Lisboa: Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Marítimo, 1989.
- SALIBA, Aziz Tuffi. Nacionalidade brasileira e Direito Internacional: um breve comentário sobre a Emenda Constitucional nº 54/2007. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 180, p. 77-82, out./dez. 2008.
- SANTOS, Christian Fausto Moraes dos; BRACHT, Fabiano; CONCEICAO, Gisele Cristina da. Das virtudes da ardência: uso e disseminação dos frutos de Capsicum nos séculos XVI e XVII. *Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi: Ciências Humanas*, Belém, v. 8, n. 1, p. 59-76, abr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222013000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 abr. 2016.
- SARDINHA, Álvaro. *Registo de navios Estados de bandeira*. Lisboa: Coleção Mar Fundamental, 2013.
- STEIN, Marcelino André. *Bandeiras de Conveniência: análise jurídica e econômica*. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Análise de contratos públicos socioambientais no cenário português de crise econômica
Analysis of public contracts in environmental scenario portuguese economic crisis

Alice Rocha da Silva

Matheus Passos Silva

Análise de contratos públicos socioambientais no cenário português de crise econômica*

Analysis of public contracts in environmental scenario portuguese economic crisis

Alice Rocha da Silva**

Matheus Passos Silva***

RESUMO

O presente artigo pretende verificar, na adjudicação dos contratos públicos celebrados entre os anos de 2010 e 2014, se o administrador público português priorizou fatores econômicos – o que estaria em acordo com o momento de crise econômica atual em que a redução dos gastos públicos se apresenta como elemento fundamental para a administração pública – ou se priorizou fatores socioambientais – o que estaria em acordo com as diretivas de 2004 e de 2014 acerca da contratação pública, nas quais o papel do Estado aparece como fundamental na proteção ao meio ambiente e na promoção da retomada do crescimento econômico. Para atingir tal objetivo, estruturou-se o texto em três partes principais. A primeira traz a inserção dos critérios socioambientais nas diretivas de 2004 e sua transposição para o ordenamento jurídico português, além de breve análise acerca das inovações trazidas pelas diretivas de 2014. Na segunda parte, faz-se a apresentação da estratégia Europa 2020 e do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Econômica de Portugal, documentos que em princípio podem se apresentar como *contraditórios* por defenderem, respectivamente, o maior e o menor papel do Estado na economia. Ainda na segunda parte apresentam-se pontos positivos e negativos acerca da contratação pública sustentável. Por fim, na terceira parte são analisados relatórios dos contratos públicos celebrados por Portugal em 2010 e em 2013 e, ainda, analisam-se 162 anúncios de contratos públicos divulgados no período, com o objetivo de verificar o peso dos critérios socioambientais em tais contratos. A conclusão à qual se chegou é que os critérios econômicos vinculados à redução do gasto público foram preponderantes na adjudicação dos contratos públicos celebrados no período analisado, com os critérios socioambientais tendo sido relegados a segundo plano – isto quando estiveram presentes.

Palavras-chave: Contratação pública sustentável. Crise econômica. Gasto público. Diretivas europeias de contratação. Contratos públicos.

ABSTRACT

This article aims to verify, the award of public contracts between the years 2010 and 2014, if the portuguese public administrator prioritized economic

* Recebido em 16/04/2016
Aprovado em 16/06/2016

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, França. Mestre em Direito pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. E-mail: rochaalice@yahoo.com.br.

*** Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador voluntário do CEDIS, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Professor da Faculdade de Direito. Pesquisador CAPES. Email: conta.to@prof-matheus.com.

factors - which would be in accordance with the time of the current economic crisis in which the reduction of public expenditure presents as a fundamental element for public administration - or prioritized environmental factors - which would be in accordance with the 2004 directives and 2014 on the procurement, in which the state's role appears as fundamental in protecting the environment and promoting resumption of economic growth. To achieve this goal, the text was structured into three main parts. The first brings the inclusion of social and environmental criteria in the 2004 guidelines and their transposition into the Portuguese legal system, as well as brief analysis about the innovations introduced by the 2014 guidelines the second part, it is the presentation of the Europe 2020 strategy and the Memorandum of Understanding on the economic Policy conditionality of Portugal, documents can in principle be presented as contradictory to defend, respectively, the largest and the smallest role in the economy. Still in the second part they present positive and negative points about sustainable procurement. Finally, in the third part are analyzed procurement reports signed by Portugal in 2010 and in 2013 and also are analyzed 162 public procurement notices published in the period, in order to verify the weight of social and environmental criteria in such contracts. The conclusion that was made is that economic criteria linked to the reduction of public spending were preponderant in the award of public contracts in the period analyzed, with social and environmental criteria have been relegated to the background - that when they were present.

Keywords: Sustainable public contracts. Economic crisis. Public spending. European procurement directives. Public contracts.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação com a proteção do meio ambiente tornou-se um dos principais aspectos a serem considerados pela sociedade e pelo Estado em seu momento atual. Nesse sentido, a partir das décadas de 1960-70, surgiram, concomitantemente, movimentos sociais – representados por Organizações Não-governamentais (ONGs) tais como a Greenpeace e a WWF – e movimentos estatais – tais como a Conferência de Estocolmo, de 1972 – cujo objetivo central é a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ainda no âmbito da atuação estatal, destaca-se que o movimento em defesa do meio ambiente também se refletiu no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e, ainda, nas novas constituições surgidas a partir de tal período, tais como na Constituição portuguesa de 1976, na espanhola de 1978 e na brasileira de 1988. Em outras Constituições, tais como na italiana, na francesa e na russa, a defesa do meio ambiente, também, está explícita, o que demonstra a importância que o tema possui nos dias atuais.

Ainda que a preservação do ambiente seja um direito-dever de todos os cidadãos, já que a eventual degradação total dos recursos naturais implicaria, em última instância, na própria extinção da espécie humana, parece inegável que o Estado, também, possui papel fundamental nesse processo, especialmente em relação ao contexto de poder atuar, senão como o principal, ao menos como um dos principais indutores de processos que levem à proteção do meio ambiente e de sua garantia para as gerações atuais e futuras.

Em outras palavras, o que se afirma é que o Estado, entendido como uma instituição que tem peso importante no que concerne aos processos econômicos da sociedade, se apresenta como promotor da defesa do meio ambiente por meio de suas compras públicas, já que, ao estabelecer critérios socioambientais em seus concursos para a adjudicação de contratos públicos, essa instituição pode exigir que sejam utilizados os chamados critérios verdes que levem à promoção do bem comum que é o meio ambiente.

Por outro lado, o mundo atual passa por inegável crise econômica, a qual já perdura por alguns anos. Tendo tal processo se iniciado em 2008 nos Estados Unidos, a crise parece ter atingido seu auge em 2010, quando inúmeros Estados vieram a necessitar de auxílio econômico de entidades internacionais, com destaque, no caso europeu, para a Grécia, Chipre, Irlanda e também Portugal, países que foram auxiliados pela chamada Troika – composta pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), pelo Banco Central Europeu (BCE) e pela Comissão Europeia (CE).

Em contexto de crise econômica, uma das principais exigências feitas pela Troika para confirmar o auxílio financeiro aos Estados afetados estava relacionada à redução do gasto público, visto como o principal vilão a ser combatido. Nesse sentido cabia a tais Estados o estabelecimento de um programa de ajustamento eco-

nômico fundado na austeridade fiscal de maneira a se reduzir os gastos estatais, por um lado, e, também, o próprio custo da instituição Estado, por outro, com vistas ao reequilíbrio das contas públicas, de maneira a fazer com que tais sociedades pudessem retomar o caminho do crescimento.

A situação descrita gera um aparente conflito: por um lado, o Estado precisa realizar ações institucionais em defesa do meio ambiente, o que pode ser entendido como gasto público; por outro, precisa conter esses mesmos gastos públicos de maneira a receber o apoio de instituições internacionais que possam lhe garantir a liquidez necessária para sua própria manutenção. Surge então o problema a ser debatido neste texto: o estabelecimento de contratos públicos com viés de sustentabilidade ambiental – e que pressupõem um maior gasto público – entra em contradição com um contexto de restrição econômica devido à necessidade de redução dos gastos públicos?

Objetivando-se responder a tal questionamento, o texto a seguir está dividido em três partes principais. Na primeira delas, faz-se a apresentação das diretivas europeias acerca do tema “contratação pública”. Nesse sentido são mostradas as principais características das diretivas de 2004, com ênfase às possibilidades de contratação pública socioambiental. Em seguida apresenta-se o processo de criação do Código dos Contratos Públicos de Portugal – o Decreto-Lei nº 18/2008, de 29 de Janeiro – como mecanismo de transposição para o ordenamento jurídico interno deste Estado daquilo que estava previsto nas diretivas de 2004. Por fim fala-se a respeito do processo de atualização das diretivas de 2004, o qual resultou nas diretivas de 2014, e do papel fundamental a ser desempenhado por essas novas diretivas no sentido de se adequar a proteção ao meio ambiente e as conquistas sociais do Estado de bem-estar social à atual crise econômica.

Na segunda parte, são feitos apontamentos doutrinários acerca da contratação pública sustentável em tempos de crise econômica. Nesse contexto apresenta-se a proposta feita pela Comissão Europeia intitulada estratégia Europa 2020, na qual defende-se, vigorosamente, a contratação pública como um mecanismo que possa, ao mesmo tempo, proteger o meio ambiente e incentivar a manutenção do nível de vida da população europeia como um todo. Em seguida são destacados os principais pontos acerca do Memorando de

Entendimento sobre as Condicionalidades da Política Econômica de Portugal, documento assinado por esse Estado juntamente a organismos internacionais com o objetivo de se receber auxílio econômico em troca, eminentemente, da redução dos gastos públicos. Por fim são trazidas algumas ideias acerca dos problemas e dos benefícios decorrentes da inclusão de critérios socioambientais na contratação pública em geral.

Na última parte do texto, analisa-se a situação dos contratos públicos de Portugal com o objetivo de verificar qual foi a opção escolhida pelo administrador público português – se o incentivo à redução do gasto público ou o incentivo a contratos públicos sustentáveis. Para tanto foram analisados relatórios referentes aos contratos públicos feitos pela administração pública portuguesa em 2010 e em 2013 e, por fim, foi feito um estudo de caso com 162 anúncios de contratos públicos do Estado português com o objetivo de se verificar o peso dos critérios socioambientais nestes contratos.

2. AS DIRETIVAS EUROPEIAS SOBRE A CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SUA TRANSPOSIÇÃO PARA O DIREITO PORTUGUÊS

A contratação pública pode ser entendida como um dos principais mecanismos de atuação do Estado no âmbito público, especialmente no que concerne ao estímulo econômico. Nesse sentido é importante destacar que Portugal, que se tornou membro da então Comunidade Econômica Europeia em 1985, precisa seguir aquilo que é definido pela União. Nesse contexto ganham destaque as *diretivas europeias sobre contratação pública*, nomeadamente as Diretivas de 2004 e as Diretivas de 2014.

De maneira genérica, entendem-se por *diretivas* os atos legislativos que fixam objetivos gerais a todos os Estados-membros da União Europeia, objetivos estes que tais países devem alcançar. Fica, contudo, a critério de cada país estabelecer a maneira pela qual tais objetivos serão alcançados¹, ainda que os países precisem integrar o conteúdo das diretivas à sua legislação interna – o que significa, por outras palavras, que é obrigatório

1 UNIÃO EUROPEIA. Direito da UE. *Regulamentos, directivas e outros actos legislativos*, 2015. Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_pt.htm>. Acesso em: 20 jul. 2015.

aos países submetidos às diretivas sua *transposição* para o ordenamento jurídico interno de maneira a fazer cumprir a diretiva transposta².

É possível reconhecer a existência de dois grupos principais de diretivas no que concerne aos contratos públicos. Por um lado, existem as diretivas de 2004, nomeadamente as diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE; por outro, destacam-se as diretivas de 2014 – quais sejam, as diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE –, que são resultantes do processo de revisão das diretivas de 2004.

2.1 As diretivas de 2004 e o surgimento dos critérios socioambientais nos contratos públicos

O processo que deu origem às diretivas de 2004 sobre contratos públicos se iniciou em 1996, com a comunicação intitulada “Livro Verde sobre os mercados públicos”. Fez-se, em tal ocasião, inúmeras críticas aos Estados-membros, especialmente pelo fato de haver transposição deficiente das diretivas ao ordenamento jurídico interno dos Estados-membros, por um lado – isto quando ocorria a transposição –, e, por outro, críticas em relação aos procedimentos adotados durante a transposição, os quais muitas vezes iam em direção contrária aos que estava previsto nas próprias diretivas³.

No ano 2000, foram apresentadas novas propostas para a reestruturação das diretivas então existentes, tanto da diretiva referente aos chamados *setores tradicionais* quanto à atinente aos chamados *setores especiais*⁴. O re-

sultado foi a aprovação, em março de 2004, da diretiva 2004/17/CE, “relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais”⁵, e da diretiva 2004/18/CE, “relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços”⁶. Ambas as Diretivas pressupunham sua entrada imediata em vigor, a partir de 1º de maio de 2004, com prazo de transposição pelos Estados-membros até 31 de janeiro de 2006, à exceção dos serviços postais, com prazo até 1º de janeiro de 2009⁷.

De maneira geral, as diretivas de 2004 não podem ser entendidas como mera “compilação” dos textos das diretivas anteriores que tratavam desses tipos de contratação pública. Nesse contexto é importante destacar que essas diretivas trouxeram embutidas em si uma nova perspectiva para os Estados-membros realizarem as contratações públicas, qual seja, a de perseguirem políticas públicas de cunho social e ambiental⁸. Em outras palavras, tem-se que a contratação pública deixou de ser vista como mero mecanismo de *compra* por parte do Estado e passou a se configurar como verdadeiro *mecanismo de incentivo de políticas públicas* a serem desenvolvidas pelo Estado, com ênfase aos aspectos ambientais da contratação⁹.

2 “Os Estados têm o dever de proceder à transposição das diretivas para o Direito interno. A escolha do tipo de ato destinado a implementar a diretiva releva do sistema jurídico de cada Estado-membro”. Desta maneira entende-se que as Diretivas dirigem-se aos Estados-membros e não aos indivíduos diretamente. Contudo, para evitar que os cidadãos de determinado Estado-membro que ainda não tiver realizado a transposição das diretivas para seu próprio ordenamento tenha tratamento desigual comparativamente àquele cidadão de Estado-membro que já transpôs as diretivas tem-se que “o TJ [Tribunal de Justiça da União Europeia] considerou que, verificados certos requisitos, as normas das diretivas podem produzir efeitos em relação aos indivíduos, mesmo antes da sua transposição. O efeito direto resulta, portanto, da necessidade de proteger os cidadãos contra a inércia do Estado”. A este respeito ver MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 476-477; p. 522-528.

3 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 91.

4 Por *setores tradicionais* entendem-se os contratos que se referem à “adjudicação de fornecimentos públicos, de prestação de serviços públicos e de empreitada de obras públicas”, enquanto os *setores espe-*

ciais estão vinculados aos “processos de adjudicação nos setores da água, da energia e dos transportes”. ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 93.

5 UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004. Relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. *Jornal Oficial*, n. L 134, de 30 de abril de 2004, p. 1-113. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0017>>. Acesso em: 20 jul. 2015. p. 1-113.

6 UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004. Relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. *Jornal Oficial*, n. L 134, de 30 de abril de 2004, p. 114-240. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0018>>. Acesso em: 20 jul. 2015. p. 114-240.

7 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 95, nota 111.

8 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 98.

9 “A contratação pública serve (sempre) à prossecução de políti-

Nesse sentido as diretivas de 2004 trouxeram duas inovações quando em comparação com as diretivas anteriores sobre o tema. A primeira delas se refere aos critérios de adjudicação, já que estabeleceram, claramente, que os contratos podem ser escolhidos tendo-se em vista o critério do *preço mais baixo*¹⁰ ou o da *proposta economicamente mais vantajosa*¹¹ – desde que resguardados, é claro, os princípios basilares presentes no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), nomeadamente os princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade¹², que têm por objetivo a garantia da concorrência efetiva.

A segunda inovação diz respeito ao fato de que as diretivas de 2004 estabeleceram a possibilidade dos Estados-membros incluírem critérios *sociais e ambientais* em seus respectivos procedimentos de adjudicação. Em consonância com a ideia de *proposta economicamente mais vantajosa* e, ainda, de acordo com a perspectiva de que a contratação pública pode ser utilizada como verdadeira política pública, as diretivas trazem, já em seus *considerandos*, a ideia de que compete aos Estados-membros estabelecerem, como critério de adjudicação, a satisfa-

cas públicas concretas, de objectivos concretos, e pode por isso ser equacionada enquanto mais um instrumento – ao lado das demais medidas administrativas – ao dispor dos governos”. RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos públicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*. Lisboa: AAFDL, 2013. p. 395.

10 É importante chamar a atenção para o fato de que as propostas que têm como critério de adjudicação o *preço mais baixo* permitem a inclusão de critérios socioambientais, seja na fase da pré-qualificação ou “como requisitos obrigatórios a serem observados durante a execução do contrato”. ALENCASTRO, Maria Alice Cruz; SILVA, Edson Vicente da; LOPES, Ana Maria D’Ávila. Contratações sustentáveis na administração pública brasileira: a experiência do Poder Executivo federal. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, jan./fev. 2014. p. 215. No entanto, o enfoque deste texto será nos *critérios explícitos de adjudicação* constantes nos anúncios dos contratos, conforme será exposto na Parte 3 *infra*.

11 Destaca-se que a *proposta economicamente mais vantajosa* não será, necessariamente, a mais barata, já que a entidade adjudicante poderá colocar, em seu caderno de encargos, pesos específicos (valoração diferente) para outros critérios que não apenas o preço. Em outras palavras, se o preço for o único critério da adjudicação, então necessariamente o Estado deve escolher a proposta mais barata; contudo, se o preço mais baixo corresponder a 40% dos critérios e se aspectos técnicos corresponderem aos demais 60%, então, não necessariamente, a proposta mais barata será a vencedora. O critério da *proposta economicamente mais vantajosa* é fundamental para a compreensão da análise que será feita mais à frente neste texto, especialmente quando se considera a possibilidade de inclusão de critérios socioambientais que transformem a proposta *mais barata* em proposta *economicamente mais vantajosa*.

12 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 105-106.

ção de objetivos sociais e ambientais para além dos objetivos, apenas, econômicos¹³. Logo, permite-se que os Estados-membros estipulem, por exemplo, que só celebrarão contratos públicos com empresas que garantam a proteção do meio ambiente ou que se comprometam a criar um número “x” de empregos em determinada região do país.

Em síntese, tem-se que as diretivas de 2004 vieram a permitir que a entidade adjudicante leve em consideração as consequências ambientais das propostas bem como os custos de utilização dos bens ou serviços. Assim, com base nessas diretivas, compete à entidade adjudicante buscar a melhor relação qualidade/preço dentre as propostas, ao mesmo tempo em que as diretivas permitem *também* que as entidades adjudicantes considerem aquelas propostas que mais “poderão contribuir para a proteção do ambiente e para a promoção do desenvolvimento sustentável”¹⁴.

2.2. A transposição das diretivas europeias de 2004 para o direito português

A partir do momento em que o Direito Comunitário aprofundou suas definições de contrato público, Portugal não poderia deixar de rever, tanto do ponto de vista doutrinário quanto legal, sua própria definição de contrato público. Assim, se em um primeiro momento a definição portuguesa de *contrato público* estava diretamente relacionada à noção de *contrato administrativo*, excluídos

13 Tais critérios socioambientais podem estar presentes nos contratos celebrados pelos Estados-membros “desde que aqueles critérios estejam ligados ao objeto do contrato, não confrim à entidade adjudicante liberdade de escolha ilimitada, sejam expressamente indicados e respeitem os princípios fundamentais”. ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 105.

14 Ressalte-se que os critérios de promoção socioambientais podem ser exigidos pelas entidades adjudicantes desde que os mesmos: a) constem nos documentos do concursos; b) sejam objetivos; e c) sejam não discriminatórios. Ainda, as entidades adjudicantes devem indicar a ponderação relativa atribuída a cada critério a tempo de os proponentes elaborarem as suas propostas, ou seja, podem exigir um método específico para a concretização de seus objetivos socioambientais ou podem exigir efeitos socioambientais específicos decorrentes da concretização das propostas desde que as mesmas sejam previamente explicitadas. Assim, espera-se que os concorrentes saibam, de antemão, quais são as especificações técnicas de promoção socioambiental, garantindo-se assim os princípios gerais da transparência, da não discriminação e da igualdade. A este respeito ver ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 297-298.

dessa definição os *contratos de direito privado da Administração Pública*, a partir do início dos anos 2000, a doutrina foi, gradualmente, aproximando as duas definições, já que não parece mais ser possível separar o procedimento pré-contratual do próprio regime substantivo do contrato público¹⁵.

Desta feita, identificam-se por *contratos públicos* aqueles em que a Administração Pública aparece como outorgante, mesmo no caso de contratos celebrados, exclusivamente, entre entidades privadas mas com fins de interesse público¹⁶. De maneira mais específica, pode-se definir um contrato público pelo seu critério de interesse, qual seja, a concretização de fins de interesse público¹⁷. Além disto, destaca-se que um contrato público se caracteriza, também, pela origem do seu financiamento, ou seja, pelos meios financeiros envolvidos: utiliza-se dinheiro público para sua concretização¹⁸. Fica claro, dessa forma, que, mesmo os contratos que busquem interesses públicos e também privados, podem ser classificados como contratos públicos, desde que de alguma forma se relacionam a interesses públicos e se utilizem de recursos públicos¹⁹.

Uma vez clara a definição de contrato público, torna-se necessário averiguar de que maneira ocorreu a transposição das diretivas europeias para o direito português. Nesse sentido o grande avanço na legislação portuguesa no âmbito dos contratos públicos se deu com a elaboração do chamado *Código dos Contratos Públicos* (CCP), de 2008, o qual objetivou a transposição, para o direito português, das diretivas *setores clássicos e setores especiais* de 2004. O CCP foi visto como verdadeiro marco na legis-

lação portuguesa por ter reestruturado a maneira pela qual o Estado português concretizava suas contratações públicas²⁰.

Um dos principais aspectos a ser destacado no CCP diz respeito ao estabelecimento de novos critérios adjudicatórios que favorecessem os contratos públicos de maneira que estes pudessem promover a defesa do meio ambiente por meio do desenvolvimento sustentável e, ainda, a concretização de políticas sociais que garantissem, em longo prazo, a própria viabilidade financeira da socialidade²¹. Em outras palavras, o CCP passou a dar a garantia legal ao Estado português de que este, em seus processos adjudicatórios, poderia buscar a concretização dos aspectos socioambientais estabelecidos pelas diretivas europeias – ou seja, poderia utilizar como critérios para a adjudicação não apenas o do *preço mais baixo* mas também o da sustentabilidade ecológica e social com base no critério da *proposta economicamente mais vantajosa*.

Especificamente no caso português, é na fase inicial do processo de formação do contrato público que as considerações ambientais e sociais devem estar presentes, já que espera-se a transparência durante todo o processo adjudicatório. Nesse sentido o art. 36º do CCP traz a *decisão de contratar*, que corresponde ao início do procedimento de contratação pública²², sendo este o momento em que, tendo-se por base o princípio da prossecução do interesse público, a entidade adjudicante deve incluir, em suas considerações, as questões socioambientais²³.

15 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 319.

16 Nesse sentido é importante destacar que a existência do contrato pressupõe a declaração explícita de vontade de ambas as partes, o que diferenciaria o contrato do ato administrativo. A esse respeito ver ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 320-321.

17 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 328.

18 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 329.

19 Uma síntese da definição de *contrato público* como um mecanismo de concretização do *interesse público* pode ser vista em ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do direito administrativo*: uma visão cosmopolita das situações jurídico-administrativas. Lisboa: AAFDL, 2014. p. 657-671.

20 Nesse sentido tem-se que o CCP “procurou repensar globalmente toda a legislação em matéria de procedimentos pré-contratuais a qual, para além de dispersa, estava recheada de incoerências, uma vez que correspondia a momentos de elaboração legislativa cronologicamente desfasados e, por isso, também, fruto de opções teóricas diversas e, muitas vezes, incompatíveis”. A este respeito ver ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014, p. 268-269; 288-2889.

21 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 291. No mesmo sentido fala-se na “sustentabilidade dos países, numa economia de mercado, [baseada] na tríplice vertente económica, ecológica e social, que seja compatível com a manutenção de um Estado social ou, dizendo de outro modo, com a sobrevivência de um Estado com um adequado grau de socialidade”. NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 24.

22 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

23 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*:

Como exemplos de critérios ambientais, a entidade adjudicante pode exigir a reutilização de determinados bens em vez de adquirir novos, ou ainda exigir a utilização de meios virtuais para comunicação em vez de meios impressos. Além disso, o próprio objeto do contrato pode ser vinculado a exigências ambientais, tais como a compra de papel 100% reciclado. Ainda, destaca-se que outros aspectos socioambientais da contratação podem estar presentes no caderno de encargos e na definição das especificações técnicas, que são os locais específicos para a explicitação do mínimo social e ambientalmente exigido²⁴.

Por sua vez, o art. 38º do CCP traz a chamada *decisão de escolha do procedimento*²⁵, a qual deve ser fundamentada, cabendo esta ao órgão competente para a decisão de contratar. É nesse momento que o contratante explicitará aos futuros possíveis contratados quais são as razões que o levaram a estabelecer os critérios social e ambientalmente apresentados na decisão de contratar.

Já o art. 40º do CPP traz quais são as *peças do procedimento* e indica que o caderno de encargos é peça essencial em todos os procedimentos de contratação do Estado português. Assim, o art. 42º trará a definição do caderno de encargos, indicando-o como “a peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar”. É importante salientar que o nº 6 deste artigo traz, explicitamente, que “os aspectos da execução do contrato constantes das cláusulas do caderno de encargos podem dizer respeito a condições de natureza social ou ambiental relacionadas com tal execução”²⁶.

No mesmo sentido, o art. 43, que fala acerca do caderno de encargos do procedimento de formação de contratos de empreitada, em seu nº 5, alíneas *c* e *d*, traz que o projeto de execução deve ser acompanhado “dos estudos ambientais, incluindo a declaração de impacto

ambiental” e “dos estudos de impacto social, económico ou cultural”²⁷, sob pena até de nulidade do caderno em caso de ausência de tais informações²⁸. Pelo exposto, percebe-se, claramente, que o CCP dá ao administrador público a possibilidade de incluir, explicitamente, as considerações socioambientais que considerar pertinentes, desde que fundamentadas e desde que não infrinjam os princípios não só do direito português, mas, também, do direito europeu e mesmo do direito internacional.

Avança-se, agora, para o art. 49º, um dos mais importantes no processo de estabelecimento do caderno de encargos já que trata das especificações técnicas. Enquanto o nº 1 desse art. faz referência explícita às diretivas de 2004, em seu nº 2, alínea *c*, novamente, se verifica a referência a aspectos ambientais quando é afirmado que as especificações técnicas devem ser fixadas no caderno de encargos “em termos de desempenho ou de exigências funcionais, incluindo práticas e critérios ambientais, desde que sejam suficientemente precisas para permitir a determinação do objecto do contrato pelos interessados e a escolha da proposta pela entidade adjudicante”²⁹.

Por sua vez, o nº 7 e suas alíneas desse mesmo art. 49º trazem que o caderno de encargos pode prever especificações pormenorizadas das especificações técnicas que porventura estejam ali presentes, especificamente quando estas forem fixadas em termos de desempenho ou de exigências funcionais que digam respeito a práticas e critérios ambientais. Além disso, importa destacar que os rótulos ecológicos europeus (ou outros análogos), quando forem exigidos, também precisam estar explícitos no caderno de encargos³⁰.

por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 430-431.

24 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 431.

25 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

26 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

27 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

28 BASTOS, Filipe Brito. *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos*: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu. Lisboa: ICJP, 2012, p. 6.

29 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

30 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

O princípio da não discriminação está presente no n.º 12 do art. 49.º ao impedir, explicitamente, a “fixação de especificações técnicas que façam referência a um fabricante ou uma proveniência determinados, a um processo específico de fabrico, a marcas, patentes ou modelos e a uma dada origem ou produção, que tenha por efeito favorecer ou eliminar determinadas entidades ou determinados bens”. Já o n.º 14 traz a possibilidade de inclusão de critérios sociais no caderno de encargos, posto que exige que as especificações técnicas sejam fixadas, sempre que possível, de maneira a que os bens a adquirir ou as obras a executar possuam características que permitam a sua utilização por pessoas com deficiências³¹.

Deve-se, ainda, ter em mente os critérios de adjudicação previstos no art. 74.º do CCP³², os quais apresentaram-se como menos detalhados que aqueles referentes ao estabelecimento do caderno de encargos³³. Entretanto, ainda que esse artigo do CPP traga que a adjudicação deve ser feita apenas com base no critério da *proposta economicamente mais vantajosa* ou com base no critério do *preço mais baixo* – ou seja, sem deixar explícita a possibilidade de uso de critérios socioambientais na escolha da proposta vencedora –, é importante destacar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia³⁴ já havia permitido que critérios ambientais pudessem vir

a ser utilizados para a definição da proposta vencedora, desde que: a) os critérios estejam diretamente ligados ao objeto do contrato; b) a entidade adjudicante não tenha liberdade ilimitada, isto é, não seja discricionária em sua decisão; c) os critérios socioambientais sejam mencionados no anúncio e nos cadernos de encargos; e d) se respeitem os princípios fundamentais dos Tratados, nomeadamente os princípios da transparência, da igualdade e da não discriminação entre as propostas apresentadas³⁵.

Por fim, no que concerne à qualificação dos candidatos, os arts. 179.º e 181.º do CCP, em seus respectivos n.º 1, trazem como critérios de seleção a capacidade técnica e financeira dos proponentes³⁶. Neste ponto é possível integrar, como requisitos mínimos, a experiência, a competência e a capacidade de gestão ambiental, de maneira a só avançarem “para a fase de apresentação de propostas e de adjudicação aqueles que ofereçam garantias de integrar a componente ambiental na execução do contrato”³⁷. Busca-se, dessa maneira, garantir que aquele que venha a ser o eventual vencedor do concurso não prejudique o mesmo posteriormente por não ter a capacidade técnica necessária para concretizar aquilo que foi proposto, o que traria prejuízos não apenas ao Estado mas, principalmente, à sociedade, já que tal fato ocasionaria a realização de novo concurso, com a respectiva perda de tempo e de dinheiro dos contribuintes.

2.3. As diretivas de 2014: a contratação pública em tempos de crise econômica

O contexto de crise econômica pelo qual passaram inúmeros Estados-membros da União Europeia no início da década de 2010, associado às consequentes pressões políticas, sociais e ambientais para a manutenção no nível de vida parece ser, sem sombra de dúvidas, um dos motivos que levou à necessidade de revisão das direti-

31 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

32 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

33 Esta afirmação é feita com base no disposto no n.º 1 do art. 75.º, que faz referência a “factores e eventuais subfactores que densificam o critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa”, contudo “sem enunciar quais factores e subfactores é que são admissíveis”. BASTOS, Filipe Brito. *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de direito administrativo nacional e europeu*. Lisboa: ICJP, 2012. p. 7.

34 BASTOS, Filipe Brito. *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de direito administrativo nacional e europeu*. Lisboa: ICJP, 2012. p. 7. À página subsequente o autor afirma, inclusive, que a ausência de explicitação acerca de quais seriam os critérios e subcritérios para a definição de contratos públicos com características socioambientais na legislação comunitária anterior (diretiva 92/50) teria sido um dos motivos para a inclusão explícita dos mesmos nos artigos 55.º, n.º 1, alínea a e 53.º, n.º 1, alínea a, respectivamente das diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, em consequência do *Acórdão Concordia Bus Finland*.

35 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 436; BASTOS, Filipe Brito. *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de direito administrativo nacional e europeu*. Lisboa: ICJP, 2012. p. 8.

36 PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

37 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 433.

vas de 2004. Nesse sentido, tal processo de revisão tinha como objetivo a promoção do emprego como decorrência do crescimento econômico em associação à proteção do meio ambiente, esperando-se que tal objetivo fosse atingido por meio da simplificação e da flexibilização das regras concernentes à contratação pública³⁸. Por outras palavras, esperava-se que o Estado fosse capaz de atuar como instituição estimuladora do desenvolvimento econômico por meio de suas políticas públicas, sendo a contratação pública sustentável um dos principais mecanismos de concretização das mesmas devido ao papel estratégico que poderia ter em contexto de crise³⁹.

Nesse contexto, o processo de revisão das diretivas de 2004 se deu, principalmente, por meio da concretização das orientações constantes no livro chamado *Comprar ecológico! – Manual de contratos públicos ecológicos*, de 2011. Por sua vez, em 2012 foi lançado o livro *Compra social – Guia para ter em conta os aspectos sociais nos concursos públicos*⁴⁰. Além disso, é importante destacar que as propostas das novas diretivas foram criadas no âmbito da *estratégia Europa 2020*⁴¹ e se fundamentam em três objetivos primordiais para o consórcio europeu: primeiro, o desenvolvimento de uma nova economia fundamentada no conhecimento e na inovação; segundo, incentivar novas fontes de energia de maneira a reduzir o uso de fontes fósseis, utilizando-se os recursos de maneira eficaz e competitividade; por fim, incentivar o emprego em níveis elevados ao mesmo tempo em que se mantenha a coesão social⁴².

38 PEREIRA, Pedro Matias; FRANCO, João Soares. A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. *Revista de contratos públicos*, Coimbra, n. 5, maio/ago. 2012. p. 145-146.

39 Nesse sentido tem-se que “os contratos públicos podem (e devem) servir à realização de outros fins que não aqueles que emergem imediatamente do seu objeto (obter um serviço, comprar um bem), como, por exemplo, a consideração de uma certa política ambiental ou a preocupação com determinado problema social”. PEREIRA, Pedro Matias; FRANCO, João Soares. A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. *Revista de contratos públicos*, Coimbra, n. 5, maio/ago. 2012. p. 154.

40 “As diretivas de 2004 não conseguiram esclarecer totalmente como a sustentabilidade poderia ser integrada no âmbito dos contratos públicos, justificando assim a necessidade sentida pela Comissão de intervir mais. Por meio de mecanismos de *soft law*, a Comissão tentou guiar os adquirentes no caminho da sustentabilidade”. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana. Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects. In: LICHERE, Francois; CARANTA, Roberto; TREUMER, Steen (Eds.). *Novelties in the 2014 Directive on public procurement*. DJØF Publishing, 2014. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2488047>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 7.

41 Acerca da *estratégia Europa 2020* ver o item 2.1 à frente neste texto.

42 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*:

Esperava-se, portanto, que os contratos públicos fossem utilizados como ferramentas eficazes no sentido de estimular ainda mais o surgimento de *contratos públicos socioambientalmente sustentáveis* que fossem capazes de responder aos desafios pelos quais passava a Europa naquele momento⁴³. Nesse contexto buscou-se agregar aos contratos públicos dois novos princípios – quais sejam, o da *flexibilidade* e o da *sustentabilidade*, tanto do ponto de vista social quanto ambiental⁴⁴ – de maneira a fazer com que o desafio da continuidade do desenvolvimento social em adequação à preservação do meio ambiente – ambos tendo como pano de fundo a crise econômica daquele momento – pudesse ser vencido⁴⁵.

Estabeleceu-se que como sugestões para a contratação pública flexível e sustentável a entidade adjudicante pudesse levar em consideração: a) o cálculo dos custos ao longo do ciclo de vida dos produtos, dos serviços ou das obras a adquirir; b) o procedimento de produção dos produtos ou com a prestação dos serviços adquiridos; c) o uso de rótulos específicos que certifiquem características ambientais ou sociais; d) a presença de sanções quando da violação da legislação social, laboral ou ambiental vinculativa; e) a presença de elementos que favoreçam a inovação tecnológica a partir da contratação pública⁴⁶.

por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 117.

43 BASTOS, Filipe Brito. *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos*: reflexões de direito administrativo nacional e europeu. Lisboa: ICJP, 2012. p. 3.

44 Apesar de destacados os aspectos *social* e *ambiental* da sustentabilidade, torna-se imperioso destacar, também, o aspecto *econômico* da sustentabilidade, já que o modelo de Estado atual – o Estado fiscal – precisa de recursos para garantir os dois primeiros aspectos. Neste sentido tem-se que “efectivamente impõe-se que a sustentabilidade financeira seja considerada no domínio mais amplo da sustentabilidade econômica, ecológica e social. Pois a sustentabilidade neste sentido amplo não pode deixar de ser tida em devida conta pela sustentabilidade financeira, que [...] mais não é do que a sustentabilidade fiscal do Estado. Efectivamente, o orçamento do Estado, enquanto programa da política financeira em números, que suporta e espelha uma dada sustentabilidade, não pode deixar de ser visto como um instrumento, ao mesmo tempo central e fundamental de um *equilíbrio global* nos domínios económico, ecológico e social”. A este respeito ver NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 24-27.

45 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 119.

46 ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 438-440.

Como consequência das propostas, três novas diretivas – a diretiva 2014/24/UE, que revisou e substituiu a diretiva 2004/18/CE (*setores clássicos*)⁴⁷; a diretiva 2014/25/UE, que revisou e substituiu a diretiva 2004/17/CE (*setores especiais*)⁴⁸; e a nova diretiva 2014/23/UE⁴⁹, que trata dos contratos de concessão – foram aprovadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho em 2014. Conforme o texto das próprias diretivas, os Estados-membros têm até abril de 2016 para realizarem a transposição das novas regras a seus ordenamentos jurídicos, à exceção das regras referentes à *e-contratação*, cujo prazo vai até outubro de 2018.

No que concerne aos aspectos ambientais, as diretivas de 2014 possuem, entre outras, as seguintes características⁵⁰:

A existência de uma *cláusula ambiental horizontal*. Essa

cláusula implica o cumprimento, por parte das empresas, das obrigações ambientais decorrentes do direito nacional, do direito europeu e do direito internacional, de maneira que aquela empresa que não respeitar tais obrigações ambientais possa ser excluída do processo de adjudicação. Destaca-se, ainda, que o contrato poderá não ser adjudicado à empresa que apresente a melhor proposta se esta não cumprir as obrigações ambientais aplicáveis, ao mesmo tempo em que estabelece que uma proposta que seja anormalmente baixa para as obras, produtos ou serviços a adquirir por não cumprir as obrigações ambientais deva ser rejeitada.

Definem disposições sobre a utilização de *rótulos ecológicos*. Os rótulos ecológicos correspondem a um documento, certificado ou atestado que venha por confirmar que determinado produto cumpre condições e requisitos de qualidade estabelecidos e predefinidos. Nesse contexto, às entidades adjudicantes é dada a possibilidade de exigirem tais rótulos ecológicos ao estabelecerem as características do que desejam adquirir. O uso de tais rótulos pressupõe os seguintes critérios: a) todos os requisitos a cumprir para obter o rótulo em questão devem estar associados às obras, produtos ou serviços específicos a adquirir; b) os rótulos devem ser estabelecidos por organismos independentes de acordo com procedimentos transparentes, de maneira a poderem vir a participar todos os interessados, nomeadamente organismos governamentais, consumidores, fabricantes, distribuidores e organizações não governamentais; c) os rótulos devem basear-se em critérios objetivos e não discriminatórios e estar à disposição de todas as partes interessadas; e d) se uma empresa não conseguir obter um rótulo a tempo, os adquirentes públicos devem aceitar rótulos equivalentes, tendo em vista o princípio da igualdade.

Estabelecem considerações sobre o *processo de produção do produto contratado*. Em outras palavras, significa dizer que a entidade adjudicante pode, desde que resguardados os princípios da contratação pública, definir “todos os fatores do processo de produção, abastecimento ou comercialização, mesmo que tais fatores não façam parte da substância material do produto”. Por exemplo, a entidade adjudicante pode exigir, ao descrever do ponto de vista técnico os produtos ou serviços que pretende adquirir, que seu fabrico não envolva produtos químicos tóxicos ou que sejam fabricados/prestados utilizando máquinas eficientes em termos energéticos, ou, ainda, avaliar os aspectos econômicos com base nos aspectos ambientais (por exemplo, se determinados

47 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos contratos públicos de obras, fornecimentos ou serviços e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 94/65, de 28 de março de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

48 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos contratos públicos de obras, fornecimentos ou serviços e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 94/65, de 28 de março de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

49 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos contratos públicos de obras, fornecimentos ou serviços e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 94/65, de 28 de março de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 20 jul. 2015. Destaca-se que a diretiva 2014/23/UE é resultado de uma proposta específica de diretiva para os contratos de concessão. Neste sentido tem-se que concessões são contratos nos quais “o Estado assume sobretudo tarefas de garantia e de controlo, uma vez que a sua tradicional responsabilidade de execução tende a ser substituída por uma responsabilidade de garantia da prestação ou, até, por uma mera responsabilidade de controlo ou de fiscalização”. Acrescente-se ainda que “as concessões são atos imputáveis ao Estado, pelos quais uma autoridade pública confia a um terceiro – seja por ato contratual ou por ato unilateral, com consentimento de terceiro – a gestão total ou parcial de serviços que relevem normalmente da sua responsabilidade e pelos quais o terceiro assume os riscos da exploração”. Acerca destas definições ver ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 121-126, *passim*.

50 COMISSÃO EUROPEIA. *Public procurement reform*. environmental aspects. p. 1-2. Available at: <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals/index_en.htm>. Accessed: 20 jul. 2015.

livros foram impressos em papel reciclado ou papel fabricado a partir de madeira sustentável).

Obrigam a realização de análises acerca do *custo do ciclo de vida*⁵¹. As diretivas abrem a possibilidade para que as entidades adjudicantes coloquem como critério técnico a análise do custo de vida das obras, dos produtos ou dos serviços que serão adquiridos, abrangendo não apenas os custos internos, próprios das obras, dos produtos ou dos serviços, mas também os custos relacionados com aspetos ambientais⁵², tais como o nível das emissões de gases de efeito estufa, a poluição causada pela extração de matérias-primas utilizadas no produto ou causada pelo próprio produto ou pelo seu fabrico.

Já no que concerne aos aspectos sociais das diretivas de 2014, devem ser destacados os seguintes aspectos, entre outros⁵³:

A existência de uma cláusula social horizontal análoga à cláusula ambiental horizontal (explicitada acima);

A entidade adjudicante pode estabelecer *critérios sociais*, tais como o estímulo à contratação de determinado número de pessoas desempregadas com vistas à (re) inserção social, para produzir os produtos ou prestar os serviços objetos do contrato – desde que tais critérios sociais se refiram exclusivamente ao contrato em curso, não sendo passíveis de serem exigidos como uma política empresarial de longo prazo;

Os Estados-membros podem adjudicar os contratos às propostas que correspondam a todos os critérios de qualidade previamente estabelecidos, tais como a acessibilidade, a continuidade e a sustentabilidade dos serviços propostos, que considerem determinantes para o

serviço em causa.

As empresas que infringirem certas regras ou obrigações são excluídas dos contratos públicos, especialmente em caso de condenação por não pagamento de impostos ou contribuições para a segurança social e em caso de não cumprimento da *cláusula social horizontal* anteriormente referida.

Também, no âmbito da subcontratação, continua exigível o cumprimento das obrigações ambientais, sociais e laborais que decorrem do direito europeu, do direito nacional, das convenções coletivas ou do direito internacional, desde que na fase de concurso as empresas indiquem qual parte do contrato que não tencionam serem elas próprias a executar, mas pretendem confiar a terceiros.

Ao que se percebe, as diretivas de 2014 correspondem ao verdadeiro avanço em direção às contratações públicas *efetivamente* sustentáveis, já que buscam trazer maior grau de detalhamento dos critérios socioambientais quando em comparação com as diretivas de 2004 além de trazerem novos avanços frente a estas no que concerne ao próprio processo de adjudicação⁵⁴. Nesse sentido buscou-se dar aos Estados-membros as ferramentas necessárias para que políticas de cunho socioambientais fossem efetivamente postas em prática, o que se torna relevante ao se ter, por um lado, a perspectiva futura conforme definida pela *estratégia Europa 2020* e, por outro, ao se considerar a situação atual de crise financeira do Estado social europeu⁵⁵.

51 Um estudo detalhado acerca desse critério, inclusive com a definição de metodologias acerca da definição do próprio custo do ciclo de vida, está disponível em DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana. Sustainable public procurement: life cycle costing (LCC) in the new EU Directive proposal. *European Public Procurement and PPP Law Review*, 2013. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=2488021>>. Access: 22 jul. 2015.

52 Tais custos só podem ser considerados se os mesmos puderem ser objetivamente determinados e quantificados. Da mesma maneira, tais custos devem ser gerais, válidos para qualquer contratação pública, e não apenas para o concurso em questão. COMISSÃO EUROPEIA. *Public procurement reform: environmental aspects*. p. 1-2. Available in <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals/index_en.htm>. Access: 20 jul. 2015. p. 2.

53 COMISSÃO EUROPEIA. *Public procurement reform: social aspects of the new rules*. Available at: <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals/index_en.htm>. Accessed: 20 jul. 2015. p. 1-3.

54 Em síntese os avanços são os seguintes, além da própria inclusão dos critérios socioambientais no procedimento de contratação: a) Alterações nos limiares dos concursos que exigem sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia; b) A aposta nos meios eletrônicos de contratação; c) Incentivo e maior apoio às pequenas e médias empresas; d) Revisão e alargamento dos motivos de exclusão de operadores econômicos participantes dos concursos; e) O estabelecimento de um novo procedimento – as *parcerias para inovação*. Os detalhes destes avanços estão em RODRIGUES, Carlos Sérgio Madureira. *Entre a contratação pública ecológica e a contratação pública sustentável: compreender o presente, transpor o futuro*. 2014. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/28443>>. Acesso em: 18 jul. 2015. p. 75-82.

55 Existem, contudo, críticas às diretivas de 2014. Rodrigues afirma que as diretivas correspondem a um “passo tímido” em direção à maior proteção socioambiental, já que elas continuam se utilizando da racionalidade *econômica* para o estabelecimento dos contratos públicos – ainda que o autor reconheça que as considerações ambientais e sociais apareçam *misturadas* às considerações econômicas. Na visão do autor a importância da esfera econômica está no próprio texto da diretiva, quando designa por “proposta *economicamente* mais vantajosa” aquela que permite maior inclusão de critérios so-

3. A CONTRATAÇÃO PÚBLICA SUSTENTÁVEL EM CONTEXTO DE CRISE

As diretivas de 2014 trouxeram inúmeras inovações acerca do tema da *contratação pública sustentável*⁶⁶. Nesse sentido, uma vez transpostas para o ordenamento jurídico interno dos Estados-membros da União Europeia, espera-se que estes possam se valer dos mecanismos previstos nas diretivas para fazer avançar a proteção ambiental ao mesmo tempo em que também buscam a garantia dos aspectos sociais envolvidos, nomeadamente a garantia de elevados níveis de emprego e, ainda, a inclusão de grupos sociais menos favorecidos economicamente.

Contudo, os gastos com a contratação pública sustentável parecem vir a ser questionados quando se verifica que os Estados-membros da União Europeia, de maneira geral – e alguns de maneira mais específica, nomeadamente Irlanda, Grécia, Chipre e Portugal⁵⁷ – passaram,

cioambientais. Por outras palavras, significa dizer que estes critérios seriam secundários, já que corresponderiam à base para se escolher a melhor proposta em termos *econômicos*. O autor sugere que a transposição destas diretivas para o ordenamento jurídico português ocorra de maneira a se adjudicar com base na proposta “*sustentavelmente*” mais vantajosa, ou ainda com base na “*proposta mais vantajosa em termos de sustentabilidade*”. A este respeito ver RODRIGUES, Carlos Sérgio Madureira. *Entre a contratação pública ecológica e a contratação pública sustentável: compreender o presente, transpor o futuro*. 2014. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/28443>>. Acesso em: 18 jul. 2015. p. 126-7.

56 Por contratação pública “sustentável” entende-se aquela que leva em consideração aspectos ambientais e sociais, enquanto a contratação pública “verde” está diretamente vinculada apenas àquelas que consideram critérios de sustentabilidade ambiental. Maior ênfase tem sido dada pela doutrina às contratações “verdes”, não às “sustentáveis”. Acerca desta distinção ver ALENCASTRO, Maria Alice Cruz; SILVA, Edson Vicente da; LOPES, Ana Maria D’Ávila. Contratações sustentáveis na administração pública brasileira: a experiência do Poder Executivo federal. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122014000100009>>. Acesso em: 18 jul. 2015. p. 215.

57 Um breve resumo acerca das origens da crise econômica e de seus impactos em termos mundiais – em conjunto com a influência do fenômeno da globalização neste processo – pode ser visto em MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica, 2015. p. 75-8. A respeito especificamente da crise econômica em Portugal tem-se que “a falta de crescimento econômico aliada à necessidade e imposição externa de correção dos graves desequilíbrios acumulados das contas públicas, têm conduzido a uma carga fiscal próximo do limite que não é possível manter por muito tempo. [...] Daí que a sustentabilidade o Estado fiscal actual não disponha de outra alternativa efectiva senão a da *redução muito significativa das despesas públicas* de modo a restabelecer

ou ainda estão a passar, por situação de crise econômica, em que surgem fortes restrições aos gastos públicos com o objetivo de sanear as contas destes Estados.

Torna-se necessário, portanto, apresentar qual o ambiente que levou ao próprio desenvolvimento das diretivas de 2014 – nomeadamente a *estratégia Europa 2020*. Em consonância, é necessário compreender a situação específica pela qual passou Portugal no início da década de 2010 – está-se aqui a referir-se ao *Memorando de Políticas Econômicas e Financeiras* – para que, em seguida, seja feita uma análise acerca do papel do Estado no que concerne à contratação pública sustentável em um contexto de crise econômica mundial.

3.1. A estratégia Europa 2020

O documento intitulado *Europa 2020 – Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo* (doravante chamado de *estratégia Europa 2020*) corresponde a uma Comunicação feita pela Comissão Europeia em 03 de março de 2010 e que buscava apresentar rumos para a revitalização da economia europeia, já que naquele momento o mundo encontrava-se no auge da crise econômica. Nesse sentido, a *estratégia Europa 2020* estabeleceu três prioridades – o crescimento inteligente, o crescimento sustentável e o crescimento inclusivo – das quais chama a atenção, para os objetivos deste texto, a segunda, sobre crescimento sustentável – ainda que esteja claro no documento que as três prioridades reforçam-se umas às outras. Assim, o crescimento sustentável tem por objetivo “promover uma economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva”⁵⁸.

Tendo-se em vista os aspectos sociais e ambientais da proposta, espera-se que 75% da população de idade compreendida entre 20 e 64 anos esteja empregada; que 3% do PIB da UE seja investido em pesquisa (investigação) e desenvolvimento; que os objetivos em matéria

um equilíbrio adequado às forças da nossa economia de mercado para gerar resultados tributáveis, como à capacidade contributiva dos contribuintes no quadro de um Estado que possa ainda ser tido por Estado social” (grifo nosso). A este respeito ver NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. inicial – final. p. 55.

58 COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015. p. 5.

de clima/energia “20/20/20”⁵⁹ devem ser cumpridos (incluindo uma subida para 30% do objetivo para a redução das emissões, se as condições o permitirem); que a taxa de abandono escolar precoce seja inferior a 10% e pelo menos 40% da geração mais jovem disponha de um diploma de ensino superior; e que 20 milhões de pessoas devam deixar de estar sujeitas ao risco de pobreza⁶⁰.

Para a concretização de tais objetivos, e atendo-se aos aspectos socioambientais, a Comissão destaca a concretização de sete iniciativas, dentre as quais se destaca a criação de um espaço europeu que seja ambientalmente eficiente por meio da dissociação entre crescimento econômico e uso intensivo de recursos naturais, especialmente aqueles que tenham como fonte de energia combustíveis fósseis. Da mesma maneira, espera-se que tal espaço europeu utilize cada vez mais fontes de energia renováveis, especialmente por meio da modernização do setor de transportes e da promoção da eficiência energética⁶¹.

A Comunicação reconhece que, sendo a União Europeia composta por 28 Estados-membros, a concretização das propostas não pode ser feita de maneira única, já que a diversidade é grande. Nesse sentido, os objetivos da União devem ser concretizados por meio do estabelecimento de objetivos nacionais, os quais terão cada um sua própria “trajetória”, de maneira que cada Estado-membro possa, com base em sua própria situação específica, atuar no sentido de concretizar os objetivos globais da União⁶². Em outras palavras, a Comunicação preza pelo princípio da descentralização

executiva, já que estabelece objetivos que precisam ser atingidos tanto pela própria União – objetivos estes de escala mais “global” – quanto pelos Estados-membros, que são responsáveis pela concretização de objetivos locais.

Antes de se verificar quais são as propostas específicas para Portugal, é interessante destacar os detalhes propostos pela Comissão a respeito do eixo referente ao crescimento sustentável. Aqui a Comissão sugere fortemente a luta contra as alterações climáticas, já que a melhor utilização dos recursos naturais permitiria redução da emissão de gases de efeito estufa bem como a realização de poupanças e, ainda, estimularia o crescimento econômico. Ao mesmo tempo, e em conformidade com tal objetivo, a Comissão propôs a busca pela utilização de energia limpa e eficiente, que poderia resultar em uma economia de 60 mil milhões de euros até 2020, além de contribuir para a criação de até um milhão de novas vagas de emprego⁶³.

É importante, ainda, destacar que a *estratégia Europa 2020* deu início ao processo que desembocaria na atualização das diretivas de 2004 – e que resultou nas diretivas de 2014, conforme já explicitado –, especialmente ao propor a inclusão, no âmbito das contratações públicas, do critério do *custo de vida do produto*, o que veio a permitir às entidades adjudicantes o estabelecimento de critérios socioambientais de médio-longo prazo. Da mesma forma, estabeleceu-se a possibilidade de se utilizar como critério o método de produção dos bens e/ou serviços requeridos, também com o objetivo de promover a proteção ambiental. Por fim, no aspecto social a *estratégia* sugeriu a implementação de mecanismos que permitissem a inclusão profissional e social de portadores de necessidades especiais (deficientes)⁶⁴.

Como proposta para atingir tais objetivos, a Comissão sugere aquilo que chama de “iniciativas emblemáticas”. A primeira delas, intitulada *Uma Europa eficiente em termos de recursos* e que é apresentada como sendo de responsabilidade da própria Comissão, a nível da União

59 Os objetivos “20/20/20” são os seguintes: “Reduzir as emissões de gases com efeito de estufa em pelo menos 20% relativamente aos níveis de 1990, ou em 30%, se estiverem reunidas as condições necessárias; aumentar para 20% a quota de energias renováveis no nosso consumo final energético e aumentar em 20% a eficiência energética” COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. 2010. p. 13. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

60 COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015p. p. 5.

61 COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015p. p. 6.

62 COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015p. p. 14.

63 COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015p. p. 18.

64 MATEI, Ani I.; MATEI, Lucica. *Modernisation of the public procurement market. Towards a strategy of public marketing specific on the single market*. Societal Innovations for Global Growth; Stream C: National Sustainable Development under Globalization Conditions, 2012. V. 1. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=2135420>>. Access: 22 jul. 2015. p. 6.

Europeia, traz, dentre outras, a necessidade de “reforçar um quadro para a utilização dos instrumentos baseados no mercado (por exemplo comércio de licenças de emissão, reforma da tributação da energia, enquadramento em matéria de auxílios estatais, promoção de um maior recurso aos contratos públicos ecológicos)”⁶⁵.

Por sua vez, sugerem-se, como tarefas específicas dos Estados-membros, no âmbito da iniciativa *Uma Europa eficiente em termos de recursos*, o abandono gradual das “subvenções prejudiciais de um ponto de vista ecológico, limitando as exceções às pessoas com necessidades sociais” bem como a utilização de “instrumentos baseados no mercado, tais como incentivos fiscais e contratos públicos, para adaptar os métodos de produção e de consume”. Sugere-se, também, o uso da “regulamentação, normas de desempenho ambiental dos edifícios e instrumentos baseados no mercado, tais como a tributação, as subvenções e os contratos públicos, para reduzir o consumo de energia e de recursos, e utilizar os fundos estruturais para investir na eficiência energética dos edifícios públicos e na melhoria de eficiência da reciclagem”⁶⁶.

A segunda iniciativa, intitulada *Uma política industrial para a era da globalização*, também traz ações a serem realizadas tanto pela própria Comissão quanto pelos Estados-membros. Como responsabilidade da Comissão, e no que concerne aos contratos públicos, destaca-se o desenvolvimento de “uma abordagem horizontal relativamente à política industrial que combine diferentes instrumentos de política (por exemplo, regulamentação inteligente, regras modernas em matéria de contratos públicos e auxílios estatais e normalização)”, bem como a promoção de “tecnologias e métodos de produção que reduzam a utilização de recursos naturais e aumentar o investimento no patrimônio natural da UE”. Aos Estados-membros, no âmbito dessa iniciativa, compete “melhorar o ambiente empresarial, nomeadamente para as PME inovadoras, em especial através de contratos públicos para apoiar os incentivos à inovação”⁶⁷.

65 COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015p. 18.

66 COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015p. 19.

67 COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, 2010. Disponível

No que concerne às ações do Estado português rumo à *estratégia Europa 2020*, a Comissão Europeia afirma que Portugal concluiu com êxito o seu programa de ajustamento econômico em 2014, tendo tido sucesso tanto no ajuste econômico quanto no ajuste de suas políticas públicas, e está atualmente submetido à “vigilância pós-programa”. Apesar disso, informa ainda que o país sofre com desajustes macroeconômicos que são resultantes do alto nível de endividamento, tanto interno quanto externo, além do perigo representado pela baixa taxa de crescimento e pelo alto índice de desemprego⁶⁸.

Neste contexto a Comissão publicou em 13 de maio de 2015 uma *Recomendação relativa ao Programa Nacional de Reformas para 2015 de Portugal e que formula um Parecer do Conselho sobre o Programa de Estabilidade para 2015 de Portugal*. A Comissão afirma, em relação ao item 5 do documento, no âmbito das concessões, que o Estado português precisa aumentar a transparência e acelerar as medidas referentes às concessões, especialmente no setor de transportes, bem como em relação às parcerias público-privadas a nível local e regional⁶⁹.

3.2. O memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política econômica de Portugal e as subseqüentes alterações no ordenamento jurídico português

É de conhecimento comum o processo que desencadeou a crise econômica iniciada em 2008, com a falência do banco norte-americano de investimentos *Lehman Brothers* por ser o estopim da crise econômica. Inicialmente vinculada ao setor imobiliário americano, a crise se espalhou para os setores bancário e financeiro americanos e daí para o restante do mundo, cabendo aos Estados socorrerem o sistema econômico mundial⁷⁰.

em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015. p. 20.

68 COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

69 COMISSÃO EUROPEIA. *Recomendação do Conselho relativa ao Programa Nacional de Reformas para 2015 de Portugal e que formula um Parecer do Conselho sobre o Programa de Estabilidade para 2015 de Portugal*, 2015. Disponível em: <http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_portugal_pt.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015. p. 7.

70 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 177.

No âmbito europeu, a Grécia e a Irlanda foram os primeiros países a recorrerem a auxílios externos, ainda em 2010. Em 2011 foi a vez de Portugal fazê-lo, vindo o auxílio por meio da chamada *Troika* – o Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu. O auxílio financeiro, contudo, era condicionado a ajustes na economia portuguesa, os quais foram definidos no *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política econômica*⁷¹, assinado em maio de 2011 e com duração de três anos⁷².

O Memorando é dividido em seções: *política orçamental, sistema financeiro, empresas públicas, administração pública, saúde, mercado de trabalho, educação, energia, transportes, habitação e justiça*. A contratação pública é um dos elementos constantes do Memorando, fazendo parte do *Programa de Assistência Econômica e Financeira* (PAEF). Especificamente, existem três áreas principais nas quais o Memorando incide sobre a contratação pública: as *obrigações de informação, as obrigações de produção normativa e a concretização de um leque diversificado de medidas*, cada uma subdividida em tópicos⁷³.

As *obrigações de informação* são definidas como a “imperiosa necessidade de acompanhar de perto a evolução das contas públicas”; para tanto existiria a “obrigatoriedade do Estado português pôr em marcha diversos mecanismos aptos a facultar uma melhoria da informação”. Nesse sentido a atenção, também, recaiu sobre as contratações públicas, de maneira a constar no Memorando, acerca deste tema, três ações específicas: “o *reporte da execução orçamental*, assim como sobre o *acompanhamento dos riscos orçamentais derivados das PPP e das concessões*. Além disso, avançava com o propósito de realizar um *estudo detalhado sobre as PPP*”⁷⁴.

71 “O Memorando de Entendimento tocou todos os aspectos da vida do país. Por exemplo, entre as muitas medidas para o mercado laboral, estavam os cortes no subsídio de desemprego e a flexibilização dos critérios para despedimentos. [...] Foi também o memorando a determinar uma redução nas pensões”. PÚBLICO. *Memorando da Troika anotado*, 2014. Disponível em: <<http://www.publico.pt/economia/memorando-da-troika-anotado>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

72 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013.

73 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 177-178.

74 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos

O *reporte da execução orçamental*, primeira ação no âmbito das obrigações de informação, aparece nos itens 3 e 3.3 do Memorando⁷⁵. Em resumo, este eixo de ações tinha por objetivo realizar levantamento acerca da situação orçamentária do Estado português de maneira a identificar as possíveis áreas em que ocorreriam cortes de gastos públicos. Por sua vez, a segunda ação no âmbito das obrigações de informação corresponde ao *acompanhamento dos riscos orçamentais*, especialmente a respeito do impacto que as PPP pudessem trazer ao orçamento do Estado. Este acompanhamento deveria ser realizado por meio de um relatório que integrasse o orçamento do Estado e também por outro relatório, anual e específico, sobre as PPP e as concessões⁷⁶. Ambos os relatórios seriam realizados de acordo com o previsto, respectivamente, nos itens 3.11 e 3.21 do Memorando⁷⁷.

da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 178.

75 “3. Medidas orçamentais estruturais. Objectivos: Melhorar a eficiência da administração pública pela eliminação de redundâncias, simplificando procedimentos e reorganizando serviços; regular a criação e o funcionamento de todas as entidades públicas (por exemplo, empresas, fundações, associações); melhorar o processo orçamental através do enquadramento legal recentemente aprovado, incluindo a adaptação em conformidade da Lei das Finanças Regionais e da Lei das Finanças Locais; reforçar a gestão de riscos, a responsabilização, o reporte e a monitorização. [...] 3.3. Melhorar o actual reporte mensal da execução orçamental, em base de caixa para as Administrações Públicas, incluindo em base consolidada O actual perímetro de reporte mensal inclui o Estado, Serviços e Fundos Autónomos, a Segurança Social, as administrações regional e local e será progressivamente ampliado para incluir o SEE e as PPP reclassificadas no âmbito das Administrações Públicas”. PORTUGAL. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 2011. Disponível em: <http://www.contratacao-publica.com.pt/xms/files/Documentacao/MoU_PT17maio2011.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 10-12.

76 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 179.

77 “3.11. Publicar um relatório abrangente sobre riscos orçamentais em cada ano como parte integrante do OE, começando com o OE para 2012. O relatório irá identificar os riscos orçamentais gerais e as responsabilidades contingentes, às quais o Estado possa estar exposto, incluindo todas as Parcerias Público-Privadas (PPP), SEE e garantias prestadas aos bancos. [...] 3.21. Melhorar o relatório anual sobre as PPP e as concessões preparado pelo Ministério das Finanças e da Administração Pública em Julho com uma avaliação abrangente dos riscos orçamentais derivados das PPP e das concessões. O relatório fornecerá informação e análise a nível sectorial. A revisão anual das PPP e concessões será acompanhada por uma análise dos fluxos de crédito canalizados para as PPP através dos bancos (empréstimos e títulos que não ações) por sector e uma

Destaque é dado para o relatório sobre as PPP, que deveria ser subdividido em duas partes: análise dos *riscos orçamentais* (apuração do impacto das PPP em relação ao orçamento de Estado) e do *fluxo de crédito* (apuração do nível de endividamento das PPP com os bancos e com o setor financeiro) das PPP⁷⁸.

Por fim, a terceira ação no âmbito das obrigações de informação – a realização de um *estudo detalhado das PPP* – é decorrente do item 3.19 do Memorando⁷⁹. Entretanto, é importante destacar que tal análise já era vista como necessária pela Administração Pública, especialmente devido a auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas que indicavam a necessidade do Estado “renegociar diversas PPP tendo em vista, nomeadamente, a redução das crescentes responsabilidades financeiras”. Além disso, destaca-se que “havia ainda a necessidade de apurar as responsabilidades que o Estado pudesse ser chamado a honrar”⁸⁰.

Percebe-se que as ações acima apresentadas têm relação direta com a necessidade vista pela *Troika* de tomar conhecimento acerca da situação financeiro-orçamental

do Estado português. Dessa maneira, parece claro que o objetivo estabelecido era o de clarificar as áreas em que poderiam ser feitos cortes orçamentais, já que uma das preocupações se referia ao gasto estatal extremamente elevado – boa parte deste em PPP, o que significa gastos com contratos públicos.

A segunda grande ação prevista no Memorando (itens 3.13 e 3.20⁸¹) são as *obrigações de produção normativa*. Em outras palavras, o que se esperava com a realização desta ação é que o Estado português alterasse suas normas objetivando a monitoração dos investimentos bem como reforçasse as análises de risco prévias ao estabelecimento das PPP de maneira a se evitar aumento do gasto com contratos públicos – ao contrário, dever-se-ia reduzi-lo. A concretização de tais objetivos ficou por conta da aprovação da nova “lei das parcerias público-privadas” (*Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio*), especificamente com a criação de uma *Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos* que ficaria responsável pela preparação, pelo desenvolvimento, pela execução e pelo acompanhamento global das PPP⁸².

Outra produção normativa se refere à *Resolução do Conselho de Ministros n.º 50/2012* – alterada pela *Resolução do Conselho de Ministros n.º 66/2012*. Por meio dessa Resolução, o governo português – cumprindo o previsto no item 5.18 do Memorando⁸³ – se comprometeu a “con-

avaliação do impacto na afectação de crédito e de efeitos *crowding out*. Este último aspecto será realizado em conjunto com o Banco de Portugal”. PORTUGAL. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 2011. Disponível em: <http://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Documentacao/MoU_PT-17maio2011.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 11-3, *passim*.

78 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 180.

79 “3.19. Recrutar uma empresa de auditoria internacionalmente reconhecida para a realização de um estudo detalhado das PPP com acompanhamento do Instituto Nacional de Estatística (INE) e do Ministério das Finanças e da Administração Pública. O estudo identificará e, onde praticável, quantificará as responsabilidades contingentes de maior relevo e quaisquer montantes relacionados que possam vir a ser pagas pelo Estado. Avaliará a probabilidade de quaisquer pagamentos pelo Estado relativos a responsabilidades contingentes e quantificará os respectivos montantes. O estudo, a ser finalizado até ao final de Março de 2012, avaliará a viabilidade de renegociar qualquer PPP ou contrato de concessão, a fim de reduzir as responsabilidades financeiras do Estado. Todas as PPP e contratos de concessão estarão disponíveis para estas revisões”. PORTUGAL. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 2011. Disponível em: <http://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Documentacao/MoU_PT17maio2011.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 12.

80 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 181.

81 “3.13. Assegurar a implementação integral da nova Lei do Enquadramento Orçamental adoptando as necessárias alterações legais, incluindo à Lei das Finanças Regionais e à Lei das Finanças Locais: 1) o perímetro da Administração Pública abrangerá o Estado, Serviços e Fundos Autónomos, a Segurança Social, o SEE e as PPP reclassificadas no âmbito das Administrações Públicas e as administrações local e regional; 2) definir pormenorizadamente as características propostas para o enquadramento orçamental de médio prazo, incluindo a estratégia orçamental de médio prazo, processos de tomada de decisões e de definição de prioridades, regras de reporte, controlo de compromissos financeiros; e reservas de contingência apropriadas e respectivas regras de acesso. [...] 3.20. Pôr em prática um quadro legal e institucional reforçado, no âmbito do Ministério das Finanças e da Administração Pública, para a avaliação de riscos *ex-ante* da participação em PPP, concessões e outros investimentos públicos, bem como a monitorização da respectiva execução. O Tribunal de Contas terá de ser informado desta avaliação de riscos *ex-ante*. Poderá ser prestada assistência técnica, se necessário”. PORTUGAL. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 2011. Disponível em: <http://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Documentacao/MoU_PT-17maio2011.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 12-13.

82 GONÇALVES, Pedro Costa. Alterações ao código dos contratos públicos na sequência do “Memorando de Entendimento com a Troika”. *Revista de contratos públicos*, Coimbra n. 5 maio/ago. 2012. p. 214.

83 “5.18. Garantir que as regras sobre designação de serviço uni-

tratar a prestação do serviço universal de comunicações eletrônicas” de maneira a estabelecer regras acerca do tema que não fossem discriminatórias bem como a lançar novo concurso para que fossem designados novos fornecedores de serviço universal⁸⁴.

Também, em relação à esfera das alterações legislativas, é de se destacar o item 7.19 e seguintes do Memorando, que trazem questões referentes à alteração das regras de concorrência. O item 7.19 traz que “o Governo eliminará as *golden shares* e todos os outros direitos estabelecidos por Lei ou nos estatutos de empresas cotadas em bolsa, que confrimam direitos especiais ao Estado”, enquanto o item 7.20 define que o governo deve “adotar medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência”, dentre elas o estabelecimento de “um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial” e a proposição da revisão “da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autônoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE”, além de garantir que a autoridade competente pela concorrência tenha recursos suficientes e estáveis para seu funcionamento⁸⁵.

Importante, também, destacar o que está previsto no tópico *Contratações públicas* do Memorando. Novamente, estabeleceu-se uma série de obrigações ao Estado português com o objetivo de garantia de transparência em um ambiente competitivo, além da melhoria dos gastos públicos⁸⁶. Nesse contexto objetivou-se limitar a utilização do ajuste direto como mecanismo de con-

tratação pública, procurou-se alterar determinados dispositivos do Código dos Contratos Públicos que continham omissões legislativas, e ainda, deram-se novos poderes ao Tribunal de Contas, especialmente no que concerne à sua prerrogativa de controle financeiro da contratação pública⁸⁷.

Ainda no âmbito das alterações legislativas, é de se destacar, também, aquelas que visaram à alteração do regime de contratação pública das instituições de educação superior públicas existentes em forma de fundação, as quais se utilizavam de exceções à aplicação integral do regime de contratação pública. Também, alterou-se o regime de contratação de outras instituições – tais como os “hospitais constituídos sob a forma de entidade pública empresarial, as associações de direito privado que tenham como principal finalidade a ciência e a tecnologia e os laboratórios do Estado” –, entidades que perderam seus privilégios e passaram a estar completamente subjetivas ao regime regulamentado pelo CCP⁸⁸.

Pelo exposto, percebe-se que o que se objetivava com tais alterações legislativas era o efetivo e rigoroso controle dos encargos e dos riscos, especialmente aqueles associados às PPP, que tiveram seu regime jurídico alterado pelo *Decreto-Lei n° 111/2012*. Nessa mesma direção, veio o *Decreto-Lei n° 149/2012*, que sintetizou as demais alterações acima referidas⁸⁹, todas elas com o

versal e o respectivo contrato de concessão do incumbente são não discriminatórias: renegociar o contrato de concessão com a empresa que actualmente fornece o serviço universal e lançar um novo concurso para designação de fornecedores de serviços universais”. PORTUGAL. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 2011. Disponível em: <http://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Documentacao/MoU_PT17maio2011.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 27.

84 GONÇALVES, Pedro Costa. Alterações ao código dos contratos públicos na sequência do “Memorando de Entendimento com a Troika”. *Revista de contratos públicos*, Coimbra, n. 5 maio/ago. 2012. p. 214.

85 PORTUGAL. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 2011. Disponível em: <http://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Documentacao/MoU_PT17maio2011.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 33-34.

86 PORTUGAL. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 2011. Disponível em: <http://www.contratacapublica.com.pt/xms/files/Documentacao/MoU_PT17maio2011.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 34-35.

87 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 183.

88 Além disto houve ainda “a introdução de modificações ao regime jurídico aplicável à preparação, lançamento, execução e alteração de parcerias público-privadas”. A este respeito ver ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2014. p. 307-308.

89 As alterações realizadas pelo Decreto-Lei n° 149/2012 no que concerne aos contratos públicos são as seguintes: a) Eliminação da exceção relativa às fundações do ensino superior; b) Eliminação de isenções à aplicação da parte II do CCP (“isenções especiais, permanentes ou temporárias, que permitam a adjudicação direta de contratos de montante inferior aos limites comunitários”); c) Eliminação de fundamento para ajuste direto; d) Alteração do regime de execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões no âmbito da empreitada de obras públicas; e) Alteração do regime das obras e dos serviços complementares ao contrato inicial; e f) Eliminação do dever de elaboração de projetos de investigação e desenvolvimento. GONÇALVES, Pedro Costa. Alterações ao código dos contratos públicos na sequência do “Memorando de Entendimento com a Troika”. *Revista de contratos públicos*, Coimbra, n. 5, maio/ago. 2012. p. 218-227. O autor chama a atenção, às págs. 227-238, que o legislador português “aproveitou a oportunidade” e reformou inúmeros

objetivo de reduzir custos e aumentar o controle sobre os gastos do Estado português no âmbito dos contratos públicos.

Contudo, as alterações legislativas têm sido mais significativas no âmbito das finanças públicas e não no das contratações públicas. Por outras palavras, os resultados positivos, em termos de redução da despesa pública como consequência da implementação do PAEF, são decorrentes muito mais de produção normativa financeira do que na esfera do CCP⁹⁰, o que pode significar que as alterações no quadro jurídico que regulamenta os contratos públicos não tenha sido assim tão eficaz quanto esperado.

Por último, o terceiro eixo de intervenção do Memorando no âmbito da contratação pública se refere a duas medidas específicas: impedir que ocorressem novas contratações em regime de PPP, por um lado, e renegociar os contratos das PPP existentes, por outro⁹¹. Tais medidas se apresentaram como fundamentais para a *Troika* por Portugal ser, conforme relatório de 2008 do próprio Tribunal de Contas, “o país europeu com maior percentagem de PPP quer em relação ao PIB, quer em relação ao OE [Orçamento de Estado]”⁹².

3.3. A contratação pública socioambiental em tempos de crise econômica

Afirma-se que em Portugal houve euforia com o mecanismo da contratação pública, especialmente na década de 1990, em decorrência do grande interesse então

outros aspectos do CCP que não correspondiam a exigências do Memorando.

90 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 201-202.

91 No Memorando a proibição de realização de novas PPP está prevista no item 3.17: “Evitar entrar em qualquer novo acordo de PPP antes de finalizar a revisão das PPP existentes e as reformas legais e institucionais propostas”. Já a renegociação dos contratos existentes tendo em vista a redução de custos está prevista no item 3.19, citado acima. PORTUGAL. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 2011. Disponível em: <http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/MoU_PT17maio2011.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 12.

92 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 183-184.

demonstrado a respeito das parcerias público-privadas. Neste sentido as PPP adquiriram importante relevância no tema das contratações públicas, já que, a despeito das diferenças jurídicas entre a contratação tradicional, fundada no financiamento direto, e a contratação via PPP, ambas concorrem fortemente no que diz respeito ao aumento da despesa pública – ocasionado por constantes processos de renegociação e de reposição do equilíbrio financeiro⁹³ – em proporção ao produto interno bruto de um Estado⁹⁴.

Em uma situação de Estado-social provedor, este passa a oferecer bens e serviços coletivos à sociedade e, para tanto, recorre usualmente aos contratos públicos, os quais, logicamente, pressupõem gastos por parte do Estado. Contudo, e aqui entrando-se no âmbito do Estado português, os recursos não são infinitos, ainda mais durante o período em que Portugal se encontrava sob a égide do PAEF – isto sem considerar as próprias limitações de atuação do Estado decorrentes da integração europeia⁹⁵.

93 PINHEIRO, André Modesto. *Parcerias público-privadas, o papel do Estado: da densificação do conceito de comparador do sector público à problemática do reequilíbrio financeiro*. 2012. f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012. p. 36-37.

94 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 171-172. Em consonância é importante destacar que Portugal foi um dos quatro únicos países da zona Euro cujo déficit veio a ultrapassar os 10% do PIB, tanto em 2009 quanto em 2010. Além disso, chama a atenção também o fato de que havia uma trajetória de crescimento acelerado da dívida pública que faria com que em 2011 a mesma ultrapassasse os 100% do PIB. Ainda, destaca-se que Portugal “ao longo da década de 2000, teve um crescimento econômico muito lento – facto que, a continuar inalterado, não lhe permitiria gerar os recursos necessários para pagar a sua crescente dívida. Também os défices permanentes da balança de transações correntes, sempre à volta dos 10% do PIB anuais na referida década, haviam conduzido à existência de uma dívida externa consolidada superando os 100% do PIB. Também a dívida dos particulares, pessoas singulares ou empresas, se situava e situa em níveis elevadíssimos”. A síntese se apresenta em um único sentido: “a trajetória insustentável das contas públicas parece ter sido o fator principal que levou a que Portugal, em conjunto com outros Estados, tivesse tido a necessidade de recorrer ao resgate internacional”. A este respeito ver CAMPOS, Manuel Fontaine. A crise e a regulação internacional e europeia: o “Pacto Orçamental” como solução para a crónica indisciplina financeira do Portugal democrático? In: GONÇALVES, Pedro Costa. *Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública*. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 81-94. p. 84-85, esp. nota. 11.

95 PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos

Mesmo no caso das PPP, ainda que seja a contraparte privada quem fique responsável por assegurar o financiamento do projeto a ser executado – o que faria com que os gastos do Estado não aumentassem, ao mesmo tempo em que os produtos e serviços continuariam sendo providos à população –, as coisas não saíram como planejado, já que os encargos pagos pela Administração pública aumentaram exponencialmente.

Deve-se aqui ser chamada a atenção para o problema central debatido neste texto: por um lado as contratações públicas, especialmente aquelas com incentivos socioambientais, são vistas como um dos principais mecanismos para que o Estado atinja seus objetivos como fornecedor de produtos e serviços à população⁹⁶; por outro, a crise econômica de 2008, potencializada pelo PAEF, no caso de Portugal, trouxe a necessidade de máxima restrição dos gastos públicos, o que causa impacto nas contratações públicas sustentáveis por estas serem em geral mais custosas⁹⁷ especialmente quando visam

ao acréscimo de critérios de sustentabilidade socioambiental que ainda não estão em prática⁹⁸. Assim, surge a questão: os contratos públicos com quesitos socioambientais são mais custosos para o Estado?

Em tempos do estabelecimento da ideia de que o meio ambiente precisa ser protegido e preservado, não apenas para as gerações atuais mas também para as futuras, parece, efetivamente, ser função do Estado levar adiante a proposta de proteção ambiental⁹⁹. Além disso, vale destacar a expectativa do cidadão de que tal proteção deva ser feita por meio da manutenção dos níveis atuais de emprego, isto se não forem tais níveis mesmo aumentados. A preponderância do Estado parece ter, ainda, mais força quando se considera que esta instituição é efetivamente a única capaz de realizar a redistribuição dos bens públicos por meio de seus atos estatais¹⁰⁰, já que não se pressupõe que os cidadãos, voluntariamente, abram mão de desejos pessoais em prol da defesa do meio ambiente e/ou da manutenção do nível de emprego¹⁰¹.

da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coleção Manuais académicos IDEFF. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 173.

96 Da mesma forma, quando se estima que em média cerca de 15% a 19% do Produto Interno Bruto da União Europeia seja decorrente das contratações públicas dos Estados-membros, percebe-se o peso que esta instituição tem no que concerne à possibilidade de direcionar a inovação e a busca por novas formas de proteção do meio ambiente e também dos fatores sociais que permeiam as sociedades. BASTOS, Filipe Brito. *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos*: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu. Lisboa: ICJP, 2012. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/escolhacriteriosambientaisadjudicacaoop.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 5, nota 25; APOLLONI, Andrea; D'AMATO, Alessio; CHENG, Wenjuan. *Is public procurement going green? experiences and open issues*. 2011. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=1970583>>. Access: 21 jul. 2015. p. 2; MATEI, Ani I.; MATEI, Lucica. *Modernisation of the public procurement market. Towards a strategy of public marketing specific on the single market*. Societal Innovations for Global Growth; Stream C: National Sustainable Development under Globalization Conditions, 2012. v. 1. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2135420>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 2; DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana. Sustainable public procurement: life cycle costing (LCC) in the new EU Directive proposal. *European Public Procurement and PPP Law Review*, 2013. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2488021>>. Access: 22 jul. 2015. p. 29; ALENCASTRO, Maria Alice Cruz; SILVA, Edson Vicente da; LOPES, Ana Maria D'Ávila. Contratações sustentáveis na administração pública brasileira: a experiência do Poder Executivo federal. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122014000100009>>. Acesso em: 18 jul. 2015. p. 209.

97 Acerca dos custos mais elevados para a contratação pública ecológica, ver AMBEC, Stefan; LANOIE, Paul. Does it pay to be green? a systematic overview. *Academy of Management. Perspectives*, v. 22, n. 4, nov. 2008. Disponível em: <<http://fdi.idei.fr/wp-content/>

[uploads/2011/02/Does-it-Pay-to-be-Green.-A-Systematic-Overview.pdf](http://fdi.idei.fr/wp-content/uploads/2011/02/Does-it-Pay-to-be-Green.-A-Systematic-Overview.pdf)>. Acesso em: 29 jul. 2015. Em seu estudo os autores buscam meios para tentar equilibrar os gastos iniciais com a contratação pública sustentável por parte das empresas privadas – gastos estes que são mais elevados do que a contratação pública tradicional – com o ganho de competitividade e com a redução de custos, ambos em médio-longo prazo, sendo estes os elementos vistos pelos autores como passíveis de contrabalançar os elevados gastos iniciais.

98 ALENCASTRO, Maria Alice Cruz; SILVA, Edson Vicente da; LOPES, Ana Maria D'Ávila. Contratações sustentáveis na administração pública brasileira: a experiência do Poder Executivo federal. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122014000100009>>. Acesso em: 18 jul. 2015. p. 216.

99 BASTOS, Filipe Brito. *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos*: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu. Lisboa: ICJP, 2012. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/escolhacriteriosambientaisadjudicacaoop.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 2.

100 Engloba-se na expressão *atos estatais* as ações dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

101 Tal afirmação é feita tendo-se por base a ideia de *fragmentação política* desenvolvida por Taylor. A fragmentação corresponde à situação social na qual os indivíduos acreditam que o poder político se encontra muito *distante* de si mesmos, sentindo-se frequentemente incapazes de “fazer a diferença” com base em uma atuação política que se restringe ao ato de votar. Desta maneira os indivíduos veem a si mesmos não como componentes de uma comunidade em que existem verdadeiros vínculos sociais entre si, isto é, como membros de uma unidade social coesa, mas apenas enxergam a si mesmos de maneira atomística, sem vínculos de simpatia com seus concidadãos e cada vez menos ligados aos demais em prol de projetos e de compromissos estabelecidos em comum. Nesta situação os indivíduos consideram como válidos apenas seus próprios objetivos de vida *individual* por acreditarem não haver possibilidade de se construir

Por sua vez, é inegável que a atuação do Estado pressupõe gastos públicos. Nesse sentido a proteção do meio ambiente chama a atenção por ser aquela em que a presença estatal parece ser mais visível, especialmente em comparação com a manutenção do emprego (privado). A título de exemplo, espera-se que seja o Estado o responsável pela criação de incentivos – seja na forma de isenções fiscais, seja na forma da contratação pública – para o desenvolvimento de uma economia baseada em energias renováveis, especialmente quando se considera que a tecnologia para a implantação de tais energias é cara e não necessariamente atrativa a todos os empresários do setor – ainda que possa, em médio ou longo prazo, estimular a economia nacional como um todo¹⁰².

No entanto, se, por um lado, o Estado aparece como o principal incentivador de ações que visem à satisfação e à concretização do bem comum¹⁰³, vale destacar, por outro, que os recursos estatais não são infinitos. Isto ficou claro, conforme exposto anteriormente, a partir da crise econômica de 2008, em que os Estados passaram a ter de restringir seus gastos públicos, pois, caso contrário, a situação seria ainda pior¹⁰⁴. É necessário, por-

tanto, verificar – inicialmente em termos teóricos – se a contratação pública sustentável é efetiva e eficaz, ou seja, se ela contribui para o equilíbrio entre, de um lado, a proteção do meio ambiente e dos fatores sociais e, de outro, o equilíbrio fiscal do próprio Estado.

Nesse sentido, parece haver dúvidas na doutrina sobre a efetividade das contratações públicas “verdes” em termos de eficiência e eficácia – especialmente quando se leva em consideração a componente “menores custos” – em comparação com outros mecanismos tradicionais de estímulo ambiental, tais como licenças de poluição e tributação ambiental. O primeiro dos argumentos em questão diz respeito à ideia de que as contratações públicas sustentáveis são na prática mais caras do que a contratação pública “normal”, ou seja, mais dispendiosas de recursos públicos do que aquelas contratações que não levam em consideração critérios ambientais e sociais. Dessa maneira, o maior gasto público em um momento histórico de necessidade de *diminuição* deste mesmo gasto público geraria questionamentos acerca da eficácia e da eficiência deste modelo de contratação pública¹⁰⁵.

política e juridicamente propostas que levem ao bem comum – entendendo-se o *bem comum* não como um ideal utopicamente estabelecido, mas sim como a definição de propostas políticas que, definidas por meio do consenso entre os envolvidos, possa efetivamente representar seus interesses. A este respeito ver TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 294-299.

102 ANDRADE, Ana Rita Gomes de. *As energias renováveis: uma luz verde aos auxílios do Estado?* 2009. f. Monografia (Graduação) – Pós-Graduação em Direito da Energia, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/643-961.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 4.

103 BASTOS, Filipe Brito. *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu*. Lisboa: ICJP, 2012. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/escolhacriteriosambientaisadjudica-caocp.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 2.

104 Uma das ideias referentes à limitação dos gastos públicos seria a sua *constitucionalização*, isto é, a inclusão, nos textos constitucionais, de limites explícitos a tais gastos, de maneira que se pudesse sancionar o administrador público caso este não cumprisse o limite estabelecido ou até mesmo caso viesse a propor algo que ultrapassasse tal limite. Este foi o caminho escolhido pela Alemanha, “que introduziu em 2009 na *Grundgesetz* (GG) um limite para o déficit orçamental, para valer a partir de 2016”. Nabais discorda desta proposta por considerá-la ineficaz, já que passou-se a justificar os gastos atuais – que também seriam onerosos às gerações futuras – com base no argumento de que os ativos por eles produzidos seriam duradouros – ou seja, gasta-se muito hoje para ter-se o usufruto no futuro, quando então pagar-se-iam os débitos. A este respeito ver NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 31-3. Acerca da proposta alemã de

limitação constitucional dos gastos públicos – bem como de outras propostas com o mesmo objetivo – ver também CAMPOS, Manuel Fontaine. A crise e a regulação internacional e europeia: o “Pacto Orçamental” como solução para a crônica indisciplina financeira do Portugal democrático? In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa (Coords.). *A crise e o direito público*. Lisboa: ICJP, 2013. p. 81-94. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4290>>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 87-9.

105 O aumento dos gastos se daria, dentre outros fatores, pela própria necessidade que um Estado-membro tem de estudar e conhecer os próprios aspectos legais que regulamentam a contratação pública sustentável, já que “a complexidade ainda permanece [mesmo] após o estabelecimento das compras públicas sustentáveis nas diretivas, já que os deveres de definição precisa e de verificação [do significado de seus termos] ainda sobrecarregam os Estados-membros. A formulação de requisitos e critérios de acordo com a legislação e com os princípios da Comunidade é um esforço tecnicamente desafiador e exige muita perícia [jurídica]”. ERIKSSON, Emelie. *Green public procurement as a policy instrument*. Study from a law and economics perspective on the efficiency of using green public procurement to achieve sustainable development in the EU. 2014. 77 f. Dissertação (Mestrado) – Lund University, Suécia, 2014. Available at: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4451209&fileId=4465017>>. Accessed: 20 jul. 2015. p. 47-48. A autora também afirma que os custos legais são elevados porque os Estados-membros podem sofrer punições caso não sigam o que está estabelecido nas diretivas, inclusive caso as empresas privadas vencedoras do concurso também não sigam os critérios ambientais definidos. Desta maneira, se não pelo próprio custo eventualmente mais elevado do produto “socioambientalmente amigável”, “os custos são, assim, criados em parte para garantir que determinada política ambiental está em conformidade com o quadro jurídico pertinente, em parte para verificar se as ambições políti-

Outra crítica se fundamenta na ideia de que a entidade adjudicante não tem conhecimento generalizado a respeito de quem pode fazer o que, ou seja, não conhece a capacidade de *todas* as possíveis empresas privadas existentes no mercado, de maneira que o resultado final não seja *necessariamente* aquele que atinja o equilíbrio entre a maior proteção ambiental e o menor gasto total – sendo este o somatório tanto do gasto da Administração Pública quanto do gasto das empresas privadas¹⁰⁶.

Da mesma maneira, as contratações públicas “verdes” não parecem ser tão eficientes em termos de redução do impacto ambiental geral, já que os procedimentos de adjudicação atuam apenas de maneira indireta em relação a tal objetivo¹⁰⁷. Por outras palavras, significa dizer que os cadernos de encargos definem um conjunto padrão de critérios ambientais a serem atingi-

cas da política pública também são atingidos”. No mesmo sentido: “este é um tema [contratação pública com critérios socioambientais] a que as instituições europeias e nacionais não tinham (pelo menos até às diretivas de 2004) sido muito sensíveis, melhor dizendo, era uma questão em que não se sentiam muito confortáveis. A razão é simples: as instituições europeias receavam que, ao incluir nas regras de adjudicação dos contratos públicos critérios não estritamente económicos, se diminuísse a transparência dos mercados e potenciásse a discriminação dos concorrentes em função da nacionalidade”. PEREIRA, Pedro Matias; FRANCO, João Soares. A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. *Revista de contratos públicos*, Coimbra, n. 5, maio/ago. 2012. p. 154.

106 A este respeito apontam-se duas situações específicas. A primeira delas pode ser explicada da seguinte maneira. Suponha-se que a entidade adjudicante estabeleça como critério a necessidade de redução em 10% de um gasto ambiental qualquer e que determinada empresa X possa reduzir em até 15%, mas omite tal informação e apresenta em sua proposta a possibilidade de redução em 12%. Neste exemplo hipotético se esta empresa X viesse a ganhar o concurso estaria obrigada a reduzir em 12%, que foi sua proposta original, em vez dos 15% que é efetivamente capaz de fazer, o que significa, de certa maneira, uma perda para o Estado. A segunda situação refere-se ao fato de que os contratos públicos sustentáveis obrigam apenas às partes contratantes, mas não aquelas empresas que não tomem parte do processo. Por outras palavras, a proteção ambiental decorrente das ações da empresa vencedora do concurso pode ser anulada pelo fato de que as demais empresas não são obrigadas a realizar tal proteção. Por sua vez, a implantação de outros mecanismos económicos, tal como tributação ambiental, solucionaria estes dois problemas, já que aplicar-se-ia a todas as empresas, por um lado, e por outro exigiria destas o cumprimento do máximo possível conforme estabelecido em lei. A este respeito ver LUNDBERG, Sofia; MARKLUND, Per-Olov; BRÄNNLUND, Runar. *Assessment of green public procurement as a policy tool: cost-efficiency and competition considerations*. 2009. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1831089>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 7-8.

107 APOLLONI, Andrea; D’AMATO, Alessio; CHENG, Wenjuan. *Is public procurement going green? experiences and open issues*, 2011. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1970583>>. Accessed: 21 jul. 2015. p. 7.

dos e que devem ser cumpridos por todas as empresas interessadas. Contudo, como estas possuem diferentes tecnologias para a produção dos produtos que lhes são requisitados, a relação custo-benefício final pode ser desvantajosa, já que algumas empresas poderiam gastar mais – inclusive em termos ambientais – para satisfazer os critérios do concurso, de maneira que o resultado final seja ineficiente¹⁰⁸.

Por outro lado, a ineficiência das contratações públicas “verdes” pode ser reduzida se o processo de adjudicação exigir menores custos marginais de proteção ambiental, o que permitiria certa igualdade entre as empresas participantes¹⁰⁹ – especialmente quando se considera, ao menos no âmbito do espaço europeu, que as contratações públicas “verdes” não têm fronteiras, ou seja, são abertas a empresas privadas de todos os países que compõem a União Europeia¹¹⁰.

A efetividade das contratações públicas sustentáveis depende da satisfação de duas condições: 1) O processo de adjudicação deve ser o mais claro possível no sentido de comprovar que os benefícios globais (em termos de sociedade e não apenas para o Estado) decorrentes da proteção ambiental suplantam os custos da implantação das exigências ambientais; 2) Os objetivos ambientais devem ser atingidos com o menor custo global possível¹¹¹. Além disso, uma vez que as contratações públicas são estabelecidas de maneira descentralizada¹¹², torna-se

108 LUNDBERG, Sofia; MARKLUND, Per-Olov; BRÄNNLUND, Runar. *Assessment of green public procurement as a policy tool: cost-efficiency and competition considerations*, 2009. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1831089>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 17.

109 APOLLONI, Andrea; D’AMATO, Alessio; CHENG, Wenjuan. *Is public procurement going green? experiences and open issues*, 2011. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1970583>>. Accessed: 21 jul. 2015. p. 6-7.

110 LUNDBERG, Sofia; MARKLUND, Per-Olov; BRÄNNLUND, Runar. *Assessment of green public procurement as a policy tool: cost-efficiency and competition considerations*, 2009. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1831089>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 18.

111 LUNDBERG, Sofia; MARKLUND, Per-Olov; BRÄNNLUND, Runar. *Assessment of green public procurement as a policy tool: cost-efficiency and competition considerations*, 2009. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1831089>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 8. Os autores afirmam, contudo, que a primeira condição é quase impossível de ser concretizada, já que “é irrealista presumir que a Administração Pública terá informação perfeita”. Consequentemente, na prática, “a partir da perspectiva do bem-estar social é quase impossível estabelecer objetivos ambientais ótimos. Em vez destes, estabelecem-se objetivos ambientais desejados, e a condição da relação custo-benefício acaba por ser a guia para se atingir tais objetivos”.

112 Tal descentralização se refere ao fato de que é possível a re-

possível adequá-las a situações específicas, localizadas, de maneira que os benefícios sejam resultantes não necessariamente de uma grande contratação pública “global” mas sim do somatório do resultado de pequenas contratações públicas “locais”.

Assim, ainda que a União Europeia possua extenso guia acerca de ações que podem ser realizadas pelos Estados no âmbito da contratação pública sustentável¹¹³ e venha a incentivar este tipo de adjudicação, de maneira geral a contratação pública sustentável se torna vantajosa apenas em áreas nas quais ainda não haja uma política ambiental padronizada e/ou em novas áreas de desenvolvimento tecnológico, tais como na reciclagem e nas energias renováveis. Por outro lado, naqueles setores em que a intervenção pública já se encontra estabelecida a contratação pública sustentável não é vantajosa, especialmente tendo-se em conta o fato de que seria necessário reestruturar por completo a atuação estatal de maneira a inserir critérios verdes, o que em última instância

geraria mais gastos em vez de maior economia¹¹⁴.

Outro ponto de grande relevância no âmbito dos contratos públicos sustentáveis – especialmente em tempos de restrições orçamentárias – diz respeito ao fato de que estes são, inicialmente, mais dispendiosos, especialmente se se utilizar como critério de adjudicação a análise do custo do ciclo de vida, especialmente em relação aos Estados-membros menos industrializados. Nessa perspectiva, o que se verifica é que, inicialmente, tais Estados-membros precisariam importar as tecnologias “verdes” ou pagar, por meio dos contratos públicos, um valor mais elevado para estimular as empresas nacionais a participarem de contratos públicos com critérios socioambientais, o que entra em contradição com o momento economicamente restritivo da atualidade¹¹⁵. Além disso, a própria definição de qual seria o preço razoável a pagar por um produto quando se considera seu ciclo de vida implica em gastos, tanto financeiros quanto técnicos, o que pode ser visto como uma forma de desincentivo a tais tipos de contrato¹¹⁶.

alízação de contratação em diferentes níveis administrativos – nomeadamente o local e o nacional – enquanto um tributo tem caráter centralizado, ou seja, nacional (ao menos em Estados unitários como é o caso de Portugal). LUNDBERG, Sofia; MARKLUND, Per-Olov; BRÄNNLUND, Runar. *Assessment of green public procurement as a policy tool: cost-efficiency and competition considerations*, 2009. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1831089>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 17.

113 As recomendações estão disponíveis em: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/index_en.htm>. Acerca de tais recomendações são feitas inúmeras críticas, especialmente ao fato de que estas visariam à transformação das questões ambientais – que do ponto de vista jurídico podem ser apresentadas como *direitos sociais* ou ainda *direitos de terceira dimensão* – em mero mecanismo para a satisfação de demandas econômicas, ou seja, o meio ambiente passaria a ser mais um *serviço* a ser oferecido pelo mercado aos cidadãos e não um direito a ser garantido e protegido pelo Estado em benefício destes, especialmente quando se considera que tais recomendações são dirigidas primariamente para os atores econômicos e não para a sociedade civil. A este respeito ver FRAGA, Fernando Losada. The Green Paper on the modernization of public procurement policy of the EU: towards a socially-concerned market or towards a market-oriented society? *Oñati Socio-Legal Series*, v. 2, n. 4, 2012. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2009257>>. Accessed: 22 jul. 2015. No mesmo sentido *mercadológico* das considerações socioambientais, inclusive com a afirmação de que “as políticas [propostas pela União Europeia], entretanto, parecem favorecer o termo ‘crescimento sustentável’ em vez de desenvolvimento sustentável, o que pode significar que o objetivo do crescimento econômico tenha precedência ao objetivo da proteção ambiental” ver também ERIKSSON, Emelie. *Green public procurement as a policy instrument*. Study from a law and economics perspective on the efficiency of using green public procurement to achieve sustainable development in the EU. 2014. 77 f. Dissertação (Mestrado) – Lund University, Suécia, 2014. Available at: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4451209&fileId=4465017>>. Accessed: 20 jul. 2015. p. 32.

114 APPOLLONI, Andrea; D’AMATO, Alessio; CHENG, Wenjuan. *Is public procurement going green? experiences and open issues*, 2011. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1970583>>. Accessed: 21 jul. 2015. p. 7-8. A respeito dos pontos positivos dos contratos públicos sustentáveis, os autores trazem em seu texto um estudo a respeito dos sete países “verdes” da União Europeia (Alemanha, Áustria, Dinamarca, Finlândia, Holanda, Reino Unido e Suécia). O estudo mostra que os contratos públicos sustentáveis correspondem, na média dos sete países, a 45% do valor total dos contratos públicos e a 55% do número total de contratos em 2006/7 – após, portanto, o surgimento das diretivas de 2004. O estudo também comprova que os contratos públicos sustentáveis trouxeram ganhos a tais países, nomeadamente no que se refere à redução da emissão de gás carbônico (CO₂) – redução esta que na média ficou em 25% – bem como na redução do próprio custo médio deste tipo de contrato, que em média são 1,24% mais baratos que os contratos públicos não “verdes”. O estudo sugere que os setores dos transportes, da construção e da eletricidade são aqueles em que há maior possibilidade de redução de impacto ambiental por cada euro gasto, desde que isto se vincule a novos projetos nestes setores e não à reestruturação do que já existe para atingir padrões ambientais.

115 Tal questionamento se torna ainda mais relevante quando se considera que as contratações públicas que têm como critério a análise do custo de vida pressupõem contratos de médio-longo prazo, o que pode trazer problemas futuros em termos de orçamento – ainda que se espere que, em longo prazo, os custos venham a diminuir. DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana. Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects. In: LICHERE, Francois; CARANTA, Roberto; TREUMER, Steen (Eds.). *Novelties in the 2014 Directive on public procurement*. DJØF Publishing, 2014. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2488047>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 23-24.

116 ERIKSSON, Emelie. *Green public procurement as a policy instrument*. Study from a law and economics perspective on the efficiency of using green public procurement to achieve sustainable develop-

Por sua vez, a utilização de contratos públicos sustentáveis, também, é relevante quando tecnologias “verdes” já estão disponíveis no mercado mas não são comumente utilizadas pelas empresas privadas. Neste sentido, e em comparação, por exemplo, com a implantação de eventual “tributo verde”¹¹⁷, as contratações públicas sustentáveis exercem verdadeiro papel acelerador no processo de mudança tecnológica, já que o resultado da tributação aparece em médio-longo prazo – e, enquanto não produzem efeitos, o meio ambiente continua a ser degradado. Nesse sentido, como as contratações públicas têm prazo menor no que diz respeito aos seus resultados, elas se tornam vantajosas por permitirem proteção ambiental quase imediata¹¹⁸ – por exemplo, por obrigar as empresas interessadas em participar da contratação pública a renovar seu parque industrial com novos métodos “verdes”.

Em síntese, pode-se afirmar que são quatro os fatores definidores da implantação (ou não) de um processo de contratação pública sustentável: 1) A relação *custo x benefício* da implantação desta política; 2) A familiaridade dos atores envolvidos (públicos e privados) com a contratação pública sustentável – ou seja, tais atores precisam conhecer o conceito e os objetivos deste tipo de contratação; 3) A existência, ou seja, a disponibilidade, de bens e serviços que possam ser adquiridos com base em critérios de sustentabilidade socioambiental; e 4) A existência de incentivos e de pressões institucionais – públicas e privadas – pela implementação da contratação pública sustentável¹¹⁹.

ment in the EU. 2014. 77 f. Dissertação (Mestrado) – Lund University, Suécia, 2014. Available at: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4451209&fileId=4465017>>. Accessed: 20 jul. 2015. p. 61.

117 A respeito dos mecanismos fiscais – os tributos ambientais e os benefícios fiscais ambientais – que podem contribuir com a sustentabilidade, nomeadamente a ambiental, ver NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 44-54.

118 LUNDBERG, Sofia; MARKLUND, Per-Olov; BRÄNNLUND, Runar. *Assessment of green public procurement as a policy tool: cost-efficiency and competition considerations*, 2009. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1831089>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 12. Os autores destacam ainda, em defesa das contratações públicas “verdes”, o impacto político negativo que a criação de eventual novo tributo causaria junto à sociedade. Por outro lado, argumentam que o mecanismo econômico da tributação pode trazer resultados mais duradouros, já que a presença constante do tributo ao longo do tempo faria com que as empresas renovassem seu parque industrial de maneira permanente em comparação com a possível renovação apenas temporária que uma empresa poderia fazer com o objetivo único de participar de um concurso público específico.

119 ALENCASTRO, Maria Alice Cruz; SILVA, Edson Vicente

Dessa maneira, a despeito das críticas, parece não haver dúvidas que os contratos públicos sustentáveis – tanto do ponto de vista ambiental quanto social – fazem parte na atualidade da cultura administrativa dos Estados-membros da União Europeia, ainda que a ênfase tenha sido maior nos critérios ambientais e não nos critérios sociais¹²⁰. Nesse sentido, estudos mostram, em síntese, que as considerações ambientais encontram-se com frequência nas especificações técnicas dos contratos, enquanto as considerações sociais são apresentadas como exigências de desempenho dos contratos públicos¹²¹.

4. A REALIDADE DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA EM TEMPOS DE CRISE

A crise econômica de 2008 pode ser analisada de um ponto de vista positivo se se considerar que a mesma abriu a possibilidade de criação de estímulos às políticas sustentáveis, inclusive como resposta à própria crise econômica. Por outras palavras, acreditava-se naquele momento que as propostas “verdes” poderiam servir para auxiliar na recuperação econômica dos países que as adotassem ao mesmo tempo em que se implantava uma suposta base de sustentação para a economia – qual seja, a da “economia verde”. Contudo, o que se viu foi a diminuição do entusiasmo inicial a respeito de tal

da; LOPES, Ana Maria D’Ávila. Contratações sustentáveis na administração pública brasileira: a experiência do Poder Executivo federal. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, jan./fev. 2014. p. 216-217.

120 DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana. Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects. In: LICHERE, Francois; CARANTA, Roberto; TREUMER, Steen (Eds.). *Novelties in the 2014 Directive on public procurement*. DJØF Publishing, 2014. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2488047>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 22.

121 Tais estudos são sintetizados por DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana. Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects. In: LICHERE, Francois; CARANTA, Roberto; TREUMER, Steen (Eds.). *Novelties in the 2014 Directive on public procurement*. DJØF Publishing, 2014. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2488047>>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 8-9. A título de exemplo, à pág. 12 os autores dão mais detalhes acerca do uso dos critérios socioambientais nos contratos: informam os autores que em 66% dos contratos as considerações socioambientais estão presentes nas especificações técnicas (art. 42º da diretiva 2014/24/UE); já em 45% deles tais considerações são apresentadas como critério decisivo de adjudicação (art. 67º da diretiva 2014/24/UE) e em 29% aparecem como um critério de seleção qualitativa (art. 57º da diretiva 2014/24/UE) para o estabelecimento do contrato.

proposta e o surgimento de um clima mais pessimista em relação a tais políticas sustentáveis, especialmente a partir de 2010, já que a persistência da crise econômica parece ter feito com que a preocupação dos governos se voltasse para a recuperação da economia por meio de programas de austeridade econômica em detrimento do estímulo a inovações socioambientais¹²².

No caso português, as principais propostas de políticas “verdes” apareceram na *Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas*, conforme divulgado pela Comissão Europeia, com o documento trazendo os objetivos a serem atingidos pelo Estado português no que concerne a tais políticas. Nesse sentido estabeleceu-se em tal documento que pelo menos 50% dos contratos públicos feitos pelo Estado português deveriam incluir critérios ambientais a serem considerados durante o processo de adjudicação. Além disso, estabeleceram-se áreas prioritárias para os contratos públicos sustentáveis, quais sejam: construção, transportes, energia, aquisição de equipamentos de escritório (incluindo papel, produtos de limpeza e serviços de manutenção de edifícios públicos) e aquisição de equipamentos de informática¹²³.

Uma vez estabelecidos tais objetivos, resta verificar como o Estado português agiu em relação aos contratos públicos sustentáveis, ou seja, se efetivamente concretizaram-se as propostas previamente apresentadas. Uma das formas de se analisar os contratos públicos é por meio do *Portal BASE*, um *site* administrado pelo Instituto da Construção e do Imobiliário (InCI) que traz “a informação sobre todos os contratos celebrados ao abrigo do Código dos Contratos Públicos” em Portugal. O próprio órgão disponibiliza relatórios anuais (referentes ao ano de 2010 a 2013) a respeito da contratação pública, os quais têm por objetivo permitir que o cidadão tenha subsídios para exercer seu papel de fiscalizador do Estado por meio da aplicação do princípio da trans-

parência a respeito do gasto público¹²⁴.

Considerando-se os relatórios disponíveis no *Portal BASE*, optou-se nesta pesquisa pela análise comparativa daqueles referentes aos anos de 2010 e 2013. Essa escolha foi feita tendo-se em vista o fato de ser o primeiro relatório disponível referente ao ano de 2010, o que faz com que a análise dos gastos públicos em tal ano seja interessante quando se considera que este foi o último ano em que Portugal não estava sob influência direta da *Troika*. Por sua vez, o último relatório disponível no *Portal BASE* refere-se ao ano de 2013, o que também se apresenta como relevante quando se considera que neste ano algumas alterações legislativas exigidas pelo *Memorando de Entendimento* já haviam sido realizadas pelo Estado português, o que causou impacto direto nas contratações públicas.

4.1. Os contratos públicos em 2010

No que diz respeito ao ano de 2010, o relatório informa que foram realizados 79.739 concursos públicos por meio de plataformas eletrônicas ou por ajuste direto. Tais procedimentos são divididos em contratos de aquisição de bens e serviços (66.465) e em contratos de empreitadas de obras públicas (13.274), totalizando aproximadamente 11 mil milhões de euros. Apesar de haver mais contratos no âmbito dos bens e serviços o valor total destes é menor, correspondendo a pouco mais de 4 mil milhões de euros – o que equivale a 39% do montante total –, com os contratos de obras públicas correspondem a 61% do montante total dos contratos públicos¹²⁵.

Em relação ao valor acima apresentado, tem-se que 65% deste corresponde a procedimentos concursais típicos (concursos públicos, concursos limitados por prévia qualificação, procedimentos de negociação e diálogo concorrencial). O valor total dos procedimentos concursais ficou pouco acima dos 7 mil milhões de euros. Destes 5,2 mil milhões, 74% correspondem a contratos de empreitadas de obras públicas. Importa ainda destacar que “a maioria (77%) são concursos internacionais

122 GEELS, Frank W. *The impact of the financial-economic crisis on sustainability transitions: financial investment, governance and public discourse*. Working paper n. 39. Welfare, wealth and work for Europe. 2013. Available at: <http://www.foreurope.eu/fileadmin/documents/pdf/Workingpapers/WWWforEurope_WPS_no039_MS205.pdf>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 6. A título de exemplo o autor mostra, à pág. 15, que o investimento estatal geral como porcentagem do PIB no Reino Unido e nos Estados Unidos estava a aumentar entre 1999 e 2008, vindo a seguir a cair drasticamente até 2011.

123 COMISSÃO EUROPEIA. Environment. GPP National Action Plans. *National GPP Action Plans (policies and guidelines)*. Available at: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 13.

124 PORTUGAL. Portal BASE. *O portal BASE*. Disponível em: <<http://www.base.gov.pt/Base/pt/OPortal/Base>>. Acesso em: 23 jul. 2015.

125 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal: relatório síntese 2010, 2011*. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/Rel_Contr_Publ_2010.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 4.

(isto é, procedimentos concursais de valor superior aos limiares comunitários), no montante total de 5,5 mil milhões de euros”, em que as obras públicas corresponderam a 71% dos gastos. Os demais 23% correspondem a concursos nacionais¹²⁶.

Os demais 35% dos gastos totais correspondem aos ajustes diretos. Nesse caso tem-se que 62% do valor está vinculado aos contratos referentes a bens e serviços e o restante (38%) sendo referente a contratos de empreitadas de obras públicas. Chama a atenção o fato de que em apenas 42% das propostas de ajuste direto realizadas por meio de plataformas eletrônicas foram efetuadas consultas a mais de uma entidade. 52% dos ajustes diretos foram realizados pelas plataformas eletrônicas¹²⁷.

Como se pode perceber pelo exposto, o relatório acerca do ano de 2010 é muito simples, limitando-se a classificar os contratos públicos tendo-se por base o tipo de contrato (bens e serviços ou obras públicas) e o percentual gasto em cada tipo, além de identificá-los como sendo nacionais ou internacionais. Não há no relatório de 2010 nenhuma referência explícita a critérios socioambientais que possam ter sido, eventualmente, utilizados durante o processo de adjudicação dos contratos¹²⁸.

4.2. Os contratos públicos em 2013

No ano de 2013, o número de procedimentos registrados no *Portal BASE* aumentou em comparação

com 2010, totalizando 175.392 procedimentos iniciados, incluídos neste total tanto os concursos públicos quanto o ajuste direto. No entanto, quando se verifica o valor total, percebe-se queda nos gastos públicos, já que em 2013 o valor total foi de 7,1 mil milhões de euros. A queda é, ainda, mais acentuada quando se verificam os contratos celebrados e reportados¹²⁹ em 2013, que correspondem a 157.775 procedimentos com 4,153 mil milhões de euros em termos de valores contratuais¹³⁰.

No que diz respeito à distribuição geográfica dos contratos, o distrito de Lisboa desponta como aquele em que mais foram realizados procedimentos concursais, com um total de 21.685. Em seguida, aparecem o distrito do Porto (11.616) e o de Coimbra, com 5.483 – seguido de perto pelo distrito de Faro, com 5.430 procedimentos concursais. Os distritos de Lisboa e de Porto também ficam em 1º e 2º lugares em termos de valores gastos – respectivamente 931.364.866,86 euros e 536.812.403,05 euros. O distrito de Beja aparece em 3º lugar, tendo gasto em 2013 250.881.950,64 euros, e em 4º lugar vem a Região Autónoma da Madeira, com gasto total de 219.376.762,37 euros em contratos públicos. Vale, ainda, destacar que o distrito de Beja tem o contrato público mais caro de Portugal, já que na média cada contrato foi adjudicado pelo montante de 161.963,82 euros. Em outra ponta, com o contrato público mais barato aparece o distrito de Coimbra, que na média adjudicou seus contratos por 32.704,65 euros¹³¹.

126 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal: relatório síntese 2010*, 2011. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/Rel_Contr_Publ_2010.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 5-6.

127 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal: relatório síntese 2010*, 2011. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/Rel_Contr_Publ_2010.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 6-7.

128 É interessante chamar a atenção a este fato – ausência de critérios socioambientais no relatório dos contratos públicos em 2010 – já que o CCP, desde 2008, permitia a inserção de critérios socioambientais nos contratos públicos, conforme apresentado no item 1.2 deste texto (*supra*). Sendo assim, seria de se questionar o que teria levado a Administração Pública portuguesa a não incluí-los em seus cadernos de encargos naquele momento. A resposta a tal questionamento está fora do escopo deste texto, mas talvez uma pista para investigação futura esteja no fato de que a Administração Pública portuguesa talvez não tivesse muita preocupação em incentivar tais mecanismos *ao mesmo tempo* em que não tinha preocupação com os constantes e crescentes déficits nas contas públicas. A este respeito ver item 2.3 (*supra*), esp. notas 93 e 94.

129 Em nota, o relatório afirma que “cumpre alertar (como tem sido feito nos relatórios precedentes) para a possibilidade de os contratos reportados não serem, efetivamente, todos os contratos celebrados por entidades adjudicantes. Para além de entidades que possam não ter procedido ao registo dos seus contratos por desconhecimento, ou por outras razões, existem outros contratos que, atenta a natureza e o enquadramento jurídico, poderão não ter sido integralmente reportados ao *Portal BASE*, designadamente: a) Os contratos cujo preço contratual seja inferior a 5.000 euros; b) Os contratos de aquisição de serviços de água e energia elétrica; c) Os contratos das entidades inseridas nos sectores especiais (água, energia, transportes e serviços postais) abaixo dos limiares comunitários; d) Os contratos excluídos nos termos do artigo 4.º do CCP; e) Os contratos resultantes de procedimentos não sujeitos à parte II do CCP, nos termos do respetivo artigo 5.º (ex: contratação ‘*in house*’). PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 17, nota 16.

130 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 11.

131 PORTUGAL. Portal BASE. *Estatísticas*: gráfico geográfico. Disponível em: <<http://www.base.gov.pt/Base/pt/Estatisticas/>>

Impende destacar também que o relatório afirma que houve aumento do gasto público em relação a 2012 mas queda em relação a 2011¹³², o que pode ser entendido como resultado da crise econômica, por um lado, e das medidas de austeridade decorrentes do PAEF, por outro. Da mesma maneira, chama a atenção o fato de que houve aumento do número de contratos referentes à aquisição de bens e serviços – em tese contratos mais baratos em termos individuais –, correspondendo estes a 91,6% do número total dos contratos e a 62,3% do montante contratual, ao passo em que reduziu-se o número de contratos vinculados à empreitada de obras públicas – que tendem a ser mais dispendiosos¹³³.

Ainda, é importante ressaltar que em 2013 os contratos públicos por meio do ajuste direto representaram 83,5% dos contratos celebrados, sendo seu valor correspondendo a 50,1% do montante total. Verifica-se, neste sentido, que o ajuste direto é utilizado em 87,3% do número de contratos de obras públicas e em 83,2% do total dos contratos de bens e serviços, ainda que em termos de montante o ajuste direto corresponda a 35,1% dos contratos de obras públicas e a 59,2% dos contratos de bens e serviços¹³⁴.

No que diz respeito ao critério de adjudicação, tem-se que 71,1% do número total de contratos utilizaram-se do critério do *preço mais baixo*, correspondendo tais contratos a 59,6% dos montantes contratuais. O próprio relatório informa que “a tendência observada nos últimos três anos aponta para o cada vez maior recurso ao critério do ‘preço mais baixo’”, já que em 2011 tal critério foi utilizado para a definição de 47,7% dos contratos adjudicados. O relatório traz ainda que em 2013 o valor médio dos contratos que tiveram como critério o *preço mais baixo* foi de 276.831 euros, enquanto o valor médio dos contratos que tiveram como critério a *proposta economicamente mais vantajosa* foi de 462.505 euros¹³⁵.

GraficoGeografico>. Acesso em: 25 jul. 2015.

132 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 17-18.

133 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 22-23.

134 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 28-30, *passim*.

135 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal*

O relatório de 2013 é detalhista a respeito dos contratos que tiveram como critério de adjudicação a *proposta economicamente mais vantajosa*. Nesse sentido é interessante destacar que o fator “preço” (ou análogo) teve preponderância nos contratos públicos com este critério de adjudicação, sendo o mesmo responsável pela definição de 61,93% dos procedimentos concursais abertos em 2013. Dessa maneira tem-se que em 89% dos contratos adjudicados em 2013 o critério utilizado foi ou o *preço mais baixo* ou, no caso dos contratos que tiveram como critério a *proposta economicamente mais vantajosa*, o fator “preço” foi o critério preponderante¹³⁶.

Por fim, é forçoso ressaltar que, à semelhança do relatório de 2010, o de 2013 não traz nenhuma referência explícita a quais critérios socioambientais eventualmente foram utilizados nos contratos celebrados no período.

4.3. Análise comparativa dos relatórios

É interessante notar que o relatório de 2010 apresenta-se como extremamente simplificado e curto quando comparado ao relatório de 2013. Tal simplicidade já se apresenta a partir do próprio número de páginas (9 páginas no relatório de 2010 contra 100 páginas no de 2013) mas não se limita a isto: o relatório de 2013 traz uma análise muito mais aprofundada a partir de inúmeros critérios que não estavam presentes no relatório de 2010¹³⁷.

Apesar disso, é possível perceber algumas diferenças significativas no que diz respeito à contratação pública realizada pelo Estado português quando se comparam os dois momentos apresentados. A primeira delas diz respeito à inversão percentual do número de contratos

2013, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 61-3.

136 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 63-5, *passim*. O próprio relatório ressalta ainda que o fato das entidades adjudicantes terem dado importância quase que exclusiva ao fator “preço” é uma prova das restrições orçamentais pelas quais tais entidades passam.

137 Uma possível explicação para esta diferença se refere ao fato de que o relatório sobre 2010 foi o primeiro produzido pelo Portal BASE, momento em que o sistema ainda estava se adaptando à realidade político-administrativa do Estado português, e por tal motivo limitou-se tal relatório a trazer informações básicas sobre a contratação pública – sendo, portanto, descritivo e não analítico.

públicos em termos de tipos de contratos adjudicados: enquanto em 2010 a maioria dos contratos no que se refere ao montante (61%) foi no âmbito das obras públicas, em 2013 houve a inversão deste número, com 62% do montante total dos contratos sendo vinculados a contratos de bens e serviços. Uma possível explicação para isto está no fato de que os contratos de obras públicas são mais caros do que os de bens e serviços¹³⁸. Ora, em tempos de restrição econômica ao gasto público – como era o caso de Portugal em 2013 – parece ser natural que a contratação pública se dirija mais para a aquisição de bens e serviços – menos dispendiosos – do que para a aquisição de obras públicas.

Outro fato que decorre claramente dos relatórios diz respeito à redução do valor médio dos contratos. Enquanto em 2010 todos os contratos (tanto de bens e serviços quanto de obras públicas) tiveram custo médio de 137.418 euros, em 2013 o valor médio foi de 26.322 euros. Portanto, ainda que tenha havido aumento do número total de contratos, o gasto do Estado português com os mesmos foi consideravelmente menor. Novamente, parece plausível creditar tal redução às restrições econômicas decorrentes do acordo de austeridade fiscal celebrado pelo Estado português com a *Troika*.

Ainda no que se refere à redução do gasto público com as contratações, impende destacar que o relatório de 2013 apresenta, em inúmeros momentos, comparações com os anos anteriores, nomeadamente 2012 e 2011¹³⁹. Nesse sentido as restrições econômicas são também visíveis, especialmente quando se verifica que em 2013 gastou-se mais que em 2012 (4.153 milhões contra 3.477 milhões, respectivamente) mas menos que em 2011 (4.765 milhões de euros)¹⁴⁰. O valor médio dos contratos de obras públicas, também, seguiu a mesma lógica: foi maior que em 2012, mas menor que 2011, enquanto o de bens e serviços foi menor que nos dois anos anteriores¹⁴¹.

138 Os contratos de obras públicas em 2010 tiveram custo médio de 503.803 euros, enquanto os de bens e serviços tiveram custo médio de 64.245 euros neste mesmo ano. Já em 2013, o custo médio dos contratos de obras públicas foi de 118.228 euros, com os contratos de bens e serviços tendo o valor médio de 17.896 euros.

139 Mas raramente o faz com o ano de 2010, talvez pelo relatório deste ano ter sido, como já dito, extremamente simplificado quando comparado aos demais.

140 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 18.

141 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal*

Um aspecto relevante a ser destacado com base no relatório de 2013 diz respeito à concorrência. É inegável que este é um princípio fundamental para o desenvolvimento do mercado interno da União Europeia, ainda mais quando se considera que uma das *razões de existência* do bloco, desde sua origem com o Tratado de Roma, era facilitar o comércio entre os Estados signatários¹⁴². O princípio da concorrência é, atualmente, tão importante para a União Europeia que o próprio Tratado de Funcionamento da União Europeia traz uma parte específica – o Título VII – para tratar das regras comuns relativas à concorrência¹⁴³. É nesse sentido que as diretivas de 2004 traziam inúmeras disposições acerca da concorrência, o que logicamente foi replicado nas diretivas de 2014. Em suma, não se pode pressupor um comércio verdadeiramente livre se não for garantida a concorrência entre as partes não apenas por ser a concorrência a concretização do princípio da liberdade individual – no sentido de que uma empresa precisa ser livre para oferecer seus produtos e/ou serviços – mas também por ser por meio da concorrência que se consegue maior economia, o que parece ser, sem sombra de dúvidas, benéfico para todos os cidadãos.

Nessa acepção, é importante destacar que a concorrência não pode ser apenas prevista no ordenamento jurídico de um Estado – ou, no caso, da União Europeia –, mas ela precisa ser incentivada de maneira a fazer com que efetivamente seja possível ao maior número de em-

2013, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 24-25.

142 Parece não haver dúvidas de que facilitação do mercado interno prevista no artigo 3º do Tratado de Roma pressupunha a existência da concorrência entre os entes econômicos. MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 207; ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 58-64.

143 Isto sem desconsiderar o fato de que o Tratado de Funcionamento da União Europeia traz explicitamente, já em seu artigo 3º, alínea *b*, que a União dispõe de competência para estabelecer as “regras de *concorrência* necessárias ao funcionamento do mercado interno”. UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Tratado da União Europeia (Versão consolidada). Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Versão consolidada). Protocolos. Anexos. Declarações anexadas à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa assinado em 13 de dezembro de 2007 – Quadros de correspondência. *Jornal Oficial*, n. C 326, de 26 outubro 2012, p. 1-390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>>. Acesso em: 24 jul. 2015. p. 1-390.

presas privadas a participação em concursos públicos¹⁴⁴. Por outras palavras, torna-se necessário fazer com que o maior número possível de concorrentes participem dos procedimentos adjudicatórios de maneira a se evitar eventuais práticas anticoncorrenciais que possam pôr em causa o próprio procedimento concorrencial¹⁴⁵.

Contudo, apesar de ser um princípio da União Europeia e de ser norma constitucional do Estado português¹⁴⁶, parece haver dificuldade na concretização da concorrência ampla no que se refere às contratações públicas, como se verifica no relatório: em média houve, apenas, 2,6 propostas por cada procedimento de contratação, com os contratos de obras públicas recebendo 3,3 propostas por procedimento e os de bens e serviços recebendo 2,4 propostas¹⁴⁷.

Quando se analisam os contratos por tipo, percebe-se um número elevado de concorrentes nos procedimentos concursais típicos (média de 7,3 concorrentes);

144 Assim se manifestou o Tribunal de Contas de Portugal acerca da importância do princípio da concorrência nas contratações públicas: “O respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer actividade de contratação pública por força de imperativos comunitários, por directa decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos *deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão*. Assim, na formação dos contratos públicos devem ser usados procedimentos que promovam o *mais amplo acesso à contratação dos operadores económicos nela interessados*”. PORTUGAL. Tribunal de Contas. *Acórdão n. 40/2010*. Processo n. 1303/201003. 1ª S/SS. 03 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2010/1sss/ac040-2010-1sss.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015. p. 1.

145 Dentre as principais práticas anticoncorrenciais destacam-se os seguintes: a) supressão de propostas; b) propostas complementares ou propostas sombra; c) propostas rotativas; d) subcontratação. Tais práticas são detalhadas em RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 359-361; PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. O programa de clemência. *O que são cartéis*. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_carteis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx>. Acesso em: 29 jul. 2015.

146 “Artigo 81.º Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: [...] f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada *concorrência* entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral”. PORTUGAL. Assembleia da República. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2015. p. 28.

147 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 56-57.

contudo, nos acordos-quadro aparecem, apenas, 3,4 concorrentes por procedimento e no ajuste direto o número cai para 2 concorrentes por procedimento (“sendo que, no caso das obras públicas, o número médio já foi inferior a 2”; acrescenta-se que “no caso dos ajustes diretos para a aquisição de bens e serviços, em 58,7% dos procedimentos apenas foi apresentada uma proposta”). O relatório destaca, ainda, que o número médio de concorrentes em 2013 (2,6) foi ainda menor do que em 2012 (quando havia em média 3,1 concorrentes por procedimento)¹⁴⁸.

Ora, parece claro que o aspecto formal da concorrência é garantido tanto pelas diretivas europeias quanto pela legislação portuguesa, especificamente no que concerne aos procedimentos previstos no CCP. A concorrência parece, também, garantida especialmente quando se considera a utilização das plataformas eletrônicas, por um lado – o que possibilita o aumento da concorrência já que as propostas podem ser encaminhadas a partir de qualquer lugar, sem limitações físicas – e pela própria divulgação dos relatórios anuais, os quais servem para a publicidade dos contratos públicos e para o empoderamento não apenas do cidadão mas também das empresas que porventura tenham interesse de, no futuro, participar de concursos públicos semelhantes aos já realizados.

Contudo, quando se verifica o número de concorrentes vislumbra-se que a concorrência parece não ser tão grande quanto a esperada. Não é objetivo deste texto apresentar e debater as possíveis causas do baixo número de concorrentes em relação às propostas feitas pelo Estado português, mas talvez seja possível afirmar que o mecanismo do contrato público como um incentivador do mercado pode não ser efetivo em Portugal. Ainda que não fossem objetivos explícitos das diretivas de 2004 – às quais tais contratos de 2013 se submetem – a promoção e manutenção do nível de emprego, tais objetivos já poderiam estar presentes nos contratos públicos celebrados naquele período. Seria, portanto, plausível esperar que tais contratos pudessem trazer como resultado algum impacto na economia portuguesa.

Não foi isto, contudo, o que se verificou. Seja por haver poucos concorrentes, seja por ter havido redução

148 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 58-60.

do valor médio dos contratos, o fato é que a contratação pública representou em 2013 apenas 2,5% do PIB de Portugal, valor extremamente baixo especialmente quando comparado à estimativa feita pela Comissão Europeia a respeito do país – de que as contratações públicas deveriam corresponder a pelo menos 10,68% do PIB em 2012. Mesmo em anos anteriores a porcentagem da contratação pública no PIB português foi muito baixa (2,79% em 2011 e 2,11% em 2012), o que parece demonstrar que a contratação pública pode não ser eficaz no desenvolvimento econômico como se espera¹⁴⁹.

O último ponto relevante do relatório diz respeito ao critério utilizado para a adjudicação dos contratos públicos em 2013. Conforme já mostrado neste texto¹⁵⁰, tanto as diretivas de 2004 quanto o CCP trazem a possibilidade de estabelecimento de dois critérios distintos para a definição da proposta vencedora, quais sejam, o *preço mais baixo* e a *proposta economicamente mais vantajosa*. Nesse sentido, importa destacar que 71,1% dos contratos públicos – o que corresponde a 59,6% do montante total – foram adjudicados com base no critério do *preço mais baixo* – critério este que, conforme o relatório, também foi utilizado em 2012 como o principal na definição do concorrente vencedor. Da mesma maneira, destaca-se que de 2012 para 2013 houve uma queda no valor médio dos contratos adjudicados com base no critério do *preço mais baixo*, que passou de 367.523 euros para 276.831 euros¹⁵¹.

O que chama a atenção, contudo, são aqueles contratos adjudicados com base no critério da *proposta economicamente mais vantajosa*. Conforme a alínea a do n° 1 do art. 53° da diretiva 2004/18/CE, esse tipo de proposta se caracteriza pela possibilidade dada à entidade adjudicante de estabelecer outros critérios que não exclusivamente o preço – tais como a qualidade, as características ambientais do produto, o custo de utilização e o serviço pós-venda, dentre outros¹⁵² – de maneira a considerar

tais critérios na definição de qual será a proposta vencedora. Nos contratos desse tipo, fica o Estado autorizado a contratar aquele concorrente que não necessariamente ofereça o preço mais baixo, mas sim que ofereça a proposta que apresente a melhor relação *custo x benefício* para o Estado¹⁵³.

Entretanto, o que se vê com base no relatório é que não apenas o critério da *proposta economicamente mais vantajosa* foi menos utilizado como critério de escolha da proposta vencedora – tendo este critério sido utilizado em apenas 28,9% das propostas¹⁵⁴ –, mas também que nos concursos que tiveram este critério como o definidor do vencedor o subfator “preço” foi o mais utilizado na definição das propostas vencedoras. O relatório afirma que, nesse tipo de proposta, “o fator preço, não sendo o único fator de apreciação, representou mais de metade da ponderação” nos contratos públicos assim adjudicados¹⁵⁵.

Em outras palavras, parece que o Estado português preferiu escolher as propostas apresentadas com base no critério do *preço mais baixo* e, dentre as demais – ou seja, dentre aquelas cujo critério foi o da *proposta economicamente mais vantajosa* – também escolheu o subfator preço como o principal mecanismo definidor da proposta vencedora. Dessa maneira, o que se viu em 2013 foi que ao fim e ao cabo 89% dos contratos públicos adjudicados tiveram o critério “preço” como fator preponderante¹⁵⁶ – seja de maneira direta, na forma dos

tratos públicos de serviços. *Jornal Oficial*, n. L 134, de 30 de abril de 2004, p. 114-240. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0018>>. Acesso em: 20 jul. 2015. p. 114-240.

153 Como explicitado antes neste texto, é no âmbito das *propostas economicamente mais vantajosas* que podem surgir contratos com preocupações socioambientais.

154 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 62.

155 Diz o relatório que “o fator preço ou análogo teve um peso superior a meio em 61,93% dos procedimentos concursais abertos no ano de 2013”. Vale ainda destacar que os contratos públicos celebrados com base na *proposta economicamente mais vantajosa* tiveram valor médio de 462.505 euros – ou seja, são em média 62% mais dispendiosos do que os contratos com *preço mais baixo*. PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 63-65.

156 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 65.

149 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 18-19.

150 Ver item 1.1.

151 PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015. p. 61.

152 UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004. Relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos con-

contratos adjudicados com base no critério do *preço mais baixo*, seja de maneira indireta, na forma de um subfator dos contratos adjudicados com base no critério da *proposta economicamente mais vantajosa*.

Percebe-se, dessa maneira, que o critério exclusivamente *econômico* foi priorizado pelo Estado português em detrimento de critérios *socioambientais* na adjudicação dos contratos públicos. Assim, se, por um lado, os Estados-membros da União Europeia foram incentivados a se utilizar das contratações públicas como um mecanismo que pudesse contrabalançar os efeitos negativos da crise econômica; por outro, o fizeram tendo como pano de fundo as medidas de austeridade que, em maior ou menor grau, tiveram de seguir. O caso português parece ser emblemático no diz respeito a qual fator é dada prioridade em momento de crise econômica, especialmente se se considera a situação de obrigatoriedade de aceitação de imposições externas a respeito do corte nos gastos públicos.

4.4. Análise de casos concretos

Com base no que foi exposto acima, apresenta-se como claro que o componente “preço” foi o mais importante utilizado como critério de adjudicação dos contratos públicos em Portugal nos últimos 4 anos. Contudo, parece também ser interessante verificar algumas características dos contratos que tenham utilizado como critério de adjudicação algum fator relacionado à área socioambiental.

Para tanto será apresentada a seguir análise de contratos públicos celebrados pelo Estado português¹⁵⁷ e disponibilizados no *Portal BASE*¹⁵⁸. Os contratos aqui

analisados foram escolhidos utilizando-se o Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV)¹⁵⁹ conforme o Regulamento (CE) N° 213/2008¹⁶⁰. Nesse sentido utilizaram-se os seguintes CPVs para a realização desta pesquisa:

Código CPV	Descrição do Código CPV	Tipo de contrato ¹ por quantidade ²	
		Aquisição de bens e serviços	Empreitadas de obras públicas
50112200-5	Serviços de manutenção de automóveis	1	Zero
50232200-2	Serviços de manutenção de sinais de trânsito	4	Zero
50312310-1	Manutenção de equipamento para redes de dados	2	Zero
73110000-6	Serviços de investigação	4	Zero
79341000-6	Serviços de publicidade	8	Zero
90700000-4	Serviços ambientais	33 ³	Zero
90710000-7	Gestão ambiental	10 ⁴	Zero
85111000-0	Serviços hospitalares	4	Zero
45211340-4	Construção de blocos de apartamentos	Zero	5

157 A análise foi feita com base nos anúncios de concurso público publicados no *Diário da República* dos contratos já celebrados entre 2010 e 2015. Optou-se pela análise do *anúncio* do concurso público e não do *contrato* já celebrado por ser no anúncio que os critérios socioambientais devem estar presentes, conforme explicitado no item 1.2 deste texto.

158 A pesquisa foi realizada no dia 27 de julho de 2015 a partir do *Portal BASE* (disponível em <<http://www.base.gov.pt>>). Ao acessar-se o *site* aparece já de início a opção para pesquisa de anúncios de contratos públicos. Optou-se pela opção “pesquisa avançada”. Considerando-se que o número total de contratos públicos é elevado, o que impediria a análise individualizada, optou-se por delimitar-se a pesquisa apenas à opção “concurso público” na tela que se apresenta a seguir, em “tipo de procedimento”. Importa destacar que além desta opção estão disponíveis também as seguintes: “ajuste direto”, “concurso limitado por prévia qualificação”, “procedimento de negociação”, “diálogo concorrencial”, “ao abrigo do acordo-quadro (art. 258º)” e “ao abrigo do acordo-quadro (art. 259º)”. Em seguida

aplicaram-se os respectivos códigos do Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV), conforme quadro a seguir. Por fim, em cada contrato disponível clicou-se na opção “detalhe do anúncio” e em seguida na opção “ligação para DRE”, de maneira a obter-se a respectiva edição do *Diário da República* com o anúncio do concurso público.

159 A escolha destes códigos CPV deu-se de maneira aleatória, sem preferência prévia de uns em detrimento de outros.

160 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. 213/2008 da Comissão de 28 de novembro de 2007 que altera o Regulamento (CE) n. 2195/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativo ao Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV), e as Directivas do Parlamento Europeu e do Conselho 2004/17/CE e 2004/18/CE, relativas aos processos de adjudicação de contratos, no que respeita à revisão do CPV. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 74/1, de 15 março de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:074:0001:0375:PT:PDF>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

Código CPV	Descrição do Código CPV	Tipo de contrato ¹ por quantidade ²	
		Aquisição de bens e serviços	Empreitadas de obras públicas
45212224-2	Construção de estádio	Zero	3
45214210-5	Construção de escola primária	Zero	25 ⁵
45221110-6	Construção de ponte	Zero	11 ⁶
45233100-0	Construção de estradas e vias rápidas	Zero	13
45310000-3	Obras de instalação eléctrica	Zero	39 ⁷
	Total:	66	96

Os 162 contratos apresentados acima foram analisados um a um especificamente no que diz respeito ao critério de adjudicação, o qual geralmente vem no item nº 12 dos respectivos anúncios de contratação. O primeiro ponto que precisa ser clarificado é que em 74 anúncios de procedimento o critério utilizado foi o do *preço mais baixo*, de maneira que estes foram automaticamente descartados na análise que se segue¹⁶¹. Além destes foram descartados também 11 anúncios de procedimento que não traziam explicitamente qual o critério a ser utilizado na adjudicação¹⁶².

Dessa maneira, dos 162 anúncios originalmente pesquisados restaram 77 anúncios de contratação que utilizaram a *proposta economicamente mais vantajosa* como critério de adjudicação, correspondente a 48% do total pesquisado. Esses contratos foram separados em três grupos conforme a ponderação dada ao subfator “preço”: aqueles que estabeleceram que tal subfator corresponderia a no mínimo 50% dos critérios; aqueles que estabeleceram que o subfator “preço” corresponderia a até 50% dos critérios; e aqueles que não definiram explicitamente qual seria o peso do subfator “preço”.

161 Já que o que importa aqui é analisar os critérios socioambientais eventualmente presentes nos anúncios de contratos públicos cujo critério de adjudicação seja o da *proposta economicamente mais vantajosa*.

162 Estes casos tratavam-se, principalmente, de anúncios de procedimento antigos, geralmente dos anos de 2009 ou de 2010. Nestes casos o anúncio dos concursos indicou a plataforma eletrônica <www.vortal.pt> como o local no qual os critérios estariam disponíveis. Por ser uma plataforma fechada apenas a entidades adjudicantes e adjudicatárias não foi possível analisar estes anúncios.

Em consonância com o que foi anteriormente apresentado com base nos relatórios, em 45 anúncios de contratação – ou seja, em 59% dos 77 anúncios que utilizaram a *proposta economicamente mais vantajosa* como critério de adjudicação – o subfator “preço” teve peso igual ou maior que 50% para a definição da proposta vencedora. Por sua vez, 19 anúncios remeteram os interessados ao caderno de encargos, sem deixar explícito no *Diário da República* quais seriam os subfatores de ponderação¹⁶³.

Apenas 13 dos 77 anúncios – ou seja, 17% daqueles que utilizaram a *proposta economicamente mais vantajosa* como critério de adjudicação – indicaram que o subfator “preço” ficaria abaixo dos 50% de maneira a dar importância a outros subfatores. Em 9 anúncios, a valoração do restante que não o preço foi feita de maneira genérica por meio da utilização das expressões “valia técnica” ou “qualidade técnica”, sem, contudo, explicitar o que estas significam. O subfator “prazo” também apareceu em alguns casos como coeficiente de ponderação com mais peso que o subfator “preço”.

Parece claro que os quesitos socioambientais não aparecem de maneira explícita nos anúncios de concurso público realizados pelo Estado português, tanto em nível nacional quanto em nível local. Ainda que a análise aqui apresentada se limite àquilo que está explícito nos anúncios, já que não temos acesso aos cadernos de encargos dos respectivos concursos – disponíveis, em geral, no âmbito das plataformas virtuais, conforme já explicitado –, parece ser possível afirmar que o contexto de crise econômica por qual passou Portugal, associado às restrições de gastos públicos decorrentes do programa de austeridade ao qual este Estado se submeteu, fez com que a preocupação se voltasse mais para a economia de recursos públicos do que ao incentivo ao desenvolvimento socioambiental por meio de ações estimuladas pelo próprio Estado por meio das contratações públicas.

As exceções a essa ausência explícita de critérios socioambientais nos anúncios dos contratos públicos são poucas. Nesse sentido apresenta-se aqui o anúncio de procedimento nº 4372/2013, feito pela empresa “Águas

163 Em geral tais anúncios apresentaram o seguinte texto: “Factores e eventuais subfactores acompanhados dos respectivos coeficientes de ponderação: Os critérios enunciados no caderno de encargos, no convite à apresentação de propostas ou para participar na negociação ou na memória descritiva”.

de Santo André, S. A.” no município de Vila Nova de Santo André. O contrato teve por objeto a realização de colheita e análises físico-químicas, microbiológicas e fitoplanctônicas para controle de qualidade da água no subsistema de abastecimento de água da cidade. O anúncio traz como critério de ponderação a “apreciação da qualificação profissional”, com peso de 10%, o que pode ser entendido como um critério socioambiental por levar em consideração a qualificação dos trabalhadores que realizariam o serviço.

Da mesma forma, destaca-se o anúncio de procedimento nº 4496/2014 feito pela EPAL – Empresa Portuguesa das Águas Livres, S. A. A empreitada “Estação Elevatória I de Castelo do Bode – Remodelação do quadro de média tensão (Normabloc)” trouxe como fator de ponderação a apresentação de um plano de trabalhos encadeado “com os planos de mão de obra e de equipamentos”, com valorização de 10%, o que, também, pode, em uma interpretação ampla, ser entendido como incentivo à qualificação da mão de obra a ser utilizada na empreitada.

Merece ser dada atenção também para o anúncio de procedimento nº 2082/2014, do Estado Maior do Exército, com o objetivo de remodelar a rede elétrica no Convento de Mafra. Ainda que nesta proposta o fator “preço” corresponda a 60% dos critérios de ponderação, a proposta traz o subfator “plano de mão de obra e meios humanos a afetar à obra”, com peso de 15%, o que pode ser visto como uma forma de estimular fatores sociais na implementação do contrato público.

O último anúncio de procedimento que merece destaque e que talvez se apresente como o que traz de maneira mais explícita, dentre aqueles analisados, os critérios socioambientais é o de nº 3235/2012, lançado pelo município de Paredes, cujo objetivo era a prestação de serviços de limpeza pública urbana nas cidades de Paredes, Lordelo, Gandra e Rebordosa, Vilas de Baltar, Vilela, Cete, Recarei e Sobreira e Freguesia de Parada de Todeia. No anúncio em questão explicita-se que o fator “preço” tem ponderação de 50% e que o fator “qualidade técnica da proposta de limpeza urbana” corresponde aos demais 50%. Este último, por sua vez, é subdividido nos subfatores “classificação do programa de trabalhos” (25%), “classificação dos meios humanos envolvidos” (20%) e “classificação da qualidade da estruturação da proposta e dos sistemas de qualidade/ambiente” (5%). No que concerne aos “meios hu-

manos envolvidos”, fala-se em “funcionários afetos à prestação de serviço” – um critério social – e, no último dos subfatores, fala-se em “proposta com metodologia que demonstre o cumprimento das normas ambientais e de higiene e segurança”, que pode ser visto como um critério ambiental.

Em suma, o que se verifica, mesmo nesses anúncios de procedimento apresentados de maneira mais detalhada, é que não há a presença e a respectiva explicitação de critérios socioambientais como definidores daquela que virá a ser a proposta vencedora. Não apenas o fator “preço” é majoritariamente o subfator definidor dos contratos públicos como também os critérios socioambientais simplesmente não aparecem nos anúncios – ou dependem de interpretação favorável a que certas expressões sejam entendidas como tais. Novamente, deve-se ressaltar que os cadernos de encargos não estão acessíveis, de maneira que a conclusão aqui apresentada se refere exclusivamente aos anúncios de procedimento divulgados oficialmente no *Diário da República*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável o enorme papel que o Estado tem no sentido de fazer com que a sociedade abrace novas “visões de mundo”, e este papel parece ter importância ainda maior no âmbito das políticas socioambientais chamadas de “sustentáveis”. Tomando-se como exemplo o caso da garantia do direito ao meio ambiente – direito este *difuso*, ou seja, que é garantido ao mesmo tempo tanto ao indivíduo quanto à coletividade¹⁶⁴ –, compete ao Estado, por meio do governo, fazer com que o cidadão se conscientize da necessidade de proteção do meio ambiente.

Da mesma forma, em um modelo de Estado em que este deve garantir o bem-estar dos cidadãos, torna-se premente a implantação de políticas públicas que se configurem como incentivadoras do emprego, seja por meio direto – em que o próprio Estado é o con-

164 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos (e deveres) socioambientais. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: ICJP, 2011. p. 11-63. p. 12-15 Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015.

tratante –, seja por meio indireto, isto é, fomentando o desenvolvimento do mercado privado por meio de sua atuação na área econômica – basicamente por meio da tributação – ou na área administrativa – por meio de políticas públicas¹⁶⁵.

No âmbito da União Europeia, não é diferente. Conforme já destacado, a atuação dos Estados-membros na esfera econômica *apenas* por meio da contratação pública varia entre 15% e 19% do PIB¹⁶⁶. É um montante elevado, especialmente se se considerar que a situação econômica vivida pelo bloco europeu nos últimos 6-8 anos, nomeadamente aquela vivida por alguns de seus Estados-membros, é de profunda crise econômica.

Seria de se imaginar, portanto, que a atuação incisiva do Estado poderia auxiliar com o término da crise econômica. Este, inclusive, é um dos argumentos que levaram à revisão das diretivas de 2004 acerca das contratações públicas, processo este que resultou nas diretivas de 2014. Em seu *Considerando n° 2* o texto da diretiva 2014/24/UE deixa explícito que a contratação pública é mecanismo relevante no âmbito da concretização da *estratégia Europa 2020*¹⁶⁷, a qual, por sua vez, busca o equilíbrio entre o desenvolvimento econômico inclusivo – que combateria os males da crise econômica – ao mesmo tempo em que protegeria o meio ambiente para esta geração e para as futuras.

A mesma diretiva, em seu *Considerando n° 47*, traz outro pilar respeitante à *estratégia Europa 2020*, qual seja, a de que as contratações públicas servem para estimular a “ecoinovação e a inovação social”. Reverberando, também, a ideia de que “a aquisição de produtos, obras e serviços inovadores [... leva] à promoção de um

crescimento econômico sustentável”¹⁶⁸, a diretiva deixa explícito o papel a ser desempenhado pelo Estado no sentido de levar a sociedade a transitar da economia “tradicional”, baseada em combustíveis fósseis, para uma economia “sustentável”, em que a proteção ao meio ambiente tenha importante papel não apenas na área específica da energia mas também, de maneira mais abrangente, na própria sociedade, a partir do momento em que a necessidade de investimento em novas áreas se transforme em sustentáculo do estímulo a novas tecnologias e, conseqüentemente, à sustentabilidade social por meio da abertura de vagas de emprego em novos setores da economia – inclusive naqueles “novos setores” que, eventualmente, surgissem em decorrência do desenvolvimento da economia “verde”.

Contudo, o que se viu pela análise dos contratos públicos no caso português leva à conclusão de que as diretivas – tanto as de 2004 quanto as de 2014 – parecem não levar à efetiva economia sustentável como se deseja. Ainda que existam estímulos em âmbito europeu para a contratação socioambientalmente responsável, e ainda que o próprio Código dos Contratos Públicos traga também a necessária fundamentação legal para este tipo de contratação, o que se percebe é que o Estado português ainda não se utiliza destas possibilidades jurídicas para fazer a necessária transição do modelo econômico atual para a “nova economia” que se vislumbra como premente – não apenas em termos de proteção do ambiente, mas também em termos de proteção do próprio Estado de bem-estar social.

O primeiro aspecto destacado na pesquisa se refere ao fato de que o fator “preço” continua a ser o principal critério na definição do resultado da adjudicação dos contratos públicos. A preferência da entidade adjudicante por tal critério demonstra que a preocupação maior é com a economia de recursos em curto prazo e não, necessariamente, com a melhor relação “qualidade/preço”, como trazem as diretivas de 2014. É claro que as entidades adjudicantes precisam incluir, mesmo neste tipo de proposta, “um elemento de preço ou de

165 É importante chamar a atenção para o fato de que o investimento inicial em investigação e desenvolvimento de novas tecnologias é quase sempre realizado pelo Estado, com pouco investimento privado. A este respeito ver GEELS, Frank W. *The impact of the financial-economic crisis on sustainability transitions: financial investment, governance and public discourse*. Working paper n. 39. Welfare, wealth and work for Europe. 2013. Available at: <http://www.foreurope.eu/fileadmin/documents/pdf/Workingpapers/WWWforEurope_WPS_no039_MS205.pdf>. Accessed: 22 jul. 2015. p. 10.

166 Ver nota 96 neste texto.

167 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos contratos públicos de obras, fornecimentos ou serviços e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 94/65, de 28 de março de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

168 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos contratos públicos de obras, fornecimentos ou serviços e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 94/65, de 28 de março de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

custo”, conforme o texto da diretiva 2014/24/UE¹⁶⁹, mas o fato concreto é que, no caso português, e generalizando-se, utiliza-se, *apenas*, tal critério para a contratação pública.

É claro que, em relação ao aspecto jurídico, nada de ilegal está sendo feito, especialmente quando se lê, no *Considerando nº 90* da diretiva 2014/24/UE, que a “avaliação da proposta economicamente mais vantajosa também poderá ser efetuada apenas com base no preço ou na eficácia em termos de custos”. Por outro lado, este mesmo termo *Considerando* traduz-se em que “a fim de incentivar uma maior orientação da contratação pública para a qualidade, os Estados-Membros deverão ser autorizados a proibir ou restringir a utilização exclusiva do preço ou do custo para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa, quando o considerarem adequado”¹⁷⁰.

Ou seja, Portugal *poderia* estimular a contratação pública sustentável por meio dos contratos públicos que levassem em consideração *também* outros critérios para além do preço principalmente quando se considera que são estes “outros critérios” que incentivarão os aspectos socioambientais das empresas contratantes – especialmente aqueles relacionados ao custo do ciclo de vida do produto adquirido. O que se verifica, porém, é que estes “outros critérios” não têm vindo a aparecer nos contratos celebrados pela Administração Pública portuguesa, o que permite a conclusão de que a inserção de aspectos socioambientais na economia lusitana não tem sido estimulada pelo Estado.

Outro ponto percebido com a pesquisa está vinculado à importância que as contratações públicas têm na economia portuguesa como um todo. Enquanto na média da União Europeia o Estado responde por 15%-19% do PIB no que diz respeito às contratações públicas, em Portugal este percentual se limita a 2,5% do PIB, o que parece demonstrar que as contratações públicas

portuguesas estão muito aquém do que delas se espera. Mesmo quando se leva em consideração a expectativa da Comissão Europeia a respeito do peso das contratações públicas na economia portuguesa – expectativa esta que já era menor que a média europeia –, percebe-se que o resultado atingido na média dos três primeiros anos da década de 2010 é mais de quatro vezes menor em termos absolutos do que tal expectativa. Ou seja, é possível afirmar que alguma coisa não está correta nos contratos públicos de Portugal.

Destaca-se, ainda, outro ponto que se apresenta como um efeito deletério das contratações públicas, qual seja, o número relativamente reduzido de concorrentes. Não se pode afirmar que o modelo utilizado, com base no critério do *preço mais baixo*, seja necessariamente o responsável pela diminuição do número de concorrentes. Ao contrário, seria de se esperar que a utilização do critério da *proposta economicamente mais vantajosa* pudesse diminuir o número de concorrentes, já que a indicação de critérios muito específicos levaria a que poucas empresas fossem capazes de satisfazê-los – ou seja, poderia, neste caso, haver verdadeiro *direcionamento* dos contratos públicos para empresas específicas¹⁷¹.

Entretanto, mesmo havendo a utilização do critério do *preço mais baixo* na maior parte dos contratos públicos – em tese mais aberto à concorrência –, o número médio de concorrentes nos procedimentos adjudicatórios se apresenta como sendo muito baixo, o que pode indicar o desinteresse, por parte das empresas privadas, em participar do procedimento concursal – o que, em verdadeiro círculo vicioso, leva à diminuição do peso das contratações públicas no PIB e, conseqüentemente, ao pequeno incentivo às mudanças socioambientais necessárias no momento atual.

Resta claro, portanto, que o momento de crise econômica vivido por Portugal se impôs frente ao necessário estímulo que deveria ser dado pelo Estado aos critérios socioambientais dos contratos públicos. Uma vez deparando-se com a necessidade de restrições orçamentárias, o administrador público claramente optou pela economia no gastos dos recursos públicos em detrimento da utilização da contratação pública como mecanismo de promoção de políticas públicas responsáveis socioambientalmente¹⁷². A proteção do meio am-

169 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos contratos públicos de obras, fornecimentos ou serviços e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 94/65, de 28 de março de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

170 UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Relativa aos contratos públicos de obras, fornecimentos ou serviços e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 94/65, de 28 de março de 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

171 RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 363-365.

172 Destaca-se que essa ideia não corresponde a um *juízo de valor*,

biente e o incentivo a aspectos sociais tornam-se – ao menos temporariamente – valores menos importantes ou menos essenciais quando comparados com outras áreas nas quais o Estado precisa atuar, nomeadamente, em curto prazo, na área das finanças públicas¹⁷³.

Uma vez, contudo, que Portugal retome o caminho do crescimento – sendo este o resultado esperado das políticas de austeridade implantadas no país no início da década de 2010 –, espera-se também que o Estado português retome seu papel central como um *Estado socioambiental*¹⁷⁴ incentivador de políticas públicas sustentáveis com vistas à efetiva garantia da sustentabilidade econômica, ambiental e social – e, em última instância, da própria dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCASTRO, Maria Alice Cruz; SILVA, Edson Vicente da; LOPES, Ana Maria D'Ávila. Contratações sustentáveis na administração pública brasileira: a expe-

mas sim à facticidade decorrente da análise dos contratos públicos. Não é objetivo do texto, portanto, fazer considerações acerca de qual política pública é a *correta*, posto que isto é subjetivo, mas apenas comprovar que a preocupação econômica – entendida como a redução dos gastos públicos – se sobrepôs à preocupação socioambiental.

173 RODRIGUES, Carlos Sérgio Madureira. *Entre a contratação pública ecológica e a contratação pública sustentável*: compreender o presente, transpor o futuro. 2014. 153 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/28443>>. Acesso em: 18 jul. 2015. p. 9.

174 “Superando as limitações tanto do Estado Liberal quanto do Estado Social, o assim chamado *Estado Socioambiental* conjuga as conquistas (em termos de tutela da dignidade humana e dos direitos humanos e fundamentais) dos modelos de Estado de Direito que o antecederam e passa a incorporar a tutela dos novos direitos ecológicos, numa perspectiva holística e inclusiva, pautada pela sinergia entre os direitos das diversas dimensões. Além disso, cuida-se de um modelo de Estado ancorado no paradigma da solidariedade (nas dimensões nacional, supranacional, intergeracional [*sic*] e mesmo interespecies), buscando projetar a comunidade humana num patamar mais evoluído de efetivação de direitos fundamentais e da garantia de uma vida saudável para todos os integrantes da comunidade humana e não-humana”. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos (e deveres) socioambientais. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direito público sem fronteiras*. Lisboa: ICJP, 2011. p. 11-63. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2015. p. 13, nota 6.

riência do Poder Executivo federal. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, jan./fev. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-76122014000100009>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

AMBEC, Stefan; LANOIE, Paul. Does it pay to be green? a systematic overview. *Academy of Management Perspectives*, v. 22, n. 4, nov. 2008. Disponível em: <<http://fdir.idei.fr/wp-content/uploads/2011/02/Does-it-Pay-to-be-Green.-A-Systematic-Overview.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

ANNUNZIATO, Eduardo Sprada. O impacto da sustentabilidade na formação dos contratos administrativos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 95, dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10938>. Acesso em: 29 jul. 2015.

APPOLLONI, Andrea; D'AMATO, Alessio; CHENG, Wenjuan. *Is public procurement going green? experiences and open issues*. 2011. Available in: <<http://ssrn.com/abstract=1970583>>. Access: 21 jul. 2015.

ANDRADE, Ana Rita Gomes de. *As energias renováveis: uma luz verde aos auxílios do Estado?* 2009. 17 f. Monografia (Graduação) – Pós-Graduação em Direito da Energia, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009. Disponível em <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/643-961.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

BACH, Stephen; STROLENY, Alexandra. *Social dialogue and the public services in the aftermath of the economic crisis: strengthening partnership in an era of austerity*. Londres: King's College, 2013. Available at: <<http://www.kcl.ac.uk/sspp/departments/management/comparative-report.doc>>. Accessed: 28 jan. 2015.

BASTOS, Filipe Brito. *A escolha de critérios ambientais de adjudicação de contratos públicos: reflexões de Direito Administrativo nacional e europeu*. Lisboa: ICJP, 2012. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/escolhacriteriosambientaisadjudicacaocp.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2015.

CAMPOS, Manuel Fontaine. A crise e a regulação internacional e europeia: o “Pacto Orçamental” como solução para a crónica indisciplina financeira do Portugal democrático? In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa (Coord.). *A crise e o direito público*. Lisboa: ICJP, 2013.

- p. 81-94. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4290>>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- COMISSÃO EUROPEIA. Environment. GPP National Action Plans. *National GPP Action Plans (policies and guidelines)*. Available at: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm>. Accessed: 22 jul. 2015.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Europa 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:2020:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Europe 2020: Europe 2020 in your country*. Portugal. Country specific recommendations. Available at: <http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-your-country/portugal/country-specific-recommendations/index_en.htm>. Accessed: 20 de jul. 2015.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Public procurement reform: environmental aspects*. Available at: <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals/index_en.htm>. Accessed: 20 jul. 2015.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Public procurement reform: social aspects of the new rules*. Available at: <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposals/index_en.htm>. Accessed: 20 jul. 2015.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Recomendação do Conselho relativa ao Programa Nacional de Reformas para 2015 de Portugal e que formula um Parecer do Conselho sobre o Programa de Estabilidade para 2015 de Portugal*, 2015. Disponível em: <http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/csr2015_portugal_pt.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana. Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects. In: LICHERE, Francois; CARANTA, Roberto; TREUMER, Steen (Eds.). *Novelties in the 2014 Directive on public procurement*. DJØF Publishing, 2014. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2488047>>. Accessed: 22 jul. 2015.
- DRAGOS, Dacian C.; NEAMTU, Bogdana. Sustainable public procurement: life cycle costing (LCC) in the new EU Directive proposal. *European Public Procurement and PPP Law Review*, 2013. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2488021>>. Accessed: 22 jul. 2015.
- EIRÓ, Vera. Contratos públicos e insolvência. Uma primeira aproximação. In: GONÇALVES, Pedro; GOMES, Carla Amado; MELO, Helena; CALVÃO, Filipa (Coord.). *A crise e o direito público*. Lisboa: ICJP, 2013. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/publicacoes/1/4290>>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- ERIKSSON, Emelie. *Green public procurement as a policy instrument*. Study from a law and economics perspective on the efficiency of using green public procurement to achieve sustainable development in the EU. 2014. 77 f. Dissertação (Mestrado) – Lund University, Suécia, 2014. Available at: <<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=4451209&fileId=4465017>>. Accessed: 20 jul. 2015.
- ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos: por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2014.
- FRAGA, Fernando Losada. The Green Paper on the modernization of public procurement policy of the EU: towards a socially-concerned market or towards a market-oriented society? *Oñati Socio-Legal Series*, v. 2, n. 4, 2012. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2009257>>. Accessed: 22 jul. 2015.
- GEELS, Frank W. *The impact of the financial-economic crisis on sustainability transitions: financial investment, governance and public discourse*. Working paper n. 39. Welfare, wealth and work for Europe. 2013. Available at: <http://www.foreurope.eu/fileadmin/documents/pdf/Workingpapers/WWWforEurope_WPS_no039_MS205.pdf>. Accessed: 22 jul. 2015.
- GONÇALVES, Pedro Costa. Concorrência e contratação pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v.1.
- GONÇALVES, Pedro Costa. Alterações ao código dos contratos públicos na sequência do “Memorando de Entendimento com a Troika”. *Revista de contratos públicos*, Coimbra, n. 5, maio/ago. 2012.
- LUNDBERG, Sofia; MARKLUND, Per-Olov; BRÄNNLUND, Runar. *Assessment of green public procurement as a policy tool: cost-efficiency and competition considerations*, 2009. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=1831089>>. Accessed: 22 jul. 2015.

- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Manual de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2014.
- MATEI, Ani I.; MATEI, Lucica. *Modernisation of the public procurement market. Towards a strategy of public marketing specific on the single market*. Societal Innovations for Global Growth; Stream C: National Sustainable Development under Globalization Conditions, 2012. v. 1. Available at: <<http://ssrn.com/abstract=2135420>>. Accessed: 22 jul. 2015.
- MEDEIROS, Rui. *A constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica, 2015.
- MIRA, Maria Emília. *Gestão ambiental na administração pública central portuguesa*. O caso da contratação pública: aquisições ecológicas e gestão de resíduos. 2011. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Aberta, Lisboa, 2011. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.2/1899>>. Acesso em: 18 jul. 2015.
- NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- PARDAL, Paulo Alves. A contratação pública sob os ventos da austeridade orçamental. In: FERREIRA, Eduardo Paz; RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.). *Novas fronteiras da contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2013.
- PEREIRA, Pedro Matias; FRANCO, João Soares. A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. *Revista de contratos públicos*, Coimbra, n. 5, maio/ago. 2012.
- PINHEIRO, André Modesto. *Parcerias público-privadas, o papel do Estado: da densificação do conceito de comparador do sector público à problemática do reequilíbrio financeiro*. 2011. 50 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.14/10285>>. Acesso em: 18 jul. 2015.
- PORTUGAL. Tribunal de Contas. *Acórdão n. 40/2010*. Processo n. 1303/201003. 1ª S/SS. 03 de novembro 2010. Disponível em: <<http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2010/1sss/ac040-2010-1sss.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.
- PORTUGAL. Assembleia da República. *Constituição da República Portuguesa*. VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legisla>>. Acesso em: 25 jun. 2015.
- PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal: relatório síntese 2010*, 2011. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/Rel_Contr_Publ_2010.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015.
- PORTUGAL. Portal BASE. *Contratação pública em Portugal 2013*, 2015. Disponível em: <http://www.base.gov.pt/mediaRep/inci/files/base_docs/RelContratosPublicos_2013.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2015.
- PORTUGAL. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Código dos Contratos Públicos. *Decreto-Lei n. 18, de 29 de janeiro de 2008*. Atualizada pelo Decreto-Lei n. 149, de 12 de julho 2012. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2063&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- PORTUGAL. Ministério das Finanças. Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos. Decreto-Lei n. 111/2012 de 23 de maio. *Diário da República*, 1ª série, n. 100, 2012, p. 2702-2713. Disponível em: <http://www.utap.pt/Publicacoes_utap/0270202713.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2015.
- PORTUGAL. Ministério da Economia e do Emprego. Decreto-Lei n. 149/2012 de 12 de julho. *Diário da República*, 1ª série, n. 134, 2012, p. 3639-3645. Disponível em: <http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Legislacao/Portuguesa/DL_149_2012.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- PORTUGAL. Portal BASE. *Estatísticas*: gráfico geográfico. Disponível em: <<http://www.base.gov.pt/Base/pt/Estatisticas/GraficoGeografico>>. Acesso em: 25 jul. 2015.
- PORTUGAL. *Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica*, 2011. Disponível em: <http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/MoU_PT17maio2011.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- PORTUGAL. Portal BASE. *O portal BASE*. Disponível em: <<http://www.base.gov.pt/Base/pt/OPortal/Base>>. Acesso em: 23 jul. 2015.
- PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. O programa de clemência. *O que são cartéis*. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_>

- Proibidas/O_programa_de_clemencia/Tipos_de_car-
teis/Paginas/O-que-sao-carteis.aspx>. Acesso em: 29
jul. de 2015.
- PÚBLICO. *Memorando da Troika anotado*, 2014. Disponí-
vel em: <<http://www.publico.pt/economia/memorando-da-troika-anotado>>. Acesso em: 21 jul. 2015.
- QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia: direito
constitucional e direito administrativo da União Euro-
peia*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- RAIMUNDO, Miguel Assis. *A formação dos contratos pú-
blicos: uma concorrência ajustada ao interesse público*.
Lisboa: AAFDL, 2013.
- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luís
Pereira (Org.). *O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios
críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- RODRIGUES, Carlos Sérgio Madureira. *Entre a con-
tratação pública ecológica e a contratação pública sustentável:
compreender o presente, transpor o futuro*. 2014. 153
f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Uni-
versidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em:
<<http://hdl.handle.net/10316/28443>>. Acesso em: 18
jul. 2015.
- RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como
instrumento de política económica*. Coimbra: Almedina, 2015.
- ROQUE, Miguel Prata. *A dimensão transnacional do direito
administrativo: uma visão cosmopolita das situações jurí-
dico-administrativas*. Lisboa: AAFDL, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago.
O papel do poder Judiciário brasileiro na tutela e efeti-
vação dos direitos (e deveres) socioambientais. In: SIL-
VA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.).
Direito público sem fronteiras. Lisboa: ICJP, 2011. p. 11-63.
Disponível em: <[http://www.icjp.pt/sites/default/ fi-
les/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf](http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/ebook_dp_completo2_isbn.pdf)>. Acesso
em: 27 jul. 2015.
- SILVA, Suzana Tavares da. Sustentabilidade e solidari-
dade em tempos de crise. In: NABAIS, José Casalta;
SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). *Sustentabilidade fiscal
em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo:
Loyola, 2000.
- TRABUCO, Cláudia. Existem empresas que não são
empresas? as entidades adjudicantes e o conceito jus-
-concorrencial de empresa. In: TRABUCO, Cláudia;
EIRÓ, Vera. *Contratação pública e concorrência*. Coimbra:
Almedina, 2013.
- UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/17/CE do Par-
lamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de
2004. Relativa à coordenação dos processos de adju-
dicação de contratos nos sectores da água, da energia,
dos transportes e dos serviços postais. *Jornal Oficial*,
n. L 134, de 30 de abril de 2004, p. 1-113. Disponí-
vel em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0017>>. Acesso em: 20 jul.
2015.
- UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/18/CE do Parla-
mento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004.
Relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos
contratos de empreitada de obras públicas, dos contra-
tos públicos de fornecimento e dos contratos públicos
de serviços. *Jornal Oficial*, n. L 134, de 30 de abril de 2004,
p. 114-240. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/leg-
al-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0018](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32004L0018)>. Acesso em: 20 jul.2015.
- UNIÃO EUROPEIA. Direito da UE. *Regulamentos,
directivas e outros actos legislativos*. 2015. Disponível em:
<[http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-
acts/index_pt.htm](http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_pt.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2014/23/UE do Par-
lamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de
2014. Relativa à adjudicação de contratos de concessão.
Jornal Oficial da União Europeia, n. L 94/1, de 28 de mar-
ço de 2014. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/leg-
al-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0023](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0023)>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2014/24/UE do Par-
lamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de
2014. Relativa aos contratos públicos de obras, forneci-
mentos ou serviços e que revoga a Directiva 2004/18/CE.
Jornal Oficial da União Europeia, n. L 94/65, de 28 de mar-
ço de 2014. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/leg-
al-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024)>. Acesso em: 20 jul. 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2014/25/UE do Par-
lamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de
2014. Relativa aos contratos públicos celebrados pelas
entidades que operam nos setores da água, da energia,
dos transportes e dos serviços postais e que revoga
a Directiva 2004/17/CE. *Jornal Oficial da União Euro-
peia*, n. L 94/243, de 28 de março de 2014. Disponí-

vel em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0025>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. 213/2008 da Comissão de 28 de novembro de 2007 que altera o Regulamento (CE) n. 2195/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho. Relativo ao Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV), e as Directivas do Parlamento Europeu e do Conselho 2004/17/CE e 2004/18/CE, relativas aos processos de adjudicação de contratos, no que respeita à revisão do CPV. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. L 74/1, de 15 março de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:074:0001:0375:PT:PDF>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Tratado da União Europeia (Versão consolidada). Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Versão consolidada). Protocolos. Anexos. Declarações anexadas à Ata Final da Conferência Intergovernamental que adotou o Tratado de Lisboa assinado em 13 de dezembro de 2007 – Quadros de correspondência. *Jornal Oficial*, n. C 326, de 26 outubro 2012, p. 1-390. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

(Footnotes)

1 Além desses tipos de contrato, no *site* do *Portal BASE* encontram-se, também, os seguintes: “concessão de obras públicas”; “concessão de serviços públicos”; “locação de bens móveis”; “sociedade” e “outros”. Optou-se apenas por mostrar os contratos de bens e serviços e de empreitadas de obras públicas por terem sido estes a base dos relatórios apresentados anteriormente neste texto.

2 A quantidade a seguir apresentada corresponde ao número total de contratos que aparecem logo após a realização da pesquisa e não ao número de contratos que tenham algum fator socioambiental como critério de adjudicação. Tal distinção será feita a seguir neste texto.

3 O número total de contratos deste CPV e deste tipo é de 34. Contudo, um deles, de 2010, não tinha seu anúncio disponível no *Portal BASE*, sendo por tal motivo excluído da contagem final.

4 O número total de contratos deste CPV e deste tipo é de 14. Contudo, quatro deles, de 2010, não tinham seus respectivos anúncios disponíveis no *Portal BASE*, sendo por tal motivo excluídos da contagem final.

5 O número total de contratos deste CPV e deste tipo é de 29. Contudo, quatro deles, de 2010, não tinham seus respectivos anúncios disponíveis no *Portal BASE*, sendo por tal motivo excluídos da contagem final.

6 O número total de contratos deste CPV e deste tipo é de 12. Contudo, um deles, de 2010, não tinha seu anúncio disponível no *Portal BASE*, sendo por tal motivo excluído da contagem final.

7 O número total de contratos deste CPV e deste tipo é de 42. Contudo, um deles é de 2009, ou seja, está fora do período analisado, sendo por tal motivo excluído da contagem final. Além deste, outros dois contratos, um de 2010 e outro de 2012, não tinham seu anúncio disponíveis no *Portal BASE*, sendo por tal motivo excluídos da contagem final.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A organização do tratado de
cooperação amazônica: uma
análise crítica das razões por trás
da sua criação e evolução**

**The amazon cooperation treaty
organization: a critical analysis
of the reasons behind its creation
and development**

Paulo Henrique Faria Nunes

A organização do tratado de cooperação amazônica: uma análise crítica das razões por trás da sua criação e evolução*

The amazon cooperation treaty organization: a critical analysis of the reasons behind its creation and development

Paulo Henrique Faria Nunes**

RESUMO

O Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), adotado em 1978, reúne oito dos doze Estados sul-americanos: Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela. Em 2002, após um período letárgico, os países-membros resolveram relançar o projeto e criaram a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA). Não obstante, a criação de uma entidade intergovernamental e uma secretaria permanente não foi capaz de conferir à diplomacia pan-amazônica o dinamismo necessário. Este trabalho visa analisar os motivos que levaram à assinatura do TCA e as razões que estimulam e arrefecem as ações da OTCA. Embora a literatura sobre o sistema de cooperação amazônico seja muito limitada, o autor investigou documentos oficiais, livros e artigos relacionados ao assunto. A pesquisa conduz à conclusão que a OTCA atravessa longos períodos de inércia e é, brevemente, reanimada quando os países-membros desejam refutar argumentos relativos à internacionalização da Amazônia ou apresentar posição conjunta nas negociações globais sobre o meio ambiente. Além disso, o excesso de projetos de cooperação e integração sul-americanos relega à OTCA um papel secundário na política externa dos Estados-membros.

Palavras-chave: Amazônia. Cooperação. Organização do Tratado de Cooperação Amazônica. Política externa. Soberania.

ABSTRACT

The Amazon Cooperation Treaty (ACT), adopted in 1978, comprehends eight amongst the twelve South American states: Brazil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Guyana, Peru, Suriname and Venezuela. In 2002, after a lethargic period, member countries relaunched the project and created the Amazon Cooperation Treaty Organization (ACTO). Nevertheless, the creation of an intergovernmental entity and a permanent secretariat was not able to warm up the Pan-Amazonian diplomacy. This article analysis the purposes behind the signature of the ACT and the reasons that stimulate and discourage the ACTO actions. Although the literature regarding the Amazon cooperation system is very scarce, the author investigated official documents, books and

* Recebido em 21/04/2016
Aprovado em 12/06/2016

** Doutor em Ciências Políticas e Sociais (Université de Liège – Bélgica), mestre em Geografia (Universidade Federal de Goiás – UFG). Advogado, professor e pesquisador da Escola de Direito e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás e da Universidade Salgado de Oliveira. *E-mail:* phfnunes@gmail.com.

articles about the subject. In brief, the main conclusion of the research is that ACTO is usually in standby mode and it is shortly reanimated when member states desire to refute arguments concerning the internationalization of the Amazonia or hold joint position in the environmental global negotiations. Moreover, as result of the excess of South American cooperation and integration projects, ACTO plays a secondary role in the foreign policy agenda of the member states.

Keywords: Amazonia. Amazon Cooperation Treaty Organization. Cooperation. Foreign policy. Sovereignty.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, as relações sul-americanas alcançaram um grau notável de institucionalização. O número expressivo de projetos e iniciativas instituídos e/ou retomados revela que, embora as relações políticas e comerciais extracontinentais sejam vitais, as questões intracontinentais têm uma posição privilegiada na agenda das chancelarias do subcontinente. O MERCOSUL, a Comunidade Andina de Nações e a UNASUL são símbolos do reconhecimento da importância do diálogo com os vizinhos para o desenvolvimento interno e regional.

O Tratado de Cooperação Amazônica (TCA) foi celebrado por oito dos doze Estados sul-americanos em 1978. As áreas fronteiriças entre o Brasil e a maior parte de seus vizinhos estão no domínio da Hileia, em vários pontos as linhas demarcatórias são rios da bacia amazônica ou picos divisores de águas. Os maiores projetos de interconexão física entre os países, inclusive os corredores de acesso ao Oceano Pacífico e ao Caribe, cortam a Amazônia. Entretanto, percebe-se que os países signatários relegam à cooperação amazônica um papel secundário, incompatível com a importância estratégica da região.

Em 1998, os signatários do TCA resolveram investir em uma nova etapa, a criação de uma associação formal dotada de personalidade jurídica: a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA). No entanto, isso não foi suficiente para que as relações pan-amazônicas ganhassem maior proeminência.

Pergunta-se: qual o real papel da Amazônia no cenário da integração sul-americana? Quais elementos e atores favorecem e/ou dificultam a discussão conjunta

dos problemas e questões a ela inerentes? Por que a diplomacia pan-amazônica apresenta algumas ondas repentinas e entra em longos períodos de calmaria? Qual o papel da OTCA no cenário regional e global?

Frente a esses questionamentos, convém investigar as razões e os verdadeiros motivos que fundamentam a cooperação amazônica, a *ratio amazonensis*.

Investigam-se, inicialmente, os “antecedentes imediatos” (anos 1960 e 1970) à assinatura do TCA. Em seguida, apresentam-se os objetivos e princípios da cooperação amazônica. Posteriormente, o foco é dirigido para a evolução normativa e institucional da OTCA. E, por último, apresenta-se uma análise crítica do objeto de estudo.

O autor pesquisou fontes primárias (TCA e seu anteprojeto, legislação dos países-membros da OTCA, discursos, relatórios e documentos oficiais), artigos e livros sobre o tema. Chama-se a atenção para a literatura limitada sobre o objeto de estudo, fato que motiva a elaboração e publicação deste artigo.

2. O TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA: ANTECEDENTES IMEDIATOS

O Tratado de Cooperação Amazônica (TCA) foi adotado, em Brasília, aos 3 de julho de 1978, pelos oito Estados independentes da região – Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Venezuela e Suriname. A compreensão das razões que levaram à sua assinatura requer a análise de uma rede complexa de interesses dos países negociadores no âmbito regional e de fatos de relevância global.

Ressalta-se, inicialmente, que Brasília necessitava se aproximar dos vizinhos amazônicos nos anos 1970, pois as relações com a Argentina estavam estremecidas em virtude das negociações estabelecidas com o Paraguai sobre a construção da barragem de Itaipu¹. Os atritos com a porção do subcontinente com a qual o país possuía fronteiras vivas e mais vínculo comercial despertou o receio de um possível isolamento regional

1 CAUBET, Christian G. *As grandes manobras de Itaipu*: energia, diplomacia e direito na Bacia do Prata. São Paulo: Acadêmica, 1991; PEREIRA, Osny Duarte. *Itaipu*: prós e contras: ensaio sobre a localização, no Brasil, da maior barragem do mundo e suas implicações em nossa política continental. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

e forçou a diplomacia brasileira a voltar-se para a região amazônica.

Brasil e Peru começaram os primeiros entendimentos relativos a um projeto de cooperação amazônica² e, em 1975, firmaram acordos bilaterais sobre zonas fronteiriças, cooperação técnico-científica e um *Acordo para a Conservação da Flora e da Fauna dos Territórios Amazônicos*. Em novembro de 1976, os presidentes Geisel e Bermúdez se encontraram e assinaram vários tratados, alguns deles relacionados à Hileia: *Acordo para a Constituição de uma Subcomissão Mista Brasileiro-Peruana para a Amazônia*, *Acordo para Utilização de Estações Costeiras e de Navios na Região Amazônica*, *Acordo para a Constituição de um Grupo Técnico Destinado a Estudar o Estabelecimento de um Sistema de Auxílio à Navegação no Rio Amazonas*.

A criação do Comitê Intergovernamental para a Proteção e o Manejo da Flora e da Fauna Amazônicas – instituído por Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela em 1975 – favoreceu a discussão de temas concernentes à Pan-Amazônia. Pouco depois, em março de 1977, o governo brasileiro consultou os demais países amazônicos sobre a viabilidade de um acordo regional.

A Venezuela não demonstrou entusiasmo inicialmente, pois era o país sul-americano de maior tradição democrática e considerava temerário se juntar a um grupo de governos majoritariamente ditatoriais³. Caracas, também, desconfiava dos verdadeiros interesses brasileiros e temia uma manobra do Itamaraty que pudesse legar aos demais negociadores um papel secundário, não condizente com sua condição de membro da Organização dos Países Exportadores de Petróleo. Não obstante, a boa receptividade da proposta pelos demais países amazônicos colocava a Venezuela em uma posição delicada e não era conveniente manter-se distante

2 ROMÁN, Mikael. *The implementation of international regimes: the case of the Amazon Cooperation Treaty*. Uppsala: Uppsala University, 1998.

3 “President Pérez followed the same month US President Jimmy Carter’s example and condemned the Brazilian military regime for its nuclear policies and violation of human rights. This statement was by most observers regarded as an attempt to gain a favorable position with the United States and commented on by the Brazilian military regime as highly opportunistic. The Venezuelan aspirations proved, however, to be fruitless as President Carter shortly afterwards announced the he would visit *both* Caracas and Brasília on his journey to South America. The United States was not a powerful ally that the Venezuelan government had counted on.” ROMÁN, Mikael. *The implementation of international regimes: the case of the Amazon Cooperation Treaty*. Uppsala: Uppsala University, 1998.

de uma negociação da qual participariam dois países com os quais tinha problemas territoriais (Colômbia e Guiana). Além do mais, interessava ao governo venezuelano ampliar sua zona de intercâmbio comercial e o mercado brasileiro não podia ser desprezado. Em julho de 1977, o presidente Carlos Andrés Pérez deu sinais positivos à cooperação pan-amazônica e, em novembro, concordou, formalmente, em participar da negociação do tratado.

Existem certas questões globais que favoreceram o diálogo amazônico. Citam-se, em primeiro lugar, as preocupações manifestadas em tom alarmista com o meio ambiente. A Conferência de Estocolmo, as previsões sobre os limites do crescimento – amplamente difundidas pelo Clube de Roma – e o discurso de medidas internacionais de proteção ambiental despertaram temores nos governantes da região. Para Julio Portillo, esse foi o principal elemento que levou o governo brasileiro a tomar a iniciativa pan-amazônica⁴.

Soma-se à reação ao discurso ambientalista a inquietação a respeito da soberania sobre os recursos naturais e o interesse em garantir a continuidade dos projetos econômicos na Amazônia.

Apesar do sucesso na negociação do TCA, o entusiasmo não foi o mesmo após a assinatura. O Pacto Andino ainda era o projeto regional prioritário para a maior parte dos seus membros, que buscaram afirmar sua identidade na política regional.

Conclui-se que as razões fundamentais para a assinatura do TCA foram as seguintes: o anseio de afirmação de soberania sobre o território e os recursos naturais, a fim de garantir a continuidade dos projetos econômicos na região e afastar o fantasma da internacionalização; o desejo de apresentar à sociedade internacional um documento que resguardasse a exclusividade da gestão dos problemas amazônicos em sintonia com a proteção ambiental; e, finalmente, a preocupação brasileira com um possível isolamento em virtude da construção da barragem de Itaipu.

Dentre os principais fatos que favoreceram um ambiente propício ao diálogo e à diplomacia amazônica, mencionam-se: os litígios territoriais pendentes entre vários países negociadores; a crise energética mundial – que colocou o petróleo, o gás e o carvão sul-americanos

4 PORTILLO, Julio. *Venezuela-Brasil: relaciones diplomáticas: 1842-1982*. Caracas: Editorial Arte, 1983.

na pauta de prioridades brasileiras; o movimento ambientalista em ascensão e a realização de conferências de âmbito global, a exemplo da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) e a Conferência das Nações Unidas sobre a Água (Mar del Plata, 1977); a busca de apoio mútuo para a condução dos projetos nacionais de exploração econômica da Amazônia.

3. ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DO TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA

O TCA é composto de um preâmbulo e vinte e oito artigos os quais podem ser divididos em três grupos fundamentais: a) elementos materiais⁵ (art. I a XIX) – propósitos, ações, instrumentos e limites do tratado; b) elementos estruturais, ou organizacionais (art. XX a XXV) – órgãos destinados à aplicação do acordo; c) elementos formais (art. XXVI a XXVIII) atinentes à elaboração, conclusão e entrada em vigor do tratado.

Diferentemente da proposta de criação do Instituto Internacional da Hileia Amazônica, apresentada ao mundo durante a primeira conferência da Unesco (20 nov. a 10 dez. 1946), o TCA é restrito aos países negociadores. O documento não é aberto à adesão (art. XXVII). A noção de Pan-Amazônia foi substituída pela de “Amazônia pactual”⁶, visto que a Guiana Francesa, também possui, espaços amazônicos.

Para exercer a função de depositário, escolheu-se o Brasil – primeiro país a concluir o processo de aprovação parlamentar, aos 18 de outubro de 1978. Até o final

de 1979, os demais negociadores já haviam depositado seus instrumentos de ratificação juntamente à chancelaria brasileira, com exceção da Venezuela, onde o tratado foi referendado em 1980. Aos 13 de julho desse ano, houve o depósito do último instrumento de ratificação, o que tornou possível a entrada em vigor do Pacto Amazônico no dia 12 de agosto.

Os princípios fundamentais do TCA retratam bem o ambiente político que envolve sua negociação: *soberania; equidade; desenvolvimento harmônico*, ou *sustentável; cooperação*.

A soberania aparece em destaque, pois um dos propósitos dos signatários era refutar, expressamente, quaisquer discursos referentes a uma possível internacionalização da Amazônia.

Optou-se por utilizar a palavra equidade no lugar de igualdade, visto que se busca definir aqui, apenas, os princípios gerais do TCA e não as obrigações formais. A igualdade pode ser encontrada em várias partes no texto, mas o parágrafo único do art. XVII faz menção especial aos “países de menor desenvolvimento”.

O desenvolvimento harmônico – ou sustentável, conforme expressão consolidada nas décadas seguintes – é uma evidência clara da preocupação com a exploração econômica da região e com a proteção ambiental. Todavia, percebe-se que a temática ambiental foi uma medida politicamente correta a fim de harmonizar o texto do Pacto Amazônico com os principais instrumentos internacionais voltados para a preservação do meio ambiente. É evidente o cuidado com o ser humano: saúde, condições sanitárias, epidemias, desenvolvimento social são elementos presentes no tratado. Contudo, é importante não chegar à conclusão precipitada que o TCA se antecipa ao conceito de desenvolvimento sustentável: o *leitmotiv*, à época, era o desenvolvimento econômico. A inquietação com a incorporação da Amazônia ao território nacional e a sua valorização econômica, uma constante desde a década de 1950, está bem evidente no preâmbulo⁷ e no art. X⁸.

5 Sobre os elementos materiais do TCA e seus princípios fundamentais, Cf. FIGUEREDO PLANCHART, Emilio. Comentários al Tratado de Cooperación Amazónica. *Revista de Derecho Público*, Caracas, n. 2, p. 83-90, abr./jun. 1980; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Relações de trabalho na Pan-Amazônia: a circulação de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1996; GREÑO VELASCO, José Enrique. Pacto Amazónico y el Tratado de la Cuenca del Plata: analogías y diferencias. *Revista de Política Internacional*, n. 165, p. 75-92, sept./oct. 1979; MATTOS, Adherbal Meira. *Pacto Amazónico: cooperación e integração*. Belém: UFPA, 1982; RICUPERO, Rubens. O Tratado de Cooperación Amazónica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 21, n. 81, p. 177-196, jan./mar. 1984; ROMÁN, Mikael. *The implementation of international regimes: the case of the Amazon Cooperation Treaty*. Uppsala: Uppsala University, 1998; SILVEIRA, Edson Damas da. *Direito socioambiental: Tratado de Cooperación Amazónica*. Curitiba: Juruá, 2002.

6 FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Relações de trabalho na Pan-Amazônia: a circulação de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1996.

7 “Animadas do propósito comum de conjugar os esforços que vêm empreendendo, tanto em seus respectivos territórios como entre si, para promover o desenvolvimento harmônico da Amazônia, que permita uma distribuição equitativa dos benefícios desse desenvolvimento entre as Partes Contratantes, para elevar o nível de vida de seus povos e a fim de lograr a plena incorporação de seus territórios amazônicos às respectivas economias nacionais”.

8 “Artigo X. As Partes Contratantes coincidem na conveniência de criar uma infraestrutura física adequada entre seus respectivos países, especialmente nos aspectos de transportes e comunicações. Conse-

No tocante à cooperação, optou-se por eliminar o adjetivo “regional”. É claro que a prioridade é a cooperação entre os Estados contratantes. No entanto, o tratado não restringe a participação de outros organismos internacionais. Os artigos IX (parágrafo segundo⁹) e XV¹⁰ preveem a possibilidade de ações conjuntas com outras entidades, com especial destaque a organizações latino-americanas. A Organização dos Estados Americanos (OEA) tem desenvolvido ações em parceria com os países amazônicos e programas específicos foram criados, a exemplo do Projeto Plurinacional de Cooperação Amazônica e do Projeto Desenvolvimento Sustentável de Áreas Fronteiriças na América do Sul.

A área de abrangência espacial do tratado depende de determinação legal autônoma. A Amazônia Pactual é a soma da área de Amazônia Legal de cada Estado-parte (art. II), de modo que se extrapolou a dimensão da Bacia Amazônica e/ou da Floresta Tropical, isto é, a Amazônia *sensu stricto*. No entanto, ainda hoje, nem todos os Estados-partes dispõem de normas internas que definem com clareza a porção do território que corresponde à Amazônia nacional.¹¹

No Brasil, a Amazônia Legal “[...] abrange os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Rondônia, Roraima, Tocantins, Pará e do Maranhão na sua porção a oeste do Meridiano 44^o” (art. 2.º da lei complementar 124/2007).¹² Na Bolívia, “[...] la totalidad del de-

partamento de Pando, la provincia Iturrealde del departamento de La Paz y las provincias Vaca Díez y Ballivián del departamento del Beni” (parágrafo II do art. 390 da Constituição de 2009). A Amazônia Legal colombiana é constituída pelos departamentos de Caquetá, Putumayo, Amazonas, Guainía, Guaviare e Vaupés (art. 1.º do decreto 3.083/1986). A Região Amazônica Equatoriana inclui as províncias de Sucumbíos, Francisco de Orellana, Napo, Pastaza, Morona-Santiago e Zamora-Chinchipec (decreto legislativo 41, de 5 ago. 1980). Na Venezuela, a porção do território abrangida pelo TCA corresponde ao Estado do Amazonas. No Peru, a Lei 27.037/1998 faz uma minuciosa descrição da Amazônia nacional (art. 3.1):

Para efecto de la presente Ley, la Amazonía comprende:

- a) Los departamentos de Loreto, Madre de Dios, Ucayali, Amazonas y San Martín.
- b) Distritos de Sivia y Ayahuanco de la provincia de Huanta y Aina, San Miguel y Santa Rosa de la provincia de La Mar del departamento de Ayacucho.
- c) Provincias de Jaén y San Ignacio del departamento de Cajamarca.
- d) Distritos de Yanatile de la provincia de Calca, la provincia de la Convención, Kosñipata de la provincia de Paucartambo, Camanti y Marcapata de la provincia de Quispichancho, del departamento de Cusco.
- e) Provincias de Leoncio Prado, Puerto Inca, Marañon y Pachitea, así como los distritos de Monzón de la provincia de Huamálies, Churubamba, Santa María del Valle, Chinchao, Huánuco y Amarilis de la provincia de Huánuco, Conchamarca, Tomayquichua y Ambo de la provincia de Ambo del departamento de Huánuco.
- f) Provincias de Chanchamayo y Satipo del departamento de Junín.
- g) Provincia de Oxapampa del departamento de Pasco.
- h) Distritos de Coaza, Ayapata, Ituata, Ollachea y e San Gabán de la provincia de Carabaya y San Juan del Oro, Limbani, Yanahuaya, Phara y Alto Inambari, Sandia y Patambuco de la provincia de Sandía, del departamento de Puno.
- i) Distritos de Huachocolpa y Tintay Puncu de la provincia de Tayacaja del departamento de Huancavelica.
- j) Distrito de Ongón de la provincia de Pataz del departamento de La Libertad.
- k) Distrito de Carmen de la Frontera de la provincia de Huancabamba del departamento de Piura.

quentemente, comprometem-se a estudar as formas mais harmônicas de estabelecer ou aperfeiçoar as interconexões rodoviárias, de transportes fluviais, aéreos e de telecomunicações, tendo em conta os planos e programas de cada país para lograr o objetivo prioritário de integrar plenamente seus territórios amazônicos às suas respectivas economias nacionais”.

9 “As Partes Contratantes poderão, sempre que julgarem necessário e conveniente, solicitar a participação de organismos internacionais na execução de estudos, programas e projetos resultantes das formas de cooperação técnica e científica definidas no parágrafo primeiro do presente artigo”.

10 “As Partes Contratantes se esforçarão por manter um intercâmbio permanente de informações e colaboração entre si e com os órgãos de cooperação latino-americanos, nos campos de ação que se relacionam com as matérias que são objeto deste Tratado”.

11 NUNES, Paulo Henrique Faria. Dificuldade de demarcação da Pan-Amazônia e dos territórios indígenas na região. *Textos e Debates*, Boa Vista, v. 2, n. 26, p. 7-28, 2015.

12 A Amazônia brasileira, conforme a lei 1.806/1953 era menor do que a atual, pois não contemplava toda a área correspondente a Mato Grosso: “Art. 2.º A Amazônia brasileira, para efeito de planejamento econômico e execução do Plano definido nesta lei, abrange a região compreendida pelos Estados do Pará e do Amazonas, pelos territórios federais do Acre, Amapá, Guaporé e Rio Branco e ainda, a parte do Estado de Mato Grosso a norte do paralelo de 16º, a do Estado de Goiás a norte do paralelo de 13º e a do Maranhão a oeste

do meridiano de 44º”.

A Guiana e o Suriname não dispõem de normas internas específicas tampouco integram a bacia Amazônica. Assim, consideram-se incluídas na Pan-Amazônia as áreas de floresta tropical dos dois países.

Os signatários têm uma meta comum fundamental: o desenvolvimento dos territórios amazônicos das partes contratantes (art. I¹³). No entanto, almeja-se que a exploração econômica gere resultados satisfatórios para todos e que seja conduzida em harmonia com os princípios fundamentais da proteção ambiental.

No tocante à racionalidade na exploração das riquezas naturais, conferiu-se atenção especial aos recursos hídricos (art. V), à flora e à fauna (art. VII).

A dimensão social do tratado é bastante limitada. Estabeleceu-se que os órgãos nacionais de saúde devem estudar medidas conjuntas, a fim de melhorar as condições sanitárias e controlar endemias (art. VIII). Às políticas de proteção dos trabalhadores não foi dada posição de destaque; apesar da menção ao “emprego racional dos recursos humanos e naturais”, os Estados não somente se comprometeram a “estimular a realização de estudos e a adoção de medidas conjuntas tendentes a promover o desenvolvimento econômico e social” (art. XI).

O TCA, também, não define políticas claras para as populações autóctones. A “conservação das riquezas etnológicas e arqueológicas” aparece de maneira vaga no art. XIV. O dispositivo que trata do fomento ao turismo (art. XIII) prevê que essa atividade deve ser desenvolvida “sem prejuízo das disposições nacionais de proteção às culturas indígenas e aos recursos naturais”.

Uma das matérias de maior relevo no TCA é a infraestrutura. Os Estados-partes reafirmaram a *ampla liberdade de navegação comercial* nos rios internacionais da Bacia Amazônica, tema em discussão desde o século XIX (art. III). Reconhece-se a importância dos rios no desenvolvimento da região e, por isso, busca-se a adoção de medidas conjuntas de *utilização racional dos recursos*

hídricos. Admite-se, igualmente, a necessidade de empreendimentos para o melhoramento e habilitação das vias navegáveis para que os rios amazônicos sejam instrumentos eficazes de comunicação regional (art. VI).

O art. X aborda, de maneira mais explícita, a infraestrutura física e enfatiza os transportes (rodoviário, fluvial e aéreo) e as comunicações. Vale ressaltar que a construção de uma malha viária multimodal com a finalidade de integrar a Amazônia às economias nacionais seria um primeiro passo na vivificação das fronteiras e na consecução da integração física internacional.

O anteprojeto elaborado pela chancelaria brasileira trazia a palavra “integração”. Contudo, por reivindicação da Venezuela, ela foi substituída por “cooperação”, com exceção de uma breve referência no preâmbulo. Temia-se uma concorrência entre o sistema andino e o Pacto Amazônico; assim, os conceitos de “cooperação” e “integração” foram bem separados. À primeira foi reconhecido o *status* de etapa necessária à segunda, mas sem qualquer compromisso formal. No que concerne às atividades econômicas transfronteiriças, o art. XII se limita a reconhecer a utilidade do “comércio a varejo de produtos de consumo local entre suas respectivas populações amazônicas limítrofes, mediante acordos bilaterais ou multilaterais adequados”; o turismo, interno e internacional, é outra atividade à qual foi conferida atenção (art. XIII).

Além da infraestrutura, outro ponto que se sobressai no TCA é o intercâmbio de informações. Trata-se de um dos instrumentos elementares de cooperação entre os signatários, previsto, ainda que de modo genérico, no parágrafo único do art. I. O dispositivo consagrado à proteção da fauna e da flora (art. VII) prevê a promoção da “pesquisa científica e o intercâmbio de informações e de pessoal técnico” (alínea *a*) e o estabelecimento de “um sistema regular de troca adequada de informações sobre as medidas conservacionistas” adotadas por cada Estado em seus territórios amazônicos (alínea *b*); essas últimas medidas comporão um relatório anual apresentado por cada país. No que concerne à saúde e às condições sanitárias, mesmo que indiretamente, a questão volta à tona (art. VIII). Ao cuidar da pesquisa científica e tecnológica tendente à aceleração do desenvolvimento socioeconômico da Amazônia, novamente o tratado traz à baila o intercâmbio informacional (art. IX). Destaca-se, por último, o art. XV, por meio do qual os Estados-partes admitem a necessidade de se manter

13 “Artigo I As Partes Contratantes convêm em realizar esforços e ações conjuntas a fim de promover o desenvolvimento harmônico de seus respectivos territórios amazônicos, de modo a que essas ações conjuntas produzam resultados equitativos e mutuamente proveitosos, assim como para a preservação do meio ambiente e a conservação e utilização racional dos recursos naturais desses territórios. Parágrafo único. Para tal fim, trocarão informações e concertarão acordos e entendimentos operativos, assim como os instrumentos jurídicos pertinentes que permitam o cumprimento das finalidades do presente Tratado”.

um intercâmbio permanente de informações entre si e entre eles e as entidades intergovernamentais latino-americanas.

A soberania e a integridade territorial são temas relevantes. Conforme dito anteriormente, a soberania é uma das diretrizes fundamentais da cooperação amazônica. Não obstante, a indefinição na demarcação dos limites entre alguns vizinhos se faz presente no art. XIX do TCA:

Nem a celebração do presente Tratado, nem a sua execução terão algum efeito sobre quaisquer outros tratados ou atos internacionais vigentes entre as Partes, nem sobre quaisquer divergências sobre limites ou direitos territoriais existentes entre as Partes, nem poderá interpretar-se ou invocar-se a celebração deste Tratado ou sua execução para alegar aceitação ou renúncia, afirmação ou modificação, direta ou indireta, expressa ou tácita, das posições e interpretações que sobre estes assuntos sustente cada Parte Contratante.

Durante a negociação, o Equador chegou a se manifestar contrariamente à validade do Protocolo do Rio de Janeiro (1942). A tensão persistiu mesmo após a conclusão do Pacto Amazônico e, pouco após sua entrada em vigor – em 1981 –, houve os conflitos na Cordilheira do Condor, entre Peru e Equador¹⁴.

Em síntese, indicam-se os temas dominantes do TCA: desenvolvimento harmônico e infraestrutura; intercâmbio de informações; respeito à soberania e à integridade territorial. Como matérias secundárias, enumeram-se: comércio, turismo, política social, povos indígenas. Por último, é importante destacar que o Tratado de Cooperação Amazônica não gera direitos e obrigações diretamente. O parágrafo único do art. I não deixa dúvidas; a fim de alcançar os fins almejados os signatários “trocarão informações e concertarão acordos e entendimentos operativos, assim como os instrumentos jurídicos pertinentes”. O Pacto Amazônico é um tratado-quadro – ou guarda-chuva – isto é, um documento formal celebrado por Estados soberanos que depende da assinatura de acordos futuros – bilaterais e/ou multilaterais – para se tornar realidade.¹⁵

O TCA define os princípios fundamentais e as áreas

temáticas de cooperação. Entretanto, o texto se limita a esboçar um quadro organizacional bem simples. Quando da sua assinatura, não se criou nenhuma entidade intergovernamental dotada de autonomia executiva ou de poder normativo. O Pacto, em grande parte, é uma declaração de boas intenções, um *non binding agreement*.

4. ÓRGÃOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA

O texto original do Pacto Amazônico prevê alguns órgãos destinados à formulação de diretrizes e estudos, à implementação do tratado, à execução dos objetivos e projetos e à coordenação dos trabalhos de cooperação. Não obstante, inicialmente, a cooperação não aconteceu sob os cuidados de uma entidade intergovernamental permanente. Instituiu-se, no máximo, uma proposta de construção de *regime internacional* sem um prazo definido. É importante ressaltar que a ausência de prazos para alcançar os objetivos propostos é uma significativa diferença entre a OTCA e as duas iniciativas sul-americanas mais relevantes – a Comunidade Andina de Nações (CAN) e o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).

Segundo Oran Young, regimes são

[...] social institutions governing the actions of those involved in specifiable activities or sets of activities. Like all social institutions, they are practices consisting of recognized roles linked together by clusters of rules or conventions governing relations among the occupants of these roles.¹⁶

List e Rittberger apresentam uma noção de regime, distinguindo-os dos tratados e das organizações internacionais:

[...] a treaty is a legal instrument stipulating rights and obligations, a regime is a social institution wherein stable patterns of behaviour result from compliance with certain norms and rules, whether these are laid down in a legally binding instrument or not. Moreover, regimes are different from organizations. It is only organizations to which activities and a legal personality can be attributed. International organizations and regimes intersect where the former provide for the “procedures” of the latter.¹⁷

14 Cf. TAPIA FIGUEROA, Claudio Andrés. *La negociación que no fue*: diplomacia chilena en el conflicto entre Ecuador y Perú en el Amazonas (1941-1942). Viña del Mar: Centro de Estudios Latinoamericanos, 2008.

15 NUNES, Paulo Henrique Faria. *Direito internacional público: introdução crítica*. Curitiba: Juruá, 2015.

16 YOUNG, Oran R. *International cooperation: building regimes for natural resources and the environment*. London: Cornell University Press, 1989. p. 13.

17 LIST, Martin; RITTBERGER, Volker. Regime theory and

Mikael Román define, resumidamente, os regimes internacionais como “social institutions composed of agreed-upon principles, norms, rules, and decision-making procedures that are intended to govern, or govern, the interaction of actors in specific issue areas”¹⁸.

Uma OI é uma associação formal de Estados, instituída pela assinatura de um tratado, dotada de órgãos permanentes e personalidade jurídica própria, com a finalidade de coordenar, executar e/ou regulamentar ações de interesse comum de seus membros. Um regime internacional é uma instituição mais simples: a formalidade, mediante a celebração de um acordo, não é um elemento imprescindível; a personalidade jurídica internacional também não, assim como a existência de órgãos ou capacidade decisória.

A estrutura formal da cooperação, consoante o texto original do TCA, é composta pelas seguintes instituições: Reunião dos Ministros de Relações Exteriores, Conselho de Cooperação Amazônica, Secretaria Pro Tempore, Comissões Especiais. Admite-se ainda a criação de Comissões Nacionais.¹⁹

A Reunião dos MRE é a instância máxima da cooperação amazônica, o órgão supremo, convocada com o fim de “fixar as diretrizes básicas da política comum, apreciar e avaliar o andamento geral do processo de cooperação Amazônica e adotar as decisões tendentes à realização dos fins propostos” (art. XX).

O TCA não definiu uma periodicidade para as reuniões ordinárias dos MRE, estipulou-se, apenas, que a primeira deveria ser realizada dentro de dois anos a contar da data da entrada em vigor. O encontro inaugural foi realizado em Belém (23 e 24 out. de 1980). Aprovou-se nessa ocasião o seu regimento, que determina que as reuniões ordinárias são realizadas a cada dois anos²⁰; as

extraordinárias podem ser convocadas por qualquer das partes contratantes, desde que obtido o apoio de mais quatro.

Observadores são admitidos nas reuniões mediante autorização dos Estados-membros. Podem gozar da qualidade de observador: Estados interessados; a ONU, a OEA e seus organismos especializados; a ALADI; o Sistema Econômico Latino-americano (SELA); bem como quaisquer outros organismos internacionais governamentais ou não governamentais.

A determinação do país-sede da Reunião dos MRE segue um sistema de rodízio por ordem alfabética.

Em sequência à Reunião de Belém, acima mencionada, foram realizadas as seguintes reuniões ordinárias dos MRE: Cali (7 e 8 dez. 1983); Quito (6 e 7 mar. 1989); Santa Cruz de la Sierra (7 e 8 nov. 1991); Lima (4 e 5 dez. 1995); Caracas (6 abr. 2000); Santa Cruz de la Sierra (22 nov. 2002); Manaus (14 set. 2004); Iquitos (25 nov. 2005); Lima (30 nov. 2010²¹); Manaus (30 nov. 2011); El Coca (Equador – 3 mai. 2013). A periodicidade previamente estipulada não tem sido respeitada, o que evidencia a posição do TCA na pauta de prioridade dos contratantes.

O Conselho de Cooperação Amazônica (CCA) é constituído de “representantes diplomáticos de alto nível” (art. XXI). Suas reuniões ordinárias são anuais; as extraordinárias podem ser convocadas por qualquer contratante mediante apoio da maioria. No intuito de dinamizar os trabalhos durante as reuniões, é permitida a criação de grupos de trabalho (GT). As sessões dos GT e dos chefes de delegação são privadas.

O local de realização das reuniões do Conselho é determinado segundo o mesmo critério das reuniões dos MRE e admitem-se, também, observadores.

O CCA é um órgão de natureza consultiva. Embora este não disponha de autonomia decisória ou executiva, suas funções englobam praticamente todo o universo de atividades de cooperação amazônica:

1. Velar pelo cumprimento dos objetivos e finalidade do Tratado.
2. Velar pelo cumprimento das decisões tomadas nas reuniões de Ministros das Relações Exteriores.

international environmental management. In: HURRELL, Andrew; KINGSBURY, Benedict (Ed.). *The international politics of the environment: actors, interests and institutions*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 90.

18 ROMÁN, Mikael. *The implementation of international regimes: the case of the Amazon Cooperation Treaty*. Uppsala: Uppsala University, 1998. p. 65.

19 Fez-se a análise institucional da OTCA a partir de obras já citadas sobre o Pacto Amazônico, aos documentos oficiais disponibilizados no sítio da entidade <<http://www.otca.info>>, bem como ALTMANN, Josette (Ed.); BEIRUTE, Tatiana (Comp.). *Dossier Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA)*. San José, Costa Rica: FLACSO, 2008; SÁNCHEZ BALLIVIAN, Sergio (Org.) et al. *Base jurídica del Tratado de Cooperación Amazónica: antecedentes constitutivos de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA)*. La Paz: Secretaría Pro Tempore del TCA, 2002.

20 A necessidade de reuniões anuais foi colocada em evidência em

2004, quando da realização da VIII Reunião dos MRE.

21 A Venezuela se ofereceu para ser a sede do décimo encontro de chanceleres; contudo o evento, programado para o segundo semestre de 2006, ocorreu em Lima em 30 de novembro de 2010.

3. Recomendar às Partes a conveniência ou oportunidade de celebrar reuniões de Ministros das Relações Exteriores e preparar o temário correspondente.

4. Considerar as iniciativas e os projetos que apresentem as Partes e adotar as decisões pertinentes para a realização de estudos e projetos bilaterais ou multilaterais, cuja execução, quando for o caso, estará a cargo das Comissões Nacionais Permanentes.

5. Avaliar o cumprimento dos projetos de interesse bilateral ou multilateral.

6. Adotar as normas para o seu funcionamento.

O CCA pode, ainda, recomendar a conveniência ou oportunidade de realização de reuniões extraordinárias dos MRE²².

A partir da entrada em vigor do TCA, foram realizadas as seguintes reuniões ordinárias do CCA: Lima (5 a 8 jul. 1983); La Paz (25 e 26 set. 1986); Brasília (16 a 18 mar. 1988); Bogotá (2 a 5 mai. 1990); Quito (19 a 22 jul. 1993)²³; Lima (10 e 11 out. 1994); Lima (30 nov. e 1.º dez. 1995); Caracas (10 e 11 mar. 1997); Caracas (5 e 6 out. 1998); Caracas (4 e 5 abr. 2000); Santa Cruz de la Sierra (20 e 21 nov. 2002); Manaus (13 set. 2004); Iquitos (24 nov. 2005); Lima (29 nov. 2010).

Para a aplicação das medidas previstas no Pacto Amazônico e das deliberações tomadas nas reuniões dos MRE e do CCA, estabeleceu-se que cada Estado deveria criar uma Comissão Nacional Permanente – CNP (art. XXIII). Tais comissões não estão restritas às atividades ligadas ao TCA e os Estados podem lhes atribuir outras tarefas.

Alguns países criaram suas CNP pouco depois da entrada em vigor do TCA, a exemplo de Bolívia (decreto supremo 17.996/1981), Colômbia (decreto 464/1982), Equador (decreto executivo 539/1982) e Peru (decreto supremo 11/1980). A comissão brasileira só foi instituída aos 8 de novembro de 2002 por decreto presidencial não numerado.

Em virtude da gama de assuntos que podem ser relacionados aos objetivos do Pacto, o art. XXIV admite a criação de comissões especiais para desenvolver estudos sobre matérias específicas. Existem, atualmente, sete comissões especiais, que se ocupam das seguintes áreas:

saúde; assuntos indígenas; meio ambiente; transporte, infraestrutura e comunicações; turismo; educação; ciência e tecnologia.

Apesar da complexidade da região e dos problemas transfronteiriços, as primeiras comissões especiais só foram criadas em março de 1988 (*Ciência e Tecnologia e Saúde*)²⁴. A matéria a que se dedica cada comissão demonstra o interesse em aprofundar temas que ganharam maior ou menor destaque no Pacto Amazônico e/ou cobrir assuntos que foram colocados em segundo plano. Todavia, percebe-se que questões como segurança²⁵, crimes transnacionais, migração, exploração econômica ilegal ainda não ganharam o mesmo cuidado institucional.

Conforme dito acima, o TCA não instituiu uma pessoa jurídica de direito público externo. No entanto, criou-se a Secretaria *Pro Tempore* (SPT), órgão de vocação administrativa (art. XXII). Os trabalhos da Secretaria eram desenvolvidos no país que receberia a próxima reunião ordinária do CCA, portanto esperava-se que houvesse uma alternância anual.

A revisão da estrutura institucional do TCA se tornou matéria corrente nas reuniões dos principais órgãos no fim da década de 1980. Na III Reunião de MRE, realizada na capital equatoriana em 1989, o tema foi colocado em pauta. O primeiro item da Declaração de Quito traz o título “Avaliação da Marcha do Processo de Cooperação Amazônica”. Instruiu-se ali a SPT a convocar um grupo *ad hoc* com o fim de propor medidas voltadas ao desenvolvimento institucional, dentre elas um estudo sobre a conveniência da criação de uma Secretaria permanente.

24 A Comissão Especial de Ciência e Tecnologia (CECTA) foi instituída na Primeira Sessão Plenária da III Reunião Ordinária do CCA (março de 1988); a Comissão Especial de Saúde da Amazônia (CESAM), na Segunda Sessão Plenária da mesma reunião. As comissões especiais de Meio Ambiente (CEMAA) e Assuntos Indígenas (CEAIA) foram criadas pela Declaração de Quito, aprovada na III Reunião de MRE (março de 1989). A Comissão de Transporte, Infraestrutura e Comunicações (CETICAM), instituída durante a IV Reunião de MRE (maio de 1990), é fruto do aperfeiçoamento da Comissão Especial de Transporte; esta última havia sido criada no ano anterior. Na IV Reunião do CCA (maio de 1990), estabeleceu-se a Comissão Especial de Turismo (CETURA). A criação da Comissão Especial de Educação (CEEDA) ocorreu na V Reunião de MRE (dezembro de 1995).

25 Em 13 de julho de 2006, realizou-se, em Bogotá, a primeira cúpula de Ministros de Defesa e Segurança. Discutiu-se, nessa reunião, problemas como crime transnacional, comércio ilícito de flora e fauna e possibilidade de criação de um sistema de vigilância e monitoramento.

22 Art. III do Regimento da Reunião dos MRE.

23 Em Quito foi realizada a V Reunião Ordinária e I Reunião Extraordinária do CCA, organizada por iniciativa do governo equatoriano.

Na Declaração de Lima, aprovada na V Reunião dos MRE, em dezembro de 1995, decidiu-se formalmente pela criação de uma Secretaria Permanente a ser instalada na capital brasileira no futuro próximo. Aos 14 de dezembro de 1998, a estrutura formal da cooperação amazônica sofreu uma alteração substancial. Adotou-se nesse dia, em Caracas, o Protocolo de Emenda ao TCA por meio do qual se criou a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA), entidade dotada de personalidade jurídica e competente para celebrar tratados com Estados e organismos intergovernamentais.

O protocolo, que entrou em vigor em agosto de 2002, alterou a redação do art. XXII do TCA. Substituiu-se a SPT por uma Secretaria Permanente sediada em Brasília²⁶. Essa nova não é um órgão meramente administrativo, trata-se de um órgão de competência executiva pois ela é “encarregada de implementar os objetivos previstos no Tratado em conformidade com as resoluções emanadas das Reuniões de Ministros de Relações Exteriores e do Conselho de Cooperação Amazônica”²⁷.

À frente da Secretaria Permanente está o Secretário-Geral. Conforme o regimento do órgão, seu dirigente deve ser nacional de um dos países-membros, mas o sucessor não pode ser conterrâneo de quem ocupou previamente o cargo. A escolha é feita pela Reunião dos MRE por unanimidade. O mandato do Secretário-Geral é de três anos, admitida uma reeleição.

O boliviano Sergio Sánchez Ballivian foi nomeado, extraordinariamente, Secretário-Geral Interino – em dezembro de 2002, em Brasília – para um mandato de um ano. Em 2004, a eleição da equatoriana Rosalía Arteaga inaugurou uma nova etapa administrativa²⁸.

A instituição de um órgão permanente veio acompanhada de uma nova forma de planejamento das ações de cooperação. Além das funções previstas no art. XXII do TCA, a Secretaria Permanente elabora juntamente aos Estados-partes seus planos de trabalho e programas

de atividades. As metas, projetos e ações têm sido estudadas e incluídas em planos estratégicos plurianuais.

O Secretário-Geral é auxiliado por dois diretores – Executivo e Administrativo – e um Assessor Jurídico. Além desses, existem quatro coordenações que se dedicam a áreas específicas: Saúde; Assuntos Indígenas; Meio Ambiente; Transportes, Infraestrutura e Comunicações e Turismo; Ciência, Tecnologia e Educação.

Além da SP, um órgão permanente de função relevante é a Comissão de Coordenação do CCA. Esse órgão de função consultiva e auxiliar é formado, preferencialmente, por agentes diplomáticos dos Estados-membros da OTCA lotados em Brasília.

Embora a instância máxima decisória da OTCA seja a Reunião dos MRE, três reuniões de Presidentes já foram realizadas (maio de 1989; fevereiro de 1992; novembro de 2009). A cidade brasileira de Manaus recebeu todos os encontros dos chefes de Estado.

Pode-se apontar como razão principal para um prazo tão longo entre a segunda e a terceira cúpula presidencial as prioridades incluídas na agenda das políticas externas dos países sul-americanos nos anos 1990 e 2000. Na última década do século XX, o MERCOSUL e a CAN foram projetos prioritários; no primeiro decênio do século atual, as discussões sobre a criação e consolidação de um bloco sul-americano ofuscaram os debates sobre a cooperação amazônica. Entre 2000 e 2009, foram realizadas sete cúpulas de chefes de Estado da América do Sul: Brasília (2000); Guaiquil (2002); Cusco (2004); Brasília (2005); Cochabamba (2006); Brasília (2008); Bariloche (2009). Embora as entidades não mantenham uma relação de competição, não se pode ignorar que suas agendas entram em conflito e muitas vezes há necessidade de colocar uma em primeiro plano.

Na primeira declaração presidencial, a *Declaração da Amazônia*, estabeleceu-se que os encontros dos chefes de Estado seriam anuais. Porém, acompanhando a praxe das reuniões de MRE, a periodicidade jamais foi respeitada.

Outras reuniões não previstas no TCA foram promovidas a fim de tratar de assuntos específicos: Reunião de Ciência e Tecnologia (Lima, 26 ago. 2005); Reunião de Propriedade Intelectual (Rio de Janeiro, 30 jun. e 1.º jul. 2005); Reunião de Ministros da Saúde e Proteção Social (Florianópolis, 22 de março de 2006); Reunião

26 A OTCA é o único organismo internacional sediado na capital brasileira. A Secretaria Permanente (SP/OTCA) funcionou provisoriamente no Ministério de Relações Exteriores do Brasil, sua sede definitiva foi inaugurada em janeiro de 2005 (Cf. *Boletim OTCA*, ano 1, n. 3, dez./fev., 2004/2005). A SP/OTCA também conta com um Escritório de Trabalho em Manaus.

27 Art. XXII do TCA, modificado pelo Protocolo de Emenda.

28 Após três anos à frente da OTCA, Rosalía Arteaga deixou o cargo. Em julho de 2007, o colombiano Francisco José Ruiz Marmolejo assumiu como Secretário-Geral Interino e permaneceu até abril de 2009 quando foi eleito o peruano Manuel Ernesto Picasso Botto.

de Ministros de Defesa (Bogotá, 13 de julho de 2006)²⁹.

A criação da OTCA representa, indubitavelmente, um avanço no marco institucional, todavia o sistema de tomada de decisões permanece o mesmo desde a assinatura do Pacto Amazônico. A unanimidade é condição indispensável à aprovação das decisões e resoluções. Nas Reuniões de MRE e no CCA, o mesmo critério foi adotado assim como nos trabalhos das comissões especiais.

5. O PLANO ESTRATÉGICO 2004-2012

Por meio do Protocolo de Emenda ao Pacto Amazônico, estabeleceu-se a OTCA e substituiu-se a Secretaria *pro tempore* pela Secretaria Permanente (SP). As modificações institucionais, entretanto, não se resumem às alterações macroestruturais. A OTCA surge juntamente a uma proposta de reformulação dos trabalhos de cooperação; nessa nova forma de atuação, buscou-se criar um ambiente de diálogo contínuo entre os Estados-partes e a SP com a finalidade de traçar metas a serem perseguidas em médio prazo.

O parágrafo 2.º do art. XXII atribui a elaboração dos planos de trabalho dos programas de atividade e do orçamento da SP não apenas ao órgão administrativo. Esses documentos devem ser formulados juntamente aos Estados-membros e aprovados pelo CCA.

Tão logo se instalou a SP começaram os trabalhos para a elaboração de um plano de trabalho. Um texto provisório foi elaborado e submetido à apreciação das Comissões Nacionais Permanentes e representantes de organismos intergovernamentais, da sociedade civil e personalidades do meio científico. Na XII Reunião do CCA, realizada em setembro de 2004 em conjunto com a VIII Reunião de MRE, coube àquele órgão fazer a revisão do projeto elaborado pela SP. Por fim, os chanceleres aprovaram o Plano Estratégico (RES/VIII MRE-OTCA/02).

Esse documento cobre o período 2004-2012. Não se trata de uma agenda rígida, pois o cronograma é suscetível à modificação e aberto a contribuições dos

Estados-membros. A incorporação de novos elementos ao Plano Estratégico é efetivada mediante a elaboração de planos de ação bianuais³⁰, submetidos à apreciação crítica da SP por meio de relatórios anuais.

O primeiro plano é apresentado como um instrumento destinado a orientar o trabalho da SP, que atua em conjunto com as entidades nacionais responsáveis pelas ações de cooperação técnica no domínio do TCA. Busca-se, com as ações coordenadas entre agências nacionais, a OTCA e entidades alheias ao bloco – possíveis financiadoras das ações de cooperação –, evitar o atropelamento de atividades, assim como desenvolver um quadro burocrático permanente sem real necessidade.

No tocante ao desenvolvimento sustentável, o Plano Estratégico reconhece que a OTCA tem um compromisso social com as populações locais, que deverão gozar dos benefícios oferecidos pelos projetos desenvolvidos.

A *visão* do plano resume os objetivos e princípios do TCA e sua *missão* representa o anseio de tornar realidade as metas propostas e amadurecidas desde a assinatura do Pacto:

No marco dos princípios consagrados no Tratado e em cumprimento aos mandatos das diferentes instâncias, fortalecer ou criar os mecanismos ou instrumentos técnicos e financeiros, bem como políticas comuns ou compatíveis, para tornar efetivos os processos de integração e desenvolvimento sustentável regional, fomentando a ativa participação dos países e dos atores regionais e locais na formulação e execução dos diferentes planos, programas e projetos, assim como na equitativa distribuição dos benefícios gerados, favorecendo a construção de sinergias que aumentem a capacidade de negociação do conjunto dos países em diferentes cenários globais de negociação dos temas de interesse regional.³¹

Os espaços de intervenção vislumbrados no Plano Estratégico são definidos a partir de quatro eixos estratégicos e seis áreas programáticas. Os eixos estratégicos são: Conservação e Uso Sustentável dos Recursos Naturais Renováveis; Gestão do Conhecimento e Intercâmbio Tecnológico; Integração e Competitividade Re-

29 Durante a VIII Reunião de MRE (set. 2004), decidiu-se realizar cinco reuniões ministeriais (comércio, desenvolvimento social, ciência e tecnologia, defesa, segurança) e uma reunião técnica (propriedade intelectual).

30 No Plano Estratégico 2004-2012, ficou previsto que a elaboração dos planos bianuais aconteceria a partir de 2005; nesses são inseridos os programas e projetos por executar e, articulação com o Plano Estratégico, duração, custos e fontes de financiamento.

31 ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA. *Plano Estratégico*. 2004-2012. Brasília: SP/OTCA, 2004. p. 19.

gional; Fortalecimento Institucional. E as áreas programáticas são as seguintes: Água; Florestas/Solos e Áreas Naturais Protegidas; Diversidade Biológica, Biotecnologia e Biocomércio; Ordenamento Territorial, Assentamentos Humanos e Assuntos Indígenas; Infraestrutura Social: Saúde e Educação; Infraestrutura de Transporte, Energia e Comunicações.

Além dos planos bianuais, são instrumentos operacionais o uso de sistemas de informação georreferenciada, a cooperação e/ou coordenação com outros atores e iniciativas regionais e a elaboração e publicação de informações e documentos.

6. EVOLUÇÃO NORMATIVA DA COOPERAÇÃO AMAZÔNICA

O Pacto Amazônico é um acordo-quadro e a OTCA não dispõe de órgãos dotados de autonomia para tomar decisões de caráter vinculante. Portanto, a expressão *evolução normativa* não é empregada no sentido de um conjunto de regras que compõem um “direito pan-amazônico”. Na verdade, busca-se, com a análise da evolução normativa, identificar os temas prioritários nos diálogos bilaterais e regionais, bem como acompanhar o modo como os Estados-membros buscaram destacar os princípios e objetivos do TCA.

Em virtude do número de países e de instrumentos bilaterais celebrados, optou-se por um recorte. Uma vez que o Brasil é o país que detém o maior naco da grande floresta tropical sul-americana e só não possui áreas limítrofes com o Equador, suas relações bilaterais com os demais países foram escolhidas na tentativa de se traçar um perfil das relações formais amazônicas.

No tocante aos aspectos institucionais, optou-se, principalmente, pelo exame das declarações elaboradas nas reuniões dos chefes de Estado. No entanto, buscaram-se, ainda, os boletins informativos da OTCA e, em caráter suplementar, atos das reuniões dos MRE e do CCA.

Os anos que sucederam à conclusão do TCA refletem seu aspecto secundário para os países contratantes. Na verdade, a primeira metade da década de 1980 é um momento de baixa produtividade e diálogo nos projetos de cooperação e integração na América do Sul. A crise da dívida externa e um grave processo inflacionário castigaram as economias latino-americanas.

No que concerne às principais iniciativas regionais, a Associação Latino-americana de Integração (ALADI) não foi capaz de fomentar o comércio como se esperava quando da assinatura do Tratado de Montevideo em 1980. Embora o Brasil tenha firmado um *Memorando de Entendimento* com o Grupo Andino, o Acordo de Cartagena também ficou estagnado e, em 1987, o Protocolo de Quito eliminou os prazos previstos para a instituição de uma união aduaneira entre os parceiros do Pacto Andino.

O Tratado de Cooperação Amazônica não ficou imune a esse período modorrento da diplomacia sul-americana. O entusiasmo cedeu lugar ao marasmo, os países se voltaram para dentro e priorizaram projetos mais próximos de seus principais centros produtivos. Assim, as fronteiras internacionais amazônicas, muito distantes das capitais e das áreas mais dinâmicas economicamente, perderam o prestígio que lhes conferira o passado recente³². Outro fator que contribuiu para o arrefecimento da diplomacia pan-amazônica foi a redução do temor da internacionalização da região³³.

A análise das relações de cada país-membro do TCA com os demais inflaria demasiadamente essa seção. Não obstante, discutem-se, brevemente, as relações bilaterais do Brasil com os demais países da Amazônia Pactual.

É nítida a predileção brasileira em seus diálogos com Bolívia e Peru no período anterior às negociações do TCA. Isso ocorre por razões óbvias. Próximo a esses dois países, o Brasil possui uma extensa zona de fronteira que foi objeto de intensos conflitos; a área limítrofe Brasil-Bolívia se estende por 3.423 km³⁴ e com o Peru a

32 A respeito dessa distância da Amazônia dos principais centros, Delfina Trinca Figuera comenta as relações entre Brasil e Venezuela: “Sin embargo, no es precisamente por su ‘lado amazónico’ que Venezuela mantiene históricamente relaciones con Brasil, aunque es por ese ‘lado’ que participa como país signatario del llamado ‘Tratado de Cooperación Amazónica’, suscrito hace 26 años en Brasília (1978). Con esse tratado se pretendía coordinar acciones sobre una región compartida: la Amazonia – en vez de vincular países –, entendiendo que la intención de las partes era – y es – la de reservarse el ejercicio de sus respectivas soberanías sobre la región; de allí que no contemplase ninguna disposición que permitiese la creación de una organización supranacional.” TRINCA FIGHERA, Delfina. Los desafíos de la globalización y la ocupación de la Amazonia: una visión desde Venezuela. In: LEMOS, Amalia Inés Geraiges; SILVEIRA, María Laura; ARROYO, Mónica (Org.). *Questões territoriais na América Latina*. Buenos Aires: CLACSO; São Paulo: USP, 2006. p. 210.

33 NUNES, Paulo Henrique Faria. Internacionalização da Amazônia: agentes e perspectivas. *Textos e Debates*, Boa Vista, v. 1, n. 27, p. 161-176, 2015.

34 A distância entre Brasília (DF) e Rio Branco (AC) é de 3.123 Km.

linha demarcatória alcança 2.995 km. Além disso, sobretudo no tocante à Bolívia, trata-se de uma área fronteira com maior densidade demográfica.

Antes das negociações do TCA os diálogos com Colômbia, Venezuela e Equador tinham uma posição secundária. As zonas fronteiriças do Brasil com os dois primeiros países ainda hoje constituem grandes vazios demográficos, embora possua um centro regional na tríplice fronteira Brasil-Colômbia-Peru, a cidade de Tabatinga³⁵ – contígua a Letícia³⁶, na Colômbia. O Equador não dispõe de áreas limítrofes com o Brasil, embora esteja na rota de um dos prováveis corredores de acesso ao Oceano Pacífico³⁷.

Com a Guiana e o Suriname, obviamente, o número de tratados é bem mais resumido. Em primeiro lugar, porque são Estados de emancipação recente; em segundo, porque a situação retratada no parágrafo anterior, referente a Colômbia e Venezuela, é ainda mais dramática.

Nota-se que, conquanto as relações com alguns países sejam prioritárias pelas mais diversas razões, há um “pacote” de acordos genéricos de temas variados firmados com a maioria dos parceiros: comércio, energia nuclear, medidas sanitárias, cooperação técnica e científica, recursos naturais e infraestrutura. Muitos desses temas são pertinentes ao Pacto Amazônico.

Na parte final da década de 1980 e nas décadas seguintes, as matérias preponderantes são entorpecentes, infraestrutura e energia, segurança e defesa, questões penais. Esses temas, entretanto, não são consequência

das discussões sob o amparo do Tratado de Cooperação Amazônica. O tráfico ilícito de entorpecentes e de pessoas, assim como problemas concernentes a crimes internacionais estiveram em evidência nas Nações Unidas no mesmo período. Alguns importantes instrumentos internacionais foram adotados sob os auspícios da Assembleia Geral da ONU nos anos 1980, 1990 e 2000: Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997), Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999), Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (2000), Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003). As mesmas questões estiveram presentes nas discussões de entidades regionais como Organização dos Estados Americanos, União Europeia e União Africana. Insiste-se, portanto, que o aumento de instrumentos aparentemente relacionados à Amazônia não é, necessariamente, fruto da evolução do TCA; seus membros estiveram atentos aos assuntos que ocuparam os principais fóruns internacionais e, naturalmente, estes foram inseridos nas relações bilaterais. Lista-se um conjunto de países com os quais o Brasil celebrou tratados sobre tráfico ilícito de entorpecentes no mesmo período: Paraguai (1988), Cuba (1994), Rússia (1994), África do Sul (1996), Espanha (1999), Romênia (1999), Líbano (2003), integrantes da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (1997).

No tocante à produção de normas dentro do arcabouço institucional do TCA, a década de 1980 é uma fase altamente improdutiva. A criação da UNAMAZ³⁸ (1987) e das primeiras comissões especiais (1988) é o primeiro sinal mais evidente do anseio de aproximar os objetivos do tratado da realidade. O período de inércia do Pacto Amazônico é interrompido em 1989, ano de realização da primeira Reunião de Presidentes³⁹.

35 A população estimada no fim de 2013 era de 58.314 (Fonte: BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE: cidades: Amazonas: Tabatinga. Brasília, [2016?]. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=355270>>).

36 A população estimada no fim de 2013 era de 40.673 (fonte: COLOMBIA. Departamento Administrativo Nacional de Estadística. *Demografía y población*. Bogotá, [2016?]. Disponible en: <<http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion>>).

37 Cf. AMAYO ZEVALOS, Enrique. La Amazonía y el Pacífico: la problemática de su vinculación a través de una carretera. In: PAVAN, Crodowaldo (Coord.). *Uma estratégia latino-americana para a Amazônia*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; São Paulo: Memorial, 1996. v.3. p. 142-151; BARA NETO, Pedro; SÁNCHEZ, Ricardo J.; WILMSMEIER. *Hacia un desarrollo sustentable e integrado de la Amazonía: los corredores de transporte en la cuenca amazónica central-occidental y sus afluentes principales en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. CEPAL: Santiago de Chile, 2006; VAN DIJCK, Pitou; DEN HAAK. *Construcción problemática: IIRSA y las asociaciones público-privadas en la infraestructura vial*. Amsterdam: CEDLA/UVA, 2007.

38 A UNAMAZ é uma rede de instituições de ensino superior dos países amazônicos voltada para a cooperação científica intelectual. A entidade não possui caráter intergovernamental e seu bom funcionamento depende, sobretudo, das políticas educacionais desenvolvidas nos países-membros da OTCA que, na maioria das vezes, deixa muito a desejar. A Secretaria-Executiva da UNAMAZ está instalada na cidade de Belém (Brasil)

39 Em 1989, criou-se o Parlamento Amazônico, sediado na capital peruana. Assim como a UNAMAZ, ele não dispõe de uma estrutura intergovernamental formal nem possui personalidade jurídica internacional.

Ao final do primeiro encontro presidencial, aprovou-se a *Declaração da Amazônia*, um texto sucinto – dividido em dez parágrafos – que reafirma alguns dos princípios elementares do TCA: soberania, conservação ambiental e cooperação. O documento apresenta uma redação em sintonia com o conceito de desenvolvimento sustentável, amplamente difundido com a publicação do *Relatório Brundtland* em 1986⁴⁰.

A primeira declaração presidencial destaca que a adoção de medidas de proteção do meio ambiente na Amazônia só é possível com a melhoria das condições econômicas e sociais de seus povos. Também chama a atenção para os problemas decorrentes da crise da dívida externa e para a disparidade entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. A Declaração da Amazônia ainda atribui parte da responsabilidade pela conservação da Amazônia aos Estados desenvolvidos, os quais deveriam promover ações de cooperação financeira e tecnológica. Um último ponto que merece ser ressaltado é a preocupação com a questão nuclear (proscrição das armas nucleares e uso da energia nuclear para fins exclusivamente pacíficos), com o desarmamento e com a transferência internacional de resíduos radioativos e tóxicos.

A segunda Reunião de Presidentes foi convocada no intuito de definir posições conjuntas que seriam discutidas na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)⁴¹. Dois documentos foram aprovados aos 11 de fevereiro de 1992: a Declaração de Manaus sobre a CNUMAD e o Documento de Posição Conjunta dos Países Amazônicos com Vistas à CNUMAD.

A declaração presidencial de 1992 reafirma e aprofunda muitos dos temas da sua antecessora: desenvolvimento sustentável; livre direito de utilização dos recursos naturais na consecução do bem-estar e do progresso; promoção da educação e da consciência ambiental; direitos dos povos indígenas e sua participação na formulação de políticas públicas; dívida externa. Todavia, o segundo documento apresenta uma redação

mais áspera em relação ao modelo econômico preponderante e ao papel dos países desenvolvidos. Os parágrafos 4 a 8 da Declaração representam bem a posição defendida pelos países amazônicos:

4. Reafirmamos nossa convicção que os padrões de produção, consumo e distribuição internacionais estão na raiz dos problemas de meio ambiente dos países em desenvolvimento, especialmente, a deterioração do ecossistema e a pobreza a que tem condenada a maioria dos seres humanos.

5. É reconhecida a maior responsabilidade dos países desenvolvidos na deterioração progressiva do meio ambiente, razão suficiente pela qual não podem pretender impor controles ecológicos e condicionantes aos países em desenvolvimento.

6. O subdesenvolvimento é, por sua vez, causa fundamental e grave efeito da deterioração do meio ambiente. Portanto, a solução dos problemas ambientais está estreitamente vinculada a uma nova atitude em relação à cooperação internacional, que se traduza na expansão dos recursos financeiros, no maior acesso a tecnologias, na ampliação dos fluxos comerciais e em medidas para resolver o problema da dívida externa.

7. Medidas internas de urgência serão insuficientes para eliminar a pobreza se não contam com o apoio da cooperação internacional baseada em novos princípios.

8. A superação da problemática atual do meio ambiente requer, ademais, um esforço consciente e decidido por parte dos Estados e dos indivíduos, que deverá transcender a simples lógica das forças do mercado.

Nota-se que a Declaração de Manaus sobre a CNUMAD prioriza, sobretudo, o *princípio da responsabilidade comum mas diferenciada* e o respeito à soberania.

A terceira Reunião de Presidentes da OTCA aconteceu em um contexto, aparentemente, semelhante ao da segunda. O encontro foi convocado pelo Brasil em outubro de 2009 para que fossem definidas posições conjuntas a serem apresentadas pelos países amazônicos na 15.^a Conferência das Nações Unidas sobre Mudança Climática (COP15), realizada entre os dias 7 e 18 de dezembro em Copenhague.⁴²

O encontro, realizado em Manaus, no dia 26 de novembro, também contou com a presença do presidente francês⁴³. Apesar de anteceder uma conferência global,

40 COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

41 Registra-se que pouco antes da realização da CNUMAD, no Rio de Janeiro, a Câmara dos Deputados deu início à Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a Internacionalização da Amazônia. O relatório final dessa CPI foi publicado no Diário da Câmara dos Deputados de 22 fev. 1994.

42 Encontros semelhantes relacionados à 10.^a Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica foram promovidos em 2010. Em novembro de 2011, aprovou-se a Declaração dos MRE da OTCA para a Conferência Rio + 20.

43 Na VIII reunião dos MRE, em 2004, aprovou-se a participação

assim como a cúpula presidencial de 1992, essa última foi marcada pela baixa presença dos chefes de Estado dos países participantes. Somente estiveram presentes Luís Inácio Lula da Silva (Brasil), Bharrat Jagdeo (Guiana) e Nicolás Sarkozy (França), de modo que a reunião perdeu muito de sua importância.

Assim como nas duas primeiras reuniões de líderes, aprovou-se, na terceira, um novo texto, a *Declaração dos Chefes de Estados sobre a Organização*. Embora o evento tenha fracassado parcialmente, é importante observar os principais elementos do documento.

A Declaração de 2009 atualiza alguns princípios e metas do TCA. No preâmbulo, reconhece-se a importância da cooperação entre os países amazônicos no fortalecimento da unidade sul-americana e associa-se a consecução do desenvolvimento sustentável na região a uma “administração integral, participativa, compartilhada e equitativa”.

As decisões adotadas na Declaração de 2009 são apresentadas em sete parágrafos e cobrem os seguintes temas: a) renovação e modernização do papel da OTCA; b) elaboração de uma nova Agenda Estratégica; c) fortalecimento da Secretaria Permanente; d) elaboração de um estudo pela Secretaria Permanente, em coordenação com os Estados-partes, para identificar possíveis fontes de financiamento nos próprios países, a fim de eliminar a dependência da OTCA de financiamentos externos⁴⁴; e) estabelecimento e reativação das Comissões Nacionais Permanentes.

de observadores nos trabalhos da OTCA. No ano seguinte, participaram da IX Reunião dos Chanceleres, na condição de observadores, representantes da França, da Comunidade Andina de Nações e da Corporação Andina de Fomento.

44 A captação de recursos juntamente a governos estrangeiros e organizações internacionais é uma constante nos documentos aprovados pelos órgãos da OTCA. Na Agenda para a VI Reunião de MRE (item 10 – Recursos Técnicos e Financeiros Internacionais), realizada em abril de 2000, reconhece-se, abertamente, a dependência financeira das ações do OTCA:

“Es una realidad que el Tratado de Cooperación Amazónica continuará dependiendo de recursos externos para la formulación y ejecución de proyectos, pues los respectivos países carecen de recursos para financiar tales proyectos, generalmente costosos. En este sentido, los Ministros pueden proponer estrategias de los Gobiernos que apoyen las solicitudes de la Secretaría, sea ésta Pro Tempore o Permanente. En este sentido, debe tomarse en cuenta que los proyectos sean de interés regional, tengan valor agregado y sean atractivos para las fuentes de financiamiento internacional. La reunión ministerial también debe ser propicia para expresar un público agradecimiento a todos aquellos países que han contribuido con recursos financieros o técnicos a consolidar los trabajos en el marco del Tratado.”

Estabeleceu-se que a Agenda Estratégica deveria incluir ações de curto, médio e longo prazo e ser orientada por dois princípios fundamentais: “redução das assimetrias regionais”; e “adoção de alternativas econômicas complementares e solidárias para o aproveitamento sustentável e racional da biodiversidade e outros recursos amazônicos para melhorar a qualidade de vida da população local, lograr o desenvolvimento global e o crescimento econômico” (parágrafo 3). Constituem metas a serem incluídas na Agenda Estratégica: visão integral da cooperação regional amazônica; proteção das florestas e da biodiversidade por meio de ações destinadas à redução do desmatamento, ao aproveitamento racional e sustentável e à captação de recursos que assegurem a implementação de tais medidas; fortalecimento institucional e político dos povos indígenas e tribais e seu consequente desenvolvimento; proteção, gestão e preservação dos recursos hídricos com vistas à segurança de seus ecossistemas; segurança alimentar; saúde; fomento do ecoturismo; desenvolvimento científico e tecnológico com respeito ao conhecimento tradicional; prosseguimento das negociações realizadas pela SP sobre temas centrais para a cooperação amazônica (mudança climática, biodiversidade, florestas); incorporação das Reuniões Ministeriais Setoriais – a exemplo das reuniões de Ministros de Saúde e de Proteção Social e de Ministros de Defesa, realizadas em 2006 – às ações da Agenda Estratégica⁴⁵.

No que diz respeito às populações tradicionais, nota-se a influência da Convenção 169 da OIT (1989), visto que foi empregada a expressão “povos indígenas e tribais”. Reconhece-se, portanto, a necessidade de proteção não só dos povos indígenas, mas também de grupos formados por indivíduos que não pertenciam originalmente à região amazônica tais como os quilombolas.

Outro ponto relevante na terceira declaração presidencial é o reconhecimento da necessidade de emancipar as ações de cooperação na Amazônia da captação de recursos de fora da região. A dependência do financiamento externo⁴⁶ tem sido uma constante das atividades

45 A Agenda Estratégica foi aprovada na X Reunião dos MRE (Lima, nov. 2010). Para informações mais detalhadas e atualizadas, consultar o sítio oficial da OTCA: <<http://www.otca.info>>.

46 No Plano Estratégico 2004-2012, ficou previsto que, além das contribuições dos Estados-partes, a OTCA poderia administrar outras fontes de financiamento. Idealizou-se à época a criação de um fundo que garantiria a execução das atividades e projetos da organização, no entanto as dificuldades financeiras permanecem um desafio a ser superado.

Na VI Reunião de MRE, (Caracas, abril de 2000), foi aprovado

da OTCA, o que prejudica o dinamismo da entidade⁴⁷.

O momento de elaboração da terceira declaração presidencial é marcado por uma grave crise econômica mundial, considerada a pior desde 1929. Apesar da instabilidade, o Brasil obteve à época uma significativa projeção mundial, afirmou-se como um dos pontos de maior solidez da América Latina e chegou a contribuir para o Fundo Monetário Internacional. Inferiu-se que a questão da captação de recursos nos próprios países amazônicos pode ser, ao mesmo tempo, uma cobrança por parte dos países de menor desenvolvimento e uma forma do governo brasileiro dar continuidade à valorização de sua imagem no âmbito regional. Resta saber se as intenções vão se converter efetivamente em medidas concretas.

7. ANÁLISE CRÍTICA DA EVOLUÇÃO NORMATIVA E INSTITUCIONAL

Nas sociedades humanas, normalmente, um sistema normativo surge e se consolida antes ou junto com o desenvolvimento da estrutura organizacional. Na OTCA existe uma lógica inversa: diante da ausência de um marco normativo eficiente, investe-se no fortalecimento da estrutura institucional. Questiona-se, contudo, se a expansão da burocracia pan-amazônica sem um marco normativo satisfatório gere bons resultados.

um orçamento anual de US\$ 1.139.600,00 para a instalação e manutenção da SP. O quinhão de responsabilidade de cada Estado não foi proporcional ao seu território, mas à capacidade contributiva. Para compor o montante referido, os Estados contribuíram com os seguintes valores: Bolívia e Equador: US\$ 74.074,00 (6,5%); Brasil: US\$ 398.860,00 (35%); Colômbia, Peru e Venezuela: US\$ 182.336,00; Guiana e Suriname: US\$ 22.792,00 (2%). De maio de 2004 a setembro de 2005, a SP administrou um orçamento de US\$ 1.218.193,64. No mesmo período, a captação de recursos provenientes de organismos intergovernamentais foi superior ao orçamento da OTCA, o que evidencia a dependência do financiamento externo: US\$ 380.000,00 (FAO); US\$ 700.000,00 (Global Environment Fund – GEF); US\$ 200.000,00 (UNCTAD); US\$ 1.900.000,00 (BID). Os dados foram colhidos in AMAZON COOPERATION TREATY ORGANIZATION. *Integrating the Continental Amazon: management report: may 2004 to october 2005*. Brasília: PS/ACTO, 2005.

⁴⁷ Argemiro Procópio tem sido uma das principais vozes a criticar o pouco comprometimento dos Estados-partes com a OTCA. Cf. PROCÓPIO, Argemiro. *Subdesenvolvimento sustentável: segurança alimentar, segurança ambiental, agronegócio, segurança energética, segurança humana, política internacional*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009; PROCÓPIO, Argemiro. *Destino amazônico: devastação nos oito países da Hileia*. São Paulo: Hucitec, 2005.

Ao se analisar a evolução do sistema de cooperação amazônica – antes somente um tratado, hoje uma organização internacional – nota-se que os avanços são mais retóricos do que práticos, mesmo após a criação da OTCA. Cita-se, por exemplo, a proposta do Peru de negociação de uma *Carta Amazônica*, apresentada durante a IX Reunião dos MRE (novembro de 2005). Desde então, várias reuniões do CCA e dos MRE, ordinárias e extraordinárias, já discutiram o tema; no entanto, pouco se realizou em termos práticos.

Conforme registrado anteriormente, os anos que se seguiram à entrada em vigor do Pacto foram marcados pela inércia do regime de cooperação. No fim da década de 1980, esse ambiente sofreu profundas alterações, todavia deve-se fazer um importante questionamento: quais as razões para o relançamento do TCA, cujo marco maior foi a primeira cúpula presidencial em 1989? A reconstrução do modelo democrático em muitos dos países sul-americanos contribuiu, mas não pode ser apontada como o principal fator. Os diálogos que levariam à criação do MERCOSUL e as conversações no âmbito da CAN também são elementos importantes mas não devem ser sobrevalorizados.

A negociação e a assinatura do TCA foi um movimento mais reativo do que propositivo. O relançamento do projeto de cooperação amazônica, embora acompanhado de uma revisão crítica do quadro institucional, foi igualmente reativo. No fim dos anos 1980, a questão ecológica estava na ordem do dia dos principais foros internacionais e em dezembro de 1989 convocou-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)⁴⁸. Algumas medidas importantes foram adotadas, a exemplo da criação da UNAMAZ e do Parlamento Amazônico; todavia essas iniciativas não receberam o devido cuidado das autoridades governamentais, sobretudo a primeira. Desde o estabelecimento da OTCA, são constantes os apelos pela “reativação” dessas duas instituições.

Os problemas ambientais e a Amazônia, em especial, também alcançaram os meios de comunicação de massa e foram difundidos mundialmente. O assassinato do líder seringueiro Chico Mendes em dezembro de 1988 e as lutas pela demarcação das terras dos índios Yanomâmi⁴⁹ – dispersos em áreas pertencentes a Brasil e Vene-

⁴⁸ Resolução 44 (XLIV) da Assembleia Geral da ONU.

⁴⁹ Sobre a questão Yanomâmi, cf. BARAZAL, Neusa Romero. *Yanomami: um povo em luta pelos direitos humanos*. São Paulo:

zuela – e Caiapó⁵⁰ tiveram um papel relevante na nova onda de percepção global dos problemas amazônicos. O cacique caiapó Raoni Metuktire visitou vários países europeus, acompanhado do artista britânico Sting, em uma campanha contra a invasão de áreas indígenas e ganhou notoriedade mundial. Embora Cubatão – cidade brasileira localizada no Estado de São Paulo – tenha sido considerada a cidade mais poluída do mundo, as atenções se voltavam cada vez mais para a Floresta Tropical.

A segunda cúpula presidencial, realizada em fevereiro de 1992, deixa evidente o caráter reativo do relançamento do TCA. Afinal de contas, o propósito aberto do encontro era a elaboração de um documento para definir posições conjuntas dos Estados-partes a serem apresentadas na CNUMAD.

Nos anos 1990, embora o Brasil tenha sido país-sede da Cúpula da Terra, os projetos sul-americanos prioritários estavam mais voltados para o fortalecimento do comércio regional. MERCOSUL e CAN passaram a ser vistos como possíveis barricadas contra as investidas da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA)⁵¹. Assim, os países sul-americanos investiram na ampliação do comércio com os vizinhos do subcontinente; igualmente, as relações com a União Europeia se converteram em uma alternativa à proposta norte-americana de uma zona de livre comércio pan-americana⁵².

Outros aspectos da década de 1990 merecem ser ressaltados: a luta por investimentos estrangeiros, a redução da máquina estatal, os esforços por controle da inflação e estabilização monetária⁵³. Dentre os instrumentos dos quais os Estados lançaram mão, citam-se as privatizações de companhias estatais e as políticas de

incentivo às exportações – em grande parte calcadas no agronegócio e no setor mineral.

Com a instalação da Secretaria Permanente em Brasília, esperava-se um maior dinamismo das relações amazônicas. É certo que, logo após a criação da OTCA, diversas iniciativas foram tomadas e/ou apoiadas pela SP/OTCA e firmaram-se vários entendimentos com outros organismos internacionais como os citados a seguir: acordo de cooperação financeira firmado com a FAO para o estabelecimento de indicadores de sustentabilidade da Floresta Amazônica (25 mai. 2004); acordo sobre intercâmbio de informação e cooperação, firmado com o Comitê da Bacia do Prata (30 ago. 2004); Memorando de Entendimento OTCA-CAN sobre programa conjunto na área de recursos hídricos, florestas e biodiversidade (29 set. 2004); Memorando de entendimento, firmado com a Coordenação das Organizações Indígenas da Bacia Amazônica – COICA (25 out. 2004); acordo de cooperação com a Organização Pan-Americana de Saúde (fev. 2005); memorando de entendimento com a União Mundial para a Conservação da Natureza – UICN (19 jun. 2006); Programa de Desenvolvimento Sustentável da Floresta Amazônica; Programa OTCA Biodiversidade; discussões sobre a criação de um Fundo Solidário do Desenvolvimento Sustentável Amazônico; proposta de um Plano de Ação para a Cooperação Regional sobre Contaminação por Mercúrio na Amazônia; Manejo Integrado e Sustentável dos Recursos Hídricos Transfronteiriços na Bacia do Rio Amazonas; Iniciativa Amazônica para a Conservação e Uso Sustentável dos Recursos Naturais.

A assinatura do Protocolo de Emenda ao TCA em dezembro de 1998, conquanto represente uma evolução institucional, não pode ser interpretada sem que se tenha em mente a evolução normativa do direito ambiental internacional⁵⁴. O Protocolo de Quioto, complementar à Convenção das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, foi concluído em onze de dezembro de 1997. A adoção do Protocolo sobre Biossegurança ocorreu na cidade colombiana de Cartagena em 29 de janeiro de 2000. A continuidade das discussões e do trabalho de aperfeiçoamento das normas internacionais sobre mudança climática, biodiversidade e proteção das florestas certamente exerceram influência na criação da OTCA.

EDUSP, 2001; BARRETO, Carlos Alberto Lima Menna. *A farsa Ianomâmi*. Rio de Janeiro: Bibliex, 1995. A questão Ianomâmi ainda hoje gera debates e opiniões conflitantes, por isso foram indicadas intencionalmente referências antagônicas.

50 MENEZES, Maria Lúcia Pires de. *Parque Indígena do Xingú*. a construção de um território estatal. São Paulo: IMESP, 2000.

51 BAUMANN, Renato (Org.). *A Alca e o Brasil*: uma contribuição ao debate. Brasília: IPEA; CEPAL, 2003; ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon; OLIVEIRA, Enrique Altemani (Org.). *Relações internacionais e sua construção jurídica: a ALCA e os blocos internacionais*. São Paulo: FTD, 1998.

52 SANTANDER, Sebastián. *Le régionalisme sud-américain, l'Union Européenne et les États-Unis*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008; SILVA, André Luiz Reis da. *Do otimismo liberal à globalização assimétrica*: a política externa do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). Curitiba: Juruá, 2009.

53 GAMBIAI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org.). *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.

54 HUNTER, David; SALZMAN, James E.; ZAELKE, Durnwood. *International environmental law & policy*. New York: Foundation Press, 1998; SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente*: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

O Plano Estratégico 2004-2012 não ignora “um grande potencial para os projetos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, conforme os acordos adotados pela Conferência das Partes do Convênio Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática e o Protocolo de Kyoto”⁵⁵ e recomenda a

[...] a formulação e adoção de uma Estratégia Regional Amazônica da Biodiversidade, que contribua para a criação de mecanismos e instrumentos comuns para o desenvolvimento sustentável da região e para a construção de posições articuladas frente aos diversos fóruns de negociação internacional, que seja complementar a outras estratégias sub-regionais como a adotada pelos países andinos, por meio da Decisão 523 do Conselho Andino de Ministros das Relações Exteriores, mas com foco nos interesses dos oito Países Membros da OTCA.

Uma política pan-amazônica sobre a biodiversidade é, decerto, questão vital para a região e representa uma iniciativa mais do que louvável. No entanto, percebe-se um arrefecimento desses importantes debates à medida que as conferências de âmbito global se tornam mais distantes. Nota-se uma continuidade nos documentos e declarações aprovados nas reuniões dos órgãos da entidade, mas, insiste-se novamente, a retórica se sobrepõe às medidas pragmáticas. A cada reunião, levanta-se a lona e arma-se o picadeiro; alguns artistas são substituídos, outros usam uma nova maquiagem e, ao final, a encenação é quase sempre a mesma.

No tocante aos acordos bilaterais e multilaterais firmados entre os Estados-membros da OTCA, nota-se um avanço. Porém, interesses conflitantes prejudicam a definição de políticas conjuntas assim como a construção e a aplicação de um modelo de desenvolvimento sustentável. Esses conflitos estão relacionados a temas delicados como energia, narcotráfico, segurança transfronteiriça e defesa.

Os diálogos sobre recursos energéticos devem ser analisados com cautela: de um lado favorecem a aproximação; de outro, são um ponto de atrito. O Brasil tem buscado parcerias no campo energético, mormente com Bolívia e Venezuela – membros do Foro de Países Exportadores de Gás (GECF – *Gas Exporting Forum Countries*⁵⁶). Todavia, a política energética brasileira não se resume a estabelecer alianças para a aquisição de

gás e petróleo; ao Brasil interessa aumentar o consumo e o mercado dos biocombustíveis⁵⁷ e para isso busca alianças dentro e fora do subcontinente mediante a assinatura de instrumentos bilaterais⁵⁸. Dentre esses atos citam-se: com a Índia, o Memorando de Entendimento referente à Cooperação Tecnológica na área de Mistura de Etanol (8 de abril de 2002); com a Guiana, o Protocolo de Intenções para a Produção e Uso de Etanol Combustível (12 de setembro de 2005); com a França, a Declaração sobre Biocombustíveis (25 de maio de 2006); com os EUA, o Memorando de Entendimento para avançar a Cooperação em Biocombustíveis (9 de março de 2007); com Moçambique, o Memorando de Entendimento na área de Biocombustíveis (6 set. 2007); com a China, o Protocolo sobre Cooperação em Energia e Mineração (19 de fevereiro de 2009).

O uso dos biocombustíveis sofreu oposição, principalmente, da Venezuela⁵⁹. Quando da realização da I Cúpula Energética Sul-americana (Isla Marguerita, abril de 2007), os dois países expuseram opiniões divergentes sobre o assunto. Um dos argumentos contra essa matriz é a possibilidade de aumento do preço dos alimentos e o agravamento do problema da fome em virtude da substituição do cultivo de gêneros alimentícios por espécies destinadas à produção de etanol e/ou biodiesel.

Sob o marco da Alternativa Bolivariana para os Povos de Nossa América (ALBA), firmou-se um Tratado Energético em 29 de abril de 2007. O desenvolvi-

57 Normalmente o interesse internacional nos combustíveis renováveis aumenta quando o preço do petróleo atinge índices preocupantes. Em função dessa instabilidade, nem sempre os projetos e parcerias buscados pelo governo brasileiro têm a continuidade esperada. No fim de janeiro de 2010, o Ministro da Agricultura – Reinhold Stephanes – se queixou dos discursos que associam os biocombustíveis a preocupações ambientais: “É a maior hipocrisia. Quando o barril de petróleo estava a US\$ 140, recebia aqui no ministério pelo menos uma missão internacional por semana. Pelo menos metade dos países da União Europeia se interessaram pelo etanol brasileiro e vieram conhecê-lo.” Cf. <http://www.opopular.com.br/arquivo/31jan2010/economia/7298-tarifa_de_importacao_deve_cair.html>.

58 INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Biofuels for transport: an international perspective*. Paris: OECD/IEA, 2005.

59 Cf. ARRIAGADA, Genaro. *Petropolitics in Latin America: a review of energy policy and regional relations*. *Inter-american Dialogue*, Washington, Dec. 2006; HERNÁNDEZ-BARBARITO, Maria A. A integração energética da América Latina e Caribe. *DEP: Diplomacia, estratégia e política*, Brasília, n. 9, p. 233-251, jan./mar. 2009; RECONDO, David. *Pétrodollars et politiques sociales*. In: COMPAGNON, Olivier; REBOTIER, Julien; REVET, Sandrine (Dir.). *Le Venezuela au-delà du mythe*. Chávez, la démocratie, le changement social. Paris: Les Éditions de l'Atelier, 2009. p. 45-57.

55 ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA. *Plano Estratégico: 2004-2012*. Brasília: SP/OTCA, 2004. p. 26.

56 Cf. [sítio oficial: <www.gecforum.org>](http://www.gecforum.org).

mento de fontes alternativas de energia está incluído nos objetivos do documento, mas os biocombustíveis não são mencionados expressamente. O § 4.º do art. II dispõe que os Estados-partes “desenvolverão projetos conjuntos e linhas de investigação para o estímulo do uso de todas as alternativas disponíveis em seus territórios, tais como: geotermia, minicentrals hidroelétricas, energia eólica, energia solar etc.”. O texto não condena os biocombustíveis, mas não se atreve a mencioná-los abertamente... em vez disso, optou-se por um diplomático “etc.”. Entretanto, o tom do discurso mudou posteriormente, ao ponto de documentos oficiais condenarem abertamente o uso da bioenergia, a exemplo do parágrafo 16 da Declaração da VII Cúpula da ALBA (2009): “El uso irracional de alimentos para producir biocombustibles es una práctica que contribuye a la crisis alimentaria, incrementa la pobreza, reduce las áreas forestales y la cantidad de tierra para satisfacer las necesidades de alimentos, encarece el precio de éstos e incrementa el uso indiscriminado del agua”.

A atuação das Comissões Nacionais Permanentes (CNP) do TCA é outro problema a ser superado. Normalmente as comissões são reféns da vontade dos governantes, fato que compromete uma *performance* contínua e adequada. No Brasil, particularmente, existe uma confusão na formulação de políticas para a Amazônia Legal e para as ações da OTCA. Em outubro de 1993, o Ministério do Meio Ambiente foi transformado em “Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal”⁶⁰. Dentre os órgãos da nova estrutura encontra-se o Conselho Nacional da Amazônia Legal (CONAMAZ). Em

novembro de 2002, instituiu-se a CNP brasileira. Os ministérios que possuem representantes na CNP também estão representados no CONAMAZ; os Estados federados que compreendem a Amazônia Legal compõem o segundo e podem ter representantes convidados no primeiro. Poder-se-ia alegar que um órgão tem vocação interna e o outro é dedicado a questões transfronteiriças, todavia os Estados-membros podem atribuir às CNP funções que vão além daquelas ligadas diretamente ao TCA⁶¹.

A principal medida adotada pelo CONAMAZ foi a aprovação da Política Nacional Integrada para a Amazônia Legal⁶², por meio da Resolução n. 4 (14 de julho 1995)⁶³. Esse documento demonstra uma clara sintonia da política nacional com os objetivos do TCA em diversas oportunidades. Lê-se, por exemplo, no item n. 2 da sua *Concepção Básica*: “[...] delinea-se a estruturação de um Projeto Amazônico que, além dos efeitos internos previstos, facilitará a integração crescente do Brasil com os demais países amazônicos e o ajudará a enfrentar o desafio de definir um novo e melhor padrão de inserção no sistema mundial – resguardada, sempre, a soberania nacional”⁶⁴.

61 V. o art. XXIII do TCA.

62 A Política Nacional Integrada para a Amazônia Legal (PNIAL) representa, ao mesmo tempo, um marco na mudança e na continuidade da formulação de políticas para a Amazônia brasileira. Importante mudança é o fato de ter sido o documento elaborado com o apoio de uma equipe de consultores desvinculados das Forças Armadas, embora dentre os nomes que integraram a equipe de consultores estivessem renomados especialistas e estudiosos da geopolítica brasileiros (Armando Dias Mendes – UFPa, Berta Becker – UFRJ, Wanderley Messias da Costa – USP, Hamilton Tolosa – IPEA); também atuaram como consultores representantes de outros segmentos da sociedade civil como Raimundo Caramuru (filósofo e teólogo) e Raimar S. Aguiar (Federação das Indústrias do Estado do Amazonas – FIEAM). Conquanto a PNIAL tenha sido aprovada por um governo civil, muitos elementos dos projetos gerados por pensadores militares estão presentes, de modo que se percebe não uma completa ruptura mas uma adaptação dos planos castrenses ao novo ambiente político. Integração física regional e continental, crescimento econômico, construção de usinas hidrelétricas, aumento da presença do Estado na faixa de fronteira são elementos presentes nos planos militares e na PNIAL. Ressalta-se também nessa continuidade a atuação do embaixador Rubens Ricupero, principal negociador do TCA por parte do Brasil, que esteve à frente do Ministério do Meio Ambiente, de dezembro de 1993 a abril de 1994, e do Ministério da Fazenda, de abril a setembro de 1994.

63 BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. *Política nacional integrada para a Amazônia legal*. Brasília: CONAMAZ, 1995.

64 BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, DOS RECURSOS HÍDRICOS E DA AMAZÔNIA LEGAL. *Política nacional integrada para a Amazônia legal*. Brasília: CONAMAZ, 1995. p. 15. Cf.

60 Essa transformação foi promovida por meio da Medida Provisória n. 370 (11 nov. 1993), posteriormente convertida em lei (Lei 8.746 de 9 de dezembro de 1993). O Decreto 1541/1995 regulamenta o CONAMAZ, cujas competências fundamentais são: “I - assessorar o Presidente da República na formulação e no acompanhamento da implantação da política nacional integrada para a Amazônia Legal; II - coordenar e articular as ações da política nacional integrada para a Amazônia Legal, em conjunto com os governos estaduais e municipais, considerando as dimensões sociais e econômicas, garantindo o desenvolvimento sustentável, a proteção e preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida das populações; III - coordenar e harmonizar as ações dos órgãos federais voltadas para a execução da política nacional integrada para a Amazônia Legal; IV - articular ações para a implementação dessa política, de forma a atender a situações que exijam providências especiais ou de caráter emergencial; V - acompanhar a implementação da política nacional integrada para a Amazônia Legal no âmbito federal; VI - opinar sobre projetos de lei relativos à ação do Governo Federal na Amazônia Legal; VII - deliberar e propor medidas sobre situações e fatos que exijam imediata e coordenada ação do Governo Federal” (art. 1.º).

Apesar da existência de dois órgãos, tanto um quanto outro exibe uma ação pouco dinâmica⁶⁵. Seria mais coerente investir em uma estrutura político-administrativa mais leve e eficiente, mas, em vez disso, propôs-se a criação de um Ministério da Amazônia Legal⁶⁶.

As intenções apresentadas nas discussões que antecedem o estabelecimento de órgãos e projetos nacionais e intergovernamentais são positivas. Contudo, na maioria das vezes, elas não saem do papel. Uma leitura detalhada dos principais documentos aprovados nas reuniões do CCA ou nas reuniões de MRE revela que expressões como “ações concretas”, “projetos concretos”, “medidas efetivas”, “tornar realidade” são constantemente repetidas, o que demonstra a dificuldade dos Estados-membros no alcançar dos objetivos propostos.

Em relação à sua função no contexto regional, a OTCA passa por uma crise de identidade. Nesse emaranhado de conferências, declarações e siglas que compõem as relações sul-americanas, o que ela representa exatamente para seus países-membros? A conciliação de desenvolvimento e preservação ambiental se tornou lugar-comum nos documentos aprovados no seio dos dois principais projetos de integração do subcontinente (MERCOSUL e CAN); e o mesmo pode ser dito em relação à UNASUL. Ao se fazer uma análise comparada do período que antecede a assinatura do TCA e do seu Protocolo de Emenda, duas décadas depois, percebe-se que a cooperação amazônica tende a ser colocada na ordem do dia do governo brasileiro quando suas relações com os vizinhos do Cone Sul sofrem algum abalo. Foi assim quando das discussões relativas à construção da barragem de Itaipu na década de 1970; no fim dos anos 1990, o MERCOSUL passava por uma grave crise e a OTCA, mesmo que indiretamente, contribuiu para a

também o item n. 6 da Conceção Básica e o item 10 das Diretrizes Gerais.

65 Em maio de 2008, o senador Tião Viana – membro do mesmo partido do Presidente da República, representante do Acre, Estado localizado na porção mais ocidental da Amazônia brasileira – defendeu na tribuna do Senado a reativação do CONAMAZ. O parlamentar reclamou da ausência de políticas públicas para a Amazônia, fato que contribui para o questionamento da capacidade gerencial do país e para o surgimento de discursos sobre a internacionalização da área (Cf. Diário do Senado Federal, 20 mai. 2008).

Em 1999 o senador Jefferson Peres, representante do Amazonas, já havia feito questionamentos semelhantes na tribuna do Senado Federal.

66 Em 2 de agosto de 2005, o Senador Valdir Raupp apresentou o Projeto de Lei 264, que autoriza a criação do Ministério da Amazônia.

aproximação do Brasil com os países da CAN, de modo que houve um favorecimento ao ambiente necessário à realização da primeira Cúpula Sul-americana em 2000⁶⁷.

Segurança e defesa são temas discutidos prioritariamente na UNASUL, embora cooperação regional e soberania sejam princípios norteadores da iniciativa pan-amazônica⁶⁸. A discussão de problemas e tensões entre os países da Amazônia Pactual no âmbito da UNASUL – a exemplo dos atritos de Colômbia com Venezuela e Equador e do uso de instalações militares colombianas pelos EUA – acaba por relegar à OTCA uma importância secundária.

A integração física sul-americana também dispõe de um foro específico, a Iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional Sul-americana (IIRSA).

Chama-se a atenção para o fato que integração física, complementação econômica e um foro para discutir a defesa da integridade da Amazônia eram assuntos que apareciam no Anteprojeto do TCA, porém foram suprimidos ou mitigados no decorrer das negociações⁶⁹. A IIRSA, os diálogos entre MERCOSUL e CAN e o Conselho de Defesa Sul-americano demonstram que o governo brasileiro conseguiu a reinserção de tais matérias nas suas relações regionais.

Constata-se, portanto, que os diversos projetos de cooperação e integração sul-americanos começam a sufocar uns aos outros e que possuem agendas coincidentes e concorrentes. Para o Brasil, principal potência amazônica, a OTCA serve de instrumento geopolítico regional e global, pois reforça sua capacidade de manobra perante os países das bacias Platina e Amazônica e se revela um bom argumento contra as pressões motivadas na inaptidão dos Estados da Hileia para implementar uma política socioambiental eficiente.

As ações da SP/OTCA ainda são dependentes do auxílio financeiro externo; formalmente os países exer-

67 “De fato, a crise no Mercosul começou com a desvalorização do real diante do dólar, em janeiro de 1999. Com o peso atrelado ao dólar, a Argentina viu suas vendas para o Brasil caírem. Pediu medidas do Governo brasileiro para compensar o desequilíbrio e não foi atendida. Daí em diante, criou empecilhos às exportações brasileiras”. SILVA, André Luiz Reis da. *Do otimismo liberal à globalização assimétrica: a política externa do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002)*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 155.

68 CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; GARAY VERA, Cristián; CAYÓN PEÑA, Juan (Org.). *Segurança e defesa na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2009.

69 Cf. os artigos VIII, IX, X e XII do Anteprojeto do TCA.

cem soberania sobre seus respectivos territórios e recursos naturais, mas grande parte dos empreendimentos mineiros e dos registros de patentes na Pan-Amazônia são realizados por sucursais de grupos estrangeiros. O Pacto Amazônico prioriza a colaboração com órgãos latino-americanos (art. XV), mas as ações realizadas sob o marco do TCA são, muitas vezes, dependentes de auxílio financeiro de países e organismos não pertencentes à América Latina (GEF, UNCTAD, FAO).

O Brasil dispõe do Fundo Amazônia⁷⁰, vinculado ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Esse fundo – criado por meio do Decreto 6.527, de 1.º mai. 2008 – é constituído de doações e se destina a “ações de prevenção, monitoramento e combate ao desmatamento e de promoção da conservação e do uso sustentável no bioma amazônico” (art. 1.º, *caput*). Espera-se que uma parte considerável dessas doações seja proveniente de governos estrangeiros⁷¹.

A falta de continuidade dos diálogos e das ações de proteção e de utilização ambientalmente correta dos recursos naturais revela a dificuldade de implementação e atualização da cooperação amazônica. Afirmou-se, mais de uma vez neste trabalho, que, quando as pressões internacionais pela conservação da Floresta Tropical – bem como as propostas de internacionalização – diminuem, o Tratado de Cooperação Amazônica tende a cair no esquecimento. Todavia, as estratégias de apropriação da Amazônia desenvolvidas por agentes externos não passam por um processo de arrefecimento; na verdade, os instrumentos mais aparentes são substituídos e o *slogan* “Patrimônio Comum da Humanidade” deixa de ser repetido tão frequentemente, mas as incursões estrangeiras continuam.

O modo como cada Estado recorre à questão ambiental e indígena como meio de projeção e de busca de apoio no cenário mundial é outro ponto controverso nas relações pan-amazônicas. Em abril de 2010, o presidente da Guiana – Bharrat Jagdeo – recebeu um dos seis *Champion of the Earth Awards* do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. A premiação poderia ser algo que daria respaldo à diplomacia pan-amazônica; não obstante, a proposta da Guiana de submeter parte

da sua floresta tropical ao controle de uma entidade governamental em novembro de 2007, bem como o litígio territorial com a Venezuela, são fatos que comprometem um apoio explícito por parte dos vizinhos. O silêncio das agências de notícias da maior parte dos países amazônicos diante do reconhecimento do presidente da Guiana é um indício razoável da disputa velada entre os membros da OTCA.

A cooperação pan-amazônica é um tema que possibilita inúmeros debates e propostas de interesse dos países em desenvolvimento. Os países da região, à época da negociação do TCA, poderiam ter contribuído positivamente com abordagens originais para o direito internacional^{72,73}. No entanto, nota-se um descompasso entre a intenção dos idealizadores do TCA e outras *Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional* (TWAIL – Third World Approaches to International Law) a ele contemporâneas.

Muitas dessas abordagens estão relacionadas a discursos libertários ou anti-imperialistas e buscam legitimidade na autodeterminação dos povos, no direito ao desenvolvimento ou no princípio da responsabilidade comum mas diferenciada. Os governos amazônicos refulavam a relação colonial entre Estados, mas a toleravam – mesmo que não abertamente – entre povos ou entre classes sociais internamente. Assim, as questões ambientais e indígenas ficaram mais restritas ao domínio retórico.

Duas áreas estratégicas que a OTCA deveria priorizar são o desenvolvimento científico e a definição de políticas de garantia de preço mínimo para os produtos amazônicos (madeira, minérios, produtos derivados do extrativismo e seus derivados), preferencialmente com a industrialização dos mesmos pois isso permitiria elevar o número e a qualidade dos empregos gerados. Para isso, contudo, seria necessário um intenso processo de criação e valorização de universidades e institutos de pesquisa científica e um minucioso inventário dos recursos naturais. A rica biodiversidade amazônica poderia, dentre outras possibilidades, alavancar uma indústria farmacêutica regional forte.

70 Cf. [sítio oficial: <www.fundoamazonia.gov.br>](http://www.fundoamazonia.gov.br).

71 Até meados de 2014 as doações do Fundo Amazônia foram provenientes da Petrobras, Noruega e Alemanha. Cf.: http://www.fundoamazonia.gov.br/FundoAmazonia/fam/site_pt/Esquerdo/Doacoes/.

72 FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 226-244, 2015.

73 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p.338-354, 2015.

No Brasil, quando da realização dos trabalhos do Projeto de Validação de 15 Indicadores Priorizados de Sustentabilidade da Floresta Amazônica (Processo de Tarapoto⁷⁴), quatro indicadores não foram validados, inclusive o de número 5: Investimentos em pesquisa, educação e transferência de tecnologia. Dentre as razões apresentadas pelo Ministério do Meio Ambiente, lê-se que “os orçamentos da União e Estados não possuem informações desagregadas no nível necessário para a validação deste indicador”⁷⁵. É preocupante que as autoridades nacionais, mormente as brasileiras, não se posicionem e priorizem ações que garantam o exercício da soberania sobre a Amazônia mediante o desenvolvimento científico nacional. É certo que, no Brasil, as agências governamentais ainda permanecem como os principais financiadores; contudo, os investimentos são muito tímidos para um país com uma população de mais de duzentos milhões de habitantes e que se mantém entre as maiores economias do mundo.

Além disso, as nações amazônicas teriam condição de influenciar a política de preços de recursos minerais abundantes em seus territórios e escassos em outras regiões⁷⁶. Portanto, a experiência das organizações internacionais de países exportadores de matérias-primas e de produtos específicos, das quais vários membros da OTCA participam, deve ser adaptada à realidade e aos recursos da Amazônia.

74 O desenvolvimento de um processo para a definição de indicadores de sustentabilidade da Amazônia teve início na cidade de Tarapoto (Peru) em fevereiro de 1995. Na IX reunião do CCA (out. 1998), aprovou-se uma resolução por meio da qual se recomendou à SPT/TCA organizar uma segunda reunião em Tarapoto, a qual foi realizada em junho de 2001. Dos 77 indicadores enumerados nos trabalhos iniciais, escolheram-se 15 como prioritários e decidiu-se que os mesmos deveriam passar por um processo de validação. O Projeto de Validação de 15 Indicadores Priorizados de Sustentabilidade da Floresta Amazônica foi elaborado pela OTCA e submetido à FAO e as duas entidades celebraram um acordo de cooperação técnica (TCP/RLA/3007 (A)).

A execução do projeto levou quase dois anos (jul. 2004 a mai. 2006) e foram escolhidas áreas-piloto em cada país. No Brasil, Acre e Pará foram os Estados que serviram de palco para o processo de validação dos indicadores, divididos em três categorias (nível nacional; nível da unidade de manejo florestal – UMF; nível global).

75 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Processo de Tarapoto sobre critérios e indicadores de sustentabilidade da floresta amazônica*. validação de 15 indicadores priorizados de sustentabilidade da floresta amazônica. Brasília: MMA, 2006. p. 47.

76 Sobre a constituição de associação de países exportadores de matéria-prima, sugere-se FANTA, Alma. *Países exportadores de materias primas: el derecho a organizarse: las asociaciones de productores en el derecho internacional*. Buenos Aires: Latinoamericano, 1991.

O desenvolvimento científico da região associado a políticas garantidoras de preços mínimos pode ter um impacto mais positivo do que as ações de fiscalização e combate à biopirataria e à etnobiopirataria. O aparato voltado para a fiscalização é uma necessidade constante, mas isoladamente não gera ganhos sociais efetivos. Portanto, apesar de sua importância, só faz sentido quando associado às medidas acima mencionadas; caso contrário, as redes de comércio ilícito e empresas estrangeiras interessadas na biodiversidade da floresta não encontrariam facilidade para estabelecer parcerias com indivíduos e pessoas jurídicas nacionais.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tratado de Cooperação Amazônica se sustenta sobre dois princípios fundamentais: a soberania e o desenvolvimento sustentável. Não obstante, outros objetivos foram propostos quando da sua adoção: comércio; infraestrutura física; navegação; cooperação em setores como educação e saúde; proteção dos povos indígenas.

Conquanto instituída no início do novo milênio, a partir da entrada em vigor do Protocolo de Emenda ao TCA, vários objetivos da OTCA figuram nos acordos constitutivos de outros organismos e projetos sul-americanos (*v.g.* MERCOSUL, CAN, UNASUL, IIRSA). A integração comercial é o elemento que se sobressai no MERCOSUL e na CAN, uniões aduaneiras em fase de consolidação; a integração física é o carro-chefe da IIRSA; a proteção ambiental é recorrente nos acordos e declarações regionais. Verifica-se, portanto, a existência de objetivos concorrentes entre as entidades de cooperação e integração sul-americanas.

O sistema pan-amazônico não produziu efeitos concretos substanciais. Questões não puramente regionais influenciaram as conversações e negociações que precedem a assinatura do TCA, mormente os atritos entre vários países sul-americanos (*v.g.* fronteiras indefinidas entre países andinos/amazônicos, problemas entre Brasil e Argentina em virtude da barragem de Itaipu) e o fantasma da internacionalização. Obviamente a afirmação da soberania dos Estados sobre os quais se espalha a grande floresta estava na ordem do dia; seria ingênuo ignorar o impacto das propostas de gestão da Pan-Amazônia e de utilização de seus recursos naturais concebidas e desenvolvidas por nações e entidades alienígenas. Mas

à medida que esses temores se tornam mais distantes, os problemas, essencialmente amazônicos, perdem espaço na agenda da política externa dos signatários do TCA.

Igualmente importante mencionar o interesse de integrar as respectivas “Amazônias” às economias nacionais. Quando da negociação do TCA, parcela considerável dos negociadores possuía projetos de desenvolvimento econômico voltados para a Floresta Equatorial que incluíam a associação do capital nacional ao estrangeiro no incremento da agropecuária e da extração mineral. Esses projetos entravam em atrito com o discurso verde já em voga na década de 1970, de modo que o Pacto Amazônico foi uma resposta aos discursos preservacionistas mais radicais. O *conservacionismo* visava, antes de qualquer outra coisa, assegurar a continuidade dos grandes empreendimentos mineiros, agropecuários e industriais. Curiosamente, assim como os Estados mais desenvolvidos souberam utilizar a temática ambiental para frear o ritmo de industrialização do mundo em desenvolvimento, os Estados da Amazônia pactual se anteciparam ao conceito de desenvolvimento sustentável para assegurar seu crescimento econômico; todavia, o modelo de exploração predominante estava – e assim permanece – calcado na produção de bens primários sem o manejo adequado.

No quadro político sul-americano, a OTCA é eclipsada por MERCOSUL, CAN, UNASUL e IIRSA. Assim, faz-se necessária a constrangedora pergunta: qual o papel verdadeiro e real da OTCA?

É certo que o TCA é um tratado guarda-chuva, isto é, um instrumento cuja eficácia depende da celebração de acordos futuros, mas até o momento o que pôde ser constatado é que a sigla é invocada quando identificada alguma provável ameaça de retomada do discurso de internacionalização da Amazônia. As ações concretas são poucas e de resultado questionável. Uma vez que as discussões sobre internacionalização diminuem, a OTCA é colocada novamente no refrigerador.

A OTCA tem potencial para ser uma instituição que pode contribuir para a melhoria da qualidade de vida da população espalhada nos muitos territórios amazônicos. Um diálogo interestatal constante é vital pois a degradação em um território pode comprometer o equilíbrio de um sistema que envolve oito países. A disposição do rio Amazonas deixa isso bem claro: embora sua porção maior esteja no território brasileiro, muitos de seus

afluentes nascem nos países vizinhos. O mesmo pode ser dito sobre povos indígenas e recursos naturais transnacionais; de nada vale uma política nacional eficiente de combate à biopirataria e um ambiente de desordem do outro lado da fronteira.

Lamentavelmente, diante da postura dos governos, não se vislumbra uma mudança substancial em relação à cooperação amazônica no futuro próximo. Tudo indica que a entidade permanecerá como uma instituição secundária na América do Sul. A OTCA foi concebida dentro de um paradigma acentuadamente retórico e rompê-lo depende mais de ações e enfrentamentos endógenos do que de medidas direcionadas contra elementos externos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon; OLIVEIRA, Enrique Altemani (Org.). *Relações internacionais e sua construção jurídica: a ALCA e os blocos internacionais*. São Paulo: FTD, 1998.

ALTMANN, Jossette (Ed.); BEIRUTE, Tatiana (Comp.). *Dossier Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA)*. San José, Costa Rica: FLACSO, 2008.

AMAYO ZEVALOS, Enrique. La Amazonía y el Pacífico: la problemática de su vinculación a través de una carretera. In: PAVAN, Crodowaldo (Coord.). *Uma estratégia latino-americana para a Amazônia*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; São Paulo: Memorial, 1996. v. 3. p. 142-151.

AMAZON COOPERATION TREATY ORGANIZATION. *Integrating the Continental Amazon: management report: may 2004 to October 2005*. Brasília: PS/ACTO, 2005.

ARRIAGADA, Genaro. Petropolitics in Latin America: a review of energy policy and regional relations. *Inter-american Dialogue*, Washington, Dec. 2006.

BARA NETO, Pedro; SÁNCHEZ, Ricardo J.; WILMSMEIER. *Hacia un desarrollo sustentable e integrado de la Amazonía: los corredores de transporte en la cuenca amazónica central-occidental y sus afluentes principales en Brasil, Colombia, Ecuador y Perú*. CEPAL: Santiago de Chile, 2006.

- BARAZAL, Neusa Romero. *Yanomami: um povo em luta pelos direitos humanos*. São Paulo: EDUSP, 2001.
- BARRETO, Carlos Alberto Lima Menna. *A farsa Ianomami*. Rio de Janeiro: Bibliex, 1995.
- BAUMANN, Renato (Org.). *A Alca e o Brasil: uma contribuição ao debate*. Brasília: IPEA; CEPAL, 2003.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. *Política Nacional Integrada para a Amazônia legal*. Brasília: CONAMAZ, 1995.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Processo de Tapoto sobre critérios e indicadores de sustentabilidade da floresta amazônica: projeto de validação de 15 indicadores priorizados de sustentabilidade da Floresta Amazônica*. Brasília: MMA, 2006.
- CARVALHO, Leonardo Arquimimo de; GARAY VERA, Cristián; CAYÓN PEÑA, Juan (Org.). *Segurança e defesa na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2009.
- CAUBET, Christian G. *As grandes manobras de Itaipu: energia, diplomacia e direito na Bacia do Prata*. São Paulo: Acadêmica, 1991.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- FANTA, Alma. *Países exportadores de materias primas: el derecho a organizarse: las asociaciones de productores en el derecho internacional*. Buenos Aires: Latinoamericano, 1991.
- FIGUEREDO PLANCHART, Emilio. Comentarios al Tratado de Cooperación Amazónica. *Revista de derecho público*, Caracas, n. 2, p. 83-90, abr./jun. 1980.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Relações de trabalho na Pan-Amazônia: a circulação de trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1996.
- FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 226-244, 2015.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p.338-354, 2015.
- GAMBIAGI, Fabio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org.). *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.
- GREÑO VELASCO, José Enrique. Pacto Amazónico y el Tratado de la Cuenca del Plata: analogías y diferencias. *Revista de Política Internacional*, n. 165, p. 75-92, sept./oct. 1979.
- HERNÁNDEZ-BARBARITO, Maria A. A integração energética da América Latina e Caribe. *DEP: Diplomacia, estratégia e política*, Brasília, n. 9, p. 233-251, jan./mar. 2009.
- HUNTER, David; SALZMAN, James E.; ZAELKE, Durnwood. *International environmental law & policy*. New York: Foundation Press, 1998.
- INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Biofuels for transport: an international perspective*. Paris: OECD/IEA, 2005.
- LIST, Martin; RITTBERGER, Volker. Regime theory and international environmental management. In: HURRELL, Andrew; KINGSBURY, Benedict (Ed.). *The international politics of the environment: actors, interests and institutions*. New York: Oxford University Press, 1992.
- MATTOS, Adherbal Meira. *Pacto Amazónico: cooperação e integração*. Belém: UFPA, 1982.
- MENEZES, Maria Lúcia Pires de. *Parque Indígena do Xingu: a construção de um território estatal*. São Paulo: IMESP, 2000.
- NUNES, Paulo Henrique Faria. Dificuldade de demarcação da Pan-Amazônia e dos territórios indígenas na região. *Textos e Debates*, Boa Vista, v. 2, n. 26, p. 7-28, 2015.
- NUNES, Paulo Henrique Faria. *Direito internacional público: introdução crítica*. Curitiba: Juruá, 2015.
- NUNES, Paulo Henrique Faria. Internacionalização da Amazônia: agentes e perspectivas. *Textos e Debates*, Boa Vista, v. 1, n. 27, p. 161-176, 2015.
- ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA. *Plano Estratégico: 2004-2012*. Brasília: SP/OTCA, 2004.
- PEREIRA, Osny Duarte. *Itaipu: prós e contras: ensaio sobre a localização, no Brasil, da maior barragem do mundo e suas implicações em nossa política continental*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.
- PORTILLO, Julio. *Venezuela-Brasil: relaciones diplomáticas: 1842-1982*. Caracas: Editorial Arte, 1983.

- PROCÓPIO, Argemiro. *Destino amazônico: devastação nos oito países da Hiléia*. São Paulo: Hucitec, 2005.
- PROCÓPIO, Argemiro. *Subdesenvolvimento sustentável: segurança alimentar, segurança ambiental, agronegócio, segurança energética, segurança humana, política internacional*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International law from below: development, social movements and Third World resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- RECONDO, David. Pétrodollars et politiques sociales. In: COMPAGNON, Olivier; REBOTIER, Julien; REVET, Sandrine (Dir.). *Le Venezuela au-delà du mythe: Chávez, la démocratie, le changement social*. Paris: Les Éditions de l'Atelier, 2009. p. 45-57.
- RICUPERO, Rubens. O Tratado de Cooperação Amazônica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 21, n. 81, p. 177-196, jan./mar. 1984.
- ROMÁN, Mikael. *The implementation of international regimes: the case of the Amazon Cooperation Treaty*. Uppsala: Uppsala University, 1998.
- SÁNCHEZ BALLIVIAN, Sergio (Org.) et al. *Base jurídica del Tratado de Cooperación Amazónica: antecedentes constitutivos de la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica (OTCA)*. La Paz: Secretaría Pro Tempore del TCA, 2002.
- SANTANDER, Sebastián. *Le régionalisme sud-américain, l'Union Européenne et les États-Unis*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008.
- SILVA, André Luiz Reis da. *Do otimismo liberal à globalização assimétrica: a política externa do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002)*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SILVEIRA, Edson Damas da. *Direito socioambiental: Tratado de Cooperação Amazônica*. Curitiba: Juruá, 2002.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.
- TAPIA FIGUEROA, Claudio Andrés. *La negociación que no fue: diplomacia chilena en el conflicto entre Ecuador y Perú en el Amazonas (1941-1942)*. Viña del Mar: Centro de Estudios Latinoamericanos, 2008.
- TRINCA FIGHERA, Delfina. Los desafíos de la globalización y la ocupación de la Amazonia: una visión desde Venezuela. In: LEMOS, Amalia Inés Geraiges; SILVEIRA, María Laura; ARROYO, Mónica (Org.). *Questões territoriais na América Latina*. Buenos Aires: CLACSO; São Paulo: USP, 2006.
- VAN DIJCK, Pitou; DEN HAAK. *Construcción problemática: IIRSA y las asociaciones público-privadas en la infraestructura vial*. Amsterdam: CEDLA/UVA, 2007.
- YOUNG, Oran R. *International cooperation: building regimes for natural resources and the environment*. London: Cornell University Press, 1989.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**O uso de experts em
controvérsias ambientais
perante a Corte Internacional de
Justiça**

**The use of experts in
environmental disputes before
the International Court of
Justice**

Lucas Carlos Lima

O uso de experts em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça*

The use of experts in environmental disputes before the International Court of Justice

Lucas Carlos Lima**

RESUMO

O presente artigo analisa o problema do uso de peritos em controvérsias de natureza ambiental perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ). Como metodologia, a análise inicia com um exame das figuras processuais orientadas a oferecer input científico à CIJ, passando-se a uma análise cronológica caso a caso, incluindo as decisões recentes na temática. O trabalho identifica as dificuldades em relação ao uso de peritos pela CIJ em casos ambientais e conclui por individuar o uso de peritos indicados pelas partes como o método favorecido pela Corte em controvérsias envolvendo provas de natureza técnica ou científica, na esteira dos casos *Whaling* e *Certain Activities*. Sendo a temática de evidência técnica e científica, um dos recentíssimos problemas enfrentados pela Corte e devido ao crescimento das controvérsias envolvendo questões ambientais, o valor de introduzir o debate reside não apenas no pontual exame da casuística da Corte, mas igualmente na identificação de tendências que permitem conhecer características próprias do contencioso internacional.

Palavras-chave: Corte Internacional de Justiça. Direito Ambiental Internacional. Peritos.

ABSTRACT

The present paper analyses the problem of the use of experts in environmental disputes before the International Court of Justice (ICJ). From a methodological viewpoint, the analysis starts with an examination of each category of expert provided by the Statute directed to offer scientific input to the ICJ. Then, I perform a chronological analysis of each case touching upon environmental issues, including recent decisions. The work highlights the main difficulties faced by the ICJ when it has to grapple with technical or scientific evidence in environmental cases. Following the approach taken in the *Whaling in the Antarctic* and in the *Certain Activities* cases, the Court seems to favour the use of party-appointed experts as a methodology to test this kind of evidence. The theme of use of experts is one of the most recent problems which the Court is dealing with and if one takes into account the growing number of environmental disputes, the value of introducing this debate lies not only in the individual examination of the case law of the ICJ,

* Recebido em 30/04/2016
Aprovado em 30/05/2016

** Doutorando em Direito Internacional na Università degli Studi di Macerata (Itália), bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina. Contato: lucaslima00@hotmail.com

but equally in the identification of the trends that allow identifying the main idiosyncratic characteristics of international litigation.

Keywords: International Court of Justice. International Environmental Law. Experts.

1. INTRODUÇÃO

Complexas questões probatórias figuram, de maneira não infrequente, em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça (“CIJ” ou “a Corte”)¹. Tais questões requerem do juiz internacional um próprio manejo, determinação e avaliação da prova apresentada. A abordagem que uma Corte ou Tribunal internacional assume em relação às contingências científicas de uma controvérsia pode influenciar não somente o resultado daquela específica controvérsia, mas igualmente as potenciais disputas a serem trazidas ao tribunal no futuro². O principal instrumento processual que permite ao juiz internacional de executar tais funções é o uso de peritos (“*experts*”) no procedimento: eles são responsáveis pelo oferecimento de *input* científico ao órgão colegiado e, desse modo, contribuem, em última análise, à legitimidade da sentença.

O uso de *experts* soleva diversas, embora coligadas, questões. Em guisa de exemplo, pode-se citar a distribuição do ônus da prova ou qual é o *standard of proof* requerido em casos ambientais. Contudo, esses aspectos não serão abordados neste trabalho. O foco concerne os métodos de indicação e a importância atribuída aos peritos por parte da CIJ³ em casos envolvendo aspec-

tos ambientais. Para tanto, será conduzida uma análise *caso a caso* em ordem cronológica. Antes, porém, serão analisadas as diferentes categorias de peritos previstos nos instrumentos que governam a atividade judiciária da CIJ. Por fim, serão delineadas algumas conclusões em relação a como a CIJ tem utilizado peritos até então e quais poderiam ser as dificuldades no uso de peritos em futuros casos.

2. O PAPEL DOS PERITOS NO ESTATUTO E NA PRÁXIS DA CIJ.

Um *input* científico pode assumir diferentes formas no contencioso internacional. De maneira ilustrativa, evidências científicas podem ser apresentadas na forma de relatórios aduzidos pelas partes ou oferecidos por organizações internacionais. Diversos dispositivos nos instrumentos que governam a CIJ (seu Estatuto e Regulamento) regulam o aparecimento de peritos numa controvérsia. Outras categorias de *experts* foram desenvolvidas ao longo da prática da Corte. São elas: a) o perito indicado pela parte; b) o perito advogado; c) o perito independente nomeado pela Corte; d) *assessor* e e) o assim chamado “perito fantasma”.

a) Perito indicado pela parte: a categoria de peritos mais utilizada pela jurisprudência da Corte é o perito que é nomeado pelas partes em litígio e que é examinado e interrogado (*cross-examination*) seguindo o procedimento estabelecido nos Artigos 57 e 64 do Regulamento da Corte. Na jurisprudência da Corte, peritos nomeados pelas partes foram, frequentemente, qualificados como peritos-testemunha⁴ uma vez que, por vezes, eles teste-

1 Para uma visão geral do argumento, consultar VINUALES, Jorge. Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law. *Vanderbilt journal of transnational law*, v. 43, 2010. p. 476; SAVADOGO, Louis. Le recours des juridictions internationales à des experts. *Annuaire Français de Droit International*, v. 50, 2004. p. 231; BOYLE, Alan; HARRISON, James. *Judicial settlement of international environmental disputes: current problems*, journal of international dispute settlement, 2013. v. 4. p. 245.

2 Sobre o tema, consultar D'ASPROMONT, Jean; MBENGUE, Makane. Strategies of engagement with scientific fact-finding in international adjudication. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 5, p. 240–272, 2014; SANDS, Philippe. International environmental litigation and its future. *University of Richmond Law Review*, v. 32, 2009.

3 Existe discussão doutrinária em relação ao termo “environmental dispute” e a sua diferença para “dispute with environmental components”. Para os propósitos deste artigo, que não possui a intenção de explorar a questão, o uso do termo “controvérsia ambiental” deve ser entendido como qualquer controvérsia que possua elementos ambientais ou que toque questões relativos ao meio ambiente.

Sobre a questão, consultar, BOYLE, Alan; HARRISON, James. *Judicial settlement of international environmental disputes: current problems*, journal of international dispute settlement, 2013, v. 4, p. 245.

4 Em casos em que uma pessoa oferece a sua declaração sobre certos fatos e, também, avalia esses fatos com base em ponto de vista técnico ou científico. Esta pessoa é convidada a fazer a declaração como uma testemunha no sentido do artigo 64 (a) do Regulamento da Corte e, também, como um perito, no sentido do artigo 64 (b) do Regulamento. Como definido pela Presidente Higgins[R. Higgins, Speech by H.E. Judge Rosalyn Higgins to the Sixth Committee of the General Assembly (2 November 2007), 7]: “the term [expert-witness] refers to a person who can testify both as to knowledge of facts, and also give an opinion on matters upon which he or she has expertise”. Sobre a questão, ver TAMS, Christian. Article 49, article 50 e article 51. In: ZIMMERMANN, Andreas et. al. (Eds.). *The statute of the international court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

munham sobre questões de fato e, igualmente, de acordo com seus conhecimentos técnicos. Eles são submetidos a um procedimento de exame em quatro etapas⁵. Em princípio, pode ser lançada certa dúvida em relação à independência de um perito que é chamado por uma das partes para testemunhar perante a Corte.

b) Perito-advogado: com o objetivo de fortalecer seus argumentos de um ponto de vista técnico, partes usaram frequentemente peritos-advogados. O perito-advogado integra o time de advogados de um Estado e pode sustentar oralmente diante da Corte em tal condição. Não é raro encontrar na lista de membros que compõem os times defensivos de um Estado o elenco de “*Scientific Advisors or Experts*”⁶ ou “*Expert Advisor*”. O problema dessa categoria de expert é que a ausência de cross-examination da prova apresentada pode diminuir o peso probatório de seu testemunho.

b) O perito independente nomeado segundo o Artigo 50 do Estatuto: nos termos do referido dispositivo, a Corte “pode a qualquer momento, confiar a qualquer indivíduo, corporação, repartição, comissão ou outra organização, à sua escolha, a tarefa de proceder a um inquérito ou a uma perícia”. Enraizada na prática dos Estados oriundos de um sistema de *civil law*, a nomeação de peritos independentes não é frequente na *caselaw* da CIJ. A Corte, efetivamente, apontou peritos, apenas, uma vez, no caso *Canal de Corfu*. Naquela ocasião, ao se referir ao peso probatório desses peritos, a Corte estatuiu que ela “não pode deixar de atribuir grande peso à opinião dos Experts que examinaram a localidade de maneira a oferecer todas as garantias de uma informação correta e imparcial”.⁷ O não uso de peritos independentes no caso *Pulp Mills* gerou críticas, as quais serão examinadas, posteriormente, por este artigo.

c) Assessores: a possibilidade de utilizar assessores é reconhecida pelo Artigo 30(2) do Estatuto da Corte, o qual prevê que “o Regulamento da Corte disporá sobre a nomeação de assessores para a Corte ou para qualquer de suas Câmaras, os quais não terão direito a voto”. Não é imediatamente claro nesse dispositivo ou no Regulamento se assessores podem ser utilizados pela Corte de maneira a obter assistência em questões técnicas que emergem no contexto do procedimento. Embora ofereçam algum risco ao princípio do contraditório ao não oferecer às partes o direito de comentar a evidência técnica apresentada, o uso de Assessores seria uma maneira de incorporar *input* científico no processo decisório da Corte. Contudo, assessores nunca foram utilizados nos procedimentos da CIJ.

d) O perito invisível: de maneira a avaliar a prova técnica de um caso, a CIJ utilizou de uma figura conhecida como “*invisible expert*”, “*experts fantômes*”⁸ ou “peritos internos não oficiais”⁹. Como o nome sugere, essa categoria de perito é *invisível* e não se sabe precisamente em quais casos tais peritos foram utilizados. Também é desconhecido o conteúdo de seus relatórios e de seus conselhos técnicos à Corte. O uso desses peritos vem reconhecido individualmente por juízes, que fazem referência ao fato de que, por vezes, durante o processo de deliberação, a Corte vale-se da assistência desses peritos. Como observado por alguns autores¹⁰, esse instrumento é caracterizado por uma falta de transparência e implica um sacrifício do direito das partes de examinar as provas o que, ao menos em teoria, diminuiria seu valor enquanto testemunhas. Outro problema é que essa categoria de perito aborda o corpo probatório de um litígio *após* as audiências, durante a fase de deliberação. Esse fato, dificilmente, pode ser considerado em conso-

5 O procedimento de quatro etapas ocorre da seguinte maneira: 1. A parte que indicou a testemunha ou o perito realiza o interrogatório principal. Essa etapa pode ser evitada se a testemunha confirma o seu anterior relatório escrito; 2. A outra parte possui a opção de interrogar o perito. Evitar o exercício do direito de *cross-examination* pode acarretar algumas implicações, como ocorreu no caso *Croatian Genocide*; 3. A parte que nomeou a testemunha ou perito pode realizar o reexame. Este é um desenvolvimento recente no procedimento da Corte. 4. Os juízes perguntam às testemunhas e aos peritos. Em relação ao procedimento passado, existe uma participação crescente de juízes e peritos no procedimento de exame.

6 *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, 22, 25.

7 Do original: “it cannot fail to give great weight to the opinion of the Experts who examined the locality in a manner giving every guarantee of correct and impartial information”. *Corfu Channel Case (UK v Albania, ICJ Reports 1949, 21)*.

8 As palavras são dos juízes SIMMA e AL-KHAZAWNEH em sua opinião dissidente conjunta no caso *Pulp Mills Case*, cit., Joint-Dissenting Opinion, 114

9 O termo é utilizado por BENZING, Markus. Evidentiary issues. In: ZIMMERMANN, Andreas et. al. (Eds.). *The statute of the international court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, p. 1218

10 SIMMA, Bruno. The international court of justice and scientific expertise. *Proc. of the Annual Meeting ASIL*, n. 106, v. 230, 2012; PEAT, Daniel. The use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice. *British Yearbook of International Law*, n. 84, v. 288, 2014; FOSTER, Caroline. New clothes for the emperor? consultation of experts by the international court of justice. *Journal of International Dispute Settlement*, n. 5, v.32, 2013; COUTASSE, J. G. S.; SWEENEY-SAMUELSON, E. Adjudicating conflicts over resources: the icj’s treatment of technical evidence in the pulp mills. *Goettingen Journal of International Law*, n. 3, v. 447, 2011.

nância com a máxima *audi alteram partem* ou as exigências do devido processo legal. Estes são elementos que justificam o criticismo endereçado à categoria de perito invisível.

3. CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO QUESTÕES AMBIENTAIS E O USO DE EXPERTS

a) O caso Gabčíkovo-Nagymaros Project

Questões de cunho ambiental foram solevadas perante a CIJ em alguns casos primeiros¹¹. Contudo, a primeira controvérsia geralmente indicada por conter significativas questões ambientais foi o caso contencioso Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia).¹² Em síntese, a Hungria lançou mão de argumentos ambientais para justificar a suspensão da construção conjunta com a Eslováquia de uma barragem sobre o Rio Danúbio. A CIJ decidiu que as preocupações ambientais da Hungria não constituíam razões suficientes para suspender e abandonar os trabalhos da construção¹³. Embora a abordagem da Corte tenha focado em direito dos tratados e pouca atenção tenha sido dada à apreciação da prova apresentada¹⁴, algumas características do caso em relação ao uso de peritos e à apresentação de prova técnica merecem ser apontados.

A primeira característica refere-se ao fato de como a

prova técnica foi apresentada pelas partes. Além da evidência escrita e dos relatórios técnicos, ambas as partes possuíram em seus colégios defensivos peritos-advogados, ou seja, cientistas que fizeram a defesa oral perante a Corte¹⁵. Como referido, o principal problema dessa categoria de perito (o perito-advogado) reside no fato de que a prova por eles apresentada não é testada nem pela outra parte, nem pela Corte. A Corte não fez qualquer referência ao peso probatório que suas contribuições tiveram no caso. Um autor observou que “a participação de peritos como advogados possui um considerável efeito, embora a adoção desse procedimento por ambos os litigantes significa que a ‘batalha de experts’ foi reproduzida em uma nova forma processual”¹⁶. Embora levando em consideração a prova científica a si apresentada, a abordagem assumida pela Corte não necessitou a resolução dessa “batalha de peritos”. Segundo a Corte:

Ambas as partes colocaram nos autos uma impressionante quantidade de material científico objetivando reforçar seus respectivos argumentos. A Corte prestou cuidadosa atenção a este material, no qual as partes desenvolveram suas visões opostas em relação às consequências ecológicas do Projeto. A Corte concluiu, porém, que [...] não é necessário de maneira a responder às questões colocadas a ela pelo Acordo Especial determinar quais destes pontos é cientificamente melhor fundamentado¹⁷.

Complementarmente, a Corte, também, notou a existência de um certo desacordo entre as provas científicas examinadas quando observou que “os numerosos relatórios científicos que foram apresentados à Corte pelas partes — mesmo se suas conclusões são frequentemente contraditórias — oferecem prova abundante que este impacto e estas implicações são consideráveis”¹⁸. A abordagem da Corte recebeu críti-

11 Sobre a questão ver BOYLE, Alan. *Environmental dispute settlement*. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009; FITZMAURICE, Malgosia. The international court of justice and the environment. *Non-State Actors and International Law*, v. 4, 2004; JENNINGS, Robert. the role of the international court of justice in the development of international environment protection law. *Review of European Community and International Environmental Law*, n. 1, v. 240, 2004; VINUALES, Jorge. The contribution of the international court of justice to the development of international environmental law: a contemporary assessment. *Fordham international law journal*, v. 32, 2008. Sobre a proteção dos interesses da comunidade internacional em relação a recursos naturais, ver o célebre e necessário curso de GAJA, Giorgio. The protection of general interests in the international community. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, n. 364, p. 171-181, 2011.

12 *Case concerning the GABČÍKOVŮ-Nagymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997.

13 FITZMAURICE, Malgosia. Case Analysis: the gabčíkovo-nagymaros case: the law of treaties. *Leiden Journal of International Law*, v. 11, p. 321-344, 1998.

14 Na palavras de FITZMAURICE, Malgosia. Case Analysis: the gabčíkovo-nagymaros case: the law of treaties. *Leiden Journal of International Law*, v. 11, p. 321-344, 1998. p. 321: “the basis of the whole dispute between Hungary and Slovakia in this case is derived from the interpretation of the treaty in question”.

15 *GABČÍKOVŮ-Nagymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997. p. 11.

16 FOSTER, Caroline. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 89.

17 *GABČÍKOVŮ-Nagymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 42, para. 54. Do original: “Both Parties have placed on record an impressive amount of scientific material aimed at reinforcing their respective arguments. The Court has given most careful attention to this material, in which the Parties have developed their opposing views as to the ecological consequences of the Project. It concludes, however, that [...] it is not necessary in order to respond to the questions put to it in the Special Agreement for it to determine which of those points of view is scientifically better founded”

18 *GABČÍKOVŮ-Nagymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 72, para. 140 (ênfase adicionada). Do original: “the numerous scientific reports which have been presented to the Court by the Parties – even if their conclusions are often contradictory – provide

cas e levou um autor a questionar-se se “não teria sido melhor para a Corte ter buscado informação técnica imparcial e, portanto, tornado mais específico o julgamento nestas questões científicas?”¹⁹.

Outro ponto interessante, que é ao mesmo tempo um dos mais inovadores aspectos desse caso de um ponto de vista processual, refere-se ao fato de que a Corte, utilizando seus poderes prescritos pelos Artigo 50 do Estatuto e Artigo 66 do Regulamento, “visitou um número de localidades ao longo do Danúbio e levou em consideração as explicações técnicas oferecidas pelos representantes que foram designados com esse propósito pelas partes”²⁰. Embora não tenha se referido na sentença ao material probatório aduzido naquela ocasião²¹, parece relevante que a Corte tenha notado as evidências então apresentadas. Nas palavras do então presidente da CIJ, Stephen Schwebel, a visita de campo ofereceu “*a new dimension of insight into the case*”. Ademais, com a visita de campo, a Corte permitiu às partes a introdução de informações técnicas não apenas seguindo os modelos escritos e orais previstos no Estatuto, mas também *in locu*. É relevante que a Corte tenha desenvolvido uma nova maneira de introduzir provas técnicas que contribuam para melhor compreender as realidades técnicas de um caso. Contudo, a introdução de evidência em tal modalidade carrega o mesmo defeito que possui o perito-advogado: a prova apresentada em tal forma não é testada nem confrontada. Além disso, não há registros seja no julgamento ou no website da Corte do conteúdo da prova apresentada. Essa ausência parece oferecer algum prejuízo ao requisito de transparência

abundant evidence that this impact and these implications are considerable”.

19 ROSENNE, Shabtai. Fact-finding before the international court of justice. In: ROSENNE, Shabtai. *Essays on international law and practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 242-final.

20 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 14, para. 10. Do original: “visited a number of locations along the Danube and took note of the technical explanations given by the representatives who had been designated for the purpose by the Parties”. Sobre a questão, consultar THOUVENIN, Jean-Marc. La descente de la cour sur les lieux dans l’affaire relative au projet gabčíkovo-nagyymaros. *Annuaire Français de Droit International*, v. 43, 1997. p. 333.

21 Além da passagem citada, President Schwebel assim descreveu a visita: «The Court looked, listened, asked many questions, and gained a new dimension of insight into the case and what it meant to the Parties much more than could have been gleaned from confining the proceedings to The Hague”. Statement by Judge Stephen M. Schwebel to the fifty-second session of the General Assembly in connection with the annual report of the International Court of Justice, 27 October 1997.

dos procedimentos judiciais.

A terceira consideração a ser feita em relação ao caso *Gabčíkovo-Nagyymaros Project* refere-se ao específico método de prova ao qual a Corte parece atribuir importância. Antes do início dos procedimentos, as partes haviam estabelecido um grupo tripartite de peritos (“um perito designado por cada parte e três peritos independentes designados pela Comissão das Comunidades Europeias”²²) com o propósito de “oferecer confiáveis e indisputáveis dados sobre os efeitos mais importantes da presente descarga de água”²³. Em duas passagens da sentença, a Corte fez referência a esse grupo de peritos. Na primeira passagem, a Corte utilizou o relatório de tal grupo de peritos para determinar a oficial “descrição dos elementos constituintes da Variante C”²⁴. Na segunda ocasião, a Corte observou que “emerge do relatório que não usar o sistema teria ocasionado consideráveis perdas financeiras, e isto teria soleado sérios problemas ao meio ambiente”²⁵. Alguns juízes igualmente citaram o relatório do grupo de peritos em suas opiniões separadas²⁶. Em relação a essas passagens, parece claro que a Corte atribuiu significativo peso probatório às conclusões do relatório. Não parece surpreendente que a Corte o tenha feito, outorgando peso, portanto, a uma comissão técnica composta pelos membros indicados pelas partes juntamente com membros de uma organização internacional. Ainda assim, em relação a esse fato, é possível extrair outra tendência geral da Corte em relação a controvérsias ambientais: a fiabilidade da Corte em instituições que permitem a identificação de um “terreno comum” de acordo entre as partes. Como se verá, isto ocorreu, igualmente, em casos subsequentes.

Em conclusão, o uso de peritos no caso *Gabčíkovo-Nagyymaros Project* não apenas demonstrou a disposição da Corte em admitir *input* científico (com a visita de campo), mas, igualmente, revelou a tendência de atribuir peso probatório à prova científica a que ambas as partes, de algum modo, tenham concordado em relação ao conteúdo.

22 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 24, para. 25.

23 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 24, para. 24.

24 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 47, para. 66.

25 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, para. 72.

26 Nesse sentido, consultar as opiniões dissidentes dos juízes Parra-Aranguren, Vereschetin, Fleischhauer, Herczegh e a opinião individual do juiz Bedjaoui, todas elas em ICJ Reports 1997.

b) O caso *Pulp Mills* e a crítica à abordagem da Corte

O caso *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* solevou questões de natureza científica altamente complexas. Por diferentes razões, o caso suscitou um debate em relação ao uso de peritos perante a Corte Internacional de Justiça. Em particular, as opiniões dissidentes e separadas de alguns juízes revelou a existência de uma pluralidade de visões no interior da Corte em relação aos métodos de afrontar a prova científica em casos de cunho ambiental²⁷.

Entre as diversas questões levantadas, a Corte teve de verificar a existência de dano ambiental causado pela instalação de uma usina de celulose na margem do Rio Uruguai. A Corte preferiu não apontar seus próprios peritos (utilizando a possibilidade prevista no Artigo 50) e decidiu o caso, simplesmente, baseando-se nas provas apresentadas pelas partes; particularmente pelos peritos-advogados chamados pelas partes. Em uma passagem bem conhecida, a Corte observou que:

apesar do volume e da complexidade de informações fáticas submetidas, é responsabilidade da Corte, após ter considerado cuidadosamente toda a evidência colocada diante de si pelas Partes, determinar quais fatos devem ser considerados relevantes, avaliar seu valor probatório e deles extrair conclusões como apropriado.²⁸

Além de toda a evidência técnica apresentada pelas partes por meio de documentos, as partes utilizaram peritos que realizaram sustentações orais perante a Corte na qualidade de advogados. Desse modo, eles não puderam ser interrogados pela parte opositora nem pela Corte, não se configurando, pois, a *cross-examination*. A reação da Corte a essa decisão das partes foi a seguinte:

Em relação aos peritos que apareceram nos procedimentos como advogados, a Corte teria considerado mais útil se eles tivessem sido apresentados pelas Partes como peritos testemunha previstos nos Artigos 57 e 64 do Regulamento da Corte, em vez de terem sido incluídos como advogados em suas respectivas delegações. A

27 *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, 14ff. Sobre questões probatórias, ver Al-Khasawneh and Simma, as opiniões separadas dos juízes Keith, Cañado Trindade e Greenwood, a declaração do juiz Yusuf e a opinião separada do juiz ad hoc Vinuesa.

28 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., 62, para. 168. Do original: “despite the volume and complexity of the factual information submitted to it, it is the responsibility of the Court, after having given careful consideration to all the evidence placed before it by the Parties, to determine which facts must be considered relevant, to assess their probative value, and to draw conclusions from them as appropriate”.

Corte efetivamente considera que as pessoas que testemunham perante a Corte com base em seus conhecimentos científicos ou técnicas ou com base em suas experiências pessoais deveriam testemunhar perante a Corte como peritos, testemunhas ou em alguns casos em ambas as qualidades, em vez de como advogados, de maneira que eles possam ser submetidos aos questionamentos das outras partes bem como pela própria Corte²⁹.

Nessa passagem, a Corte translucidamente distinguiu os perito-advogados dos peritos-testemunhas. A Corte deixou claro que atribui maior peso probatório a peritos-testemunhas em comparação a peritos-advogados, particularmente em razão da possibilidade de *cross-examination*. Em relação a essa passagem, se permanece com a impressão de que o valor do perito-testemunha não é válido por si só, mas como o resultado de um processo de exame pelas partes e, também, pela Corte.

Em outra passagem da sentença, a Corte abordou a questão do valor probatório das diferentes “interpretações” oferecidas pelos perito-advogados. A Corte observou que “ao avaliar o valor probatório da evidência colocada perante si, a Corte irá principalmente sopesar e avaliar os dados em vez das interpretações conflitantes oferecidas pelas partes ou por seus peritos e consultores”³⁰. Essa passagem sublinha que, em casos em que questões científicas estão em discussão, é esperado que ambas as partes ofereçam *expertise* científica para provar seus argumentos em relação aos fatos (repetindo-se, portanto, o ocorrido no caso *Gabčíkovo-Nagyymaros Project* case) e, por consequência, a Corte ver-se-á diante de prova científica conflitante. Nessas situações, o valor probatório dos peritos-advogados tende a ser quase vão.

Outra interessante indicação da Corte que emerge desse caso refere-se à existência e ao uso dos peritos invisíveis. Em sua opinião dissidente conjunta, os juízes

29 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit, 62, para. 167. Do original: “[r]egarding those experts who appeared before it as counsel at the hearings, the Court would have found it more useful had they been presented by the Parties as expert witnesses under Articles 57 and 64 of the Rules of Court, instead of being included as counsel in their respective delegations. The Court indeed considers that those persons who provide evidence before the Court based on their scientific or technical knowledge and on their personal experience should testify before the Court as experts, witnesses or in some cases in both capacities, rather than counsel, so that they may be submitted to questioning by the other party as well as by the Court”.

30 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., 82, para. 236. Do original: “in assessing the probative value of the evidence placed before it, the Court will principally weigh and evaluate the data, rather than the conflicting interpretations given to it by the Parties or their experts and consultants”.

Simma and Al-Khasawneh³¹ criticaram, agudamente, os métodos de *fact-assessing* da Corte, entendendo que

em circunstâncias como as do presente caso, adotar tal prática iria privar a Corte das vantagens de transparência, abertura, justiça processual e da habilidade das partes de comentar, ou ao menos auxiliar a Corte no entendimento das provas perante ela³².

Os dois juízes argumentaram que, em alguns casos, a consulta a essa categoria de peritos pode ser escusável “if the input they provide relates to the scientific margins of a case”; porém eles enfatizaram que a situação altera-se quando o caso trata de complexas questões de prova científica³³. Em sua opinião, ao adotar essa solução, a Corte está negligenciando dois valores essenciais que garantem a boa administração da justiça: transparência e *procedural fairness*, ambos importantes porque “requerem que a Corte assuma seu dever global de facilitar a produção de provas e de atingir a melhor representação dos fatos essenciais de um caso, de maneira a melhor resolver a controvérsia”³⁴.

As críticas veiculadas na opinião desses juízes reverberou no interior da doutrina e levantou dúvidas em relação à capacidade da Corte em resolver controvérsias ambientais que envolvam prova de natureza científica altamente técnica de maneira sólida.

c) O caso Whaling in the Antarctic

O caso *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)* é outro caso em que um “vast amounts of highly technical scientific evidence”³⁵ foi aduzido perante a Corte, cuja tarefa era verificar se o programa baleeiro japonês poderia ser considerado como detentor de “finalidades científicas” nos termos do Artigo VIII da Convenção

Baleeira³⁶. Nesse caso as partes utilizaram peritos indicados de acordo com os artigos 57 e 64 do Regulamento da Corte. As críticas em relação ao uso de peritos-advogados no caso *Pulp Mills* parece ter sido levado em consideração pelas partes no caso *Whaling in the Antarctic*. Nenhuma das partes lançou mão dessa categoria de perito.

Em relação aos peritos apontados pelas partes, a primeira questão digna de exame refere-se à seleção de indivíduos que são indicados como peritos. Pode-se imaginar se o *background* dos experts possuiu algum impacto na convicção da Corte. Nesse sentido, pode ser interessante notar que um dos experts indicados pela Austrália era um membro do governo australiano. De um ponto de vista teórico, poderia ser sugerido que essa próxima relação com o governo possa diminuir o peso probatório da sua opinião.

Outra questão é saber se seria apropriado indicar como peritos indivíduos que participaram diretamente no programa que deu origem à controvérsia. Assim, por exemplo, Japão deixou de indicar como peritos (ou testemunhas) os cientistas japoneses que estavam envolvidos no programa JARPA II. Poder-se-ia sugerir que a presença desses peritos teria valia uma vez que possibilitariam à Corte melhor entendimento das premissas científicas do programa. A Corte não deixou de notar essa ausência. Contudo, é difícil inferir do julgamento qual teria sido a preferência da Corte nesse ponto. Quando examinando o uso de métodos letais no programa JARPA II, a Corte afirmou que ela “não ouviu argumentos diretamente dos cientistas japoneses que foram envolvidos no desenvolvimento do JARPA II”.³⁷ Um membro da Corte perguntou ao Japão qual análise tinha sido conduzida em relação à viabilidade de méto-

31 O juiz Simma reconheceu o uso de peritos fantasmas argumentando que “[t]o mention them does not breach confidentiality”. See Simma, cit., 231

32 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., Simma and Al-Khasawneh opinion, para. 14. Do original: “under circumstances such as in the present case, adopting such a practice would deprive the Court of the above-mentioned advantages of transparency, openness, procedural fairness, and the ability for the Parties to comment upon or otherwise assist the Court in understanding the evidence before it”.

33 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., Simma and Al-Khasawneh opinion, para. 14.

34 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., Simma and Al-Khasawneh opinion, para. 14. Do original: “they require the Court to assume its overall duty for facilitating the production of evidence and to reach the best representation of the essential facts in a case, in order best to resolve a dispute”.

35 As palavras são do presidente Peter Tomka, *Speech by H.E. Judge Peter Tomka to the Sixth Committee of the General Assembly* (31 October 2014)

36 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014. Para uma impressão geral do caso, ver PAYNE, C. R. Australia v. Japan: ICJ halts Antarctic whaling. *American Society of International Law Insights*, 2014; GRAY, C. The 2014 judicial activity of the international court of justice. *American Journal of International Law*, n. 109, p. 589-602, 2015; BORDIN, Fernando Lusa. *Procedural developments at the international court of justice, the law and practice of international courts and tribunals*. 2015. KLEIN, N. Whales and tuna: the past and future of litigation between Australia and Japan. *The Georgetown international environmental law review*, n. 21, 2009; COELHO, Luciana Fernandes. Reflexões provenientes do dissenso: uma análise crítica a respeito do caso Austrália versus Japão perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, 2015.

37 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 270, para. 138.

dos não letais para estabelecer o tamanho das amostras para cada ano do JARPA II. Japão não ofereceu nenhum documento para clarificar a questão e, por fim, a Corte concluiu que “a ausência de qualquer prova apontando à considerações de viabilidade de métodos não letais não foi explicada”.³⁸ Em relação a essas duas pasagens, permanece a impressão de que a Corte tacitamente criticou a ausência de um *certo tipo* de expert, i.e., um perito que tenha participado no programa JARPA II o qual Japão poderia ter utilizado para embasar a sua posição. Nesse sentido, a ausência de explicação por parte do Japão parece ter enfraquecido o argumento desse Estado. Contudo, como contra-argumento, poderia-se conjecturar que a decisão de não apontar peritos japoneses que tenham participado no desenvolvimento do programa JARPA II é justificado pela necessidade de evitar uma “biased witness”.³⁹ Em particular, pode-se argumentar que, se o Japão tivesse indicado um perito que tenha participado do programa JARPA II, a Corte teria dado um menor peso probatório para a evidência apresentada por eles, uma vez que, como a Corte notou em casos anteriores, “um membro do governo de um Estado [...] tende a identificar a si mesmo com os interesses de seu Estado, e de estar ansioso quando oferecendo evidência de maneira a não dizer nada que possa provar-se adverso à sua causa”.⁴⁰

A última observação levanta uma questão geral sobre a possibilidade de transpor alguns dos critérios estabelecidos pela Corte em relação ao peso probatório de “ordinárias” testemunhas para peritos⁴¹. A sentença não

diz nada sobre esse ponto. É interessante notar, porém, que a Corte parece levar em consideração quando os peritos divergem da opinião tomada pelo Estado que o nomeou. Dessa maneira, a Corte ponderou as críticas realizadas pelo perito apontado pelo Japão, Sr. Walløe, em relação à transparência das atividades desenvolvidas pelo programa JARPA II.⁴² A ideia de dar relevância a opiniões de peritos que contradizem a posição de um Estado pode ser comparada ao critério segundo o qual deve ser dado peso às declarações realizadas por funcionários do Estado quando essas declarações são desfavoráveis ao Estado.⁴³

Em relação à tendência geral da Corte em relação à avaliação da opinião dos peritos, um aspecto que emerge da sentença é que a Corte parece ter dado particular importância à existência de um acordo entre as opiniões expressas pelos peritos indicados pelas partes. Por exemplo, quando avaliando a transparência do programa Japonês, a Corte observou que “as provas demonstram que o plano de pesquisa do programa JARPA II carece de transparência em suas razões para selecionadas particulares amostras para itens individuais de pesquisa. Esta é uma questão que os peritos chamados pelas duas Partes concordam, como descrito anteriormente”.⁴⁴ Ela também enfatizou que “o processo usado para determinar o tamanho das amostras para baleias Minke carece de transparência, como os peritos de ambas as Partes concordam”.⁴⁵

Em mesmo sentido, a Corte deu relevância ao fato que a opinião expressa por um perito indicado pela parte não tinha sido contestada pela outra parte. Nesse sentido, a fim de avaliar se o número de baleias mortas era razoável segundo finalidades científicas, a Corte, referindo-se à opinião expressa pelo perito indicado pela Austrália, notou o fato que o “Japão não contesta esta opinião pericial”.⁴⁶

38 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 271, para. 141.

39 O critério que diminui o peso probatório da prova apresentada por esse tipo de testemunha apareceu no caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *ICJ Reports 1986*, para. 70: “[a] member of the government of a State engaged, not merely in international litigation, but in litigation relating to armed conflict, will probably tend to identify himself with the interests of his country, and to be anxious when giving evidence to say nothing which could prove adverse to its cause” e é combinado com a presunção de que “[t]he Court takes the view that statements of this kind, emanating from high-ranking official political figures, sometimes indeed of the highest rank, are of particular probative value when they acknowledge facts or conduct unfavourable to the State represented by the person who made them. They may then be construed as a form of admission” (ibid, para. 64).

40 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., para. 70. Do original: “a member of the government of a State [...] tends to identify himself with the interests of his country, and to be anxious when giving evidence to say nothing which could prove adverse to its cause”

41 Sobre a questão, ver LIMA, Lucas C. The evidential weight of experts before the icj: reflections on the whaling in the antarctic case. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 6, p. 621-635, 2015.

42 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 275, para. 159.

43 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., para. 64: “The Court will treat with caution evidentiary materials specially prepared for this case and also materials emanating from a single source. It will prefer contemporaneous evidence from persons with direct knowledge. It will give particular attention to reliable evidence acknowledging facts or conduct unfavourable to the State represented by the person making them”.

44 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 283, para. 188.

45 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 292, para. 225.

46 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 283, para. 190.

Certamente, não surpreende que a Corte tenha dado importância à existência de um acordo entre as partes em relação ao fato que a opinião de um perito não tenha sido contestada pela parte. Se as partes possuem o ônus da prova, é razoável dar importância ao acordo entre peritos por elas apresentadas em relação aos fatos e circunstâncias do caso. Em outras palavras, parece bastante lógico que, quando os peritos apontados pelas partes dividem uma avaliação científica, é difícil que a Corte tome uma visão diferente. Contudo, a impressão geral é que o peso probatório dado pela Corte às opiniões dos peritos é diretamente relacionado com a medida que eles permitem a Corte de identificar a emergência de um consenso em relação a um certo fato ou dado científico. Nessa lógica, o interesse em haver peritos no procedimento é que eles permitem identificar a existência de um acordo em relação aos fatos científicos controversos. Por conseguinte, o peso probatório de opiniões dos peritos parece ser estreitamente ligado à contribuição deles à emergência de um acordo. Nesse sentido, a “busca” pelo consenso parece, em algum grau, possuir um papel maior que a “busca” pela verdade científica. Esse método parece adequar-se à lógica adversarial que governa os procedimentos da Corte.

Em relação a esse ponto, duas observações se fazem necessárias. A primeira é que é claro que a importância prescrita ao emergir de um *consensus* em relação a um certo fato ou dado científico não deve diminuir o papel desempenhado pela Corte na avaliação das provas. De maneira significativa, no julgamento do caso *Whaling in the Antarctic*, a Corte parece ter utilizado argumentos técnicos que não tinham sido anteriormente discutidos pelos peritos. A segunda observação é que o acordo entre os peritos pode não refletir, necessariamente, o acordo das partes, por exemplo porque a opinião de um perito contradiz as visões expressas pela parte que o apontou. É, também, possível que a opinião dos peritos não revele a opinião de nenhuma das partes. Em ambos os casos, parece razoável que a Corte atribua importância ao acordo dos peritos, independentemente, da posição das partes.

Como notado por alguns autores⁴⁷, um problema aparece quando peritos tomam posições diferentes em

questões controversas de natureza técnica ou científica, uma situação que foi etiquetada pela Corte no passado como “the clash of expert opinions”⁴⁸.

Em casos anteriores, como mostram *Gabčíkovo-Nagymaros Project* e *Pulp Mills*, quando confrontada com prova científica divergente, “a Corte não considerou necessário resolver o *clash* de opiniões periciais”⁴⁹ e claramente observou que “a Corte não pode aceitar a posição que, de maneira a decidir esse caso, ela precise antes determinar, com base no desacordo entre cientistas, qual é a mais plausivelmente correta interpretação dos aparentemente incompletos dados científicos”⁵⁰. Alguns autores sugerem que, nessas situações, a Corte prefere ignorar o problema e resolvê-lo por meio de técnicas jurídicas.⁵¹

Tal abordagem foi, também, adotada pela Corte no caso *Whaling in the Antarctic*. De maneira a evitar uma tomada de decisão em questões sobre as quais os peritos possuíam opiniões divergentes, a Corte lançou mão de distintos argumentos. Por exemplo, em relação à confiabilidade e ao valor dos dados coletados pelo programa JARPA II, os peritos indicados pelas partes ofereceram opiniões contraditórias e a Corte entendeu que “este desacordo parece ser sobre uma questão de opinião científica”⁵².

Em relação ao desacordo dos peritos sobre a determinação do critério para outorgar significado à expressão “pesquisa científica”, em relação à significação do Artigo VIII da Convenção Baleeira, a Corte se apoiou na distinção entre questões de fato e questões de direito. A Corte desenvolveu o raciocínio que, sendo as questões de interpretação do termo “pesquisa científica” uma questão de direito⁵³, cabia à Corte resolver a ques-

47 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., Separate Opinion of Judge CANÇADO TRINDADE, paras. 148 and 151. SCOVAZZI, Tullio. Between law and science: some considerations inspired by the whaling in the antarctic judgment. *QIL-Questions of International Law*, n. 14, 2015. Available in: <www.qil-qdi.org/between-law-and-sciencesome-considerations-inspired-by-the-whaling-in-the-antarctic-judgment-2/> Accessed: 04 apr. 2016.; FOSTER; PEAT, Daniel. The use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice. *British Yearbook of International Law*, n. 84, v. 288, 2014.

48 *Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, 2008 ICJ Reports 2008, 12, para. 147.

49 *Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, 2008 ICJ Reports 2008, 12, para. 147.

50 *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports 1982, 18, para. 41. Do original “[t]he Court is unable to accept the position that in order to decide this case, it must first make a determination upon a disagreement between scientists of distinction as to the more plausibly correct interpretation of apparently incomplete scientific data”.

51 RIDDELL, Anna; PLANT, Brendan. *Evidence before the international court of justice*. London, BIICL 2009.

52 *WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening*, ICJ Reports, 2014, 269, para 134. Do original: “[t]his disagreement appears to be about a matter of scientific opinion”

53 MBENGUE, M. M. Between law and science: a commentary

tão, sem levar em consideração as indicações fornecidas pelos peritos. Na visão da Corte, ainda que

[...] como uma questão de opinião científica, os peritos chamados pelas Partes concordaram que métodos letais podem possuir um lugar na pesquisa científica, embora não necessariamente concordando com as condições para seu uso, [...] suas conclusões como científicas, porém, devem ser distinguidas da interpretação da Convenção, que é uma tarefa desta Corte.⁵⁴

Numa avaliação geral, porém, em comparação com a abordagem adotada no caso *Pulp Mills*, foi certamente observado que “a mudança de abordagem da Corte no caso *Whaling in the Antarctic* deve ser bem-vindo, vez que ele oferece uma oportunidade para um mais rigoroso tratamento de complexa prova científica”⁵⁵. Não apenas, mas a Corte também parece ter estabelecido uma preferência em relação à metodologia para indicação, exame e, por meio de alguns elementos, avaliação da prova científica apresentada por peritos. Contudo, existe clara dependência das partes em relação ao corpo probatório apresentado e aos peritos indicados. Finalmente, cabe às partes escolher a forma como peritos serão envolvidos numa controvérsia.

d) Os casos *Certain Activities and Construction of a Road*.

Questões de natureza técnica foram consideradas durante o procedimento conjunto dos casos *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* e *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*. O primeiro caso versava sobre, *inter alia*, as violações da Nicarágua de suas obrigações em razão de suas atividades de dragagem executadas no Rio Colorado. O segundo caso referia-se a violações de obrigações da Costa Rica pela construção de uma estrada nas bordas do Rio San Juan.

on the whaling in the antarctic case. *QIL-Questions of International Law*, n. 14, p.8-9, 2015. Available in: <www.qil-qdi.org/between-law-and-science-a-commentary-on-the-whaling-in-the-antarctic-case-2>. Accessed: 04 apr. 2016.

54 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, para. 82. Do original: “as a matter of scientific opinion, the experts called by the Parties agreed that lethal methods can have a place in scientific research, while not necessarily agreeing on the conditions for their use, [...] [t]heir conclusions as scientists, however, must be distinguished from the interpretation of the Convention, which is the task of this Court”

55 GRAY, Christine. The 2014 judicial activity of the international court of justice. *American Journal of International Law*, n. 109, p. 589-602, 2015. p. 597. No mesmo sentido, BORDIN, Procedural developments at the international court of justice. *The law and practice of international courts and tribunals*, n. 13, 2014, p.241.

As partes possuíam conselheiros científicos e peritos integrando as suas delegações, mas as partes também apontaram peritos de acordo com os artigos 57 e 64 do Regulamento da Corte. O uso de peritos nesses casos demonstra algumas similaridades com o uso de peritos no caso *Whaling in the Antarctic*.

Uma primeira questão interessante refere-se à indicação dos peritos. Antes das audiências do case *Construction of a Road*, Nicaragua sugeriu o uso de um “neutral expert on the basis of Articles 66 and 67 of the Rules”.⁵⁶ A Costa Rica não concordou com esse requerimento e, em resposta, apontou que “that there [was] no basis for the Court to exercise its power to appoint an expert as requested by Nicaragua”. Não é o primeiro caso uma das partes solicita à Cortenomear peritos para colaborar com a avaliação do contexto fático de uma controvérsia⁵⁷. Não é, também, a primeira vez que a Corte preferiu não o fazer sem indicar as razões que embasavam sua decisão. É, claramente, uma questão para especular-se, mas o desacordo entre as partes em relação à nomeação do perito independente pode ter sido um fator que a Corte levou em consideração para a não indicação de peritos independentes no sentido do artigo 50 do Estatuto.

Se, por um lado, a Corte preferiu não nomear peritos independentes, por outro lado, ela assumiu um papel mais ativo ao indicar o tipo de evidência técnica que estaria interessada em ter acesso. Por meio da Secretaria e logo no início dos procedimentos, a Corte sugeriu às partes que fossem chamados os peritos que ofereceram suporte técnico aos times de defesa durante a fase escrita:

o Secretário (Registrar) informou as Partes que a Corte consideraria útil se, durante as audiências dos dois casos, elas pudessem chamar os peritos cujos relatórios foram anexados aos memoriais, em particular o senhor Thorne e o senhor Kondolf. O Secretário também indicou que a Corte seria grata se, ao mais tardar no 15 de Janeiro 2015, as Partes fizessem sugestões em relação à modalidade de exame destes peritos⁵⁸.

56 *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, *ICJ Reports*, 2015, para. 30.

57 QUINTANA, J. J. *Litigation at the international court of justice*. Leiden: Brill, 2015.

58 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 30. Do original: “the Registrar informed the Parties that the Court would find it useful if, during the course of the hearings in the two cases, they could call the experts whose reports were annexed to the written pleadings, in particular Mr. Thorne and Mr. Kondolf. The Registrar also indicated that the Court would be grateful if, by 15

Ou seja, sugeriu-se aos litigantes repetir a abordagem tomada pelas partes no caso *Whaling in the Antarctic*. Parece existir uma linha de continuidade entre o desencorajamento da Corte ao uso de peritos-advogados no caso *Pulp Mills* e sua ativa declaração de receber um certo tipo de prova científica nos casos *Certain Activities* e *Construction of a Road*. Ao tomar essa atitude, poderia-se sugerir que a Corte parece indicar uma “prática preferível” em relação ao uso de peritos. Ademais, a Corte indicou, nominalmente, os peritos que considerava interessante ouvir durante a fase oral. Um segundo desdobramento dessa passagem do julgamento reforça a ideia de que não é, apenas, suficiente que as partes introduzam evidência técnica por meio de provas escritas e relatórios; a prova deve ser propriamente testada por meio do procedimento de *cross-examination*.

Outra interessante questão levantada em relação à prova é a disponibilidade das partes em organizar uma visita de campo — uma questão conectada com o caso *Gabčíkovo-Nagymaros*. Embora houvesse um acordo entre as partes em relação à possibilidade da Corte em executar uma visita de campo, Nicaragua “reiterou sua proposta da Corte nomear um perito para avaliar a construção da Corte, e sugeriu que o perito fosse incluído em uma delegação da Corte para qualquer visita de campo”⁵⁹. A Costa Rica respondeu a esta proposta considerando que “a nomeação de um perito era desnecessária”⁶⁰. Por fim, “o Registrar informou às Partes que a Corte tinha decidido de não efetuar uma visita de campo”.

Poder-se-ia, unicamente, especular se a ausência de um acordo entre as partes quanto aos *exatos termos* da visita de campo foi um elemento decisivo que levou a Corte a não realizá-la. É igualmente uma matéria para especulação se o fato de que da Costa Rica ter recusado a indicação de peritos possuiu algum particular significado para a Corte.

Quanto ao papel dos peritos nesses casos, parece que eles desempenharam uma função bastante relevante, especialmente se se considera que a Corte referiu-se à prova por eles apresentada em diversas passagens da sentença.

No caso *Certain Activities*, o acordo entre os peritos indicados pelas partes foi citado em duas ocasiões. Pri-

meiramente, a Corte valorizou o acordo dos peritos de maneira a determinar a existência de uma determinada situação fática em relação ao uso de um dos *caños*⁶¹. Em segundo lugar, peritos foram usados para confirmar que as atividades desempenhadas pela Nicaragua “não teria um impacto significativo no fluxo do Rio Colorado”. Efetivamente, a Corte observou que “esta conclusão foi posteriormente confirmada por ambos os peritos das Partes”⁶². A Corte foi avante e considerou que

tendo examinado as provas dos autos, incluindo os relatórios submetidos e o testemunho oferecido pelos peritos chamados por ambas as Partes, a Corte entende que o programa de dragagem planejado em 2006 não gerava o risco de um significativo dano transfronteiriço, seja em relação ao fluxo do Rio Colorado ou às zonas úmidas da Costa Rica⁶³.

Ao se referir ao acordo entre os peritos indicados pelas partes, a Corte parece reiterar o critério adotado no caso *Whaling in the Antarctic*, o qual consiste em atribuir peso probatório ao *consensus* que emerge entre as partes através da opinião dos peritos.

Por outro lado, a Corte não apenas citou a opinião dos peritos quando diante de um acordo entre eles. Reiterando a abordagem tomada no caso *Whaling in the Antarctic*, a Corte tomou nota e parece ter atribuído peso probatório a declarações dos peritos contrárias aos interesses das partes que o indicou. Em relação à alegação da Costa Rica que o dano causado pelas atividades de dragagem da Nicaragua, a Corte utilizou a declaração do “perito principal da Costa Rica observando que ‘não há evidência de que o programa de dragagem tenha significativamente afetado os fluxos do Rio Colorado’”⁶⁴.

61 The Court exact words were: “The Court notes that the existence over a significant span of time of a navigable caño in the location claimed by Nicaragua is put into question by the fact that in the bed of the channel there were trees of considerable size and age which had been cleared by Nicaragua in 2010. Moreover, as was noted by Costa Rica’s main expert, if the channel had been a distributary of the San Juan River, “sediment would have filled in, or at a minimum partially-filled, the southern part of the lagoon”. Furthermore, the fact that, as the Parties’ experts agree, the caño dredged in 2010 no longer connected the river with the lagoon by mid-summer 2011 casts doubt on the existence over a number of years of a navigable channel following the same course before Nicaragua carried out its dredging activities. This caño could hardly have been the navigable outlet of commerce referred to above”. (*Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 90).

62 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 105.

63 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 105 (ênfase adicionada). Do original: “[h]aving examined the evidence in the case file, including the reports submitted and testimony given by experts called by both Parties, the Court finds that the dredging programme planned in 2006 was not such as to give rise to a risk of significant transboundary harm, either with respect to the flow of the Colorado River or to Costa Rica’s wetland”.

64 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 119.

January 2015 at the latest, the Parties would make suggestions regarding the modalities of the examination of those experts”.

59 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 33.

60 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 33.

No caso *Construction of a Road*, a Corte fez referência às provas apresentadas pelos peritos sem outorgar-lhe qualquer peso probatório⁶⁵. Efetivamente, a Corte parece prestar cuidadosa atenção à linguagem a ser utilizada quando as declarações dos peritos coincidem com as posições das partes que os indicaram. A Corte parece ter consciência que por vezes a evidência apresentada por um perito nomeado pela parte corresponde às posições sustentadas pelos Estados. Essa correspondência entre opinião pericial e argumento Estatal parece reforçar a dúvida levantada em relação à imparcialidade de um experto nomeado por uma parte no procedimento.

Se por um lado, o acordo entre os peritos foi relevante para determinar a existência de algum sedimento erodindo da construção da estrada ao Rio, por outro lado o desacordo entre os peritos também foi notado pela Corte.

A Corte observa também que existe um considerável desacordo entre os peritos em relação a dados chave como as áreas sujeitas à erosão e as apropriadas taxas de erosão, o que os leva à diferentes conclusões em relação ao total de sedimento contribuído pela estranha⁶⁶.

A Corte preferiu evitar a solução do conflito entre opiniões periciais contrastantes observando que

a Corte não vê a necessidade de executar um detalhado exame da validade técnica e científica das diferentes estimativas apresentadas pelos peritos das Partes. É suficiente notar que a quantidade de sedimento no rio devido à construção da estrada representada no máximo 2 por cento da carga total do rio, segundo os cálculos da Costa Rica baseados nos dados oferecidos pelos peritos da Nicarágua e não contestados por esta⁶⁷.

Na última parte dessa passagem, a Corte recorreu, mais uma vez, ao critério que leva em consideração a

65 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 177, 182, 183.

66 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para 186. Do original: “The Court sees no need to go into a detailed examination of the scientific and technical validity of the different estimates put forward by the Parties’ experts. Suffice it to note here that the amount of sediment in the river due to the construction of the road represents at most 2 per cent of the river’s total load, according to Costa Rica’s calculations based on the figures provided by Nicaragua’s experts and uncontested by the latter (see paragraphs 182 to 183 above and 188 to 191 below”.

67 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para 186. Do original: “The Court sees no need to go into a detailed examination of the scientific and technical validity of the different estimates put forward by the Parties’ experts. Suffice it to note here that the amount of sediment in the river due to the construction of the road represents at most 2 per cent of the river’s total load, according to Costa Rica’s calculations based on the figures provided by Nicaragua’s experts and uncontested by the latter (see paragraphs 182 to 183 above and 188 to 191 below”.

prova pericial não contestada, critério, também, utilizado no caso *Whaling in the Antarctic*.

Poder-se-ia argumentar que a principal questão aberta em relação ao uso de peritos perante a Corte Internacional de Justiça refere-se, propriamente, ao desacordo em relação à prova apresentada pelos peritos nomeados pelas partes. Essa questão não foi solucionada nos casos *Certain Activities* e *Construction of a Road*. Contudo, parece que, nesses casos, a questão não se colocou, de maneira drástica, requerendo uma solução. Examinando a quantidade de sedimento alocado ao rio, a Corte concluiu que, com base no fato de que a construção da estrada estava contribuindo no máximo para apenas 2% do sedimento total, “um dano significativo não pode ser portanto inferido”⁶⁸. De maneira distinta dos casos *Gabcikovo-Nagymaros* e *Whaling*, nos quais a Corte preferiu não resolver a questão colocada utilizando-se de técnicas jurídicas, a Corte resolveu o desacordo neste caso referindo-se a um exame da prova sai ela apresentada, e seu significado para a configuração de uma das conclusões arguidas pela parte.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dos casos acima examinados, algumas conclusões podem ser esboçadas.

Primeiramente, pode ser afirmado que as principais questões em relação ao uso de peritos pela CIJ apareceram em casos que tocavam questões ambientais. Não parece ser um exagero, portanto, afirmar que controvérsias ambientais auxiliaram a modelar e, em certa medida, melhorar o procedimento da Corte Internacional de Justiça em relação ao uso de peritos.

Em segundo lugar, depois de *Pulp Mills, Whaling in the Antarctic, Certain Activities* and *Construction of a Road*, pode ser sugerido que uma “abordagem preferível” em relação ao uso de peritos parece emergir: a Corte dá a impressão de que está, particularmente, interessada na prova científica apresentada e testada por meio da *cross-examination* e, também, particularmente, interessada na emergência de um *consensus* probatório entre as partes por meio da *cross-examination*. Por essas razões, no presente momento, a categoria de perito nomeado pela parte prevista nos artigos 57 e 67 do Regulamento

68 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 194.

parece ser a categoria privilegiada para casos ambientais perante a Corte. Isso não significa, contudo, que essa abordagem não possa mudar de acordo com as circunstâncias de um novo caso. A nomeação de peritos independentes no sentir do artigo 50 do Estatuto não requer, necessariamente, o acordo de ambas as partes na controvérsia, mas ele seria, certamente, facilitado se tal acordo existisse. Talvez a existência de referido acordo e o sucesso da experiência na indicação após o distante *Corfu Channel* possa estimular a Corte em indicar peritos *proprio motu* em controvérsias ambientais mais delicadas.

Um problema parece persistir quando o *consensus* não emerge, porém. Esta não é uma rara ocorrência. Ele aconteceu, em diferentes medidas, em todos os casos mencionados nesse exame. Até o momento, a Corte evitou a questão, estabelecendo que “não é necessário [...] determinar quais destes pontos de vista são cientificamente melhor fundados”⁶⁹. No caso *Whaling in the Antarctic*, a solução da Corte foi invocar sua função judicial indicando que “as conclusões dos peritos como cientistas, porém, devem ser distinguidas da interpretação da Convenção, que é uma tarefa desta Corte”. Por fim, no caso *Construction of a Road*, a Corte concluiu que ela “não vê necessidade de executar um detalhado exame da validade técnica e científica das diferentes estimativas apresentadas pelas partes”. Essa abordagem foi criticada no passado e pode apresentar algumas dificuldades no futuro quando as circunstâncias de um caso requeiram uma abordagem mais ativa na determinação do contexto fático de uma controvérsia. Isto é, particularmente, verdade, se for considerado o contexto das questões ambientais. As possíveis soluções da Corte foram exploradas pela literatura internacionalista, embora sem se galgar uma conclusão definitiva.

Se é verdade que “Estados agora parecem mais dispostos do que em qualquer anterior momento na história em adjudicar controvérsias relativas a recursos naturais e proteção ambiental”⁷⁰, pode ser esperado que

novos casos tocando questões ambientais necessitarão de um sistema acurado para lidar com provas de natureza técnica ou científica. Portanto, pode-se prever um recorrente aparecimento de peritos em casos futuros perante a Corte. Esse aparecimento poderá responder algumas das questões levantadas nessa análise.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORDIN, Fernando Lusa. Procedural developments at the international court of justice. *The law and practice of international courts and tribunals*, n. 13, 2014.

BOYLE, Alan. Environmental dispute settlement. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009.

BOYLE, Alan; HARRISON, James. Judicial settlement of international environmental disputes: current problems. *Journal of international dispute settlement*, 2013, v. 4, p. 245.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: Funag, 2013.

COELHO, Luciana Fernandes. Reflexões provenientes do dissenso: uma análise crítica a respeito do caso Austrália versus Japão perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, 2015.

D’ASPROMONT, Jean; MBENGUE, Makane. Strategies of engagement with scientific fact-finding in international adjudication. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 5, p. 240–272, 2014.

DAL RI JUNIOR, Arno; NOSCHANG, Patrícia G. Contradições e dilemas no itinerário histórico da tutela do Meio Ambiente no Mercosul. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Org.). *Direito internacional contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 45-86.

FITZMAURICE, Malgosia. Case Analysis: the gabcíko-vo-nagymaros case: the law of treaties. *Leiden Journal of International Law*, v. 11, p. 321-344, 1998.

FITZMAURICE, Malgosia. The international court of justice and the environment. *Non-State Actors and International Law*, v. 4, 2004.

FOSTER, Caroline. New clothes for the emperor? consultation of experts by the international court of justice.

69 GABČÍKOVO-Nagymaros project: Hungary/Slovakia. *ICJ Reports*, n. 7, 1997, para. 54.

70 STEPHENS, Tim. International environmental disputes: to sue or not to sue. In: KLEIN, Natalie (Ed.). *Litigating international law disputes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 292. Sobre esse tema, ver igualmente HARRISON, James. Reflections on the role of international courts and tribunals in the settlement of environmental disputes and the development of international environmental law. *Journal of Environmental Law*, n. 25, 2013.

- Journal of International Dispute Settlement*, n. 5, v.32, 2013.
- FOSTER, Caroline. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- GAJA, Giorgio. The protection of general interests in the international community. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, n. 364, p. 171-181, 2011.
- GALINDO, G. R. B. A Paz (ainda) pela Jurisdição Compulsória? *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 57, p. 82-98, 2014.
- GRAY, Christine. The 2014 judicial activity of the international court of justice. *American Journal of International Law*, n. 109, p. 589-602, 2015.
- HARRISON, James. Reflections on the role of international courts and tribunals in the settlement of environmental disputes and the development of international environmental law. *Journal of Environmental Law*, n. 25, 2013.
- JENNINGS, Robert. The role of the international court of justice in the development of international environment protection law. *Review of European Community and International Environmental Law*, n. 1, v. 240, 2004.
- KLEIN, N. Whales and tuna: the past and future of litigation between Australia and Japan. *The Georgetown international environmental law review*, n. 21, 2009.
- LIMA, Lucas C. The evidential weight of experts before the icj: reflections on the whaling in the antarctic case. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 6, p. 621-635, 2015.
- MBENGUE, Makane. Between Law and Science: A commentary on the whaling in the antarctic case. *QIL-Questions of International Law*, n. 14, p. 8-9, 2015. Available in: <www.qil-qdi.org/between-law-and-science-a-commentary-on-the-whaling-in-the-antarctic-case-2/>. Accessed: 04 Apr. 2016.
- PEAT, Daniel. The use of court-appointed experts by the international court of justice. *British Yearbook of International Law*, n. 84, v. 288, 2014.
- QUINTANA, J. J. *Litigation at the international court of justice*. Leiden: Brill, 2015.
- RANGEL, Vicente Marotta. Evolução da Justiça Internacional. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo: jornadas de direito internacional público no Itamaraty*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- RIDDELL, Anna; PLANT, Brendan. *Evidence before the international court of justice*. London, BIICL 2009.
- ROSENNE, Shabtai. Fact-finding before the international court of justice. In: ROSENNE, Shabtai. *Essays on international law and practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 242.
- SANDS, Philippe. International environmental litigation and its future. *University of Richmond Law Review*, v. 32, 2009.
- SAVADOGO, Louis. Le recours des juridictions internationales à des experts. *Annuaire Français de Droit International*, v. 50, 2004.
- SCOVAZZI, Tullio. Between law and science: some considerations inspired by the whaling in the antarctic judgment. *QIL-Questions of International Law*, n. 14, 2015. Available in: <www.qil-qdi.org/between-law-and-science-some-considerations-inspired-by-the-whaling-in-the-antarctic-judgment-2/>. Accessed: 04 Apr. 2016.
- SIMMA, Bruno. The international court of justice and scientific expertise. *Proc. of the Annual Meeting ASIL*, n. 106, v. 230, 2012.
- STEPHENS, Tim. International environmental disputes: to sue or not to sue. In: KLEIN, Natalie (Ed.). *Litigating international law disputes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- TAMS, Christian. Article 49, article 50 e article 51. In: ZIMMERMANN, Andreas et. al. (Eds.). *The statute of the international court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- THOUVENIN, Jean-Marc. La descente de la cour sur les lieux dans l'affaire relative au projet gabcikovo-nagymaros. *Annuaire Français de Droit International*, v. 43, 1997.
- TREVES, Tullio. Coastal states' rights in the maritime areas under UNCLOS. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, n. 1, v. 12, 2015.
- VARELLA, Marcelo D. A necessidade de repensar os mecanismos da responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na zona econômica exclusiva no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília v. 12, p. 240-249, 2015.
- VINUALES, Jorge. Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law. *Vanderbilt journal of transnational law*, v. 43, 2010.

VINUALES, Jorge. The contribution of the international court of justice to the development of international environmental law: a contemporary assessment. *Fordham international law journal*, v. 32, 2008.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Os vieses da biodiversidade
apresentados pelo caso do
parque eólico de *Bald Hills***
Biodiversity bias in the Case of
the Bald Hills Wind Farms

Natália Zampieri

Mariana Cabral

Os vieses da biodiversidade apresentados pelo caso do parque eólico de *Bald Hills**

Biodiversity bias in the Case of the Bald Hills Wind Farms

Natália Zampieri**

Mariana Cabral***

RESUMO

O objetivo do presente artigo é apresentar uma reflexão ambiental e legislativa sobre o valor da legal da biodiversidade. Primeiramente, definiu-se o conceito de biodiversidade e a regulamentação internacional acerca desta. O estudo se baseou no caso da presença do *Neophema chrysogaster*, popularmente ‘papagaio do ventre laranja’, relativo ao funcionamento do parque eólico de *Bald Hills*, Austrália, 2006. O local foi determinado devido ao potencial eólico e à necessidade de desenvolvimento de formas alternativas de geração de energia limpa na região. Todavia, verificou-se a região como rota migratória do papagaio. Atualmente, a espécie se encontra ameaçada de extinção devido à supressão antrópica ambiental e sucumbiria se submetida a mais pressões ambientais. A ponderação feita concerne entre como balancear a importância e benefícios com base nos serviços ecossistêmicos e no valor da biodiversidade de uma espécie protegida face ao funcionamento de uma usina de energia renovável; decidindo por priorizar, apenas, uma delas, e, condicionar a outra. Embora a discussão sobre a interação do meio ambiente com os avanços tecnológicos seja notoriamente necessária e conclusiva, as métricas que norteiam as decisões tornam-se questionáveis considerando-se a biodiversidade e serviços ecossistêmicos bens de uso comum do povo.

Palavras-chave: Energias renováveis. Caso *Bald Hills*. Legislação. Valor econômico da biodiversidade.

ABSTRACT

The aim of this paper is to present an environmental and legislative reflection on the legal value of biodiversity. Firstly, it was defined the concept of biodiversity and international regulations about it. The study was based on the case of the *Neophema chrysogaster* presence, popularly named ‘Orange-bellied Parrot’, in contrast to the operation of the wind farm of Bald Hills, Australia, 2006. The location was determined because of the wind potential and the need to develop alternative forms of clean energy generation in the region. Nevertheless, the region was found as part of the flyway of the parrot. Nowadays the species is found endangered due to anthropogenic environmental suppression and it would succumb if subjected to more environmental pressures. The weighing made concerns in how to balance between

* Recebido em 30/04/2016
Aprovado em 28/08/2016

** Pesquisadora no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutoranda em Direito Público na mesma Universidade; Bolsista CAPES. E-mail: natalia-zampieri@yahoo.com.br.

*** Mestre em Ecologia e Gestão Ambiental pela Faculdade de Ciências da Universidade de Lisboa (FCUL); Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Positivo; Especialista em Gestão de Projetos pela FAE Business School; graduada e licenciada em Ciências Biológicas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC PR). E-mail: cabral.nana@gmail.com.

the importance and benefits of ecosystem services and the biodiversity value of a protected species face the operation of a renewable energy farm; prioritizing only one of them, and conditioning the other. Although the discussion among the environment and technological advances interaction is notoriously necessary and conclusive, the metrics that guide the decisions become questionable considering biodiversity and ecosystem services goods of common use.

Keywords: Renewable energy. Case of Bald Hills. Legislation. Economic value of biodiversity.

1. INTRODUÇÃO

Diversidade biológica ou sua abreviação, biodiversidade, pode ser entendida conforme a Convenção da Diversidade Biológica (CDB) como a variabilidade de organismos vivos, incluindo sua complexidade ecológica, de todos os tipos e ambientes do planeta. A biodiversidade é diferenciada entre genética, de espécies e ecossistêmicas^{1 2}.

A interação entre a diversidade biológica e o meio abiótico determina os processos e propriedades dos ecossistemas. A qualidade dos serviços ecossistêmicos é vista como ‘benefícios à humanidade’, resultantes da integração entre ecossistemas e biodiversidade³. Os serviços podem ser diferenciados conforme em serviços de provisão (produção de recursos renováveis), serviços de regulação (influenciam nas mudanças climáticas) e os serviços culturais (lazer antrópico)⁴.

A importância da biodiversidade por si só passa pelo reconhecimento do seu valor intrínseco e do seu valor econômico. Como recurso antropicamente administra-

do, trata-se do ponto de partida para o estabelecimento, construção e manutenção da civilização⁵. A perda da biodiversidade ameaça o abastecimento alimentício, limita o acesso a recursos naturais, energia e a própria medicina, bem como as oportunidades de lazer⁶. Logo, os órgãos internacionalmente regentes da biodiversidade se ocupam de caucionar o comprometimento dos países em programas acordados para a sua gestão em larga escala e para orientar no papel de cada Estado dentro dos parâmetros da conservação⁷.

Em 1902, Paris, reconheceu-se o perigo de extinção de algumas espécies úteis para a agricultura e a necessidade de acessar a convenção internacional. Em 1950, percebendo a problemática e a preocupação com a diminuição de determinadas espécies de aves (variável que necessariamente afeta outras espécies e ecossistemas, especialmente espécies migratórias), foi criada a Convenção Internacional de Proteção às Aves⁸.

Mas apenas em 1972, a Conferência das Nações Unidas em Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, estabeleceu o Programa Ambiental das Nações Unidas (UNEP – *United Nations Environment Programme*)⁹. A partir desse programa governos nacionais e internacionais assinaram acordos sobre temas ambientais específicos. Segundo documento publicado pelo Secretariado da Convenção sobre Diversidade Biológica “Manutenção da Vida na Terra”, esses acordos não reverteram quadros ambientais, mas contribuíram para a gestão da biodiversidade em jardins botânicos e zoológicos, por

5 ‘Recurso biológico’ está definido na CBD (Artigo 2) como “generic resource, organisms or parts thereof, populations, or any other biotic components of ecosystems with actual or potential use or value for humanity”. UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.

6 CONVENTION BIOLOGICAL DIVERSITY. *Sustaining life on earth: how the convention on biological diversity promotes nature and human well-being*. 2000. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-sustain-en.pdf>>. Access: 2 abr. 2016.

7 PEARCE, David; MORAN, Dominic. *The economic value of biodiversity*. London: IUCN, 1994.

8 FERRERO-GARCÍA, Juan José. The international convention for the protection of birds (1902): a missed opportunity for wildlife conservation? *Ardeola*, p. 385-396, 2013; UNITED NATIONS. The international convention for the protection of birds (1950). In: TREATY Series: Treaties and international agreements registered or filed and recorded with the Secretariat of the United Nations, 1968. p. 185-196. Available in: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20638/v638.pdf>>. Access: 16 abr. 2016.

9 CONVENTION BIOLOGICAL DIVERSITY. History of the convention. Disponível em: <<https://www.cbd.int/history/>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

1 WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Connecting global priorities: biodiversity and human health, summary of the state of knowledge review*. 2015. Available in: <<https://www.cbd.int/health/SOK-biodiversity-en.pdf>>. Access: 15 abr. 2016.

2 Pode-se ainda mencionar a importância da diversidade cultural humana para a manutenção e manejo da biodiversidade. SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 10, v. 11, p. 50-75, 2002.

3 CONVENTION BIOLOGICAL DIVERSITY. *Article 2. Use of terms*. Available in: <<https://www.cbd.int/convention/articles/default.shtml?a=cbd-02>>. Access: 2 abr. 2016.

4 CARDINALE, Bradley et al. Biodiversity loss and its impact on humanity. *Nature*, v. 486, p. 59-97, 2012.

exemplo. Todavia, percebeu-se que se tratava de ações isoladas enquanto que a viabilidade de espécies e ecossistemas dependia da liberdade e de condição natural dos mesmos¹⁰.

Em 1987 o desafio de encontrar políticas econômicas motivadoras da conservação e da sustentabilidade, por meio de incentivos financeiros, foi substituído pela compreensão de que o desenvolvimento econômico deveria ser menos ecologicamente destrutivo, conclusão da Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento¹¹.

Atualmente a biodiversidade em si é tema de sete convenções internacionais e cada uma trabalha para implementar ações em nível regional, nacional, internacional para atingir metas de conservação e sustentabilidade¹².

Primeiramente, pode-se citar a Convenção da Diversidade Biológica (CDB – *Convention on Biological Diversity*). Essa Convenção tem objetivos que incluem a conservação da diversidade biológica, o uso sustentável de seus componentes e a divisão justa e equilibrada dos benefícios desde comerciais até quaisquer usos dos recursos genéticos (Artigo 1)¹³.

Em segundo lugar, a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas de Fauna e Flora Selvagens (CITES – *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*) tem como objetivo assegurar que o comércio internacional de espécimes de animais e plantas selvagens não ameace a sua sobrevivência¹⁴.

A Convenção de Bona (CMS – *Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals*), por sua vez, visa à conservação de espécies de animais selvagens migratórios e, por meio de acordos multilaterais entre as Partes, a proteção rigorosa dos habitats terrestre, marinho e aéreo para as espécies ameaçadas de extinção¹⁵.

O Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura foca na conservação e utilização sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação, agricultura e divisão justa e igualitária dos benefícios decorrentes da sua utilização¹⁶; e a Convenção de Ramsar foca na ação nacional e cooperação internacional para a conservação e uso sustentável das zonas húmidas e seus recursos¹⁷.

Por fim, a biodiversidade é, ainda, tratada pela Convenção do Patrimônio Mundial (WHC – *World Heritage Convention*), que trabalha para identificar e conservar o patrimônio cultural e natural do mundo¹⁸; e pela Convenção Fitossanitária Internacional (IPPC – *International Plant Protection Convention*), que visa proteger recursos vegetais mundo, controlando e impedindo a introdução e disseminação de pragas de plantas. É tal Convenção responsável por fornecer os mecanismos para desenvolver as Normas Internacionais para Medidas Fitossanitárias (ISPMs – *International Standards for Phytosanitary Measures*)¹⁹.

Finalmente, em 1992, na Conferência das Nações Unidas pelo Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), no Brasil, a Convenção da Diversidade Biológica²⁰

10 CONVENTION BIOLOGICAL DIVERSITY. Sustaining life on earth: how the convention on biological diversity promotes nature and human well-being. 2000. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-sustain-en.pdf>>. Access: 2 abr. 2016.

11 CONVENTION BIOLOGICAL DIVERSITY. History of the convention. Disponível em: <<https://www.cbd.int/history/>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

12 Sobre a constatação da complexidade que envolve as questões relacionadas ao direito ambiental e sobre a emergência de uma 'cidadania ecológica', v. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do Século XX. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). O novo em direito ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 11-32.

13 UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.

14 INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE. *Convention on international trade in endangered species of wild fauna and flora*. 1973. Available in: <<https://www.cites.org/sites/default/files/eng/disc/CITES-Convention-EN.pdf>>. Access: 11 abr. 2016.

15 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Convention on the conservation of migratory species of wild animals*. 1979. Available in: <<http://www.cms.int/en/convention-text>>. Access: 11 abr. 2016.

16 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *The international treaty on plant genetic resources for food and agriculture*. 2001. Available in: <<ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0510e/i0510e.pdf>>. Access: 11 abr. 2016.

17 UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *Convention on wetlands of international importance specially as waterfowl habitat*. 1971. Available in: <http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/current_convention_text_e.pdf>. Access: 11 abr. 2016.

18 UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *World heritage convention*. 1972. Available in: <<http://whc.unesco.org/archive/convention-en.pdf>>. Access: 11 abr. 2016.

19 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *International plant protection convention*. 1951. Available in: <<https://www.ippc.int/en/>>. Access: 11 abr. 2016.

20 FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *International plant protection convention*. 1951. Available in: <<https://www.ippc.int/en/>>. Access: 11 abr. 2016.

firmou o primeiro acordo entre centenas de países de conservação e uso sustentável da diversidade biológica. Resumidamente, uma das principais diferenças entre a Declaração do Rio e a CBD é o caráter vinculante deste último. A missão da CBD ficou fortalecida em seus três pilares: conservação da biodiversidade, uso sustentável dos componentes da biodiversidade e a divisão dos benefícios provenientes dos recursos comerciais e genéticos de maneira justa e equilibrada²¹.

As operações da CBD passam por ações para as Partes implementarem os temas transversais e as temáticas biodiversas e administrar os acordos para facilitar a eficiência operacional, incluindo a comunicação entre as Partes. A criação de estratégias nacionais para a implementação da Convenção é uma obrigação-chave para aqueles que ratificaram o documento. Os temas transversais incluem o acesso a recursos genéticos; biodiversidade e turismo; mudanças climáticas e diversidade biológica; transferência de tecnologia e cooperação, por exemplo; enquanto as temáticas biodiversas se diversificam em marinha e costal; na agricultura; florestal; insular; de terras submersas; terras secas e semiúmidas e montanhas.

Em 1981, Naírobi, na Conferência das Nações Unidas para Recursos Renováveis de Energia, discutiu-se, em cenário internacional, a criação de uma agência internacional dedicada à energia renováveis. O tema foi discutido por grandes organizações em vários encontros internacionais, como por exemplo, na Cimeira Mundial pelo Desenvolvimento Sustentável (*World Summit for Sustainable Development*) em 2002, Johannesburgo.

O movimento em prol da criação de uma Convenção foi uma resposta dos governos frente à demanda crescente por cooperação internacional em energias renováveis (políticas, financiamentos e tecnologias)²².

Todavia foi na Convenção Internacional de Energias Renováveis de Bona (*Bonn International Renewable Energy Conference*), em 2004, Bona, que foi criada a Agência Internacional de Energia Renovável (IRENA – *International Renewable Energy Agency*). Depois de workshops, alinhamentos, seleção e treinamento de comissão, a pri-

meira sessão de participação efetiva da IRENA ocorreu em 2011²³.

2. ESTUDO DE CASO – THE BALD HILLS WIND FARM²⁴

Em Abril de 2006, o Ministro de Meio Ambiente e *Commonwealth*, senador Ian Campbell, não aprovou um projeto de desenvolvimento à luz do *Environment Protection and Biodiversity Conservation Act 1999*²⁵⁻²⁶ (*EPCB Act*). O caso divulgado pela mídia trazia informações das condições do local para instalação de uma usina eólica como favoráveis, intrigando, ainda, mais os ambientalistas, governantes e público em geral.

O projeto originalmente pedia a aprovação da construção de 80 turbinas eólicas para criação de um parque eólico em *Bald Hills (South Gippsland, Victoria, Austrália)*. Posteriormente, reajustado para 52 turbinas, seria a segunda maior estação eólica de Victoria²⁷. O projeto se baseou na projeção da não emissão de 335 mil toneladas de gases do efeito estufa, equivalente a remover aproximadamente mais e 77 mil carros das rodovias. O

23 INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. Available in: <<http://www.irena.org/menu/index.aspx?mnu=cat&PriMenuID=13&CatID=30>>. Access: 17 abr. 2016.

24 “The commodification of biological diversity raises a number of concerns about its impact on the way we regard and interact with the environment. Of significance is that it is ‘opens up’ to world markets the less developed countries of the South which contains most of the earth’s remaining biodiversity. Note 16: Australia is considered to be the only developed mega diverse nation”. TUCKER, Linda; FARRIER, David. *Conserving biodiversity via access to bioresources: a natural selection?* In: STOIANOFF, Natalie (Ed.). *Assessing biological resources: complying with the convention on biological diversity*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. p. 167-185. p. 171.

25 AUSTRALIA. *Environment protection and biodiversity conservation act. 1999*. Available in: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi74LeJlFPLAhUDwxQKHfrjBLUQFgghMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.legislation.gov.au%2FDetails%2FC2010C00505%2F9913625c-d46f-4afd-a86e-187afd06b406&usq=AFQjCNHyHw-HkCcZuQrawDZjvJPZZK3pTw&sig2=SRqHJMH1e6CHKsv7zcm3Q>>. Access: 3 abr. 2016.

26 A Lei enfatiza a relevância ambiental nacional de bens do Patrimônio Mundial; locais de patrimônio nacional; ‘zonas húmidas’ de importância internacional; espécies ameaçadas a nível nacional e comunidades ecológicas; espécies migratórias; áreas marinhas da Commonwealth; grande barreira de corais Marine Park; ações nucleares; recurso aquático.

27 BALD hills wind farm. Available in: <<http://www.baldhillswindfarm.com.au/project/benefits.php>>. Access: 18 abr. 2016.

21 Para uma descrição sobre a origem, as características principais, os princípios gerais e os instrumentos previstos na CBD, v. TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (Coord.). *Direito ambiental e desenvolvimento sustentável*. São Paulo: RCS, 2007. p. 32-71.

22 WORLD WATCH INSTITUTE. Available in: <<http://www.worldwatch.org/node/5997>>. Access: 16 abr. 2016.

custo estimado para instalação seria de 220 mil dólares australianos, enquanto a geração de empregos, desde a instalação ao funcionamento da fazenda, seria em média de 69, entre permanentes e temporários²⁸. Certamente, existem custos significativos para a instalação do parque e o fornecimento de eletricidade produzida, porém a medida que a tecnologia avança, a energia produzida por usinas eólicas se torna mais eficiente e confiável.

Todavia, existia registro na região de uma ave endêmica migratória, *Neophema chrysogaster*, popularmente ‘papagaio do ventre laranja’. Os indivíduos adultos pesam em média 45 a 50 gramas²⁹, tem 21 cm em comprimento³⁰ e apresentam cor mesclada – verde na parte superior e uma escala entre verde-claro a amarelo na parte ventral, asas de tom azulado e uma mancha laranja na superfície abdominal³¹. A espécie entrou para a lista das espécies criticamente ameaçadas conforme o EPBC Act devido a perda e fragmentação de habitats — sapais e pântanos, a expansão industrial, construção de fazendas³², competição com espécies introduzidas e exóticas, predação, ingestão de toxinas, redução de disponibilidade de alimentos e locais para aninhar³³.

O papagaio migra durante o verão para procriar em uma região atualmente protegida, *Wester Tasmania Wilderness World*, no Sudoeste da Tasmânia; enquanto no inverno a ave migra de *Bass Strait* até a costa de Victoria, no Sul da Austrália, e habita os pântanos salgados remanescentes e vegetação dunar próximo à costa ocidental de *Port Phillip Bay* até o final do norte de *Coorong*.

Atualmente, o papagaio é tema de pesquisa e de programas educacionais à luz da CITES (Apêndice I), financiados, também, pelo governo local e instituições internacionais de proteção à biodiversidade, como o Projeto Sul Australiano de Restauração e Proteção ao Habitat do Papagaio de ventre Laranja (*The South Australian Orange-bellied Parrot Habitat Protection and Restoration Project*)³⁴, o controle da população de felinos pelo Grupo de Gestão Recursos Naturais do Rei da Ilha (*King Island Natural Resources Management Group Inc*), dentre outros projetos que esmeram-se na conservação e restauração dos habitats potenciais e na rota da espécie³⁵.

Durante a análise do pedido de autorização do parque eólico os benefícios do projeto da instalação do parque, gerador de energia e potencial redutor das emissões de gases do efeito estufa, foram justapostos aos impactos em potencial da projeção da instalação do parque eólico sob a biodiversidade ameaçada e protegida. A preocupação reside, principalmente, no risco de aves e morcegos entrarem em colisão com as pás do rotor ou com a torre da turbina, além de poderem interferir nos movimentos habituais das aves e alterar seus comportamentos e reprodução³⁶.

Em princípio, a decisão de Campbell, por não aprovar o parque eólico de *Bald Hills*, foi baseada em relatórios elaborados por uma comissão especialmente criada para a análise do comportamento da ave. O relatório concluiu que a espécie se encontra em uma situação precária e que não suportaria outros potenciais impactos incluindo aqueles que viriam a ser causados a partir da instalação do parque eólico, levando a sua extinção³⁷.

28 PREST, James. The bald hills wind farm debacle. In: BONIHADY, Tim; CHRISTOFF, Peter. *Climate law in Australia*. Annandale: The Federation, 2007. p. 230-260.

29 MARCHANT, Stephen; HIGGINS, Peter (Eds.). *Handbook of Australian, New Zealand and antarctic birds: parrots to dollarbird*. Melbourne: Oxford University, 1999. v. 4.

30 FORSHAW, Joseph M. *Australian parrots*. Sydney: Lansdowne & Weldon, 1981.

31 AUSTRALIAN GOVERNMENT. National recovery plan for the orange-bellied parrot (*Neophema chrysogaster*). 2006. Available in: <<http://www.environment.gov.au/biodiversity/threatened/publications/orange-bellied-parrot-recovery.html>>. Access: 17 abr. 2016.

32 ASHBY, Edwin. Notes on extinct or rare Australian birds, with suggestions as to some of the causes of their disappearance: part 2. *Emu*, v. 23, p. 294–298, 1923. Available in: <http://dx.doi.org/10.1071/MU923294>>. Access: 17 abr. 2016; BROWN, P. B; WILSON, R. I. Orange-bellied parrot *neophema chrysogaster*. In: GROVES, Richard; RIDE, William (Eds.). *Species at risk: research in Australia*. Canberra: Australian Academy of Science, 1982. p. 106-115; LOYN, R. H.; LANE, B. A.; CHANDLER, C.; CARR, G. W. Ecology of orange-bellied parrots *neophema chrysogaster* at their main remnant wintering site. *Emu*, v. 86, p. 195-206, 1986. Available in: <<http://dx.doi.org/10.1071/MU9860195>>. Access: 17 abr. 2016; HOLDSWORTH, Mark; DETTMANN, Belinda; BAKER, Barry. Survival in the Orange-bellied Parrot (*Neophema chrysogaster*). *Emu*, v. 111, p. 222-228, 2011. Available in: <<http://dx.doi.org/10.1071/MU09071>>. Access: 17 abr. 2016.

33 AUSTRALIAN GOVERNMENT. National recovery plan for the orange-bellied parrot (*Neophema chrysogaster*). 2006. Available in: <<http://www.environment.gov.au/biodiversity/threatened/publications/orange-bellied-parrot-recovery.html>>. Access: 17 abr. 2016.

34 BIRDLIFE INTERNATIONAL. *Species factsheet: neophema chrysogaster*. 2016. Available in: <<http://www.birdlife.org>>. Access: 17 abr. 2016.

35 AUSTRALIAN GOVERNMENT. Department of Environment. Orange-bellied Parrot. Disponível em: http://www.environment.gov.au/cgi-bin/sprat/public/publicspecies.pl?taxon_id=747 Acesso em: 17 abr. 2016.

36 BIRDLIFE INTERNATIONAL. *Wind energy*. Available in: <<http://migratorysoaringbirds.undp.birdlife.org/en/sectors/energy/wind-energy-toc>>. Access: 29 abr. 2016.

37 Minister for the Environment and Heritage, Senator Ian

Após uma série de outros relatórios e avaliações de impacto que foram requeridas e apresentadas, nomeadamente, em razão da alegação do Ministro responsável pela decisão de que os dados apresentados eram insuficientes para que ele pudesse tomar uma decisão, constatou-se uma desnecessária protelação da decisão do Ministro pela paralisação (legal)³⁸ dos trâmites até que uma decisão fosse tomada³⁹.

Justamente pela demora excessiva e pelo dever legal de o Ministro emitir uma decisão, um processo foi iniciado na Corte Federal. Todavia, dois dias antes da decisão judicial ser emitida, o Ministro finalmente se posicionou sobre o pedido: rejeitou o projeto de instalação do parque eólico de *Bald Hills*.

É importante que algumas considerações sejam feitas sobre um dos relatórios usados para a tomada de decisão. O relatório elaborado pela *Biosis* (empresa de consultoria ambiental) avaliou os impactos cumulativos da colisão das aves (nomeadamente de duas espécies) em 23 parques eólicos (inclusive o *Bald Hills*). Em um trecho, o relatório identifica que “[o]ur analyses suggest that such action will have extremely limited beneficial value to conservation of the parrot without addressing very much greater adverse effects that are currently operating against it”⁴⁰. A determinação do impacto cumulativo sobre a espécie em questão resultou na constatação de que o impacto da colisão das aves com as turbinas do parque eólico produzia pouco efeito na flutuação normal da população da espécie⁴¹.

Campbell, ‘Bald Hills Wind Farm and cumulative impact study’, Transcript of Press conference, Perth, Wednesday, 5 April 2006. PREST, James. The bald hills wind farm debacle. In: BONIHADY, Tim; CHRISTOFF, Peter. *Climate law in Australia*. Annandale: The Federation, 2007. p. 230-260. p. 232.

38 A prática do uso de permissões legais para prolongar indevidamente uma decisão pública (seja a decisão administrativa, legislativa ou judicial) precisa ser levada a sério, pois interfere negativamente no funcionamento da máquina pública.

39 O Ministro protelou a decisão com a justificativa de que as informações fornecidas pelos relatórios dos especialistas não eram suficientes. Entretanto, conforme a legislação australiana, “from the beginning he could have selected an assessment method such as a Public Environmental Report or an Environmental Impact Statement, which would have required more detailed information to be produced”. PREST, James. The bald hills wind farm debacle. In: BONIHADY, Tim; CHRISTOFF, Peter. *Climate law in Australia*. Annandale: The Federation, 2007. p. 230-260. p. 238.

40 SMALES, I; MUIR, S; MEREDITH, C. *Modelled cumulative impacts on the orange-bellied parrot of wind farms across the species’ range in southeastern Australia*. 2005. p. 4. Available in: <www.environment.gov.au/epbc/publications/pubs/wind-farm-bird-risk-orangebel-
liedparrot.pdf>. Access: 3 abr. 2016.

41 SMALES, I; MUIR, S; MEREDITH, C. *Modelled cumulative im-*

Adicionado ao fato da inegável relevância das questões políticas e dos interesses ‘não técnicos’ (sobre a afetação da população da espécie em questão) relacionados à decisão do parque eólico de *Bald Hills*⁴², a *Bald Hills Wind Farm* decidiu por apresentar novo pedido à Corte para a revisão da recusa publicada pelo governo fazendo referência à necessidade da observância da equidade processual.

O caso se tornou mais intrigante quando, em razão de uma ordem judicial para tornar os documentos públicos, tomou-se conhecimento de que, afinal, o Ministro tinha sido aconselhado a aprovar o projeto do parque eólico e já haviam sido identificadas as condições que a empresa deveria obedecer para manter tal aprovação^{43 44}.

Em Dezembro de 2006, governo e empresa chegaram a um acordo: a aprovação veio acompanhada de oito condições a serem observadas pela empresa. Resumidamente, as condições mencionavam a necessidade de uma revisão do projeto para que a construção das turbinas estivessem a 2 km de distância da costa (para prevenir a colisão das aves com as turbinas); um plano de gestão ‘avifauna’; relatórios anuais relacionados ao monitoramento das aves, principalmente informando se

impacts on the orange-bellied parrot of wind farms across the species’ range in southeastern Australia. 2005. p. 47. Available in: <www.environment.gov.au/epbc/publications/pubs/wind-farm-bird-risk-orangebel-
liedparrot.pdf>. Access: 3 abr. 2016.

42 PREST, James. The bald hills wind farm debacle. In: BONIHADY, Tim; CHRISTOFF, Peter. *Climate law in Australia*. Annandale: The Federation, 2007. p. 230-260. 242-243.

43 PREST, James. The bald hills wind farm debacle. In: BONIHADY, Tim; CHRISTOFF, Peter. *Climate law in Australia*. Annandale: The Federation, 2007. p. 230-260. p. 245.

44 “[P]rovided the proponent complies with the proposed approval conditions, we consider that the action will not have an unacceptable adverse impact on listed threatened species and endangered communities, and that the approval will not be inconsistent with Australia’s obligation under those agreements” –referindo-se às obrigações da Austrália perante convenções internacionais sobre biodiversidade. “[E]ven though there is not full scientific certainty about the possible impact of the Bald Hills windfarm on the OBP and the extinction model suggests that the conservation status of the species is more precarious than previously thought, further information is unlikely to alter the department’s view that impact, both direct and indirect, on the OBP are likely to be negligible and there is no threat of serious or irreversible damage to the OBP in this respect, given: (i) no OBP have been recorded there; (ii) there appears to be no suitable habitat on the site; (iii) even though the assessment report has noted that the occasional OBP may fly across the site in the migration season, it is not considered to be a major migration passage?”. (Department of the Environment and Heritage, Brief Sub 06/338, 10 March 2006, p. 4). PREST, James. The bald hills wind farm debacle. In: BONIHADY, Tim; CHRISTOFF, Peter. *Climate law in Australia*. Annandale: The Federation, 2007. p. 230-260. p. 245-246.

houve algum incidente de aves da espécie em questão com as turbinas do parque (em até 48hr); cessar as operações caso fosse constatada a morte de dois ou mais papagaios; manter cessadas as operações até que um plano de gestão suplementar fosse submetido e aprovado⁴⁵.

3. DISCUSSÃO

Argumenta-se que a decisão tomada pelo governo no caso exposto anteriormente não possui motivação relacionada com a preocupação da conservação da biodiversidade⁴⁶. Na realidade, não se pode ignorar que o âmbito da política energética é crucial para a manutenção econômica e para o desenvolvimento de um país (dimensões político-econômicas); logo, as questões que envolvem a biodiversidade fazem parte de um complexo conjunto de preocupações que não são (e nem poderiam ser) analisadas sem considerar os reflexos em outras áreas de considerável interesse de qualquer Estado⁴⁷.

Todavia, a biodiversidade, também, é ameaçada pelas alterações climáticas. Mesmo que a preocupação com a preservação de uma espécie (de ave, conforme o caso exposto) seja elencada como o motivo pelo qual um parque eólico não possa ser instalado e entrar em funcionamento, a mesma preocupação com a preservação de uma espécie poderia ser um motivo para autorizar o parque eólico, na medida em que seria uma tentativa de colaborar com a redução de alterações climáticas que, por sua vez, poderiam afetar a população de diversas outras espécies de aves migratórias (incluindo o papagaio do ventre laranja) –, gerando efeitos negativos para além dos limites espaciais de um Estado considerado isoladamente em razão dos efeitos serem transfronteiriços.

45 PREST, James. The bald hills wind farm debacle. In: BONIHADY, Tim; CHRISTOFF, Peter. *Climate law in Australia*. Annandale: The Federation, 2007. p. 230-260. p. 248.

46 A decisão sobre a instalação de *Bald Hills* tem conexão com a forte campanha eleitoral anti-parques eólicos na precedente eleição de 2004. PREST, James. The bald hills wind farm debacle. In: BONIHADY, Tim; CHRISTOFF, Peter. *Climate law in Australia*. Annandale: The Federation, 2007. p. 230-260.

47 Para uma análise diversificada de temas envolvendo análises econômicas e biodiversidade, v. NUNES, Paulo A. L. D; KUMAR, Pushpam; DEDEURWAERDERE, Tom (Eds.). *Handbook on the economics of ecosystem services and biodiversity*. Northampton: E. Elgar, 2014.

Sem desconsiderar os outros bens que certamente fazem parte do conjunto de bens a serem tutelados juridicamente, limitamo-nos a discutir dois deles: a produção de energia renovável (e sua relação com as alterações climáticas) *vs.* a preservação de uma espécie animal (em nome da conservação da biodiversidade)⁴⁸.

3.1. Relação entre os riscos do progresso tecnológico e os bens ambientais

Aceitar a ambivalência da técnica e, consequentemente, do progresso tecnológico é o primeiro passo para tratar com seriedade temas tão importantes como são aqueles que envolvem questões ambientais. A constatação sobre que é certo ou errado, do que é melhor ou pior, deve passar pela análise de critérios objetivos e, também, subjetivos – uma vez que o progresso tecnológico pode contribuir positivamente com a preservação do meio ambiente. Mesmo em relação ao Direito, especificamente⁴⁹, o caso mencionado anteriormente pode-

48 “The argument for a more adaptive, reactive approach is well summarized in an analogy offered by William Ruckelshaus, who contends that the search for a sustainable society in the future ought not to be likened to a crossroads – an all-or-nothing choice between two alternatives – but rather, to a canoeist shooting the rapids. Survival and sustainability will depend more on a willingness and ability to react to new information than on a single and forever-binding choice (Ruckelshaus 1989). This adaptive approach emphasizes the importance of choosing policies that fulfill two criteria: chosen policies should, given the best available science at the time of their implementation, protect both species and the ecological processes associated with them. And chosen policies should be designed to increase our information base to support further policy actions (see Walters 1986; Lee 1993). Philosophically, these two policy criteria are supported as minimal requirements for fairness to the future, although it will also be noted that there remain considerable disagreements regarding how to formulate such foundational values in environmental ethics”. GURUSWANY, Lakshman; MCNEELY, Jeffrey. Biological resources and endangered species: history, values, and policy. In: NORTON, Bryan G. *Searching for sustainability: interdisciplinary essays in the philosophy of conservation biology*. Cambridge: Cambridge University, 2003. p. 110-129. p. 111. É possível encontrar, no mencionado artigo, a opinião dos autores sobre quatro abordagens diferentes: a abordagem econômica/utilitarista; a abordagem da equidade intergeracional; a abordagem biocêntrica; e a abordagem ecocêntrica.

49 O mesmo tema é objeto de estudo de outras áreas do conhecimento que não exclusivamente o Direito. Meramente a título exemplificativo e não excluindo o mérito dos inúmeros trabalhos igualmente relevantes, citam-se as obras BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2013; LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997; JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

ria ser objeto de várias linhas de análise: poderia ser feito um estudo a respeito das questões político-jurídicas que são mencionadas como sendo as principais razões para a não autorização do parque eólico; poderia, ainda, ser feita uma análise sobre as consequências da instalação do parque para a população que vive nas imediações; ou até mesmo sobre o impacto da autorização/não autorização do parque eólico para o investimento estrangeiro no país (e, em um sentido mais amplo, a afetação da economia do país, dependendo do tipo e do valor de investimento empresarial feito). Entretanto, conforme já mencionado, este artigo pretende questionar e demonstrar como o direito pode ‘dialogar’ com a conjugação da (i) necessidade e inevitabilidade dos avanços tecnológicos para a produção de energia ‘limpa’ e da (ii) importância da biodiversidade para a humanidade.

Atualmente, a invocação de uma justificativa de natureza técnica para uma decisão (a qual, especificamente no caso em apreço, levou o Ministro a negar a autorização de *Bald Hills* – justificativa essa que, depois, quando os documentos técnicos tornaram-se públicos após requisição judicial, verificou-se que, na realidade, os especialistas recomendavam a autorização do parque eólico) tem cada vez mais ganhado uma atenção especial e uma aceitação geral em respeito a seriedade que transmite.

Considerando-se que em casos como o apresentado existe uma prévia análise de risco (análise de risco essa que é composta pela avaliação, gestão e comunicação do risco), e considerando a justificativa apresentada pelo Ministro para a não aprovação do parque, estamos diante de uma situação que tem sido cada vez mais frequente nos dias de hoje: determinações técnicas e relatórios especializados são responsáveis diretos em muitas decisões públicas (nacionais, regionais e internacionais)⁵⁰.

Então, pergunta-se: qual é a nova correlação entre a ciência e o Direito? Quem é o sujeito da decisão: a ciência

é quem decide, ou quem decide é o Direito? Como é possível interpretar a construção jurídica do conhecimento especialista?

Diversos autores têm se posicionado sobre esse assunto. Considerando-se particularmente o pensamento de Jassanof, estamos diante do “*fifth branch*”⁵¹ e da constatação da prática da “*science at the Bar*”⁵², a área jurídico-política precisa dialogar com as áreas tecnológicas para poder dar resposta aos casos que lhe são apresentados⁵³. Isso não significa, todavia, que o Direito e a Política tenham ‘perdido’ seu espaço e que as decisões técnicas; na realidade, significa que, cada vez mais, as decisões administrativas (obedecendo necessariamente os ditames da legalidade, moralidade, interesse público, eficiência, razoabilidade e transparência) e jurídicas recebem interferência e precisam atuar em conjunto com outras áreas do conhecimento.

51 JASSANOF, Sheila. *The fifth branch: science advisers as policy-makers*. Cambridge: Harvard University, 1994; ESTEVE PARDO, José; TEJADA PALACIOS, Javier. *Ciencia y derecho: la nueva división de poderes*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013. Neste mesmo sentido, especificamente, v. “Resulta entonces que todo el régimen jurídico – de autorización, de controles, de inspecciones – queda sin efectos, queda excepcionado, desde el momento en que la autoridad decide aplicar el principio de precaución atendiendo a la incertidumbre que se ha generado por esos informes de un centro de investigación. Si tomamos en consideración la conocida teoría schmittiana según la cual el verdadero soberano es el que tiene la facultad de declarar el estado de excepción, entonces la conclusión es muy clara: la ciencia está en una posición de soberanía sobre el Derecho desde el momento en que puede excepcionar sus regulaciones”. ESTEVE PARDO, José. Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público. In: DARNACULLETA Y GARDELLA, Maria Mercè; ESTEVE PARDO, José; DÖHMANN, Indra Spiecker Gen. (Eds.). *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 33-46. p. 39.

52 JASSANOF, Sheila. *Science at the bar: law, science, and technology in America*. Cambridge: Harvard University, 1996.

53 Neste sentido, considerar a ‘interferência’ (i) da ciência na política (relativamente às formas que conduzem a melhor utilização da ciência no processo que conduz a decisão judicial) e (ii) da política para a ciência (relativamente à ineficiência da decisão jurídica como instrumento para governar a tecnologia). JASSANOF, Sheila. *La scienza davanti ai giudici*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 17.

54 Não se pode esquecer que se o princípio da precaução venha a ser alegado em uma disputa judicial internacional, a contextualização da situação concreta deve levar em consideração as diferenças textuais e contextuais de cada documento internacional. Enquanto a Convenção sobre Mudança Climática se refere a “ameaça de danos sérios ou irreversíveis”, a CBD menciona a “ameaça de redução ou perda da diversidade biológica”. FOSTER, Caroline E. Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality. Cambridge: Cambridge University, 2011. p. 258.

50 Sobre o tema dos riscos do progresso tecnológico, riscos desconhecidos e riscos que a sociedade deve assumir como contributo para o progresso, v. ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 25-27; 212-213. “La cuestión abierta es si hemos de continuar asumiendo no sólo los riesgos del progreso, sino el papel de objetos de experimentación de tecnologías que operan ya en el reducto más íntimo y esencial de la persona o tecnologías desarrolladas en un inquietante entorno de desconocimiento cuyo inmenso potencial devastador se percibe – como si de una experimentación de laboratorio se tratara – el daño a personas o al medio que se prolongarán, tampoco se sabe hasta cuándo, de generación en generación”. p. 215.

3.2. ENERGIA LIMPA VS. CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE ANIMAL

Considerando-se os atuais regimes de funcionamento dos sistemas políticos econômicos estabelecidos mundialmente, em que a matéria-prima encontrada naturalmente ou em forma de produto, transformada, artificialmente, e mantida graças aos recursos naturais a ela aplicados, a biodiversidade tornou-se um tema de salvaguarda da espécie humana⁵⁵. A humanidade se beneficia da diversidade biológica para além da importância genética, senão, principalmente dos serviços ecossistêmicos e ecossistemas em si⁵⁶. Esses incluem desde a formação de solo, a ciclagem e armazenamento de nutrientes, contribuição para conservação de recursos hídricos, manutenção da estabilidade climática. Logo, afetam a humanidade energeticamente e, em outros inúmeros aspectos, como nos quesitos alimentação, farmacêutico, reservas para futuras gerações, catástrofes naturais e ainda, educação, recreação e lazer⁵⁷.

De acordo com a União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), as causas da perda da biodiversidade ocorrem diante da fragmentação e deterioração dos habitats, à introdução de espécies exóticas, à exploração excessiva de espécies tanto da flora quanto da fauna, à poluição de solos, águas e atmosfera, à alteração climática global, bem como à agricultura e florestamento industrial⁵⁸.

A expansão urbanística inclui, necessariamente, o desenvolvimento energético. Considerando-se a relação

entre biodiversidade e energias renováveis; existem artigos da UICN que descrevem especificamente sobre: as medidas gerais para a conservação e uso sustentável (Artigo 6)⁵⁹; o uso sustentável de componentes da diversidade biológica (Artigo 10)⁶⁰; medidas de incentivo (Artigo 11)⁶¹; avaliação de impactos e minimização de possíveis impactos adversos (Artigo 14)⁶²; acesso para a transferência de tecnologia (Artigo 16)⁶³; intercâmbio de informação (Artigo 17)⁶⁴; cooperação técnico-científica (Artigo 18)⁶⁵. Em suma, os artigos asseguram a promoção e incentivo da cooperação entre as Partes, como facilitadoras do desenvolvimento econômico sustentável, buscando através de acordos, políticas e programas entre instituições nacionais e internacionais, conservar e causar o menor impacto à biodiversidade.

No entanto, o conflito de decisão entre o desenvolvimento energético sustentável e a conservação da biodiversidade pode ocorrer em situações em que ambas grandezas se sobrepuserem.

No caso *Bald Hills*, o Ministro optou por não autorizar o funcionamento do parque eólico em virtude da possibilidade da mesma coincidir existencialmente com a rota migratória do papagaio do ventre laranja. A decisão foi tomada a partir de investigações científicas que apresentaram relatórios acerca da possível transversalidade entre a espécie e o parque eólico. O momento suscitou o questionamento da população, por meio do incentivo midiático, sobre o valor econômico da espécie.

Apesar da impressão da existência de um consenso sobre a proteção da diversidade biológica, o enten-

55 CAVALCANTI, Clóvis. Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental. *Estudos Avançados*, v. 24, n. 68, p. 53-67, 2010; COUTO, Eleni Pereira; SILVA, Fabrício Oliveira da. Desenvolvimento (in) sustentável. *Enciclopédia Biosfera*, v. 10, n. 18, p. 41-54, 2014. Disponível em: <<http://www.conhecer.org.br/enciclop/2014c/pdf/desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

56 PIMENTEL, David et. al. Economic and environmental benefits of biodiversity. *BioScience*, v. 47, n. 11, p. 747-757, 1997. Available in: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0006-3568%28199712%2947%3A11%3C747%3AEAEBOB%3E2.0.CO%3B2-H>>. Access: 29 abr. 2016.

57 ANDRADE, Daniel; ROMEIRO, Ademar. Serviços ecossistêmicos e sua importância para o sistema econômico e bem estar humano. Disponível em: <<http://www.avesmarinhas.com.br/Servi%C3%A7os%20ecossist%C3%AAmicos%20e%20sua%20import%C3%A2ncia%20econ%C3%B4mica.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

58 INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE. *Global biodiversity strategy: guidelines for action to safe study and use earth's biotic wealth sustainably and equitably*. 1992. Available in: <http://pdf.wri.org/globalbiodiversitystrategy_bp.pdf>. Access: 22 abr. 2016.

59 UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.

60 UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.

61 UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.

62 UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.

63 UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.

64 UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.

65 UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.

dimento ‘dissidente’ é cientificamente comprovável. Considerando-se os dados que informam que aproximadamente 99% de todas as espécies que existiram na Terra já foram extintas, quão urgente e qual é o impacto da não aprovação do funcionamento de um parque ecológico instalado para a preservação do ‘papagaio do ventre-alaranjado’?⁶⁶ ⁶⁷ “*The goal of the policy should be to maintain the health of the dynamics that support and retain diversity on a large geographical scale*”⁶⁸.

O papel da espécie no meio ambiente deveria determinar se ela deveria ou não ser conservada. Embora haja métricas, como a Willingness-to-pay (WTP), em que se o valor econômico total da conservação de determinadas espécies não provar ser maior que o valor de desenvolvimento econômico em questão, então, o investimento para o desenvolvimento deverá acontecer⁶⁹. Mas, apesar de apoiada em métricas, decisões públicas tornam-se alvos altamente questionáveis quando o assunto é conservação ambiental. Ainda que os debates que concernem sobre os dados de políticas de conservação sejam baseados em abordagens não utilitárias, se faz necessário insistir em filosofias competitivas que considerem o valor econômico da biodiversidade em contextos do mundo real⁷⁰. Apesar de, atualmente, vivenciarmos um período secular de grande extinção de espécies de biodiversidade, algumas extinções podem ser consideradas boas, quando se considera o caso de vírus, por exemplo⁷¹.

66 ULANOWICZ, Robert E. Scale and biodiversity policy: a hierarchical approach. In: NORTON, Bryan G. *Searching for sustainability: interdisciplinary essays in the philosophy of conservation biology*. Cambridge: Cambridge University, 2003. p. 288-304. p. 288.

67 Sobre a perda da biodiversidade no decorrer do tempo, v. ALENCAR, Gisela Santos de. *Mudança ambiental global e a formação do regime para proteção da biodiversidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 103.

68 ULANOWICZ, Robert E. Scale and biodiversity policy: a hierarchical approach. In: NORTON, Bryan G. *Searching for sustainability: interdisciplinary essays in the philosophy of conservation biology*. Cambridge: Cambridge University, 2003. p. 288-304. p. 292.

69 DALLIMER, Martín et. al. Quantifying preferences for the natural world using monetary and nonmonetary assessments of value. *Conservation Biology*, v. 28, n. 2, p. 404-413, 2014.

70 PEARCE, David; MORAN, Dominic. *The economic value of biodiversity*. London: IUCN, 1994.

71 PEREIRA, Henrique M.; NAVARRO, Laetitia M.; MARTINS, Inês S. Ecosystems and human well-being: biodiversity synthesis. Global biodiversity change: the bad, the good, and the unknown. *Annual Review of Environment and Resources*, v. 37, p. 25-50, 2012. Available in: <<http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-environ-042911-093511?journalCode=energy>>. Access: 20 abr. 2016.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os aspectos observados, percebe-se uma crescente preocupação, política e social, com temas ambientais, bem como uma crescente conscientização do valor representado pelos bens ambientais para a humanidade. Entretanto, a ambivalência criada pelo desenvolvimento tecnológico é um assunto que, apesar de enfrentado com sapiência, é, necessariamente, controverso.

O intrigante caso prático foi escolhido para ilustrar e para instigar o leitor a não se esquecer do impacto que as alterações climáticas podem causar tanto para o ‘papagaio do ventre-laranja’ quanto para (n) outras espécies. Isso não significa, necessariamente, que toda e qualquer decisão deva sempre ‘preferir’ a proteção contra as alterações climáticas – mesmo porque, se assim fosse, sequer haveria, por exemplo, a preocupação em proteger a biodiversidade. Significa, por outro lado, que tais assuntos devem ser levados a sério, e não como mais um ‘importante’ elemento de manobra política.

A seriedade no desenvolvimento de políticas nacionais, regionais e internacionais e na cooperação é imprescindível. Políticas bem elaboradas, com procedimentos, objetivos e critérios de análise definidos com precisão são fundamentais para a viabilidade da integração entre os diversos compromissos internacionais feitos pelos Estados e os interesses que, inclusive, mantêm o Estado.

Ao perceber que a proteção da biodiversidade é viável a partir de uma análise dinâmica (em vez de considerar meramente a manutenção de uma unidade dentro do sistema), a manutenção da diversidade ‘total’ parece ser mais importante do que uma análise mais simplista poderia resultar. Isso é possível por meio da criação de incentivos sistematicamente elaborados para um determinado ambiente, para que ele o próprio ambiente seja estimulado a reagir às mudanças. Esta seria, por exemplo, uma interessante pauta a ser discutida e futuramente estudada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Daniel; ROMEIRO, Ademar. Serviços ecossistêmicos e sua importância para o sistema econômico e bem estar humano. 2009. Disponível em: <<http://>

- www.avesmarinhas.com.br/Servi%C3%A7os%20ecossist%C3%A7%C3%A7%C3%A7os%20e%20sua%20import%C3%A2ncia%20econ%C3%B4mica.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2016.
- ASHBY, Edwin. Notes on extinct or rare australian birds, with suggestions as to some of the causes of their disappearance: part 2. *Emu*, v. 23, p. 294–298, 1923. Available in: <http://dx.doi.org/10.1071/MU923294>>. Access: 17 abr. 2016.
- AUSTRALIA. Environment protection and biodiversity conservation act. 1999. Available in: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwi74LeJlfPLAhUDwxQKHfrjBLUQFgghMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.legislation.gov.au%2FDetails%2FC2010C00505%2F9913625c-d46f-4afd-a86e-187afd06b406&usq=AFQjCNHyHw-HkCcZuQrawDZjvJPZZK3pTw&sig2=SRqHJMH1e6CHKsv7rzcM3Q>>. Access: 3 abr. 2016.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT. Department of environment. Orange-bellied Parrot. Available in: <http://www.environment.gov.au/cgi-bin/sprat/public/publicspecies.pl?taxon_id=747>. Access: 17 abr. 2016.
- AUSTRALIAN GOVERNMENT. National recovery plan for the orange-bellied parrot (*Neophema chrysogaster*). 2006. Available in: <<http://www.environment.gov.au/biodiversity/threatened/publications/orange-bellied-parrot-recovery.html>>. Access: 17 abr. 2016.
- BALD hills wind farm. Available in: <<http://www.baldhillswindfarm.com.au/project/benefits.php>>. Access: 18 abr. 2016.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2013.
- BIRDLIFE INTERNATIONAL. *Species factsheet: neophema chrysogaster*. 2016. Available in: <<http://www.birdlife.org>>. Access: 17 abr. 2016.
- BIRDLIFE INTERNATIONAL. *Wind energy*. Available in: <<http://migratorysoaringbirds.undp.birdlife.org/en/sectors/energy/wind-energy-toc>>. Access: 29 abr. 2016.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do Século XX. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 11-32.
- BROWN, P. B; WILSON, R. I. Orange-bellied parrot *neophema chrysogaster*. In: GROVES, Richard; RIDE, William (Eds.). *Species at risk: research in Australia*. Canberra: Australian Academy of Science, 1982. p. 106-115.
- DALLIMER, Martin et. al. Quantifying preferences for the natural world using monetary and nonmonetary assessments of value. *Conservation Biology*, v. 28, n. 2, p. 404-413, 2014.
- CARDINALE, Bradley et al. Biodiversity loss and its impact on humanity. *Nature*, v. 486, p. 59-97, 2012.
- CAVALCANTI, Clóvis. Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental. *Estudos Avançados*, v. 24, n. 68, p. 53-67, 2010.
- CONVENTION BIOLOGICAL DIVERSITY. *History of the convention*. Disponível em: <<https://www.cbd.int/history/>>. Acesso em: 11 abr. 2016.
- CONVENTION BIOLOGICAL DIVERSITY. *Sustaining life on earth: how the convention on biological diversity promotes nature and human well-being*. 2000. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-sustain-en.pdf>>. Access: 2 abr. 2016.
- COUTO, Elení Pereira; SILVA, Fabrício Oliveira da. Desenvolvimento (in) sustentável. *Enciclopédia Biosfera*, v. 10, n. 18, p. 41-54, 2014. Disponível em: <<http://www.conhecer.org.br/enciclop/2014c/pdf/desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2016.
- ESTEVE PARDO, José. Decidir y regular en la incertidumbre. Respuestas y estrategias del derecho público. In: DARNACULLETA Y GARDELLA, Maria Mercè; ESTEVE PARDO, José; DÖHMANN, Indra Spiecker Gen. (Eds.). *Estrategias del derecho ante la incertidumbre y la globalización*. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 33-46.
- ESTEVE PARDO, José. *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*. Barcelona: Ariel, 1999.
- ESTEVE PARDO, José; TEJADA PALACIOS, Javier. *Ciencia y derecho: la nueva división de poderes*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *International plant protection convention*. 1951. Available in: <<https://www.ippc.int/en/>>. Access: 11 abr. 2016.
- FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. *The international treaty on plant genetic resources for food and*

- agriculture. 2001. Available in: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0510e/i0510e.pdf>. Access: 11 abr. 2016.
- FERRERO-GARCÍA, Juan José. The international convention for the protection of birds (1902): a missed opportunity for wildlife conservation? *Ardeola*, p. 385-396, 2013.
- FORSHAW, Joseph M. *Australian parrots*. Sydney: Lansdowne & Weldon, 1981.
- FOSTER, Caroline E. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality*. Cambridge: Cambridge University, 2011.
- GURUSWANY, Lakshman; MCNEELY, Jeffrey. Biological resources and endangered species: history, values, and policy. In: NORTON, Bryan G. *Searching for sustainability: interdisciplinary essays in the philosophy of conservation biology*. Cambridge: Cambridge University, 2003. p. 110-129.
- HOLDSWORTH, Mark; DETTMANN, Belinda; BAKER, Barry. Survival in the Orange-bellied Parrot (*Neophena chrysogaster*). *Emu*, v. 111, p. 222-228, 2011. Available in: <http://dx.doi.org/10.1071/MU09071>. Access: 17 abr. 2016.
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. Available in: <http://www.irena.org/menu/index.aspx?mnu=cat&PriMenuID=13&CatID=30>. Access: 17 abr. 2016.
- INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE. *Global biodiversity strategy: guidelines for action to safe study end use earth's biotic wealth sustainably and equitably*. 1992. Available in: <http://pdf.wri.org/globalbiodiversitystrategy_bw.pdf>. Access: 22 abr. 2016.
- INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE. *Convention on international trade in endangered species of wild fauna and flora*. 1973. Available in: <https://www.cites.org/sites/default/files/eng/disc/CITES-Convention-EN.pdf>. Access: 11 abr. 2016.
- JASSANOF, Sheila. *La scienza davanti ai giudici*. Milano: Giufrè, 2001.
- JASSANOF, Sheila. *Science at the bar: law, science, and technology in America*. Cambridge: Harvard University, 1996.
- JASSANOF, Sheila. *The fifth branch: science advisers as policymakers*. Cambridge: Harvard University, 1994.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- LOYN, R. H.; LANE, B. A.; CHANDLER, C.; CARR, G. W. Ecology of orange-bellied parrots *neophema chrysogaster* at their main remnant wintering site. *Emu*, v. 86, p. 195-206, 1986. Available in: <http://dx.doi.org/10.1071/MU9860195>. Access: 17 abr. 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.
- MARCHANT, Stephen; HIGGINS, Peter (Eds.). *Handbook of Australian, New Zealand and antarctic birds: parrots to dollarbird*. Melbourne: Oxford University, 1999. v. 4.
- NUNES, Paulo A. L. D; KUMAR, Pushpam; DE-DEURWAERDERE, Tom (Eds.). *Handbook on the economics of ecosystem services and biodiversity*. Northampton: E. Elgar, 2014.
- PEARCE, David; MORAN, Dominic. *The economic value of biodiversity*. London: IUCN, 1994.
- PEREIRA, Henrique M.; NAVARRO, Laetitia M.; MARTINS, Inês S. Ecosystems and human well-being: biodiversity synthesis. Global biodiversity change: the bad, the good, and the unknown. *Annual Review of Environment and Resources*, v. 37, p. 25-50, 2012. Available in: <http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-environ-042911-093511?journalCode=energy>. Access: 20 abr. 2016.
- PIMENTEL, David et. al. Economic and environmental benefits of biodiversity. *BioScience*, v. 47, n. 11, p. 747-757, 1997. Available in: <http://links.jstor.org/sici?sici=0006-3568%28199712%2947%3A11%3C747%3AEAEBOB%3E2.0.CO%3B2-H>. Access: 29 abr. 2016.
- PREST, James. The bald hills wind farm debacle. In: BONIHADY, Tim; CHRISTOFF, Peter. *Climate law in Australia*. Annandale: The Federation, 2007. p. 230-260.
- SANTILLI, Juliana. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. *Revista da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, ano 10, v. 11, p. 50-75, 2002.

- SMALES, I; MUIR, S; MEREDITH, C. *Modelled cumulative impacts on the orange-bellied parrot of wind farms across the species' range in southeastern Australia*. 2005. Available in: <www.environment.gov.au/epbc/publications/pubs/wind-farm-bird-risk-orangebelliedparrot.pdf>. Access: 3 abr. 2016.
- TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (Coord.). *Direito ambiental e desenvolvimento sustentável*. São Paulo: RCS, 2007.
- TUCKER, Linda; FARRIER, David. Conserving biodiversity via access to bioresources: a natural selection? In: STOIANOFF, Natalie (Ed.). *Assessing biological resources: complying with the convention on biological diversity*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. p. 167-185.
- ULANOWICZ, Robert E. Scale and biodiversity policy: a hierarchical approach. In: NORTON, Bryan G. *Searching for sustainability: interdisciplinary essays in the philosophy of conservation biology*. Cambridge: Cambridge University, 2003. p. 288-304.
- UNITED NATIONS. *Convention on biological diversity*. 1992. Available in: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>>. Access: 27 mar. 2016.
- UNITED NATIONS. The international convention for the protection of birds (1950). In: TREATY Series: Treaties and international agreements registered or field and recorded with the Secretariat of the United Nations, 1968. p. 185-196. Available in: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20638/v638.pdf>>. Access: 16 abr. 2016.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Convention on the conservation of migratory species of wild animals*. 1979. Available in: <<http://www.cms.int/en/convention-text>>. Access: 11 abr. 2016.
- UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *Convention on wetlands of international importance specially as waterfowl habitat*. 1971. Available in: <http://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/current_convention_text_e.pdf>. Access: 11 abr. 2016.
- UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION. *World heritage convention*. 1972. Available in: <<http://whc.unesco.org/archive/convention-en.pdf>>. Access: 11 abr. 2016.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Connecting global priorities: biodiversity and human health, summary of the state of knowledge review*. 2015. Available in: <<https://www.cbd.int/health/SOK-biodiversity-en.pdf>>. Access: 15 abr. 2016.
- WORLD WATCH INSTITUTE. Available in: <<http://www.worldwatch.org/node/5997>>. Access: 16 abr. 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Mining CBD

Mineração do texto da
Convenção sobre Diversidade
Biológica

Claire Lajaunie

Pierre Mazzega

Mineração do texto da Convenção sobre Diversidade Biológica

Claire Lajaunie**

Pierre Mazzega***

ABSTRACT

The general objective of this study is to analyze the consideration of the themes of climate change and biodiversity, ecosystem approach, agricultural biodiversity and coastal and marine biodiversity in the Convention on Biological Diversity and to identify key events that have contributed to their recognition. The applied methodology relies on text mining and a terminological analysis, considering a textual corpus consisting in the Convention on Biological Diversity (1992) and in 364 decisions issued from the Conferences of the Parties (1994-2014). Our first specific objective is to analyze the evolution of the relative importance of these themes during the holding of the COPs. A second specific objective is to demonstrate through this study the contribution of text mining and its potential for further studies relying on large textual corpora. The main results are that these themes are addressed continuously throughout the holding of COPs and that the terminology enriched progressively with new notions and concepts sought by each theme. If climate change and the promotion of an integrative ecosystem approach have continuously be taken into account from 1992, agricultural diversity, and more recently the marine and coastal biodiversity are the most highlighted themes in the work of the COPs. As a consequence this study highlights the necessity to consider the interlinkages between biodiversity sectors, biodiversity appearing more and more clearly as a cross-cutting issue to be incorporated as such into various policies.

Keywords: Convention on biological diversity. Text mining. Climate change. Ecosystem approach. Agricultural biodiversity. Marine and coastal biodiversity.

RESUMO

O objetivo geral deste artigo é analisar a consideração dos temas de mudança do clima e biodiversidade, abordagem ecossistêmica, biodiversidade agrícola e biodiversidade marinha e costeira na Convenção sobre Diversidade Biológica e identificar eventos-chave que contribuíram para o seu reconhecimento. A metodologia aplicada é de *text mining* e de análise terminológica, considerando corpo textual que consiste na Convenção sobre Diversidade Biológica e em 364 decisões das Conferências das Partes (1994-2014). O nosso primeiro objetivo específico é analisar a evolução da im-

* Recebido em 30/04/2016
Aprovado em 10/05/2016

** Researcher at URMITE Research Unit on Emerging Infectious Tropical Diseases, UMR1095 Faculty of Medicine, 27 Bld J. Moulin, Marseille Cedex 5, France. *Email:* claire.lajaunie@inserm.fr

*** Researcher at Geosciences Environment Toulouse UMR5563, CNRS / IRD / University of Toulouse, 14 av. E. Belin 31400 Toulouse, France. *Email:* pierre.mazzega@get.obs-mip.fr

portância relativa destes temas durante a realização das COPs. O segundo objetivo é demonstrar a contribuição do *text mining* e o seu potencial para outras pesquisas com corpos textuais mais amplos. Os principais resultados foram que os temas selecionados foram tratados de forma recorrente durante as COPs e que a terminologia foi enriquecida progressivamente com novas noções e conceitos para cada tema. Se a mudança do clima e a promoção de uma abordagem ecossistêmica integrativa foram considerados de forma recorrente desde 1992, diversidade agrícola, e mais recentemente biodiversidade marinha e costeira são os temas postos em evidência nas COPs. Conseqüentemente, este estudo destaca a necessidade de se considerar os links entre os setores da biodiversidade, haja vista que ela aparece cada vez mais claramente como um tema transversal a ser incorporado nas diversas políticas.

Palavras-chave: Convenção sobre Diversidade Biológica. Mineração de texto. Mudança do clima. Abordagem ecossistêmica. Biodiversidade agrícola. Biodiversidade marinha e costeira.

1. INTRODUCTION

Data-mining gives a great opportunity to gain news insights from a wide range of data and information sources and to generate new knowledge from a variety of texts by bridging them in an innovative manner. In the context of biodiversity, data-mining can be used to measure biodiversity, to identify species, manage collections or standardize sampling protocols¹. In fact, it is estimated that more than 80% of species are still undiscovered^{2,3}. Even though we know that biodiversity loss is a main driver of ecosystem change⁴, the evaluation of biodiversity loss and the estimation of its rate

remains a daunting challenge⁵. Therefore, many species become extinct before they are even discovered. Acknowledging the lack of taxonomists and the multiple challenges related to taxonomy⁶ and considering the significant gap of knowledge regarding biodiversity, a group of researchers led by P. Hebert proposed to promote molecular identification of living organisms through DNA barcoding⁷, using a short section of DNA from a standardized region of the genome for species identification and discovery.

It prompted the creation of the international Consortium for Barcode of Life (CBOL) which launched the International Barcode of Life Project (2010) with the aim to barcode 5 million specimens from 500,000 species within five years. The target has been reached. The CBOL relies on the Barcode of Life Data System (BOLD), online workbench and database that supports the assembly and use of DNA barcode data. Freely available to anyone with interests in DNA barcoding, it allows for searching all 1.3 million public records in BOLD using multiple search criteria (such as geography, taxonomy and depository). These barcoding initiatives, using huge amount of data, are in line with the main objectives of the International Convention on Biodiversity (1992) and notably with the Article 7 of the Convention about Identification and Monitoring which calls for the identification of the components of biodiversity and the maintaining and organization of data, derived from identification and monitoring activities⁸.

Similarly, projects are built to provide more information and knowledge about biodiversity in its various dimensions through the utilization of complex sets of cross-cutting data. For instance, we can cite an on-going project called Mining of Biodiversity which intends to integrate novel text mining methods, visualization or crowdsourcing in order “to transform the Biodiversity Heritage Library (BHL) into a next-generation social digital li-

1 WALLS, Ramona L. et al. Semantics in support of biodiversity knowledge discovery: an introduction to the biological collections ontology and related ontologies. *Plus One*, v. 9, n. 3, p. 1-13, e89606, 2014.

2 MORA, Camilo et al. How many species are there on earth and in the ocean? *PLoS Biol*, v. 9, n. 8, 2011. e1001127. doi: 10.1371/journal.pbio.100112.

3 MAY, Robert. M. Why worry about how many species and their loss? *PLoS Biol*, v. 9, n. 8, 2011. e1001130. doi:10.1371/journal.pbio.1001130.

4 HOOPER, David U. et al. A global synthesis reveals biodiversity loss as a major driver of ecosystem change. *Nature*, v. 486, n. 7401, p. 105-108, 2012.

5 MENDENHALL, Chase. D. et al. Improving estimates of biodiversity loss. *Biological Conservation*, v. 151, p. 32-34, 2012.

6 KIM, Ke Chung; BYRNE, Loren B. Biodiversity loss and the taxonomic bottleneck: Emerging biodiversity science. *Ecological Research* 21, p. 794-810, 2006.

7 HEBERT, Paul D. N. et al. Biological identifications through DNA barcodes. *Proceedings of the Royal Society B. Biological Sciences*, v. 270 n. 1512, p. 313-321, 2003.

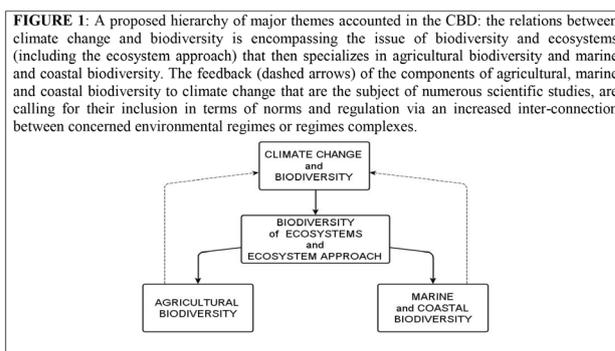
8 LAJAUNIE, Claire; MORAND, Serge. Barcoding, Biobanking, e-Banking: From Ecological to Ethical and Legal Aspects. Insights from the PathoDivSEA Project. In: MORAND, S. et al. (Ed.). *Socio-ecological dimensions of infectious diseases in Southeast Asia*. Singapore: Springer, 2015.

brary resource to facilitate the study and discussion (via social media integration) of legacy science documents on biodiversity by a worldwide community and to raise awareness of the changes in biodiversity over time in the general public⁹.

The present study is motivated by the fact that many different themes regarding biodiversity are treated by the Convention of Biodiversity and the associated Conferences of the Parties (COPs) but there is a lack of studies and of methodology development that would allow showing and exploiting the huge quantity of knowledge generated by the work of the COPs, and its interconnections. Text-mining is providing a new perspective, without a priori considerations, that could help to scrutinize this knowledge¹⁰. Here, we propose an exploratory study focusing on a textual corpus resulting from the CBD and COP's decisions.

Our purpose is to consider four main themes, contained into the CBD, that are crucial to comprehend, in order to ensure the preservation of biodiversity. Text-mining will help us to analyze how the use of these themes has evolved from the adoption of the CBD in 1992. The use of text-mining methodology allows us considering raw data coming from the textual corpus prior to any legal analysis. Starting from data mining results, we describe and analyze the results without preconceived ideas on the evolution of terms and its interpretation. Thus, the legal interpretation came after the preliminary work of term extraction and resulted from the observation. We have chosen to present the four main themes we selected in a specific configuration (see Figure 1) showing how these themes interact within the CBD. We will first examine the very general theme of climate change and biodiversity and its interactions with the theme of the ecosystem biodiversity (and ecosystem approach) and then to illustrate the ecosystem biodiversity we will consider the theme of agricultural biodiversity, on the one hand, and the theme of marine and coastal biodiversity, on the other hand. Finally, the study of these various interactions will lead us to assess the knowledge coming from the agricultural biodiversity and marine and coastal biodiversity themes that could feed the awareness of the interlinkages between climate change and biodiversity (as illustrated by Figure 1).

FIGURE 1: A proposed hierarchy of major themes accounted in the CBD: the relations between climate change and biodiversity is encompassing the issue of biodiversity and ecosystems (including the ecosystem approach) that then specializes in agricultural biodiversity and marine and coastal biodiversity. The feedback (dashed arrows) of the components of agricultural, marine and coastal biodiversity to climate change that are the subject of numerous scientific studies, are calling for their inclusion in terms of norms and regulation via an increased inter-connection between concerned environmental regimes or regimes complexes.



Fonte

The article is organized as follows. In a first place, we explain how we constituted the textual corpus, how we extracted the terms and thus we precise how we link those terms to the four main themes (Section 2). Then we make a quantitative assessment of the occurrence of terms related to the four themes as a function of time. We offer an interpretation of the observed progressive enrichment of thematic terminologies in relation to the work of scientific bodies of the CBD and of the COPs (Section 3). In section 4 we discuss about the biological diversity as a cross-cutting issue. We explain how the clearing-house mechanism and environmental impact assessment are continuously detailed and refined over time by the COPs. We then present the bridging role of the framework of the Strategic Plan for Biodiversity and the Aichi targets in the awareness of the importance of biodiversity for a sustainable development of the planet. The main conclusions of this work are presented in the final section.

9 <<http://www.biodiversitylibrary.org/>>. Access in: 29 Apr. 2016.

10 WAGH, Rupali S. Knowledge discovery from legal documents dataset using text mining techniques. *Intern. J. of Computer Applications*, v. 66 n. 23, p. 32-34, 2013.

2. TEXTUAL CORPUS AND TERM EXTRACTION

The textual corpus that we analyse consists of the Convention on Biological Diversity (1992) and of the 364 decisions taken during the twelve COPs held from 1993 to 2014. These texts are available on the CBD website¹¹. Using the free software TermStat¹² we extract the complex nominal terms¹³. We get a list of over 12,500 complex terms. This list is manually revised a first time to remove the terms that come from spelling or typographical errors (from the source text), or from parsing errors when extracting terms (e. g. taking a verb for some component of a complex nominal terms). We also remove too general terms (like “*absolute certainty*”, “*accompanying regulation*”, “*enhanced cooperation*”, etc.) or at the opposite context-dependent or very specific terms (“*open-ended workshop*”, “*next ordinary meeting* “...). The filtered list includes 8,867 complex nominal terms or expressions. A second manual inspection is performed to identify in this filtered list terms related to each of the four themes. For that every author of this study separately established a list assigning terms for each topic (the same term can be assigned to several lists). Both lists were then compared: we estimate that in 90% of cases we set the same terms in the same thematic list. In case of dispute we argued our respective choices and easily taken a joint decision, no difference of opinion having persisted. Although the method is based on general knowledge of the authors, this high rate of similarity of classification decisions (taken independently) is remarkable as coming from two researchers from very different disciplines and different career paths.

Theoretically, we can consider these thematic lists of expressions in three different ways¹⁴ : 1) In text mining, a theme built through the categorization of terms extracted from a corpus is a concept¹⁵ which is used as

soon as at least one of its composing terms is present in a text¹⁶; 2) In terms of the theory of concepts, the list of terms associated with a theme is an expression of how the theme is conceptualized in the corpus considered¹⁷. Thus a theme is likely to be treated differently depending on the Convention which seizes it: this difference may be a source of conflict between conventions when the same domain is regulated through different conceptions¹⁸; 3) from the point of view of the knowledge representation, a list of terms can be organized into hierarchical classes following generic ontological relationships (relationships such as “*is a*”, “*is a part of*,” for the most common ones¹⁹). Without using existing ontologies^{20, 21, 22}, we can consider the hierarchy of thematic terms as a kind of micro-ontology specific to the CBD (a kind of « very » lightweight ontology²³). Text mining helps the clarification of ontologies, and is also likely to reveal other links between terms or concepts, sometimes transforming the hierarchical structure of the ontology in semantic network (e.g. a given term belonging to several classes), and highlighting semantic differences of interpretation or categorization²⁴.

16 FELDMAN, Ronen; SANGER, James. Core text mining operation. In: FELDMAN, Ronen; SANGER, James. *The text mining handbook: advanced approaches in analyzing unstructured data*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007b. p. 19-56.

17 HJØRLAND, Birger. Concept theory. *Journal Am. Soc. for Information Science and Technology*, v. 60, n. 8, p. 1519-1536, 2009.

18 See for example the treatment of issues related to forests and deforestation at the intersection of the regimes of Climate Change and Biodiversity in VAN ASSELT, 2012. This question is reminiscent of the lively debate between the ruralists and the environmentalists in Brazil about the reform of the Forest Code, and the need for fundamental principles (principles of sustainable development and the precautionary principle); cf. ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. O Novo Código Florestal e a ECO-92. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 171-180, 2012.

19 GRÜBER, Thomas Robert. Toward principles for the design of ontologies used for knowledge sharing. *International Journal of Human-Computer Studies*, v. 43, n. 5-6, p. 907-928, 1995.

20 E.g. for environmental ontology, PAFILIS, Evangelos et al. Environments and Eol: identification of environment ontology terms in text and the annotation of the Encyclopedia of Life. *Bioinformatics*, v. 31 n. 11, p. 1872-1874, 2015. doi: 10.1093/bioinformatics/btv045

21 ESTRELLA Project. *The European project for Standardized Transparent Representations in order to extend legal Accessibility* (Estrella, IST-2004-027655. Additional in: <<http://www.estrellaproject.org>> Access in: 29 Apr. 2016.

22 SARTOR, Giovanni et al. (Ed.). *Approaches to legal ontologies*. Netherlands: Springer, 2011.

23 GUARINO, Nicola; MUSEN, Mark. Applied ontology: the next decade begins. *Applied Ontology*, v. 10, p. 1-4, 2015.

24 MAZZEGA, Pierre et al. A complex-system approach: legal knowledge, ontology, information and networks. In: SARTOR,

11 <<https://www.cbd.int/>>. Access in: 29 Apr. 2016.

12 DROUIN, Patrick. Term extraction using non-technical corpora as a point of leverage. *Terminology*, v. 9, n. 1, p. 99-117, 2003.

13 Terms qualified as “complex” because consisting of several words, such as “biological diversity” (rather than the simple term “diversity”), “ecosystem approach” (rather than the simple terms “ecosystem” or “approach”).

14 Provisionally, we use in this study only the first approach by text mining, keeping the other two (theoretical concepts and knowledge representation) for further study.

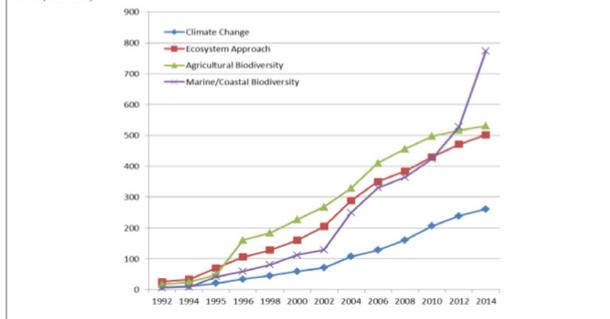
15 FELDMAN, Ronen; SANGER, James. Introduction to text mining. In: FELDMAN, Ronen; SANGER, James. *The text mining handbook: advanced approaches in analyzing unstructured data*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007a. p. 1-18.

Finally, we get thematic lists with respectively 124 complex terms for Climate Change, 233 terms for Ecosystem Diversity (and the ecosystem approach), 270 terms for Agriculture and Biodiversity, and 494 terms for the Marine and Coastal Biodiversity. Of course though those terms are distinct from each other, they are not necessarily independent. Indeed in natural language, concepts are usually not semantically “independent” of each other. Various techniques are used to overcome this difficulty during the mining or comparison of texts. For example, Lafourcade uses conceptual vectors that he defines “as the result of the expression of concept *C* itself as combined with the expression of a conceptual neighbourhood weighted by the hierarchical structure of the thesaurus²⁵.” The classic (mathematical) vector space structure is then used to define measures including similarity^{26,27} between conceptual vectors (used in information retrieval) or distances²⁸ interpreted as an evaluation of the thematic proximity between the meaning of words or expressions.

Here we just need a quantitative assessment of the terminological uses. Some expressions are also simply linked together by a relationship of increasing specification (for example: *clearing house mechanism* > *clearing house mechanism national focal point*). However the number of terms used, the frequency of their use throughout the COPs and the progressive enrichment of the terminology are good indicators of the importance given to each theme, whatever the nature of the possible link between some of these terms. Figure 2 is precisely showing the cumulative number of term occurrences in the Convention on Biological Diversity (1992) and in the resolutions of the successive COPs. We see that each of the

four themes is addressed in the Convention and in all COPs. Growth in the number of terms is dominated by the theme of agriculture and biodiversity, but is supplanted since 2012 (COP 11) with the theme of marine and coastal biodiversity. Climate change remains a leit-motif throughout all COPs, but as a background theme, without sudden terminological inflation.

FIGURE 2: Cumulative number of term occurrences in the Convention on Biological Diversity (1992) and in the decisions of successive COPs identified for each of the four investigated themes, in function of time (see text).



These preliminary observations deserve a more detailed analysis including sources of these developments.

3. MINING FOR CLIMATE CHANGE, ECOSYSTEM APPROACH AND BIODIVERSITY IN THE CBD

The interpretation of Figure 2 has shown a general increase of occurrences of terms regarding the four studied themes over time. We focus now on the new terms introduced by each COP for each of the four themes (Figure 3). We can notice that each theme appears since the adoption of the Convention on Biological Diversity (1992) with different variations of the number of new terms depending on the theme examined.

For the theme related to Climate change, the number of new terms is not very significant over time. Nevertheless, we can notice that in 2008 (COP9) and 2010 (COP10) events related to the CBD explained the number of new terms. For instance, in 2007, The International Day for Biological Diversity²⁹ was dedicated to “Climate Change and Biodiversity” which coincided with the International Polar Year and with UNEP’S World Environment Day theme of Climate Change. At that occasion, the message of the Executive Secretary of the CBD insisted on the fact that the relationship

²⁹ The United Nations General Assembly, by its resolution 55/201 of 20 December 2000, proclaimed 22 May as The International Day for Biological Diversity, to increase understanding and awareness of biodiversity issues.

Giovanni et al. (Ed.). *Approaches to legal ontologies: theories, domains, methodologies*. Springer: 2010. p. 117-132.

²⁵ LAFOURCADE, Mathieu. *Lexique et analyse sémantique de textes: structures, acquisitions, calculs, et jeux de mots*. Document and Text Processing. Université Montpellier II - Sciences et Techniques du Languedoc. Mémoire d’Habilitation à Diriger les Recherches Spécialité: Informatique, 2011. <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00649851>>. Access in: 29 Apr. 2016.

²⁶ FAIRON Cédric ; HO Ngoc-Diep. *Quantité d’information échangée: une nouvelle mesure de la similarité des mots*, Journées internationales d’Analyse statistiques des Données Textuelles (JADT), Louvain-la-Neuve (Belgique). 2004.

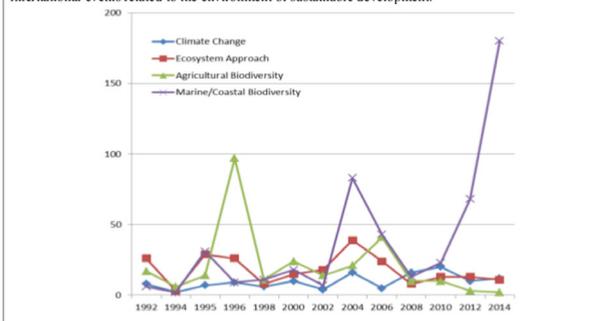
²⁷ LAFOURCADE Mathieu; JOUBERT Alain. Similitude entre les sens d’usage d’un terme dans un réseau lexical. *Traitement Automatique des Langues*, v. 50, n. 1, p. 177-200, 2009.

²⁸ LAFOURCADE, Mathieu; PRINCE Violaine; SCHWAB Didier. Vecteurs conceptuels et structuration émergente de terminologies. *Traitement Automatique des Langues*, v. 43, n. 1, p. 43-72, 2002.

between biodiversity and climate change “runs both ways. Climate change is an important driver of the loss of biodiversity. At the same time, the loss of biodiversity and the deterioration of natural habitats also contribute to climate change”³⁰.

Thus the decision IX/16 of the COP9 in 2008 decided to integrate climate-change activities within the programmes of work of the Convention³¹ and to create an Ad Hoc Technical Expert Group (AHTEG) on Biodiversity and Climate Change in order to provide biodiversity relevant information to the United Nations Framework Convention on Climate Change³². It has been followed by the decision X/33 of the COP10 in 2010 which invited the Parties to assess the impacts of climate change on biodiversity; to reduce the impacts of climate change on biodiversity and biodiversity-based livelihoods but also to reduce biodiversity impacts of climate change mitigation and adaptation measures. This decision notably calls for the implementation of ecosystem-based approaches for adaptation and mitigation.

FIGURE 3: For each of the themes, number of new terms introduced by each COPs' decisions (terms that have not been used by either the CBD or by any of the previous COPs). The most notable enhancements of thematic terminologies are primarily related to the work of CBD scientific groups or bodies or to international events related to the environment or sustainable development.



30 Message of the Executive Secretary of the CBD, A. Djoghlaif, 22 May 2007. <https://www.cbd.int/doc/speech/2007/sp-2007-05-22-es-en.pdf>. Cf. SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Biodiversity and climate change, international day for biological diversity*. Montreal: CBD, 2007.

31 CBD, COP9, decision IX/16 *Biodiversity and climate change*, 9 October 2008. Cf. also SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Interlinkages between biological diversity and climate change. Advice on the integration of biodiversity considerations into the implementation of the United Nations Framework Convention on Climate Change and its Kyoto Protocol*. Montreal: CBD, 2003. (Technical Series n. 10, 154 p., 2003). and SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Guidance for promoting synergy among activities addressing biological diversity, desertification, land degradation and climate change*. Montreal: CBD, 2006. (Technical Series n. 25, 43 p. 2006).

32 SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Connecting biodiversity and climate change mitigation and adaptation: report of the second ad hoc technical expert group on biodiversity and climate change*. Montreal, 2009. (Technical Series, n. 41).

• **Regarding the theme of Ecosystem approach** (and biodiversity of ecosystems), it appears to be the most cited theme in the text of the CBD in 1992. The term “ecosystem” is indeed a central element of the definition of the Biological diversity given in the Article 2 of the Convention³³. As stated by Maltby³⁴, considerable effort has been devoted since 1995 at clarifying the meaning of ecosystem approach and thus its *modus operandi*³⁵. He thus noted the CBD process exemplifying key steps in development of an ecosystem approach under the CBD³⁶. It confirms what we can see on Figure 3: in 1995 there is a first peak of new terms related to the ecosystem approach. In 1995, as mentioned by Maltby (2000), the First Meeting of the Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice (SBSTTA) recommended in an explicit manner to develop a holistic approach for the conservation and sustainable use of biological diversity and as such the ecosystem approach³⁷ should be the primary framework of action to be taken under the Convention³⁸. The recommendation has been integrated as such by the COP2 (1995) in the decision³⁹ II/8. In 1996, the second SBSTTA meeting considering developing guidelines for national reporting advocated for the use of the ecosystem approaches explaining the relative importance of new terms related

33 CBD, Article 2, Use of terms, 1992.

34 MALTBY Edward. Ecosystem approach: From theory to practice, ecosystem service and sustainable watershed management in North China. In: INTERNATIONAL CONFERENCE, 2000, Beijing. *Proceedings...* Beijing, 2000. p. 23 25.

35 MALTBY Edward. Ecosystem approach: From theory to practice, ecosystem service and sustainable watershed management in North China. In: INTERNATIONAL CONFERENCE, 2000, Beijing. *Proceedings...* Beijing, 2000. p. 23 25.

36 Cf. MALTBY Edward. Ecosystem approach: From theory to practice, ecosystem service and sustainable watershed management in North China. In: INTERNATIONAL CONFERENCE, 2000, Beijing. *Proceedings...* Beijing, 2000. p. 23 25, Table 1 (Chronology of the CBD process and external fora exemplifying key steps in development of an ecosystem approach under the CBD).

37 On the ecosystem approach and human wellbeing, see LAJAUNIE, Claire; MAZZEGA, Pierre. One Health and biodiversity conventions – The emergence of health issues in biodiversity conventions. *IUCN Academy of Environmental Law Journal*. Available in: <<http://www.iucnael.org/en/e-journal/>>.

38 CBD, SBSTTA 1, Recommendation I/3 Alternative ways and means in which the Conference of the Parties could start the process of considering the components of biological diversity particularly those under threat and the identification of action which could be taken under the Convention, §1 and § 9, Paris 1995.

39 CBD, COP2, Decision II/8, Preliminary consideration of components of biological diversity particularly under threat and action which could be taken under the Convention, §1, Jakarta, Indonesia, 6 - 17 November 1995.

to this theme in COP3⁴⁰.

Then the main peak of new terms appears in 2004 when the COP7 adopted the decision VII/11 dedicated to ecosystem approach and detailing twelve principles regarding this approach and associated implementation guidelines⁴¹. Moreover, the COP7 focused on sector-specific approaches such as marine and coastal biodiversity, agricultural biodiversity or dry and sub-humid lands biodiversity⁴², incorporating many elements of the ecosystem approach. Interestingly, even though COP9 (2008) adopted another decision on the ecosystem approach, it did not lead to the apparition of new terms, probably because many of them already came out in 2004. Nevertheless, we can underline that the decision mentioned that “*The Millennium Ecosystem Assessment findings and, in particular their articulation of the role of ecosystem goods and services to human well-being could be more widely taken into account in the application of the ecosystem approach*”⁴³.

• **The agricultural diversity theme** has also been the major theme of the COP3 in 1996: there are almost 100 new terms during this COP, which represent the highest peak for the considered period. The decision III/11 proposes a basis for action which states the importance of agricultural biodiversity as being “*of widespread and complex significance to society, encompassing socio-cultural, economic and environmental elements*”⁴⁴. The basis for action details the impacts of biological diversity on agriculture and in turn, the impact of agriculture on biodiversity.

The decision established multi-year programme of activities on agricultural biological diversity in order to

promote the positive effects and mitigate the negative impacts of agricultural practices on biological diversity in agro-ecosystems and their interface with other ecosystems; to promote the conservation and sustainable use of genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising out of the utilization of genetic resources. In 2000, the decision V/5 reviews the first phase of the programme of work and adopt of a multi-year programme of work in line with the decision III/11. The decision calls for the contribution of farmers, indigenous and local communities to the conservation and sustainable use of agricultural biodiversity and the importance of agricultural biodiversity to their livelihoods. The programme applies the ecosystem approach⁴⁵.

We can notice another smaller peak of new terms in 2006 with an important decision VIII/23 of the COP8 on agricultural biodiversity insisting on the necessity to integrate biodiversity, food and nutrition considerations into national biodiversity strategies, on the one hand, and to identify research activities to address knowledge gaps on soil biodiversity and their implications for land use practices, on the other hand. The decision proposes two distinct frameworks: one cross-cutting initiative on biodiversity for food and nutrition and one for the implementation of the International Initiative for the Conservation and Sustainable Use of Soil Biodiversity, both building on the principles of the ecosystem approach.

Though one of the major themes⁴⁶ of the COP9 (2008) is Agricultural Biodiversity, the COP being held during the celebration of the International Day for Biological Diversity dedicated in 2008 to Biodiversity and Agriculture, there is not a large number of new terms regarding this theme. It can probably be explained by the fact that most of the terms appeared during the two previous peaks in 1996 and 2006. Nevertheless we can note that the decision X/1 is giving an in-depth review of the programme of work on agricultural biodiversity while the decision IX/2 focuses on agricultural biodiversity and the sustainable production and use of bio-fuels.

40 CBD, COP3, Decision III/10, Identification, monitoring and assessment, §9a, Buenos Aires, Argentina

41 CBD, COP7, Decision VII/11, Ecosystem approach, cf. Annex 1, Table 1: The 12 Principles of the ecosystem approach and their rationale and Annex 2 B, Integration of ecosystem approach into sectors and biomes corresponding to the thematic programmes of work of the Convention.

42 Linking de facto the Convention on Biological Diversity and the Convention to Combat Desertification (relating itself to climate change).

43 CBD, COP9, Decision IX/7 Ecosystem approach §g, 19 - 30 May 2008 - Bonn, Germany.

44 CBD, COP3, Decision III/11 Conservation and sustainable use of agricultural biological diversity, Annex 1 Basis for action. See also Annex 2 which gives an indicative list of thematic areas encompassed by agricultural biodiversity, 4 - 15 November 1996 - Buenos Aires, Argentina.

45 CBD, COP5, Decision V/5, Agricultural biological diversity: review of phase I of the programme of work and adoption of a multi-year work programme, Annex Programme of work on the agricultural biodiversity, §4,

46 As indicated by the CBD itself, see <https://www.cbd.int/cop/>. Access in: 29 Apr. 2016.

We can then remark a very slight increase of new terms again in 2010 during the COP10 which adopted the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets. The decision X/34 recognizes the importance of agro-ecosystems, in particular rice-paddy⁴⁷ and oasis systems, for the conservation and sustainable use of biodiversity, and insists on the need for further information on the nature of sustainable use of agricultural biodiversity and sustainable agriculture⁴⁸.

• The number of new terms regarding the **theme of marine and coastal biodiversity** has evolved in a distinctive way compared to the other themes studied. There is a first small peak in 1995 coinciding with the Ecosystem approach theme as Marine and coastal biodiversity was one of the major themes of the COP2. Indeed the COP2 adopted a decision II/10 in consideration for the “*serious threats to marine and coastal biological diversity caused by factors including physical alteration, destruction and degradation of habitats, pollution, invasion of alien species, and over-exploitation of living marine and coastal resources*”. The decision followed the recommendation I/8 of the SBSITA to endorse integrated marine and coastal area management as the most suitable framework for addressing human impacts on marine and coastal biological diversity and for promoting conservation and sustainable use of this biodiversity.

The year 2000 does not show a peak of new terms but as for agricultural biodiversity, the COP5 in the decision V/3 addresses the implementation of the programme of work on marine and coastal biological diversity focusing on coral reef, integrated marine and coastal area management, marine and coastal living resources and alien species. We must underline that a special attention is given to coral bleaching⁴⁹ with a specific

call for joint actions among the Convention on Biological Diversity, the United Nations Framework Convention on Climate Change, and the Convention on Wetlands (Ramsar Convention) and, again, the use of the ecosystem approach.

In 2004, there is a peak of new terms regarding marine and coastal biodiversity (more than 70 new terms), with the decision to review the programme of work on marine and coastal biodiversity extending it for 6 years and complete it with new elements. It notably insists on the implementation of the programme at all levels (global, regional, national and local)⁵⁰. As the COP8 took 3 decisions relating to marine and coastal biodiversity in its various expressions⁵¹ (island biodiversity, conservation and sustainable use of deep seabed genetic resources beyond the limits of national jurisdiction and implementation of integrated marine and coastal area management), it maintains the number of new terms around 45 in 2006.

The number of terms increases again in 2012 as Marine biodiversity is the theme of the International Day for Biological Diversity. Moreover, the global context leads to an increased recognition of the strategic importance of the oceans and of their resources (living and non-living) in the game for a transformation of the global environmental governance⁵². The COP11 addresses the issue of marine and coastal biodiversity through various decisions regarding respectively: the review of the programme of work on island biodiversity; ecologically or biologically significant marine areas, sustainable fisheries and addressing adverse impacts of human activities; voluntary guidelines for environmental assessment, and marine spatial planning; or protected areas⁵³.

47 In accordance with a Resolution X.31 Enhancing biodiversity in rice paddies as wetland systems of the COP10 of the Ramsar Convention, Changwon, Republic of Korea, 28 October-4 November 2008. The resolution notes that rice is grown in at least 114 countries worldwide and that rice paddies (flooded and irrigated fields in which rice is grown) have provided large areas of open water for centuries and that they support a high level of rice associated biodiversity important (support important wetland biodiversity, such as reptiles, amphibians, fish, crustaceans, insects and molluscs, and play a significant role in the conservation of waterbird populations) for sustaining rice-paddy ecosystems.

48 It calls for the participation of the Food and Agriculture Organization of the United Nations and Bioversity International, and other relevant partners, including indigenous and local communities.

49 CBD, COP5, Decision V/3 Progress report on the implementation of the programme of work on marine and coastal biological diversity Annex priority areas for action on coral bleaching, Nairobi,

15-26 May 2000.

50 CBD, COP7, Decision VII/5, Marine and coastal biological diversity, Kuala Lumpur, 9-20 and 27 February 2004.

51 CBD, COP8, Decision VIII/1 Island biodiversity; Decision VIII/21 Marine and coastal biological diversity: conservation and sustainable use of deep seabed genetic resources beyond the limits of national jurisdiction; and Decision VIII/22 Marine and coastal biological diversity: enhancing the implementation of integrated marine and coastal area management, 20 - 31 March 2006 - Curitiba, Brazil.

52 With a focus on the positioning of Brazil in the governance of oceans, see BARROS-PLATIAU, Ana Flávia et al. Correndo para o mar no antropoceno: a complexidade da governança dos oceanos e a estratégia brasileira de gestão dos recursos marinhos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 150-168, 2015.

53 Respectively, CBD COP11, Decision XI/15 Review of the programme of work on island biodiversity; XI/17 Marine and coastal biodiversity: ecologically or biologically significant marine ar-

It is interesting to notice that the decision on protected areas insists on the need to achieve the marine component and other elements of Aichi Biodiversity Target 11⁵⁴ while the decision on sustainable fisheries and addressing adverse impacts of human activities refers to the Target 10: which states that “By 2015, the multiple anthropogenic pressures on coral reefs, and other vulnerable ecosystems impacted by climate change or ocean acidification are minimized, so as to maintain their integrity and functioning”.

During the COP12 held in October 2014, the number of new terms relating to marine and coastal biodiversity is the highest since 1992 (more than 180 new terms). The decision XII/23 in its title mentions explicitly the Target 10: “Impacts on marine and coastal biodiversity of anthropogenic underwater noise and ocean acidification, priority actions to achieve Aichi Biodiversity Target 10 for coral reefs and closely associated ecosystems”⁵⁵ for enhanced implementation toward achieving Aichi Biodiversity Target 10. The decision XII/22 on ecologically or biologically significant marine areas (EBSAs) also calls for the application of other area-based management measures in marine and coastal areas, with a view to contributing to national efforts to achieve the Aichi Biodiversity Targets.

Thus, in preparation for the COP13, a Technical Workshop on Monitoring of Marine and Coastal Biodiversity held on the margins of the 20th meeting of the SBSTTA in April 2016, intends to build synergies to develop appropriate types of research and monitoring approaches and sharing of information in order to achieve Aichi Biodiversity Targets in the marine and coastal area notably Target 6 on sustainable fisheries, Target 8

on pollution, Target 10 on coral reefs and other vulnerable ecosystems, Target 11 on protected areas and other effective area-based conservation measures and Target 12 on threatened species⁵⁶.

4. DISCUSSION ON BIODIVERSITY AS A CROSS-CUTTING ISSUE

on pollution, Target 10 on coral reefs and other vulnerable ecosystems, Target 11 on protected areas and other effective area-based conservation measures and Target 12 on threatened species⁵⁶.

In the section 3 we detailed the evolution of the number of new terms introduced by each COP for each of the four themes (Figure 3). Table 1 (see Appendix) summarizes the main decisions and major events that can be related to the progressive enrichment of the thematic terminologies. We have to underline since the adoption of the CBD, biodiversity has been considered as a cross-cutting issue and the first COP has shown the importance of cooperation with other biological diversity-related conventions, institutions and processes⁵⁷.

In order to illustrate that cross-cutting role of biodiversity in its various expressions, we now study the presence of two expressions common to all the four studied themes. Then we explain how the overarching nature of the framework of the Strategic Plan for Biodiversity has been decisive in revealing the interactions between the various aspects of biodiversity. First, two expressions are common to all the studied themes and we will explain further their pivotal role. It concerns “clearing-house mechanism” and “environmental impact assessment” and their variants.

The clearing-house mechanism (CHM) is a central feature of the CBD, established by the article 18.3 of the CBD to promote and facilitate technical and scientific cooperation, operating under the authority of the Conference of the Parties⁵⁸. As it is constantly improved, each COP, from COP 1, has taken a decision re-

54 Aichi Strategic Goal C: To improve the status of biodiversity by safeguarding ecosystems, species and genetic diversity, Target 11 “By 2020, at least 17 per cent of terrestrial and inland water, and 10 per cent of coastal and marine areas, especially areas of particular importance for biodiversity and ecosystem services, are conserved through effectively and equitably managed, ecologically representative and well connected systems of protected areas and other effective area-based conservation measures, and integrated into the wider landscapes and seascapes.”

<https://www.cbd.int/sp/targets/>. Access in: 29 Apr. 2016.

55 CBD, COP12, Decision XII/23, Marine and coastal biodiversity: Impacts on marine and coastal biodiversity of anthropogenic underwater noise and ocean acidification, priority actions to achieve Aichi Biodiversity Target 10 for coral reefs and closely associated ecosystems, and marine spatial planning and training initiatives. Pyeongchang, Republic of Korea, 6-17 October 2014.

56 Statement of Mr Braulio f. de Souza Dias, CBD Executive Secretary, on the occasion of the Technical Workshop on Monitoring of Marine and Coastal Biodiversity, 24 April 2016, Montreal, Canada <https://www.cbd.int/doc/speech/2016/sp-2016-04-24-marine-en.pdf> [Access in: 29 April 2016].

57 Cf CBD, UNEP/CBD/COP/3/38, Annex: Statement of the Conference of the Parties to the convention on Biological Diversity to the special session of the United Nations General Assembly, §3-4, 4 – 15 November 1996 – Buenos Aires, Argentina.

58 Article 18 Technical and Scientific Cooperation, §3 and CBD COPI, Decision I/3 Clearing-House mechanism for technical and scientific cooperation, Nassau, Bahamas, 28 November - 9 December 1994.

garding the CHM. In regard with the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020, the decision X/15 had redefined the missions, goals and objectives of the CHM. It states that the CBD website constitutes the central CHM. A network of national CHM residing on high-quality national websites facilitate the implementation of the national biodiversity strategies and action plans and then various partner institutions collaborate and share knowledge through the CHM network. It implies that the information and knowledge gathered by the CHM are relating to all the various aspects of biodiversity and thus encompass the four themes studied.

Second, the impact assessment procedure to minimize adverse impacts on biodiversity is introduced by the article 14 of the CBD. It states for instance that the Parties should ensure that the environmental consequences of its programmes and policies that are likely to have significant adverse impacts on biological diversity are duly taken into account. The Impact Assessment (IA), Strategic Impact Assessment (SIA) or Environmental Impact Assessment (EIA), is further described in a decision IV/10 on measures for implementing the CBD⁵⁹. It notably calls for exchange of information and sharing of experiences regarding national impact assessments and for reporting on the existing legislation.

The impact assessment appears along the COPs regarding various themes including the four studied themes and others such as inland water ecosystems, biodiversity and tourism or alien invasive species for instance. In 2002, the decision VI/7 proposed detailed guidelines for incorporating biodiversity-related issues into environmental impact-assessment legislation or processes and in strategic impact assessment in order to urge the Parties to implement these guidelines at the national level. Those guidelines have been completed in 2006 by voluntary guidelines on biodiversity-inclusive environmental impact assessment aiming at a better integration of biodiversity-related considerations into the EIA process. The EIA concerns intrinsically any theme relating to biodiversity.

The strategic plan for the conservation of biodiversity established strategic goals and objectives to achieve by 2010 *“a significant reduction of the current rate of biodiversity loss at the global, regional and national level as a contribution*

to poverty alleviation and to the benefit of all life on earth.” The four goals were very general regarding the role of the CBD, the capacity of the Parties to implement the Convention, the integration of biodiversity concerns into National biodiversity strategies and action plans or the better understanding of biodiversity and the CBD.

It appeared necessary to develop voluntary guidelines as a practical tool for Parties as they were reviewing their national biodiversity strategies and action plans (NBSAP) to improve the implementation of the CBD and its strategic plan. The decision VIII/8 proposed guidelines stated questions to decisions-makers to help them define the scope of the reviewed or new NBSAP. Among the questions, one is very interesting as it insists on the importance of transverse issues in the CBD: *“Does the most recent version of your biodiversity strategy and action plan address all of the major thematic areas and cross-cutting issues of the Convention relevant to your country and national priorities?”*⁶⁰. The decision provides a list of the major thematic areas and cross-cutting issues. Among the thematic areas we find agricultural biodiversity and marine and coastal biodiversity. Ecosystem approach, impact assessments, climate change and biological diversity, indicators or education and public awareness are listed among the cross-cutting issues.

The Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 develops this thematic and cross-cutting approach. In fact, the rationale of Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 notice that the actions taken under the previous strategic plan have not been on a sufficient scale to address the pressures on biodiversity. It also underlines the insufficient integration of biodiversity issues into broader policies, strategies, programmes and actions, impeding the reduction of the underlying drivers of biodiversity loss. It states that biodiversity is essential for the achievement of the Millennium Development Goals⁶¹, including poverty reduction as it contributes to local livelihood and economic development. It is fundamental for human well-being (food security, human health, or clean air and water).

The Strategic Plan has been conceived as an overarching framework on biodiversity, not only for the biodiversity-related conventions, but for the entire Uni-

59 CBD COP4, Decision IV/10 Measures for implementing the Convention on Biological Diversity, 4 - 15 May 1998 - Bratislava, Slovakia.

60 CBD, COP8, Decision VIII/8 Implementation of the Convention and its Strategic Plan, Curitiba, Brazil 20 - 31 March 2006.

61 CBD, COP10, Decision X/8 United Nations Decade on Biodiversity 2011-2020, Nagoya, Japan, 18–29 October 2010.

ted Nations system and other partners engaged in biodiversity management and policy development⁶². Thus the Strategic Goals and Aichi targets take into account the various aspects related to biodiversity. Indeed, for the definition of the indicator framework for the Strategic Plan 2011-2020, the SBSITTA⁶³ insisted on the need to promote further collaboration on biodiversity monitoring and indicators with the forestry, agriculture, fisheries and other sectors on the global, regional and national levels.

The COP12 in a review of progress in the implementation of the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 insisted on the fact that actions should be undertaken in a coordinated way and that Aichi targets should not be addressed in isolation. Besides, the COP12 took decisions regarding very wide and transverse issues such as biodiversity and climate change and disaster risk reduction, ecosystem conservation and restoration or biodiversity and health⁶⁴. The COP12 followed the recommendations of the SBSITTA which identified key scientific and technical needs for the implementation of the Strategic Plan. It notably called for social sciences to propose choices consistent with the Strategic Plan and to develop new approaches regarding better understanding of behavioural change, production and consumption patterns or policy development. It also insisted on the need to better integrate science and policymaking⁶⁵, through IPBES, to promote policy coherence⁶⁶ and

evaluation, and to propose scenarios relevant to policy-makers⁶⁷. Finally, the COP12 proposed to integrate the objectives of the Convention and the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020, and associated targets, into all relevant sustainable development goals (SDGs).

During the seventh Trondheim Conference on Biodiversity organized to prepare the COP12, it has been noted that, over time, the CBD COPs have considered cross-cutting issues relevant for “*fostering the objectives of the CBD and has helped to translate a number of scientific concepts into politically recognized guidance, such as the ecosystem approach*”⁶⁸. It thus affirmed the biodiversity provides the critical foundation for sustainable development and human well-being⁶⁹.

5. CONCLUSION

While it appeared necessary to mobilize huge data sets in order to assess global biodiversity threats and take them into account in appropriate and coordinated policies, which questioned the quality of available data⁷⁰, little work was done on assessing and exploiting the texts generated over time by the CBD COPs and scientific bodies, materializing the main steps of the acknowledgement of the importance integrating biodiversity, in its various aspects, into policies whether they are global or local.

Stating that fact, we decided to study the occurrence of the different terms associated for themes that

62 UNEP, Sourcebook of opportunities for enhancing cooperation among the Biodiversity-related Conventions at national and regional levels, 2015, United Nations Environment Programme (UNEP), Nairobi, Kenya, p. 6.

63 CBD/SBSITTA Recommendation XV/1 Indicator framework for the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets, Montreal, 7-11 November 2011.

64 On health issues and the CBD, cf. LAJAUNIE, Claire; MAZZEGA, Pierre. One Health and biodiversity conventions – The emergence of health issues in biodiversity conventions. *IUCN Academy of Environmental Law Journal*. Available in: <<http://www.iucnael.org/en/e-journal/>>.

65 On the role of scientific knowledge and its evolution to nourish soft law, see SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margaret A. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015.

66 For a discussion of factors binding international environmental commitments, national policies and domestic political pressures, see in particular BARROS-PLATIAU, Ana Flávia et al. A dissonância do quadro institucional brasileiro na Rio+20. o caso do clima e do código florestal. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 159-170, 2012, for the Brazilian context (on climate change and biodiversity), LANTIS, Jeffrey S. *The life and death of international treaties: Double-Edged diplomacy and the politics of ratification in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2009, for the

case of the USA.

67 CBD, COP12, Decision XII/1 Mid-term review of progress in implementation of the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 including the fourth edition of the Global Biodiversity Outlook, and actions to enhance implementation, Annex I Key scientific and technical needs related to the implementation of the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020, Pyeongchang, Republic of Korea, 6-17 October 2014.

68 Seventh Trondheim Conference on Biodiversity, *Ecology and Economy for a Sustainable Society*, Biodiversity in the post-2015 development agenda and Sustainable Development Goals (SDGs): Ecosystem goods and services for human wellbeing - Background paper, Trondheim, Norway, 27-31 May 2013, p. 17.

69 Seventh Trondheim Conference on Biodiversity, Biodiversity and Sustainable Development – the relevance of the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets for the post-2015 development agenda and the Sustainable Development Goals. Revised key-messages, June 2013, p.1.

70 JOPPA, L. N. et al. Filling in biodiversity threat gaps. Only 5% of global threat data sets meet a “gold standard”. *Science*, v. 352, n. 6284, p. 416-418, Apr. 2016.

appeared crucial regarding biodiversity (see Figure 1), the number of terms per theme, the use of these terms over time and the apparition of new terms. It led us to explain the evolution of the consideration for those terms since 1992 and to show their multiple interconnections. It highlighted the necessity to take account of the interlinkages between biodiversity sectors, which has been advocated by a CBD technical series report of 2014 recommending that “sectors recognise the opportunities that biodiversity provides, such as improved availability of fish and wood, improved soils for agricultural production systems and cost-effective nature-based solutions in water management. This is what mainstreaming policies need to achieve”⁷¹.

Biodiversity appeared more and more clearly as a cross-cutting issue to be incorporated as such into various policies. A retrospect of what has been achieved for the acknowledgement of the central role of biodiversity within the CBD seems an important phase for the appropriate design and monitoring of future policies. Indeed, a report from the United Nations recommends mobilizing data revolution, i.e. the Big Data movement, in favour of Sustainable Development, presenting data as “the lifeblood of decision-making and the raw material for accountability”⁷².

Acknowledgements. We are grateful to Profa. Ana Flávia Barros-Platiau and to the anonymous referees for their helpful comments on the manuscript, giving us the opportunity to improve it. This work is located at the confluence of two projects which scientific project managers we thank for their support: French National research Agency, grant ANR 11CPEL 002 project Bio-divHealthSEA Project “Local impacts and perceptions of global changes - health, biodiversity and zoonoses in Southeast Asia” (PI: Dr S Morand, CNRS/CIRAD); Project “Environment Health and Society” of the Midi-Pyrénées Observatory – Toulouse (France).

REFERENCES

ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. O Novo Código Flo-

71 CBD Technical Series 79. How can sectors contribute to sustainable use and conservation of biodiversity. PBL Netherlands Environmental Assessment Agency. The Hague, 232 p. 2014.

72 United Nations Secretariat's Independent Expert Advisory Group, A World That Counts: Mobilising the Data Revolution for Sustainable Development, United Nations, 2015; <http://bit.ly/Data4SustDev>. Access in: 29 Apr. 2016.

restal e a ECO-92. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 171-180, 2012.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia et al. A dissonância do quadro institucional brasileiro na Rio+20. o caso do clima e do código florestal. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 3, p. 159-170, 2012.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia et al. Correndo para o mar no antropoceno: a complexidade da governança dos oceanos e a estratégia brasileira de gestão dos recursos marinhos. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 1, p. 150-168, 2015.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP1, Decision I/3 Clearing-House mechanism for technical and scientific cooperation*. Nassau, 1994.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP10, Decision X/8 United Nations Decade on Biodiversity 2011-2020*. Nagoya, 2010.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP11, Decision XI/15 Review of the programme of work on island biodiversity*. XI/17 Marine and coastal biodiversity: ecologically or biologically significant marine areas. XI/18 Marine and coastal biodiversity: sustainable fisheries and addressing adverse impacts of human activities, voluntary guidelines for environmental assessment, and marine spatial planning. XI/24 Protected areas. Hyderabad, 2012.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP12, XII/1 Mid-term review of progress in implementation of the strategic plan for biodiversity 2011-2020 including the fourth edition of the Global Biodiversity Outlook, and actions to enhance implementation*. Decision XII/23, Marine and coastal biodiversity: Impacts on marine and coastal biodiversity of anthropogenic underwater noise and ocean acidification, priority actions to achieve Aichi Biodiversity Target 10 for coral reefs and closely associated ecosystems, and marine spatial planning and training initiatives. Pyeongchang, 2014.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP2, Decision II/8, Preliminary consideration of components of biological diversity particularly under threat and action which could be taken under the Convention*. Jakarta, 1995.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP3, Decision III/10, identification, monitoring and assessment*. Decision III/11 conservation and sustainable use of agricultural biological diversity. Buenos Aires, 1996.

p. 4-15.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP4, Decision IV/10 Measures for implementing the Convention on Biological Diversity*. Bratislava, 1998. p. 4-15.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP5, Decision V/3 Progress report on the implementation of the programme of work on marine and coastal biological diversity*. Decision V/5, Agricultural biological diversity: review of phase I of the programme of work and adoption of a multi-year work programme. Nairobi, 2000. p. 5-26.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP7, Decision VII/5, marine and coastal biological diversity*. Decision VII/11, Ecosystem approach. Kuala Lumpur, 2004. p. 9-20.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP8, Decision VIII/1 Island biodiversity. Decision VIII/8 Implementation of the Convention and its Strategic Plan*. Decision VIII/21 Marine and coastal biological diversity: conservation and sustainable use of deep seabed genetic resources beyond the limits of national jurisdiction. Decision VIII/22 Marine and coastal biological diversity: enhancing the implementation of integrated marine and coastal area management. Curitiba, 2006. p. 20-31.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *COP9, Decision IX/7 Ecosystem approach. Decision IX/16, Biodiversity and climate change*. Bonn, 2008. p. 19-30.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *How can sectors contribute to sustainable use and conservation of biodiversity*. PBL Netherlands Environmental Assessment Agency. The Hague, 2014. 232 p. (Technical Series 79).

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *SBSTTA 1, Recommendation I/3 Alternative ways and means in which the Conference of the Parties could start the process of considering the components of biological diversity particularly those under threat and the identification of action which could be taken under the Convention, §1 and § 9*. Paris, 1995.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *SBSTTA 15, Recommendation XV/1 Indicator framework for the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets*. Montreal, 2011. p. 7-11.

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *UNEP/CBD/COP/3/38, Annex: Statement of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity to the special session of the United*

Nations General Assembly. Buenos Aires, 1996. p. 4-15.

DROUIN, Patrick. Term extraction using non-technical corpora as a point of leverage. *Terminology*, v. 9, n. 1, p. 99-117, 2003.

ESTRELLA Project. *The European project for Standardized Transparent Representations in order to extend legal Accessibility* (Estrella, IST-2004-027655. Additional in: <<http://www.estrellaproject.org>> Access in: 27 Apr. 2016.

FAIRON Cédric; HO Ngoc-Diep. *Quantité d'information échangée: une nouvelle mesure de la similarité des mots*, Journées internationales d'Analyse statistiques des Données Textuelles (JADT), Louvain-la-Neuve (Belgique). 2004.

FELDMAN, Ronen; SANGER, James. Core text mining operation. In: FELDMAN, Ronen; SANGER, James. *The text mining handbook: advanced approaches in analyzing unstructured data*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007b. p. 19-56.

FELDMAN, Ronen; SANGER, James. Introduction to text mining. In: FELDMAN, Ronen; SANGER, James. *The text mining handbook: advanced approaches in analyzing unstructured data*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007a. p. 1-18.

GRÜBER, Thomas Robert. Toward principles for the design of ontologies used for knowledge sharing. *International Journal of Human-Computer Studies*, v. 43, n. 5-6, p. 907-928, 1995.

GUARINO, Nicola; MUSEN, Mark. Applied ontology: the next decade begins. *Applied Ontology*, v. 10, p. 1-4, 2015.

HEBERT, Paul D. N. et al. Biological identifications through DNA barcodes. *Proceedings of the Royal Society B. Biological Sciences*, v. 270 n. 1512, p. 313-321, 2003.

HJØRLAND, Birger. Concept theory. *Journal Am. Soc. for Information Science and Technology*, v. 60, n. 8, p. 1519-1536, 2009.

HOOPER, David U. et al. A global synthesis reveals biodiversity loss as a major driver of ecosystem change. *Nature*, v. 486, n. 7401, p. 105-108, 2012.

JOPPA, L. N. et al. Filling in biodiversity threat gaps. Only 5% of global threat data sets meet a "gold standard". *Science*, v. 352, n. 6284, p. 416-418, Apr. 2016.

KIM, Ke Chung; BYRNE, Loren B. Biodiversity loss

- and the taxonomic bottleneck: Emerging biodiversity science. *Ecological Research* 21, p. 794-810, 2006.
- LAFOURCADE Mathieu; JOUBERT Alain. Similitude entre les sens d'usage d'un terme dans un réseau lexical. *Traitement Automatique des Langues*, v. 50, n. 1, p. 177-200, 2009.
- LAFOURCADE, Mathieu. *Lexique et analyse sémantique de textes: structures, acquisitions, calculs, et jeux de mots. Document and Text Processing. Université Montpellier II - Sciences et Techniques du Languedoc. Mémoire d'Habilitation à Diriger les Recherches Spécialité: Informatique*, 2011. <<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00649851>>
- LAFOURCADE, Mathieu; PRINCE Violaine; SCHWAB Didier. Vecteurs conceptuels et structuration émergente de terminologies. *Traitement Automatiques des Langues*, v. 43, n. 1, p. 43-72, 2002.
- LAJAUNIE, Claire; MAZZEGA, Pierre. One Health and biodiversity conventions – The emergence of health issues in biodiversity conventions. *IUCN Academy of Environmental Law Journal*. Available in: <<http://www.iucnael.org/en/e-journal/>>.
- LAJAUNIE, Claire; MORAND, Serge. Barcoding, Bio-banking, e-Banking: From Ecological to Ethical and Legal Aspects. Insights from the PathoDivSEA Project. In: MORAND, S. et al. (Ed.). *Socio-ecological dimensions of infectious diseases in Southeast Asia*. Singapore: Springer, 2015.
- LANTIS, Jeffrey S. *The life and death of international treaties: Double-Edged diplomacy and the politics of ratification in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- MALTBY Edward. Ecosystem approach: From theory to practice, ecosystem service and sustainable watershed management in North China. In: INTERNATIONAL CONFERENCE, 2000, Beijing. *Proceedings...* Beijing, 2000. p. 23 25.
- MAY, Robert. M. Why worry about how many species and their loss? *PLoS Biol*, v. 9, n. 8, 2011. e1001130. doi:10.1371/journal.pbio.1001130.
- MAZZEGA, Pierre et al. A complex-system approach: legal knowledge, ontology, information and networks. In: SARTOR, Giovanni et al. (Ed.). *Approaches to legal ontologies: theories, domains, methodologies*. Springer: 2010. p. 117-132.
- MENDENHALL, Chase. D. et al. Improving estimates of biodiversity loss. *Biological Conservation*, v. 151, p. 32–34, 2012.
- MORA, Camil et al. How many species are there on earth and in the ocean? *PLoS Biol*, v. 9, n. 8, 2011. e1001127. doi: 10.1371/journal.pbio.100112.
- PAFILIS, Evangelos et al. Environments and Eol: identification of environment ontology terms in text and the annotation of the Encyclopedia of Life. *Bioinformatics*, v. 31 n. 11, p. 1872–1874, 2015. doi: 10.1093/bioinformatics/btv045
- RAMSAR CONVENTION. *COP10, Resolution X.31 Enhancing biodiversity in rice paddies as wetland systems of the of the Ramsar Convention*. Changwon, 28 Oct. 4 Nov. 2008.
- SARTOR, Giovanni et al. (Ed.). *Approaches to legal ontologies*. Netherlands: Springer, 2011.
- SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Biodiversity and climate change, international day for biological diversity*. Montreal: CBD, 2007.
- SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Connecting biodiversity and climate change mitigation and adaptation: report of the second ad hoc technical expert group on biodiversity and climate change*. Montreal. 2009. (Technical Series, n. 41, 126 p. 2009).
- SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Guidance for promoting synergy among activities addressing biological diversity, desertification, land degradation and climate change*. Montreal: CBD, 2006. (Technical Series n. 25, 43 p., 2006.)
- SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. *Interlinkages between biological diversity and climate change. Advice on the integration of biodiversity considerations into the implementation of the United Nations Framework Convention on Climate Change and its Kyoto Protocol*. Montreal: CBD, 2003. (Technical Series n. 10, 154 p., 2003.)
- SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth A. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Sourcebook of opportunities for enhancing coo-*

peration among the Biodiversity-related Conventions at national and regional levels, United Nations Environment Programme (UNEP), Nairobi, Kenya, 2015. 183 p.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 55/201 of 20 December 2000.*

UNITED NATIONS SECRETARIAT'S INDEPENDENT EXPERT ADVISORY GROUP, *A world that counts: mobilising the data revolution for sustainable development*, United Nations, 2015. Available in: <<http://bit.ly/Data4SustDev>>.

VAN ASSELT, Harro. Managing the fragmentation of international environmental law: forest at the intersection of the climate and biodiversity regimes. *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.*, v. 44, p. 1205-1278, 2012.

WAGH, Rupali S. Knowledge discovery from legal documents dataset using text mining techniques. *Intern. J. of Computer Applications*, v. 66 n. 23, p. 32-34, 2013.

WALLS, Ramona L. et al. Semantics in support of biodiversity knowledge discovery: an introduction to the biological collections ontology and related ontologies. *Plus One*, v. 9, n. 3, p. 1-13, e89606, 2014.

1. APPENDIX A

TABLE 1. Main decisions and major events explaining the terminology enrichment by theme over time (see Fig.3 and text). CC: Climate Change and biodiversity; EA: biodiversity of ecosystems and Ecosystem Approach; AB: Agricultural Biodiversity; MCB: Marine and Coastal Biodiversity.

COP	Dec.	Themes or Related Events
1995 COP02	II/8	EA: 1995: First Meeting of the Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice (SBSTTA, CBD)
	II/10	MCB: Ecosystem approach theme as Marine and coastal biodiversity; Follows recommendation I/8 of the SBSTTA
1996 COP03	III/10	EA: 1996: Second SBSTTA Meeting
	III/11	AB: On the conservation and sustainable use of agricultural biological diversity
2000 COP05	V/3	CC: Call for joint actions with UNFCCC and the Convention on Wetlands (Ramsar Convention)
		EA: Promotes the use of the ecosystem approach
		MCB: Implementation of the programme of work on marine and coastal biological diversity
	V/5	EA: Relies on the ecosystem approach AB: Adopt of a multi-year programme of work in line with the decision III/11
2002 COP06		AB: Proposal to establish an International Initiative for the Conservation and Sustainable Use of Soil Biodiversity
2004 COP07	VII/5	MCB: Reviews and extends the programme of work on marine and coastal biodiversity
	VII/11	EA: Decision on the ecosystem approach
2006 COP08	VIII/1	MCB: On island biodiversity
	VIII/21	MCB: On the conservation and sustainable use of deep seabed genetic resources beyond the limits of national jurisdiction
	VIII/23	EA: Necessity to integrate biodiversity, food and nutrition considerations into national biodiversity strategies; Proposes the "International Initiative for the Conservation and Sustainable Use of Soil Biodiversity" as a framework for action.
2008 COP09	X/1	AB: In-depth review of the programme of work on agricultural biodiversity
	IX/2	AB: Agricultural biodiversity and the sustainable production and use of biofuels
	IX/7	EA: Linkage with "Millennium Ecosystem Assessment findings"
	IX/16	CC: 2007, International Day for Biological Diversity "Climate Change and Biodiversity"; 2007: International Polar Year; 2007: UNEP'S World Environment Day "Climate Change"
2010 COP10		Adopts the Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets.
	X/33	CC: Invites the Parties to assess the impacts of climate change on biodiversity (etc.)
		EA: Calls for the implementation of ecosystem-based approaches for adaptation and mitigation
X/34	AB: Recognizes the importance of agro-ecosystems. See Resolution X.31 Enhancing biodiversity in rice paddies as wetland systems of the COP10 of the Ramsar Convention	
2012 COP11		MCB: 2012: International Day for Biological Diversity dedicated to Marine Biodiversity
	XI/15	MCB: Review of the programme of work on island biodiversity
	XI 17	MCB: Ecologically or biologically significant marine areas
	XI 18	MCB: Sustainable fisheries; Impacts of human activities; Guidelines for environmental assessment; Marine spatial planning. Aichi Biodiversity Target 10.
	XI/24	MCB: Protected areas. Insists on the need to achieve the marine component and other elements of Aichi Biodiversity Target 11.
2014 COP12	XII/22	MCB: On ecologically or biologically significant marine areas. Calls for national efforts to achieve the Aichi Biodiversity Targets
	XII/23	MCB: Linkage with Aichi Biodiversity Target 10

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Biotecnologia moderna, direito
e o pensamento Abissal**
Modern biotechnology, law and
the Abyssal thinking

Reichardt, F.V.

Garavello, M. E. P. E.

Molina, S.M.G.

Ballester, M. V. R.

* Recebido em 30/04/1989
Aprovado em 20/06/2016

** Fernanda Viegas Reichardt [autora correspondente: fv.reichardt@usp.br/ fv.reichardt@gmail.com], possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie [2002], é Doutora em Ciências pelo Programa de Pós-Graduação Interunidades em Ecologia Aplicada [ESALQ/CENA/USP] [2015], Pós-doutoranda do Centro de Energia Nuclear na Agricultura [CENA/USP] no Projeto Temático “XINGU Project: Integrating land use planning and water governance in Amazonia: towards improved freshwater security in the agricultural frontier of Mato Grosso”, bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo [FAPESP] no com bols e pesquisadora colaboradora do Instituto de Estudos Avançados [IEA/USP], todos da Universidade de São Paulo. Atua como colaboradora do Instituto de Estudos de Direito e Cidadania - IEDC. Tem experiência na área do direito, com ênfase em direito ambiental e também na área interdisciplinar de ecologia. Na linha de pesquisa ambiente e sociedade, aborda a dimensão humana e social dos problemas associados à mudança no uso da terra frente à legislação vigente e dentro da perspectiva da Sociologia e Ecologia Política.

*** Maria Elisa De Paula Eduardo Garavello [mepegara@usp.br] é Professora Associada do Departamento de Economia, Administração e Sociologia da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz e Vice-Presidente do Programa de Pós-graduação Interunidades em Ecologia Aplicada (ESALQ/CENA) Universidade de São Paulo, Brasil, Pesquisadora Principal do Projeto Temático “XINGU Project: Integrating land use planning and water governance in Amazonia: towards improved freshwater security in the agricultural frontier of Mato Grosso”.

**** Silvia Maria Guerra Molina [silviamgmolina@usp.br] é Professora Associada, Chefe do Departamento de Genética da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz e Membro da Comissão de Pós-graduação Interunidades em Ecologia Aplicada (ESALQ/CENA), Pesquisadora do Projeto Temático “XINGU Project: Integrating land use planning and water governance in Amazonia: towards improved freshwater security in the agricultural frontier of Mato Grosso”, todos da Universidade de São Paulo, Brasil. Desenvolve pesquisa na área de Ecologia Humana com ênfase na adaptabilidade humana em seus aspectos de territorialidade, escolhas alimentares e conhecimentos locais relativos ao uso de recursos naturais. Atua principalmente nos seguintes temas: antropologia da alimentação, antropologia e desenvolvimento, políticas públicas e comunidades locais, ecologia de saberes, etnoconhecimento e sustentabilidade socioambiental.

Biotecnologia moderna, direito e o pensamento Abissal*

Modern biotechnology, law and the Abyssal thinking

Reichardt, F.V.**

Garavello, M. E. P. E.***

Molina, S.M.G.****

Ballester, M. V. R.*****

RESUMO

Este artigo objetiva analisar a proteção patentária de culturas geneticamente modificadas no ordenamento jurídico brasileiro com base na teoria proposta por Boaventura de Sousa Santos em “Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes”. Por meio deste ensaio e através de método de abordagem indutivo e procedimento monográfico, propõe-se uma análise epistemológica da Biotecnologia Moderna que embasa o direito de propriedade intelectual de culturas geneticamente modificadas no ordenamento jurídico brasileiro. Argumenta-se que o pensamento abissal subsiste na Biotecnologia Moderna. Em seguida, contextualiza-se a proteção jurídica de culturas geneticamente modificadas no Direito Moderno. Por fim, conclui-se que no cenário agrícola brasileiro, direito e conhecimento abissais não promovem de maneira efetiva a sociobiodiversidade. Espera-se que este artigo contribua para novas bases teóricas que possam vir a contribuir, mesmo que com limitações, para ampliar as possibilidades de uma ciência e um direito mais condizente com as demandas socioambientais.

Palavras-chave: Epistemologia. Propriedade intelectual. Culturas geneticamente modificadas. Diversidade socioambiental.

***** Possui graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1986), mestrado em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos (1989), doutorado em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos (1994) e pós-doutorado pela Universidade de São Paulo (1998). Atualmente é Professor Associado da Universidade de São Paulo, Revisor de periódico da Acta Amazonica (0044-5967), Revisor de periódico da Geoquímica Brasiliensis, Revisor de periódico da Ambiente e Água - An Interdisciplinary Journal of Applied Science, Membro de corpo editorial da Biogeochemistry e Membro de corpo editorial da Journal of Environmental Research and Development. Tem experiência na área de Ecologia, com ênfase em Ecologia de Ecossistemas. Atuando principalmente nos seguintes temas: análise ambiental, geoprocessamento, uso da terra, ecossistemas aquáticos, Sistemas de Informações Geográficas e ecologia da paisagem.

ABSTRACT

This article aims to analyze intellectual right protection of genetically modified crops in the Brazilian legal system through the theory proposed by Boaventura de Sousa Santos in “Beyond abyssal thinking: From global lines to an ecology of knowledge”. Through this theory and by an inductive method of approach and by monographic procedure, using techniques of bibliographical and documentary research we propose an epistemological analysis of Modern Biotechnology. We argue that the abyssal thinking remains in the logic of Modern Biotechnology. In the sequel, we contextualize the legal protection of genetically modified crops in the Modern Law. Finally, we conclude that Law and Knowledge do not promote effectively the sociobiodiversity in the Brazilian agricultural scenario. We hope this article contributes, even with limitations, to expand the possibilities of social and environmental demands.

Keywords: Epistemology. Intellectual property rights. GM crops. Social and environmental diversity.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de ser signatário de diversos tratados internacionais em matéria ambiental e a despeito das incertezas científicas em relação à Biotecnologia Moderna, o Brasil promoveu a ampla difusão de plantas geneticamente modificadas nas suas paisagens nas suas políticas agrícolas.

A legalização da soja GM no Brasil se deu no ano de 2003, por meio de medidas em caráter de urgência: o então Presidente da República através da Medida Provisória (MP) 113/2003 autorizou a comercialização da soja GM da safra de 2003.¹ Isso ocorreu no mesmo ano em que, de um lado, o Poder Legislativo discutia a biossegurança dos organismos geneticamente modificados (OGMs) e, de outro, o Poder Judiciário condicionava a comercialização da soja transgênica à prévia realização do estudo de impacto ambiental. Antes mesmo da entrada em vigor da Lei de Biossegurança [Lei

nº 11.105/05]², a comercialização da safra de 2003, foi autorizada pela medida provisória acima mencionada, sem o prévio estudo de impacto ambiental. A autorização para a comercialização foi restrita à soja da safra de 2003 e criou-se a obrigação da destruição do estoque mediante incineração após 31 de dezembro de 2004 [MP 113/2003, Art. 1º §1º]. Contudo, em ato contínuo, autorizou-se, também, a comercialização da soja transgênica das safras de 2004 e 2005.^{3,4}

As Medidas Provisórias deram ensejo a inúmeros questionamentos quanto à sua constitucionalidade⁵, mas, a despeito dos argumentos apresentados, a MP 113/2003 foi convertida na Lei 10.688 de 13 de junho de 2003⁶, dando início ao processo de legalização dos cultivos transgênicos no país. E, a partir dessas medidas, no ano de 2009, o Brasil assumiu o posto de segundo país em área plantada com culturas GM [aproximadamente 21,4 milhões de hectares]⁷. No ano seguinte [2010], foi apontado como maior consumidor de agrotóxicos do mundo⁸.

Atualmente, início de 2016, o Brasil possui liberadas comercialmente 42 variedades de plantas GMs de cinco espécies distintas [soja, algodão, milho, feijão e eucalipto]⁹. O primeiro levantamento da adoção de

2 BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

3 FERREIRA, H. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco*. 2008. 372 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

4 AYALA, P. A. *Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

5 Destaca-se Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – 3017, proposta pelo Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI n. 3017 DF*. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Brasília, 07 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14805031/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3017-df-stf>>. Acesso em: 06 abr. 2015).

6 BRASIL. *Lei n. 10.688 de 13 de junho de 2003*. Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.688.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

7 JAIMES, Clive. *Global status of commercialized biotech/GM crops*: 2010. *ISAAA Brief*, n. 42, 2010. Available: <<https://www.isaaa.org/resources/publications/briefs/42/download/isaaa-brief-42-2010.pdf>>. Accessed on: 06 Apr. 2015.

8 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agrotóxicos*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

9 BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Coordenação-Geral da Comissão Técnica Nacional De Biossegurança. *Tabela resumo de*

1 BRASIL. *Medida Provisória n. 113, de 26 de março de 2003*. Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DefaultDocumento.action?id=236364>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

biotecnologia agrícola no Brasil para a safra 2015/16 realizado pela empresa de consultoria focada na análise do agronegócio Céleres, indica a área total com culturas transgênicas [soja, milho e algodão] alcançará 44,2 milhões de hectares, o que corresponde a 90,7% da área cultivada com essas três culturas¹⁰.

A economia brasileira é historicamente sustentada pelo seu setor primário. Na última década, o crescimento das exportações nacionais se deu, principalmente, pela expansão de culturas geneticamente modificadas. Entretanto, esse aumento na exportação de matérias-primas não processadas [agrocommodities], foi acompanhado por um crescimento significativo na importação de agro-insumos e, como tais, sujeitos a direitos de propriedade intelectual [por meio de Patentes ou de Proteção de Cultivar]. Ao longo das últimas décadas, o país tem registado um aumento significativo das importações de insumos agrícolas [sementes, máquinas, adubos, agrotóxicos] sujeitos a direitos de propriedade intelectual e, portanto, royalties.

O atual cenário agroeconômico brasileiro difere substancialmente do que acontece, por exemplo, na União Europeia (UE), que tem focado sua estratégia econômica em conhecimento [Economia do Conhecimento]; gerando, assim, maior valor agregado aos seus agroprodutos e argrosserviços. Sua estratégia político-econômica é a promoção de novos produtos comerciais e conhecimentos patenteáveis por meio de vultuosos investimentos em pesquisa. Esses investimentos aumentam seu capital intelectual e, ao mesmo tempo, os direitos de propriedade intelectual asseguram o aproveitamento dos benefícios econômicos^{11,12}.

Nesse contexto, como resultado da expansão das agrocommodities para o mercado internacional, o Bra-

sil destaca-se como grande importador de produtos e insumos de alto valor agregado para o setor primário. Nota-se, assim, uma continuidade [talvez velada] do colonialismo no Brasil. O paralelo não é fortuito: assim como no período colonial a produção agrícola brasileira é hoje baseada: (i) na grande propriedade; (ii) na exploração insustentável dos recursos naturais (iii) na produção primária é destinada, principalmente, ao mercado externo; (iv) na importação de produtos industrializados de maior valor agregado; (iv) nas constantes inobservância de direitos ambientais e sociais.

Entre as opções que se apresentam, ou se aceita como inevitáveis os argumentos apresentados em defesa da ampla difusão de culturas GMs na agricultura brasileira: como única forma de se pensar a sociedade e a sua relação com a natureza, ou assume-se que essa relação não atende às necessidades socioambientais contemporâneas. Ao mesmo tempo, não estão presentes outros instrumentos para a defesa de uma política agrícola mais justa do ponto de vista socioambiental, senão os jurídicos – que pouco têm tido eficácia em relação à emancipação social e conservação da biodiversidade no Brasil. Como também, não há respostas simples ou disciplinares para o enfrentamento dessa realidade.

A partir de um ponto de vista geral, pode-se dizer que a obra de Boaventura de Sousa Santos visa valorizar a diversidade epistemológica do mundo. Para o sociólogo, toda experiência social produz e reproduz conhecimento e, ao fazê-lo, pressupõe uma ou várias epistemologias¹³. Assim, defende que havendo muitas maneiras de se compreender o mundo há, conseqüentemente, diversas maneiras de se transformá-lo. Para tanto, Santos propõe uma ruptura epistemológica ao pensamento moderno ocidental e uma crítica profunda aos instrumentos, com base nos quais se produz conhecimento e direitos. Muito do saber produzido pelo pensamento moderno ocidental mostra-se incapaz de enfrentar, de modo inovador, os desafios da justiça social e ambiental que nos interpelam hoje. Portanto, uma ruptura nesse modo de pensar o mundo se faz urgente e necessária.

Segundo o autor, há um processo de naturalização da epistemologia dominante que, por sua vez, neutraliza todas as alternativas, por meio da ideia de que não existem alternativas. Isto é, para o pensamento moderno ocidental, não existem alternativas ao modelo de conhe-

plantas aprovadas pela CTNBIO: 2016. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://ctnbio.mcti.gov.br/documents/566529/1684467/Tabela+Resumo+de+Plantas+Aprovadas+pela+CTNBio/7a98283f-39e7-4548-8960-ad489b29e281?version=1.4>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

10 CÉLERES. *1º levantamento de adoção da biotecnologia agrícola no Brasil: safra 2015/16*. Uberlândia, 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.celeres.com.br/1o-levantamento-de-adoacao-da-biotecnologia-agricola-no-brasil-safra-201516/>> Acesso em: 26 abr. 2016.

11 BIRCH, K.; LEVIDOW, L.; PAPAIOANNOU, T. Sustainable capital? The neoliberalization of nature and Knowledge in the European Knowledge-based bio-economy. *Sustainability*, v. 2, n. 9, p. 2898–2918. doi:10.3390/su2092898.

12 EUROPEAN COMMISSION. *New Perspectives on the knowledge based bio-economy: transforming life sciences knowledge into new, sustainable, eco-efficient and competitive products: conference report*, 2005.

13 SANTOS, B.; MENESES, M. P. (Org.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

cimento, como também, não há alternativas ao modelo de desenvolvimento.

Diante do contexto acima exposto, propõe-se como no presente artigo uma análise epistemológica da Biotecnologia Moderna no plano do conhecimento e do direito. Como marco teórico, adota-se a abordagem proposta por Boaventura de Sousa Santos em “Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes”¹⁴. A opção pela abordagem centrada na teoria por ele proposta justifica-se pela conexão íntima das crises socioambientais com a crise epistemológica. No entanto, sabe-se que este é um aspecto comum a outras teorias. Por esse motivo, o que particulariza essa escolha é que o autor aborda o conhecimento e o direito como mutuamente interdependentes, sustentando que “o conhecimento e o direito modernos representam as manifestações mais bem conseguidas do pensamento abissal”¹⁵. Para Santos a injustiça social está estritamente associada à injustiça cognitiva, que o autor denomina de pensamento abissal. A luta por justiça social demanda a construção de um pensamento pós-abissal. Seguindo em concordância com sua teoria, a análise das estruturas modernas que subsistem no pensamento contemporâneo - particularmente nas ciências e direito - se faz essencial para um aprofundamento da análise sobre a liberação comercial de plantas GMs na agricultura nacional.

Aplicando-se, ainda que introdutoriamente, essa ideia do pensamento de Santos ao presente estudo, tem-se que o modelo agrícola industrial brasileiro, uma vez inserido no arquétipo de conhecimento e desenvolvimento modernos, também se propõe como único, excluindo radicalmente qualquer outro modelo alternativo. Para abrir-se o leque das alternativas, não basta, entretanto, que as alternativas existam, mas faz-se necessário pensar um pensamento alternativo da alternativa. Foge-se do nível teórico e se é conduzido ao campo das epistemologias.

Uma vez delimitado o tema de análise, é proposto o seguinte problema de pesquisa: é possível aplicar à análise das patentes de plantas GMs dotadas de inte-

resse comercial a teoria proposta por Santos¹⁶? Como possível resposta ao problema formulado, sugere-se que o pensamento abissal [monopólio da ciência sobre a verdade e do direito sobre a determinação do que seria justo] subsiste na Biotecnologia Moderna.

Para testar a hipótesesupramencionada, adota-se como objetivo geral verificar, se as estruturas modernas [abissais] subsistem na Biotecnologia Moderna, como o próprio nome sugere. Trata-se de uma apicção da teoria proposta por Santos a partir de uma análise epistêmica da proteção por meio de patentes de culturas geneticamente modificadas no Brasil, bem como de propor uma reflexão sobre a necessidade de novas bases teóricas [científicas e jurídicas] que possam vir a contribuir, mesmo que com limitações, para ampliar as possibilidades de uma ciência e um direito mais condizentes com as questões socioambientais.

Especificamente, os objetivos do presente trabalho são: (i) examinar a teorias das linhas abissais proposta por Boaventura de Sousa Santos; (ii) identificar no plano do conhecimento da Biotecnologia Modernos os conflitos estabelecidos entre a Biotecnologia Moderna e as novas teorias genéticas que corresponde às distinções visíveis a que Santos se refere; (iii) uma vez identificada a linha visível [conflitos estabelecidos entre a Biotecnologia Moderna e as novas teorias genéticas], verificar se ela é sustentada por outra [invisível] que separa os conhecimentos genéticos das demais formas de conhecimento [identificação da linha abissal]; (iv) analisar, no campo jurídico, se e como o direito brasileiro promove o modelo agrícola nacional em detrimento da sociobiodiversidade.

Para tanto, o artigo está dividido em três partes: (i) na primeira delas, apresentam-se algumas das considerações acerca da teoria de Santos¹⁷ que são fundamentais para as conclusões deste manuscrito. (ii) Na segunda parte, propõe-se, uma análise da Biotecnologia Moderna que embasa a proteção patentária de culturas geneticamente modificadas no ordenamento jurídico

14 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013.

15 Nesse contexto abissal significa ser oriundo do abismo; que habita nas profundezas.

16 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013.

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013.

brasileiro à luz dessa teoria. Procura-se, em seguida, desmitificar um conhecimento que se apresenta como raro e especializado do qual decorre um inevitável “estado de coisas”. (iii) Por fim, contextualiza-se a proteção patentária inserida na lógica de um direito moderno que pouco tem a ver com a emancipação social e conservação da biodiversidade. Argumenta-se em conclusão que o pensamento abissal [monopólio da ciência sobre a verdade e do direito sobre o justo] subsiste na Biotecnologia Moderna.

Ressalta-se que este artigo visa mais uma análise do tema do que propriamente oferecer soluções para o problema que se apresenta. O esforço de tentar dar esse diagnóstico talvez seja o passo necessário para novas bases teóricas em relação às plantas geneticamente modificados [GMs]. Há, contudo, um posicionamento claro e alguns caminhos são sugeridos tendo-se por premissa a diversidade epistemológica do mundo.

No que se refere à metodologia empregada, fez-se uso do método de abordagem indutivo e do método de procedimento monográfico, tendo sido utilizadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. As principais fontes de informação constituíram-se de publicações em revistas e livros científicos. Outras fontes de informação incluíram: artigos de opinião, análises estatísticas, relatórios e dados oficiais, leis, jurisprudências, entre outros.

2. A TEORIA DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: DAS LINHAS ABISSAIS

Na primeira parte do ensaio “Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes”¹⁸, Santos propõe a metáfora “das linhas cartográficas abissais”, defendendo a tese de que as linhas que demarcavam o Velho Mundo do Novo Mundo na era colonial subsistem, estruturalmente, no pensamento moderno ocidental e permanecem constitutivas das relações sociais excludentes mantidas no sistema mundial contemporâneo. Para Santos, a injustiça social está associada à injustiça cognitiva global, de modo que a luta por

18 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013.

justiça social requer a construção de um pensamento pós-abissal.

O autor parte das referências filosóficas do racionalismo europeu dos séculos XVI e XVII, afirmando que “o pensamento moderno é um pensamento abissal, definindo-o como um sistema de distinções visíveis e invisíveis, sendo que as invisíveis sustentam as visíveis”¹⁹.

Antes, contudo, de explicar como esse sistema opera, define o que são distinções visíveis e invisíveis, começando pelas últimas.

Por distinção compreende-se aquilo que rompe, diferencia, discerne, divide ou separa. Segundo sua proposta, as distinções invisíveis são estabelecidas por meio de linhas metafóricas que separam “a realidade social em dois universos distintos: o universo ‘deste lado da linha’ e o universo ‘do outro lado da linha’”²⁰. Essas linhas demarcam a fronteira do campo da realidade relevante, na qual, todas as “irrelevâncias” são separadas para o lado desinteressante de lá. Uma vez traçada a linha abissal, tudo que estiver contido no universo que corresponde ao outro lado da linha, desaparece enquanto realidade. Nessa medida sacrificial, a realidade de cá torna a de lá invisível²¹.

Argumenta que esse estado de inexistência conferido ao lado de lá da linha abissal é produto de um pensamento que se propõe único e que tem por característica fundamental “a impossibilidade de co-presença dos dois lados da linha”²². Ou seja, uma das realidades [a do lado de lá] deve ser sacrificada, para que a outra realidade [a do lado de cá] se afirme como universal e hegemônica.

19 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 03.

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 03.

21 SANTOS, B. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência, para um novo senso comum. 2. ed. Porto: Afrontamento, 2000.

22 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 04.

As distinções visíveis consistem, por sua vez, nas rupturas que estruturam a realidade deste lado da linha. Explica que, “por mais radical que possam ser estas distinções e por mais dramáticas que possam ser as consequências, elas têm em comum o fato de pertencerem a este lado da linha e de se combinarem para tornar invisível a linha abissal na qual estão fundadas”.²³

Ao explicar como esse sistema de distinções visíveis e invisíveis opera, o sociólogo destaca “a tensão dicotômica entre regulação e emancipação social”. Partindo das reflexões feitas no artigo “Crítica da Razão Indolente”²⁴, argumenta que essa tensão [regulação/emancipação] fundamenta, apenas, os conflitos modernos [deste lado da linha]. Esclarece que “subjacente a esta distinção existe outra, invisível, na qual a anterior se funda”²⁵. Trata-se da distinção invisível entre as sociedades metropolitanas e os territórios coloniais. Nestes últimos, não se aplica a dicotomia regulação/emancipação, mas outra, a dicotomia “apropriação/violência que, por seu turno, é inconcebível de se aplicar deste lado da linha”²⁶. Explica que apropriação envolve incorporação, cooptação e assimilação, como, por exemplo, a pilhagem de conhecimentos indígenas sobre biodiversidade. A violência, por sua vez, implica destruição física, material, cultural e humana, abrangendo, entre outras, “a proibição do uso de línguas próprias em espaços públicos, adoção forçada de nomes cristãos, a destruição de símbolos e lugares de culto e todas as formas de discriminação cultural e racial”²⁷. O pensamento abissal

caracteriza-se, portanto, pela capacidade de produzir distinções.

Para Santos, “o conhecimento e o direito modernos representam as manifestações mais bem conseguidas do pensamento abissal”²⁸. Ou seja, conhecimento e direito modernos são considerados como as principais linhas abissais globais. Ambos operam de forma diferenciada, criando subsistemas de distinções visíveis e invisíveis próprios, mas mutuamente interdependentes.

No campo do conhecimento, o pensamento abissal consiste no monopólio conferido às ciências sobre o verdadeiro (científico) e o falso (o não-científico). Tudo aquilo que não fosse constatado por meio do método científico, corresponderia ao falso, ao não científico. A distinção visível no campo do conhecimento corresponde à tensão entre ciência, filosofia e teologia, uma vez que essas últimas concebem, respectivamente, a razão e a fé como verdades [não aferíveis ou testáveis pelo método científico]. As tensões entre essas formas científica, filosófica e teológica de verdade tiveram guarida do lado de cá da linha e, por isso, seus conflitos foram, amplamente, visíveis.

Segundo Santos, as invisibilidades assentam-se nas formas de conhecimento que não se enquadram nas modalidades acima. Cuidam-se dos conhecimentos populares, leigos, plebeus, camponeses, indígenas, todos pertencentes ao universo do outro lado da linha onde não há conhecimento real. Lá existem, apenas, crenças, magias, idolatrias, entendimentos intuitivos “que, na melhor das hipóteses, podem tornar-se objectos ou matéria-prima para inquirição científica”²⁹.

Há, portanto, uma linha visível que separa os conflitos estabelecidos entre ciência, filosofia e teologia. Essa linha [visível] é sustentada por outra, invisível. Essa última separa os conhecimentos científicos, filosóficos e teológicos [para o lado de cá] dos conhecimentos in-

23 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 03.

24 SANTOS, B. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência, para um novo senso comum. 2. ed. Porto: Afrontamento, 2000.

25 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 04.

26 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 04.

27 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 09.

28 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 05.

29 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 04.

conscientes, incomensuráveis e incompreensíveis [que correspondem ao lado de lá].

O campo do direito moderno obedece à mesma lógica abissal. Nesse campo, a distinção visível - que só opera do lado de cá da linha - corresponde à tensão entre o legal e o ilegal. A linha invisível separa, por sua vez, o domínio do direito do domínio do não direito, excluindo todo um território social, que corresponde ao lado de lá da linha. Trata-se de um território “sem lei, fora da lei, o território do a-legal, ou mesmo do legal e ilegal de acordo com direitos não oficialmente reconhecidos”³⁰. Há, portanto, uma linha visível que separa o legal do ilegal e, outra, invisível, que aparta o domínio do direito, do domínio do não direito.

Desse lado da linha, em ambos os campos, conhecimento e direito, as linhas são consideradas abissais porque “eliminam definitivamente quaisquer realidades que se encontrem do outro lado da linha”³¹. Ou seja, o verdadeiro e falso, o legal e o ilegal são assentados na negação do universo contido do lado de lá da linha. E, com isto, uma vasta gama de experiências é desperdiçada, tornada invisível, incluindo seus atores.

O autor, então, defende que “tudo o que não pudesse ser pensado em termos de verdadeiro ou falso, de legal ou ilegal, ocorreria na zona colonial”³². Citando a passagem do pensamento de Pascal em meados do século XVII, Santos defende que o colonial representa tanto o “sem-lei, como o sem-verdade: três graus de latitude alteram toda a jurisprudência e um meridiano determina o que é verdadeiro”³³. O território colonial

corresponde, portanto, ao selvagem, ao exótico, ao estado de natureza [hobbesseniano] no qual as instituições da sociedade civil não tem lugar. Assegura que “esta realidade é tão verdadeira hoje como era no período colonial”³⁴.

3. A BIOTECNOLOGIA MODERNA E O PENSAMENTO ABISSAL

3.1. A Biotecnologia Moderna: o lado de cá da linha abissal

Este item do artigo objetiva identificar de que existe uma distinção visível no campo das ciências genéticas. De maneira breve, serão apresentadas as tensões entre as teorias genéticas que tem guarida do lado de cá da linha abissal e, por isso, são amplamente visíveis.

A teoria da evolução proposta por Charles Darwin em “A Origem das Espécies” [1859] e Alfred Wallace, foi formulada pouco antes da publicação dos enunciados das leis de hereditariedade propostas por Gregor Mendel [1866]. Somente a partir da década de 1930, a Teoria Evolutiva Darwiniana foi combinada com a Teoria da hereditariedade mendeliana. Surgiu a denominada Síntese Evolutiva Moderna, considerada por alguns autores como a origem da genética. Pode-se dizer que essa teoria foi uma tentativa de oferecer uma explicação universal para toda a diversidade da vida na Terra e tornou-se o pilar central da Biologia Moderna. A genética clássica explicou mecanismos de hereditariedade para características discretas, mas deixou lacunas em relação aos mecanismos subjacentes às características contínuas, ou seja, aquelas que influenciam no processo de seleção natural³⁵. A descoberta da estrutura física dos

30 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 06.

31 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 06.

32 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 06.

33 PASCAL, 1966, p. 46 apud SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78,

p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 07.

34 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 10.

35 FERNANDES, G. *Genes como mercadorias: o caso da introdução das sementes transgênicas no Brasil*. 2015. 134 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

36 REICHARDT, Fernanda Viegas. *A função socioambiental das*

genes por Watson e Crick, na década de 1950, conferiu aos genes centralidade nos processos genéticos e de hereditariedade. Ao mesmo tempo, conferiu aos genes um aspecto material, uma vez que estes estariam ligados a uma estrutura e não a um conjunto de processos bioquímicos.^{37,38,39}

Nesses quase cem anos relativos ao surgimento das teorias propostas por Darwin, Wallace, Mendel, o papel dos genes sempre foi alvo de controvérsias científicas, mas prevaleceu por muito tempo a visão determinística, segundo a qual os genes determinam as proteínas e estas as características do organismo⁴⁰. Outras correntes^{41,42,43,44,45,46,47} destacavam não só a influência ambiental nesse processo como também a multiplicidade de caminhos que tornam a relação gene-organismo não linear. Em que pesem as possíveis críticas possíveis aos acima autores referenciados, seus trabalhos cumprem o importante papel de evidenciar a complexidade de abordagem que as pesquisas genéticas demandam e,

atualmente, essas linhas de investigação que remonta ao início das ideias sobre genes e que tem crescido no meio científico.^{48, 49} Ressalva-se que o tema aqui abordado é interdisciplinar e complexo e não foi em absoluto esgotado neste artigo, mas abordado na medida a demonstrar que, ao lado de cá da linha, as incertezas científicas, talvez, sejam a única certeza⁵⁰.

Entretanto, a aceitação de uma genética não linear e multifatorial contradiz o determinismo genético, que é a base conceitual que dá suporte ao desenvolvimento dos organismos transgênicos como artefato técnico-científico passível de patenteamento^{51,52}. Dessa maneira, as indústrias de biotecnologia agrícola continuam a transmitir a impressão de que, graças às técnicas de mapeamento e manipulação de genomas, é possível saber [sempre, exatamente e de forma segura] (i) quais genes estão sendo movidos de um organismo para outro; (ii) como aquele fragmento de DNA vai agir no novo organismo e (iii) qual característica ou comportamento que será expresso a partir da transferência de DNA ou RNA exótico.^{53,54,55,56,57}

patentes de plantas geneticamente modificadas no Brasil. 2015. 151 f. Tese (Doutorado) – Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz; Centro de Energia Nuclear na Agricultura, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2015.

37 CAPRA, F. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix; Amaná-Key, 2002.

38 FUTUYMA, D. *Evolution*. Sunderland: Sinauer Associates, 2005.

39 RIDLEY, M. *Evolução*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

40 Vale observar que para a ecologia quanto maior a complexidade de um sistema, maior também a sua estabilidade.

41 TRAAVIK, Terje. Too early may be too late: ecological risks associated with the use of naked DNA as biological tool for research, production and therapy. *Research Report for DN*, n. 1, 1999. Available: <<http://www.miljodirektoratet.no/old/dirnat/attachment/1960/Utreddning%201999-1%20Too%20early%20may%20be%20to%20late.pdf>>. Accessed on: 06 Apr. 2015.

42 LEWONTIN, R. *The triple helix*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

43 CAPRA, F. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix; Amaná-Key, 2002. p. 164.

44 McAFEE, K. Neoliberalism on the molecular scale. Economic and genetic reductionism in biotechnology battles. *Geoforum*, New York, v. 34, p. 203-219, 2003.

45 JABLONKA, E.; LAMB, M. *Evolution in four dimensions: genetic, epigenetic, behavioral, and symbolic variation in history of life*. London: MIT Press, 2006.

46 AGAPITO-TENFEN, S.; GUERRA, M.; WIKMARK, O.; NODARI, R. Comparative proteomic analysis of genetically modified maize grown under different agroecosystems conditions in Brazil. *Proteome Science*, London, v. 11, n. 46, 2013. Available: <<http://www.proteomesci.com/content/11/1/46>>. Accessed on: 30 jan. 2014.

47 BÖHN, T. et al. Compositional differences in soybeans on the market: glyphosate accumulates in Roundup Ready GMO soybeans. *Food Chemistry*, Oxon, v. 153, p. 207-215, June 2014. Available: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308814613019201#>>. Accessed on: 04 Jan. 2014.

48 McAFEE, K. Neoliberalism on the molecular scale. Economic and genetic reductionism in biotechnology battles. *Geoforum*, New York, v. 34, p. 203-219, 2003.

49 FERNANDES, G. *Genes como mercadorias: o caso da introdução das sementes transgênicas no Brasil*. 2015. 134 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

50 REICHARDT, Fernanda Viegas. *A função socioambiental das patentes de plantas geneticamente modificadas no Brasil*. 2015. 151 f. Tese (Doutorado) – Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz; Centro de Energia Nuclear na Agricultura, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2015.

51 McAFEE, K. Neoliberalism on the molecular scale. Economic and genetic reductionism in biotechnology battles. *Geoforum*, New York, v. 34, p. 203-219, 2003.

52 SANTOS, L. *Predação high tech, biodiversidade e erosão cultural: o caso do Brasil*, 2001. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/cteme/predacao.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

53 McAFEE, K. Neoliberalism on the molecular scale. Economic and genetic reductionism in biotechnology battles. *Geoforum*, New York, v. 34, p. 203-219, 2003.

54 LACEY, H. *The social location of scientific practices*. Swarthmore, Mar. 2002. Available: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Fmp4aKibINQJ:www.swarthmore.edu/Humanities/hlacey1/social_location.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Accessed on: 06 Apr. 2015.

55 LACEY, H. As sementes e o conhecimento que elas incorporam. São Paulo em *Perspectiva*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 53-59, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v14n3/9772.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

56 LACEY, H. *A controvérsia sobre os transgênicos: questões científicas e éticas*. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.

57 LACEY, H. *Valores e atividade científica*. São Paulo: Discurso Edi-

De acordo com essa visão distorcida da ciência, a Biotecnologia Moderna apresenta-se comercialmente como um conhecimento raro e especializado, alcançável apenas por uma elite intelectual que é capaz de compreender essa informação. E, ao mesmo tempo, é considerada a única forma possível e legítima pra se interpretar a vida.^{58,59}

Assim, considerar o Princípio da Precaução na avaliação dos riscos assumidos para a liberação comercial de plantas GMs é assumir uma contradição interna ao próprio discurso: se a verdade obtida através do conhecimento científico é uma verdade estável, eterna, universal, qual o sentido de uma abordagem precaucional? Admitir esse princípio equivaleria a constatar que a ciência tem limites, ou que suas verdades são transitórias, o que, na realidade, é uma premissa do método científico. Mas, assumir comercialmente a premissa de que as verdades científicas são transitórias, talvez coloque em cheque a viabilidade de seu patenteamento diante dos riscos assumidos.

É, contudo, por meio da adequada compreensão de toda complexidade que permeia o tema, que os riscos assumidos em relação à tecnologia do DNA recombinante poderão ser mais adequadamente estimados - particularmente, os resultados socioambientais de sua aplicação pela agroindústria moderna. Sem essa abrangência, não há como se falar em Biossegurança e em regulação normativa dos riscos assumidos pela Biotecnologia Moderna⁶⁰.

Por mais radicais que sejam as mudanças conceituais das ciências genéticas e por mais dramáticas que possa ser a regulação de riscos em um contexto de incertezas científicas, elas compreendem o campo do lado de cá da linha abissal e não criam exclusões radicais⁶¹. Contudo, essa linha [visível] é sustentada por outra, invisível. Essa última separa [para o lado de cá da linha abissal] os conhecimentos científicos com suas tensões, dos co-

torial, 1998.

58 McAfee, K. Neoliberalism on the molecular scale. Economic and genetic reductionism in biotechnology battles. *Geoforum*, New York, v. 34, p. 203-219, 2003.

59 SANTOS, L. *Predação high tech, biodiversidade e erosão cultural: o caso do Brasil*, 2001. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/cteme/predacao.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

60 SANTOS, L. *Predação high tech, biodiversidade e erosão cultural: o caso do Brasil*, 2001. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/cteme/predacao.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

61 O que não quer dizer, em absoluto, que suas consequências não afetem drasticamente o lado de lá da linha abissal.

nhcimentos inconscientes, incomensuráveis e incompreensíveis [que correspondem ao lado de lá].

3.2. Sociobiodiversidade: o lado de lá da linha abissal

É possível, nos tempos de hoje, identificar a linha abissal e, a partir de então, fazer um pensamento pós-abissal?⁶² Segundo a exposição de Boaventura de Sousa Santos, no XII Congresso Luso-Afro-Brasileiro, ter a consciência de que os dois lados da linha existem, talvez seja a única coisa que caiba a um cientista crítico pós-abissal. O sociólogo ressalva, ainda, que a grande maioria das ciências sequer considera sua existência. Este item do artigo visa, portanto, demonstrar que existe uma linha abissal que separa o conhecimento científico dos “conhecimentos não-científicos”, do que propriamente oferecer soluções para os problemas apresentados.

Na sessão inaugural do mesmo congresso, a antropóloga luso-brasileira Manuela Carneiro da Cunha, citando o físico romeno Basarab Nicolescu, defendeu o posicionamento que recursos naturais, energia e biodiversidade são elementos indispensáveis para haver vida no planeta. De acordo com a antropóloga, nessa tríade que estrutura a vida, a biodiversidade constitui-se como um espaço de possibilidades que assegura as trocas e a inovação dentro dos sistemas vitais.

A expressão diversidade biológica ou biodiversidade foi contemplada no segundo artigo da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), por meio do Decreto nº 2.519 em 1998⁶³, que também reconheceu em seu preâmbulo a estreita e tradicional dependência entre a biodiversidade, cultura e sociedade⁶⁴. Ou seja, a CDB

62 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, v. 63, p. 237-280, 2002. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2013.

63 CDB, Art. 2º - Diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

64 CDB, Preâmbulo – As Partes Contratantes, Conscientes do valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes. [...] Reconhecendo a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas como estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os

assumiu que existe uma relação inextrincável estabelecida entre sociedades humanas, seus conhecimentos e recursos da biodiversidade.

Com o advento da agricultura, há aproximadamente dez ou quinze mil anos, iniciou-se o processo de domesticação de plantas cultivadas, por meio da seleção de plantas pela ação do homem, tornando-as dependentes da interferência humana e dos ambientes por ele criados⁶⁵. Durante esse longo período, tanto a seleção natural quanto a seleção humana parearam diferentes alelos, formando associações alélicas altamente adaptadas ao ambiente, que, por sua vez, também foi modificado pelo homem [domesticação de paisagem]. Pode-se dizer, portanto, que os genomas das espécies cultivadas foram paulatinamente selecionados e adaptados por distintas civilizações e culturas em diferentes partes do planeta durante todo este período.

Contudo, a literatura científica classifica esse processo como “inconsciente”⁶⁶. E classifica a seleção científica de plantas a partir da modernidade como um processo “consciente”⁶⁷. Constata-se que os conhecimentos não científicos sobre a natureza representam, para a ciência moderna, o desconhecimento do alcance daquilo que praticou, ou seja, uma não verdade científica, afinal “do outro lado da linha, não há conhecimento real; existem crenças, opiniões, magia, idolatria, entendimentos intuitivos ou subjectivos, que, na melhor das hipóteses, podem tornar-se objectos ou matéria-prima para a inquirição científica”⁶⁸.

Este status conferido ao conhecimento não científico sobre o cultivo de plantas viabilizou sua caracterização dele como *res nullius*, uma expressão latina que significa “coisa sem dono” ou “coisa de ninguém”. E esse vazio epistemológico autorizou a introdução de um gene em um genoma que já havia sido paulatinamente selecionado e adaptado por distintas civilizações em várias partes do Planeta e a apropriação indireta dos trinta ou quarenta mil genes que compõe uma planta.

No entanto, é evidente que existem conhecimentos “não científicos” associados à biodiversidade⁶⁹. Povos indígenas, quilombolas e demais populações tradicionais produzem conhecimentos que compreendem técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca, conhecimentos sobre os diversos ecossistemas e sobre propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies e as próprias categorizações e classificações de espécies de flora e fauna utilizadas pelas populações tradicionais^{70,71}.

Diegues⁷² aponta que técnicas de manejo tradicional incluem domesticação e manipulação de espécies de fauna e flora, introdução de espécies de árvores frutíferas nas roças de mandioca, utilização de calendários complexos de atividades que reúnem coleta e cultivo. Pode-se, portanto, falar em “etnobiodiversidade”: uma natureza da qual também participa o homem, nomeando-a, classificando-a e domesticando-a⁷³. Como exemplo de sociobiodiversidade [ou etnobiodiversidade], Santilli⁷⁴ destaca as práticas e conhecimentos ecológi-

benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes.

65 FULLER, D. Q. Contrasting patterns in crop domestication and domestication rates: recent archaeobotanical insights from the old world. *Annals of Botany*, London, v. 100, n. 5, p. 903-924, 2007. Available: <<http://aob.oxfordjournals.org/content/100/5/903.full.pdf+html>>. Accessed on: 20 Apr. 2012.

66 FULLER, D. Q. Contrasting patterns in crop domestication and domestication rates: recent archaeobotanical insights from the old world. *Annals of Botany*, London, v. 100, n. 5, p. 903-924, 2007. Available: <<http://aob.oxfordjournals.org/content/100/5/903.full.pdf+html>>. Accessed on: 20 Apr. 2012.

67 Vale ressaltar que há apenas cento e cinquenta anos a Genética e o Melhoramento de Plantas cuida da seleção de sementes através de cruzamentos dirigidos. A associação do uso de químicos à agricultura [tais como agrotóxicos, fertilizantes e reguladores de crescimento] tem uma história ainda mais recente [remonta pouco mais de cinquenta anos].

68 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext)

33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 05.

69 JAIMES, Clive. Global status of commercialized biotech/GM crops: 2010. *ISAAA Brief*, n. 42, 2010. Available: <<https://www.isaaa.org/resources/publications/briefs/42/download/isaaa-brief-42-2010.pdf>>. Accessed on: 06 Apr. 2015.

70 SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005. p. 192.

71 Nesse sentido, vale citar a obra publicada em 2014 “Una Isi Kayawa – Livro da cura” que reúne o profundo conhecimento das plantas e as práticas medicinais do povo indígena Huni Kui, ou Kaxinawa, maior população indígena que habita a região do Rio Jordão, no Estado do Acre. O projeto foi realizado pelo Instituto de Pesquisas Jardim Botânico do Rio de Janeiro (JBRJ) e Dantes Editora, e é um testemunho vivo do conhecimento do povo do Rio Jordão.

72 DIEGUES, A. C. *O mito da natureza intocada*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001.

73 DIEGUES, A. C. *O mito da natureza intocada*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001.

74 SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005.

cos dos seringueiros e dos povos indígenas Kaxinawá, Katukina, Ashaninka, que habitam a região sudoeste da Amazônia brasileira. Cita a obra “Enciclopédia da Floresta”, organizada por Manuela Carneiro da Cunha e Mauro Barbosa de Almeida, que inclui elaborados calendários dos índios Ashaninka, classificações de animais e dicionários de vegetais feitos pelos seringueiros e demais povos indígenas amazônicos⁷⁵.

Dentre as plantas cultivadas no Brasil, a mandioca [Manihot esculenta] ocupa uma posição de destaque. A planta é originária do Brasil e é cultivada em todo o país, notadamente pelas populações indígenas. Possui uma ampla diversidade de variedades adaptadas a diferentes condições, além de um amplo leque de produtos tradicionais e industriais, com fins alimentares e outros⁷⁶. A variabilidade tem um papel fundamental no caso de pressões seletivas, como por exemplo, mudança de temperatura, ou ataque por uma espécie predadora.^{77,78,79}

Conforme o relatório “Agrobiodiversidade e Diversidade Cultural” do Ministério de Meio Ambiente (MMA), a diversidade de situações ecológicas, econômicas e socioculturais faz da mandioca um paradigma para a compreensão das formas de manejo de um recurso filogenético e dos processos de erosão genética e de conhecimentos⁸⁰. O patrimônio genético constitui a base alimentar e a fonte de matéria-prima para inúmeras atividades de populações locais. Constitui-se, também, elemento organizador de contextos culturais específicos. Conservar a diversidade genética, portanto, é a tarefa fundamental para a sobrevivência destas po-

pulações e para preservação do patrimônio cultural a ela associado.^{81,82,83}

O biólogo pesquisador do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), Charles Clement⁸⁴, explica que, no entanto e ao menos em parte, esses conhecimentos não têm seu valor aplicado diretamente ao mercado, pois são sistemas baseados na capacidade que as florestas têm de manter a vida. Estão, portanto, muitas vezes fora da lógica do crescimento exponencial dos mercados, que visa ao cultivo de pouquíssimas espécies. Ao escrever sobre o valor do conhecimento tradicional no produto interno (PIB) da Amazônia, Clement⁸⁵ traça um interessante paralelo e mostra o contraste entre a definição legal de conhecimento tradicional associado à biodiversidade e a dimensão apresentada na obra Enciclopédia da Floresta⁸⁶. Segundo Clement, enquanto a redação dada pela Medida Provisória n. 2.186-16/2001⁸⁷ gera uma expectativa de valor econômico, para os autores da Enciclopédia da Floresta o conhecimento tradicional da natureza compreende “a interação de duas dimensões: as pressuposições culturais, e as práticas e experiências de viver num ambiente específico.”^{88,89} Ex-

75 CUNHA, M. Carneiro da; ALMEIDA, M. B. (Org.). *Enciclopédia da floresta: o Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

76 VIEGAS, A. *Estudos sobre a mandioca*. São Paulo: Instituto Agrônomo do Estado de São Paulo; BRASCAN, 1976.

77 Um exemplo clássico de insegurança alimentar, trata-se de um fungo que acometeu as plantações de tubérculos na Irlanda, na segunda metade da década de 1840. Conhecida como “a praga da batata”, que provocou um dos maiores surtos de fome da Europa moderna. Vale ressaltar que, hoje, em diferentes lugares, notadamente América do Sul e África, a mandioca constitui a base alimentar de milhões de pessoas.

78 FUTUYMA, D. *Evolution*. Sunderland: Sinauer Associates, 2005.

79 CUNHA, M. Carneiro da; ALMEIDA, M. B. (Org.). *Enciclopédia da floresta: o Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

80 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Relatório sobre agrobiodiversidade e diversidade cultural*. Brasília: Secretaria de Biodiversidade e Florestas, 2006. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_agrobio/_publicacao/89_publicacao21092009104952.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2015.

81 VIEGAS, A. *Estudos sobre a mandioca*. São Paulo: Instituto Agrônomo do Estado de São Paulo; BRASCAN, 1976.

82 SANTILLI, J. *Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2009.

83 CUNHA, M. Carneiro da; ALMEIDA, M. B. (Org.). *Enciclopédia da floresta: o Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

84 CLEMENT, C. R. Um pote de ouro no fim do arco-íris? O valor da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, e as mazelas da lei de acesso: uma visão e proposta a partir da Amazônia. *Amazônia: Ciência & Desenvolvimento*, Belém, v. 3, n. 5, p. 7-28, 2007.

85 CLEMENT, C. R. Um pote de ouro no fim do arco-íris? O valor da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, e as mazelas da lei de acesso: uma visão e proposta a partir da Amazônia. *Amazônia: Ciência & Desenvolvimento*, Belém, v. 3, n. 5, p. 7-28, 2007.

86 CUNHA, M. Carneiro da; ALMEIDA, M. B. (Org.). *Enciclopédia da floresta: o Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

87 A Medida Provisória n. 2.186-16/2001 dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências. Define em seu artigo 7, inciso II o conhecimento tradicional associado como informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético.

88 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspás*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

89 CLEMENT, C. R. Um pote de ouro no fim do arco-íris? O valor da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, e as mazelas da lei de acesso: uma visão e proposta a partir da Amazônia.

plica que “as ‘pressuposições culturais’ são de um grupo étnico que possui raízes históricas, geralmente profundas, e são uma parte importante da cultura transmitida de geração a geração. Quando se trata de povos indígenas, essas pressuposições incluem suas cosmologias, religiões e crenças, e são tão fundamentais como suas línguas para a reprodução social do povo. Esta definição abre caminho para examinar o valor do conhecimento tradicional para os povos indígenas e comunidades tradicionais, pois inclui a cultura.”⁹⁰

De acordo com este pesquisador do INPA, os conhecimentos sobre a criação e manejo de ecossistemas, contribuíram, no passado, para a criação dos castanhais e outras florestas de origem antropogênica, que ainda hoje produzem castanha-do-Brasil e outras frutas. Destaca, ainda, a importância destes conhecimentos na formação da Terra Preta de Índio ou Terra Mulata. Cuidam-se de solos antrópicos, muito resistentes ao clima da Amazônia, permitindo uma agricultura muito mais sustentável do que ocorre em solos não antropizados⁹¹.

Para Balée⁹², ao menos 11,8% da floresta de terra firme da Amazônia brasileira possui origem antropogênica. Esse dado foi observado a partir da distribuição espacial de formações que não ocorreriam na floresta amazônica sem interferência humana, como castanhais e florestas de cipó e bambu. Mais recentemente, Balée⁹³ estima que, aproximadamente, 20% da Floresta Amazônica teria sido, de alguma maneira, manejada por humanos.

No entanto, da mesma maneira que o mito de que o “Novo Mundo” seria um vazio demográfico intocado, foi fundamental para justificar o colonialismo europeu

nos trópicos, e a negação da complexidade dos povos nativos brasileiros justificou a apropriação das suas “riquezas”. Atualmente, a bioprospecção [recém-separada da pesquisa científica] que tem por objetivo identificar oportunidades para inovação tecnológica, especialmente biotecnológica, cumpre esse papel. Utiliza-se de pesquisas científicas básicas e/ou conhecimentos tradicionais como ponto de partida para obter a informação sobre a identidade e as características de componentes da biodiversidade⁹⁴.

O ciclo se fecha: cria-se uma linha abissal que torna invisível os conhecimentos adquiridos sobre a biodiversidade em dez mil anos de agricultura. Essa invisibilidade conferida do lado de lá da linha abissal, garante que recursos naturais [que deixam de ser produto e meio de produção] sejam apropriados como matéria-prima para suprir as demandas do lado de cá da linha. Em suma: ao mesmo tempo em que o conhecimento científico concebe o conhecimento tradicional como uma “não verdade” utiliza-se dele para a produção de bens por meio da bioprospecção. Nesse sentido, esclarece Carneiro da Cunha que “[...] um corolário dessa postura é que as ciências tradicionais devem continuar funcionando e pesquisando. Não se encerra seu programa científico quando a ciência triunfante - a nossa - recolhe e eventualmente valida o que eles afirmam. Não cabe a esta última dizer: “Daqui para frente, podem deixar conosco”⁹⁵.

No campo do direito, nota-se uma incompatibilidade entre os diversos sistemas de saber. O sistema de patentes, que legitima o conhecimento científico enquanto valor de mercado, só opera por meio da invenção e da novidade. Alega que o conhecimento tradicional só procede por descoberta, não sendo patenteável. Aqui fica claro que a linha abissal separa para o lado de cá, uma humanidade com potencial de inovação. Para o lado de lá, existe, apenas, uma subumanidade que, com muito custo, e “quem sabe, por imitação de outros primatas”⁹⁶ poderá descobrir algo.

Amazônia: Ciência & Desenvolvimento, Belém, v. 3, n. 5, p. 7-28, 2007.

90 CLEMENT, C. R. Um pote de ouro no fim do arco-íris? O valor da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, e as mazelas da lei de acesso: uma visão e proposta a partir da Amazônia. *Amazônia: Ciência & Desenvolvimento*, Belém, v. 3, n. 5, p. 7-28, 2007. p. 184.

91 CLEMENT, C. R. Um pote de ouro no fim do arco-íris? O valor da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, e as mazelas da lei de acesso: uma visão e proposta a partir da Amazônia. *Amazônia: Ciência & Desenvolvimento*, Belém, v. 3, n. 5, p. 7-28, 2007. p. 184.

92 BALÉE, W. The culture of Amazonian forests. In: POSEY, D. A.; BALÉE, W. (Ed.). *Resource management in Amazonia: indigenous and folk strategies*. New York: New York Botanical Garden, 1989. p. 1-21.

93 BALÉE, W. The research program of historical ecology. *Annual Review of Anthropology*, Palo Alto, v. 35, n. 1, p. 75-98, 2006.

94 CLEMENT, C. R. Um pote de ouro no fim do arco-íris? O valor da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, e as mazelas da lei de acesso: uma visão e proposta a partir da Amazônia. *Amazônia: Ciência & Desenvolvimento*, Belém, v. 3, n. 5, p. 7-28, 2007.

95 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 306.

96 Segundo Carneiro da Cunha, “outra forma de diminuir a ciência tradicional é dizer que contrariamente à ciência *tout court*, ela não procede por invenção, somente por descoberta e até, quem sabe, por

Ainda de acordo com a antropóloga, há vários outros argumentos e estudos que sustentam a utilidade e o valor econômico da ciência tradicional, mas o “x” da questão é outro: as exigências dos requisitos à patenteabilidade, conflituam com os valores e as regras de atribuição de conhecimento dos diversos sistemas tradicionais. Uma vez identificada esta incompatibilidade, questiona-se: o direito de transformar os recursos naturais em mercadorias que, uma vez, patenteadas transformam-se em commodity, justifica a violação de outros direitos? Por outro lado, os valores e as regras dos diversos sistemas tradicionais de conhecimento, que não se ajustam à lógica de mercado, devem sobrepujar o conhecimento científico?⁹⁷

4. PROPRIEDADE INTELECTUAL, BIOTECNOLOGIA MODERNA E O LADO DE CÁ DA LINHA ABISSAL

Há poucas décadas, o patenteamento de invenções era como um instrumento de relativamente pouca utilidade, empregado quase que exclusivamente nos setores da indústria química e farmacêutica. Contudo, com os novos padrões tecnológicos que surgiam, houve um crescimento da competitividade no mercado. “Já não se negociavam tecnologias cujos processos de difusão podem durar mais de três décadas e sim ideias que podem tornar-se ultrapassadas em poucas semanas”⁹⁸. Começou, assim, o maciço custeamento de pesquisas em novos setores.

De acordo com a análise proposta pelo sociólogo José Luiz Garcia⁹⁹, a extensão do mercado a novos do-

imitação de outros primatas, macacos que usam plantas medicinais. Basta lembrar a ayahuasca, uma preparação de dusa plantas, em que só uma tem efeito por via oral na presença da outra, para demonstrar esse argumento. Não me consta que primatas fazem essas preparações”. CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspás*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 305-306.

97 Segundo Carneiro da Cunha, “outra forma de diminuir a ciência tradicional é dizer que contrariamente à ciência *tout court*, ela não procede por invenção, somente por descoberta e até, quem sabe, por imitação de outros primatas, macacos que usam plantas medicinais. Basta lembrar a ayahuasca, uma preparação de dusa plantas, em que só uma tem efeito por via oral na presença da outra, para demonstrar esse argumento. Não me consta que primatas fazem essas preparações”. CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspás*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 305-306.

98 VARELLA, M. D. Intellectual Property and Agriculture: the case on Soybeans and Monsanto. *Journal of Technology Law & Policy*, v. 18, p. 59-82, 2013.

99 GARCIA, J. L. Biotecnologia e biocapitalismo global. *Análise*

mínios não seria possível sem as condições normativas e legais que aceleraram a interpenetração entre o mundo acadêmico e a indústria, em nome da transferência de conhecimentos e do serviço ao mundo econômico.

Parte desse processo, deve-se ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), de 1947, instrumento internacional de negociações comerciais multilaterais, com diversos acordos firmados. As negociações realizadas foram realizadas, basicamente, em Rodadas Multilaterais. Destaca-se entre elas a Rodada do Uruguai, com sete anos de duração. Sua Ata Final traz as disposições relativas ao Acordo para Estabelecimento da Organização Mundial do Comércio [OMC], cujo objetivo era a criação de uma organização internacional e de um quadro institucional comum para a condução das relações comerciais entre seus membros. Com normas, condicionalidades e regras próprias, a OMC deveria ser o terceiro pilar da administração da economia e comércio mundiais, funcionando em conjunto com o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

Na Rodada do Uruguai do GATT, acordos sobre diferentes matérias foram estabelecidos, entre elas agricultura, investimentos e propriedade intelectual. A inclusão da matéria propriedade intelectual se deu sob forte pressão de países desenvolvidos, destacadamente os Estados Unidos, que buscavam a vinculação dos países em desenvolvimento às obrigações do comércio internacional de bens¹⁰⁰.

O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property - TRIPS*) firmado nessa rodada e que incluía diferentes modalidades de proteção, reconhecia que toda a invenção de produto ou processo seria patenteável em qualquer país, sem discriminação do local da invenção.

O Brasil sofreu forte pressão externa para a adoção de uma nova legislação de propriedade intelectual, principalmente do governo norte-americano¹⁰¹. Publicada em 1974, a Lei de Comércio e Tarifas dos Estados Unidos [*Trade and Tariffs Act*] permitia que o representante do Comércio dos Estados Unidos investigasse países que impunham barreiras comerciais aos produtos nor-

Social, Lisboa, n. 181, p. 981-1009, 2006.

100 VARELLA, M. D. *Propriedade intelectual de setores emergentes*: biotecnologia, fármacos e informática. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1.

101 VARELLA, M. D. *Propriedade intelectual de setores emergentes*: biotecnologia, fármacos e informática. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1.

te-americanos. Se o resultado da investigação concluísse pela condenação do investigado, caberia ao Presidente norte-americano impor sanções comerciais unilaterais [prática condenada pelo GATT]. Dez anos depois, outros pontos foram acrescentados à Lei de Comércio e Tarifas norte-americana, cabendo à Seção 502b a permissão de sanções aos países que não tivessem “ordenamentos jurídicos adequados” referentes à propriedade intelectual. No mesmo ano [1984], o Brasil foi inserido na lista de países investigados¹⁰².

Em 1988, a legislação norte-americana previa a existência de uma lista de países considerados prioritários em matéria de sanções comerciais referentes à propriedade intelectual. No mesmo ano, a *Pharmaceutical Manufacturers Association* pediu a inclusão do Brasil na lista. O então Presidente, José Sarney, cedeu às pressões, enviando ao Congresso Nacional proposta que permitiria o patenteamento de produtos fármacos. As medidas tomadas pelo governo brasileiro, entretanto, não foram satisfatórias e as exportações brasileiras foram sobretaxadas. Essa medida acarretou grande prejuízo econômico para o Brasil¹⁰³.

No ano de 1991 o Presidente Fernando Collor estreitou novamente as relações com os Estados Unidos e, apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 824/91, acima mencionado. A medida tomada pelo governo brasileiro, mais uma vez não logrou êxito e o país foi mantido na lista de observação prioritária do governo norte-americano devido à não aprovação do de Lei pelo Congresso Nacional. Em 1993, iniciaram-se investigações sobre o regime brasileiro de proteção à propriedade intelectual para a imposição de novas sanções. Através de estratégias do corpo diplomático brasileiro, o Brasil foi retirado da lista de observação norte-americana. Contudo, dois anos depois, o Brasil foi novamente citado na lista entre os “maus parceiros” comerciais dos Estados Unidos. Havia ameaça de sobretaxas em produtos brasileiros como papel e celulose, suco de laranja e açaí¹⁰⁴. Em 1996, o Poder Executivo brasileiro venceu as resistências internas e conseguiu a aprovação do Projeto de Lei n. 824-H/91, cedendo às pressões norte-americanas e evitando maiores sanções

102 VARELLA, M. D. *Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática*. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1.

103 VARELLA, M. D. *Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática*. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1.

104 VARELLA, M. D. *Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática*. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1.

comerciais. Em 14 de maio de 1996, foi publicada a Lei de Propriedade Industrial [Lei n. 9.279/96]¹⁰⁵.

No que concerne exclusivamente à Biotecnologia, o primeiro caso de grande repercussão ocorreu nos Estados Unidos, ainda na década de 1980. A Suprema Corte norte-americana permitiu o patenteamento de uma bactéria obtida artificialmente. Esta decisão anulava as determinações do *United State Patent and Trademark Office* (USPTO), que proibiam que coisas vivas fossem patenteadas e que eram protegidas por outros regulamentos. O caso ficou posteriormente conhecido por Caso Chakrabarty. No ano de 1988, o próprio USPTO concedeu à Universidade de Harvard, uma patente para uma variedade de camundongos altamente suscetíveis ao câncer. Tal característica foi desenvolvida por técnicas de engenharia genética¹⁰⁶.

No Brasil, aproximadamente um ano após a publicação da Lei de Propriedade Industrial, foi aprovada e publicada, no dia 25 de abril de 1997, a Lei de Proteção de Cultivares, [Lei nº 9.456/97]. Essas duas normas fundamentam as espécies de proteção intelectual admitidas hoje no Brasil.

A partir da breve contextualização acima exposta, pergunta-se: pode o constitucionalismo ser transformador? Pode o direito ser emancipatório? Pode ele promover a defesa socioambiental?^{107,108} Essas questões relacionam-se com as possibilidades de um instrumento político da modernidade ocidental ser utilizado para outro fim, apesar de ter sido criado para desenvolver uma ordem social e política colonialista. Nesse item, portanto, a questão a ser enfrentada versa sobre a medida em que o direito pode ser usado por aqueles que foram excluídos do contrato social.

Não se pretende cair aqui, nem no “mito do bom selvagem”, nem negar a constante transformação cultural das diferentes comunidades¹⁰⁹. Nota-se, contudo,

105 BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

106 GARCIA, J. L. Biotecnologia e biocapitalismo global. *Análise Social*, Lisboa, n. 181, p. 981-1009, 2006.

107 SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3-76, 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/60_Podera%20o%20direito%20ser%20emancipatorio_RCCS65.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.

108 MASCARO, A. L. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

109 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspás*. São Paulo: Cosac

uma lacuna ou uma ruptura abissal, entre a lógica moderna e as demandas socioambientais.

Uma das definições possíveis, no que se refere ao conceito jurídico de ambiente, é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas¹¹⁰. Em que pese as possíveis críticas a esta definição, principalmente em relação ao termo desenvolvimento equilibrado¹¹¹, ela nos remete à ideia de ambiente transformado pelo humano, como um bem jurídico complexo, incorpóreo e imaterial, composto pela relação entre diversos outros bens jurídicos que o compõem e cuja tutela se dá na sua integralidade necessária.

Estabelecida essa intrincada relação, torna-se difícil ou até mesmo, impossível separar a proteção ambiental da emancipação social e da tutela dos demais bens jurídicos que o compõe¹¹². Para sua promoção fazem-se necessários instrumentos democráticos de diálogo, de ampla informação, de participação social, de determinação de responsabilidades compartilhadas, entre outros. Alguns dos instrumentos acima citados até existem no plano formal, mas são uma realidade distante do contexto socioambiental brasileiro.

De acordo com a publicação “Biodiversidade como bem comum: direito dos agricultores e agricultoras, po-

vos e comunidades tradicionais”, realizada pela Organização de Direitos Humanos brasileira “Terras de Direitos” movimentos populares começaram a construir a ideia de livre acesso à utilização da biodiversidade como um direito humano. O conteúdo dos direitos dos agricultores, incluindo-se, dentre eles, os povos e comunidades tradicionais, estaria em permanente construção. Os principais deles consistem no direito (i) à terra e ao reconhecimento dos territórios tradicionalmente ocupados; (ii) de livre uso dos recursos da natureza, como a água e os demais componentes da biodiversidade; (iii) de preservar as tradições culturais, incluindo-se o reconhecimento e a proteção do conhecimento tradicional¹¹³; (iv) às sementes e aos produtos extrativistas, conferindo lhes um preço justo; (v) à não contaminação por transgênicos e agrotóxicos e à livre escolha do sistema produtivo e tecnológico – orgânico, convencional, agroecológico ou transgênico¹¹⁴.

O referido documento elaborado pela organização “Terras de Direitos”, cita como exemplo o pleito pelo reconhecimento formal dos direitos dos agricultores, a Campanha Global para uma “Declaração dos Direitos dos Camponeses e Camponesas”, iniciada no ano de 2008, pela Via Campesina. A proposta de declaração apresentada reafirma direitos já positivados em diversos países, tais como os direitos: (i) à vida e um padrão de vida adequado [art. 3º]; (ii) ao acesso à justiça [art. 13]; (iii) às sementes e aos conhecimentos e práticas agrícolas tradicionais [art. 5º]; (iv) aos meios de produção agrícola [art. 6º]; (v) à liberdade para definir preços e mercados para a produção agrícola [art. 8º]; (vi) pro-

Naify, 2009.

110 SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.

111 Realça-se, por um lado, os vícios e desgastes contidos na ideia de “desenvolvimento”. Por outro lado, a palavra equilíbrio pode gerar a falsa ideia de um equilíbrio estático. Ilya Prigogine (1996), prêmio Nobel de química em 1977, propôs uma nova abordagem à física alicerçada em sistemas estáticos e deterministas, na qual sistemas irreversíveis são tratados como exceções. O autor mostra a importância da abordagem do tempo nos processos físico-químico-biológicos, não só tomando-o como uma simples variável “t” no conjunto espacial “x”, “y”, “z”. Tanto na Física Clássica de Newton, quanto na Física Quântica de Plank, o tempo era tomado indistintamente como reversível, isto é, para frente vendo o futuro (+ t) e, para trás vendo o passado (- t). Nos processos irreversíveis, de passado não recuperável e de futuro incerto, como é o caso das reações físico-químicas que fizeram a vida aparecer na Terra, o tempo precisa ser considerado como uma seta apenas voltada para o futuro, futuro este incerto, possível de ser estimado apenas em termos estatísticos, de probabilidades.

112 FERNANDES, Gabriel Bianconi. *Os direitos dos agricultores no contexto do tratado de recursos fitogenéticos da FAO: o debate no Brasil*. Rio de Janeiro, out. 2007. Disponível em: <<http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2011/05/Os-direitos-dos-agricultores-no-contexto-do-tratado-de-Recursos-Fitogen%C3%A9ticos-da-FAO.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.

113 Esclarece-se que o termo conhecimento “tradicional” não é isento de críticas severas. Não apenas pela complexidade, diversidade e especificidades das sociedades envolvidas nesse conceito, mas também pela imprecisão do próprio termo. De acordo com o referencial teórico adotado neste artigo, sua adoção abrange as populações e culturas que vivem em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental. Entre elas, agricultores familiares, camponeses, extrativistas, assentados da reforma agrária, ribeirinhos e as chamadas populações “indígenas”. Assim, o termo conhecimentos tradicionais, nesse estudo, comporta as técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca, conhecimentos sobre os diversos ecossistemas e sobre propriedade farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies e as próprias categorizações e classificações de espécies de flora e fauna utilizadas pelas populações tradicionais.

114 PACKER, Larissa Ambrosano. *Biodiversidade como bem comum: direito dos agricultores e agricultoras, povos e comunidades tradicionais*. Curitiba: Terra de Direitos, 2012. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Biodiversidade-como-bem-comum.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

teção dos valores agrícolas locais [art. 9º]; (vii) de preservar o meio ambiente [art. 11]. Ainda de acordo com a publicação da organização “Terras de Direitos”¹¹⁵, o objetivo da Via Campesina é de que a declaração seja aprovada no âmbito da Organização das Nações Unidas e considerada como norma internacional vinculante.

Outro movimento destacado na publicação “Biodiversidade como bem comum: direito dos agricultores e agricultoras, povos e comunidades tradicionais” refere-se às experiências das “Aprendizes da Sabedoria e da Farmacopeia Popular do Cerrado” que pleiteiam a autorregulação do conhecimento e de práticas sobre as ervas medicinais, que também envolvem os ofícios de cura das benzedadeiras, parteiras, rezadeiras e curadores. Destacam-se, ainda, entre outros, os bancos familiares e comunitários de sementes crioulas de Alagoas. Trata-se da rearticulação e organização dos sistemas de trocas de recursos genéticos e conhecimentos, de saberes e sabores, nas feiras de sementes, encontros e reuniões¹¹⁶.

Até o ano de 1992 o conhecimento tradicional era considerado patrimônio da humanidade tal qual o que acontecia em relação aos recursos genéticos. Conforme explica Carneiro da Cunha¹¹⁷, com o advento da Convenção da Diversidade Biológica (CDB), instaurou-se um escambo. De acordo com o artigo 8j da CDB, em relação à conservação *in situ*: “(j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”¹¹⁸.

115 PACKER, Larissa Ambrosano. *Biodiversidade como bem comum: direito dos agricultores e agricultoras, povos e comunidades tradicionais*. Curitiba: Terra de Direitos, 2012. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Biodiversidade-como-bem-comum.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

116 PACKER, Larissa Ambrosano. *Biodiversidade como bem comum: direito dos agricultores e agricultoras, povos e comunidades tradicionais*. Curitiba: Terra de Direitos, 2012. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Biodiversidade-como-bem-comum.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2014.

117 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspás*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

118 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Diretoria de Conservação da Biodiversidade. *Convenção sobre diversidade biológica*: cópia do Decreto Legislativo no.

Se, por um lado, a CDB, por meio do Decreto nº 2.519 em 1998, reconheceu em seu preâmbulo a estreita e tradicional dependência entre a biodiversidade, cultura e sociedade, é justamente na regulamentação que os conflitos aparecem: “depois de vários anos de debates e impasses, em 2006, a Casa Civil, tomou a matéria para si e tenta costurar com vários ministérios e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) um projeto de lei a ser enviado ao Congresso Nacional. Esse anteprojeto de lei, entre outras coisas, quer conciliar as posições da Embrapa e do Ministério do Meio Ambiente promovendo uma divisão que se quer salomônica: a agrobiodiversidade não estará sujeita às mesmas regras da biodiversidade em geral”¹¹⁹.

Nos debates sobre o Projeto de Lei, a importância do assunto recaía sobre o valor financeiro potencial dos aportes da ciência tradicional para a farmacologia. Mas, conforme ressalta a antropóloga, tão ou mais significativo era “o aporte da ciência tradicional para a agronomia, em particular no que se refere aos defensivos naturais e à variabilidade de espécies cultivadas ou semicultivadas pelas populações *in situ*”. Assim, na versão do Projeto de Lei apresentado, a contribuição das populações tradicionais para a agrobiodiversidade teria “um reconhecimento mais restrito do que o conhecimento tradicional em geral”¹²⁰.

Problematizando ainda mais a questão, ressalta-se a seguinte: a CDB foi assinada pelo Brasil em 5 de junho de 1992 e ratificada em 28 de fevereiro de 1994. Como já apontado, nos anos de 1996 e 1997 foram publicadas, respectivamente, a Lei de Propriedade Industrial [Lei n. 9.279/96] e a Lei de Proteção de Cultivares [Lei n. 9.456/97], que fundamentam as categorias de proteção intelectual admitidas no Brasil: proteção por patentes e proteção por cultivares.

A Lei de Proteção de Cultivares, norma específica para o setor agrícola, fornece os mecanismos legais para o reconhecimento do direito exclusivo de exploração de uma cultivar pelo período de quinze a dezoito anos. De qualquer forma, ambas as leis estão muito próximas na sua essência, pois ambas garantem o direito exclusivo de

2, de 5 de junho de 1992. Brasília: MMA, 2000. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2015.

119 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspás*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 307.

120 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspás*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 307.

exploração de um produto, o que em última instância, trata-se do direito de propriedade.

Com isso, pretende-se apontar para os conflitos entre dois institutos jurídicos mencionados, quais sejam: propriedade intelectual e os conhecimentos tradicionais. De acordo com Carneiro da Cunha, pode-se dizer que o Brasil, assim como vários países megadiversos, encontra-se entre dois ou mais fogos. Isto é, no plano internacional, o Brasil assumiu uma posição de líder do chamado “*Disclosure Group*”, que reivindicavam junto à Organização Mundial do Comércio (OMC), que as patentes não fossem concedidas a menos que fossem fornecidas provas de que o acesso aos recursos genéticos ou ao conhecimento tradicional fosse feito de forma legal¹²¹.

Internamente, o Brasil protestava, com razão, conta a biopirataria internacional e arregimentava as populações tradicionais para serem os vigilantes da biodiversidade brasileira. Entretanto, essas populações foram por cinco séculos desfavorecidas pelo governo nacional. Não percebiam, portanto, a diferença entre a biopirataria por estrangeiros e a genuinamente nacional¹²². Se, de um lado, populações indígenas, ribeirinhos, caiçaras, seringueiros, extrativistas, entre outros, eram convocadas como defensores da biodiversidade brasileira, por outro lado, eram [e ainda são] tratados como um atraso sociocultural e os biomas brasileiros compreendidos como um lugar para ser civilizado para se auferir benefícios econômicos. Justamente as populações convocadas a defender a biodiversidade, eram as primeiras que sofriam com a destruição da floresta a partir de políticas de incentivo ao agronegócio. Por que razão estas populações marginalizadas internamente por cinco séculos consecutivos deveriam defender biodiversidade brasileira da biopirataria internacional? Se não cabia aos “outros brasileiros” esse encargo, por que lhes seria atribuído esse papel? Em relação a essa indagação, Carneiro da Cunha aponta que o Brasil está muito (mal-) habituado em seu colonialismo interno.

Em resposta à reprodução do colonialismo interno, que tem sua raiz no pensamento moderno abissal, deve-se repensar o Brasil por meio de um conhecimento plural e capaz de dialogar com a diversidade¹²³. E o

Brasil encontra-se em uma situação privilegiada. Nesse sentido: é um país muito diverso em recursos genéticos e conhecimentos tradicionais, sendo, também, equipado cientificamente para desenvolver e valorizar este recurso internamente¹²⁴.

Carneiro da Cunha aponta que o Brasil está perdendo uma “oportunidade histórica, a de instaurar um regime de colaboração e intercâmbio respeitosos com suas populações tradicionais”¹²⁵. Defendendo o desenvolvimento de uma ciência e “para uma floresta de pé” afirma que “é sabido que a tecnologia que foi desenvolvida pela Embrapa dirigiu-se, sobretudo, ao setor agropecuário. O avanço desastroso, em termos ecológicos da soja, valeu-se dessa tecnologia. Está mais do que na hora, conforme Betha Becker e Carlos Nobre têm insistido, de se desenvolver uma ciência e tecnologia para uma floresta de pé. A valorização dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais é uma oportunidade chave dentro desse programa”.

Carneiro da Cunha aponta três condições para viabilizar esse encontro entre os conhecimentos: (i) o reconhecimento e a valorização das contribuições dos saberes tradicionais para o conhecimento científico; (ii) fazer participar as populações que as originaram nos seus benefícios; (iii) preservar a vitalidade da produção do conhecimento tradicional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível traçar um paralelo entre o *abismo* que separou Velho e Novo Mundo na era colonial, e aquele que hoje espaça a Biotecnologia Moderna das questões socioambientais brasileiras. Conforme exposto no primeiro item do artigo, o pensamento abissal subsiste na Biotecnologia Moderna como monopólio da ciência sobre a verdade e como monopólio do direito sobre a determinação do que seria justo. Isso se dá, basicamente, tanto pela simplificação de um direito, que pouco tem a ver com a emancipação social; quanto por meio de uma representação genética reducionista de “gene” e “código genético”: o processo responsável pela hereditarie-

121 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

122 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 307.

123 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3-46, 2007.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013.

124 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 307.

125 CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspas*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. p. 307.

dade foi reduzido a seu aspecto material, o DNA, que, uma vez, patenteado, foi transformado em *commodity*.

Portanto, os impactos socioambientais decorrentes da adoção de culturas GM estariam, associados a uma injustiça cognitiva em relação à Biotecnologia Moderna, de modo que a luta pelo acesso equitativo à biodiversidade pleiteada pelos agricultores, bem como a sua conservação, requerem a construção de um pensamento pós-abissal, tanto no campo de conhecimento, como no do direito.

A construção de uma proposta para se pensar e renovar o conhecimento científico-social no que concerne aos aspectos socioambientais da Biotecnologia Moderna, demanda um pluralismo epistemológico que abarque tanto aspectos relacionados à biologia, genética, ciências ambientais; como também à diversidade sociocultural, com seus significados, usos e costumes. Uma “ecologia de saberes”, pode nos conduzir para um mundo além das aparências e invisibilidades, desmistificando o monopólio da ciência sobre o conhecimento e do direito sobre o justo, mostrando que existem outras formas de saberes a serem valorizadas em conjuntos com as novas técnicas.

Faz-se, também, necessário buscar a complexidade dentro da própria ciência, uma vez que a resposta científica interdisciplinar se adequa mais à solução de problemas complexos. No entanto, é imprescindível o diálogo entre as diversas abordagens epistemológicas.

Por fim, se o Brasil pretende não desprezar a oportunidade única apontada pela antropóloga Manuela Carneiro da Cunha, de desenvolver uma “ciência da floreta de pé” onde o conhecimento científico e o conhecimento tradicional viverão lado a lado, as externalidades não podem estar alheias ao processo de análise. As questões socioambientais devem ser componentes integrantes do direito e do conhecimento, na aposta para obtenção de condições de vida mais harmônicas com os ecossistemas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAPITO-TENFEN, S.; GUERRA, M.; WIKMARK, O.; NODARI, R. Comparative proteomic analysis of genetically modified maize grown under different agroecosystems conditions in Brazil. *Proteome Science*, London, v. 11, n. 46, 2013. Available: <<http://www.proteomesci.com/content/11/1/46>>. Accessed on: 30 jan. 2014.

AYALA, P. A. *Processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BALÉE, W. The culture of Amazonian forests. In: POSEY, D. A.; BALÉE, W. (Ed.). *Resource management in Amazonia: indigenous and folk strategies*. New York: New York Botanical Garden, 1989. p. 1-21.

BALÉE, W. The research program of historical ecology. *Annual Review of Anthropology*, Palo Alto, v. 35, n. 1, p. 75-98, 2006.

BIRCH, K.; LEVIDOW, L.; PAPAIOANNOU, T. Sustainable capital? The neoliberalization of nature and Knowledge in the European Knowledge-based bio-economy. *Sustainability*, v. 2, n. 9, p. 2898–2918. doi:10.3390/su2092898.

BØHN, T. et al. Compositional differences in soybeans on the market: glyphosate accumulates in Roundup Ready GMO soybeans. *Food Chemistry*, Oxon, v. 153, p. 207-215, June 2014. Available <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308814613019201#>>. Accessed on: 04 Jan. 2014.

BRASIL. *Decreto n. 2.519 de 16 de março de 1998*. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em: 29 maio 2013.

BRASIL. *Lei n. 10.688 de 13 de junho de 2003*. Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.688.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 06 abr. 2015.

BRASIL. *Medida Provisória n. 113, de 26 de março de 2003*. Estabelece normas para a comercialização da produção de soja da safra de 2003 e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DefaultDocumento.action?pid=236364>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

- BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia. Coordenação-Geral da Comissão Técnica Nacional De Biossegurança. *Tabela resumo de plantas aprovadas pela CTNBIO*: 2016. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://ctnbio.mcti.gov.br/documents/566529/1684467/Tabela+Resumo+de+Plantas+Aprovadas+pela+CTNBio/7a98283f-39e7-4548-8960-ad489b29e281?version=1.4>>. Acesso em: 28 abr. 2016.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agrotóxicos*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/seguranca-quimica/agrotoxicos>>. Acesso em: 30 jan. 2014.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Relatório sobre agrobiodiversidade e diversidade cultural*. Brasília: Secretaria de Biodiversidade e Florestas, 2006. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_agrobio/_publicacao/89_publicacao21092009104952.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2015.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Diretoria de Conservação da Biodiversidade. *Convenção sobre diversidade biológica*: cópia do Decreto Legislativo no. 2, de 5 de junho de 1992. Brasília: MMA, 2000. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2015.
- CAPRA, F. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix; Amaná-Key, 2002.
- CÉLERES. *1º levantamento de adoção da biotecnologia agrícola no Brasil: safra 2015/16*. Uberlândia, 08 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.celeres.com.br/1o-levantamento-de-adoacao-da-biotecnologia-agricola-no-brasil-safra-201516/>> Acesso em: 26 abr. 2016.
- CLEMENT, C. R. Um pote de ouro no fim do arco-íris? O valor da biodiversidade e do conhecimento tradicional associado, e as mazelas da lei de acesso: uma visão e proposta a partir da Amazônia. *Amazônia: Ciência & Desenvolvimento*, Belém, v. 3, n. 5, p. 7-28, 2007.
- CUNHA, M. Carneiro da. *Cultura com aspás*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.
- CUNHA, M. Carneiro da; ALMEIDA, M. B. (Org.). *Enciclopédia da floresta: o Alto Juruá: práticas e conhecimentos das populações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.
- DIEGUES, A. C. *O mito da natureza intocada*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001.
- EUROPEAN COMMISSION. *New Perspectives on the knowledge based bio-economy: transforming life sciences knowledge into new, sustainable, eco-efficient and competitive products*: conference report, 2005.
- FERNANDES, G. *Genes como mercadorias: o caso da introdução das sementes transgênicas no Brasil*. 2015. 134 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em História das Ciências e das Técnicas e Epistemologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.
- FERNANDES, Gabriel Bianconi. *Os direitos dos agricultores no contexto do tratado de recursos fitogenéticos da FAO: o debate no Brasil*. Rio de Janeiro, out. 2007. Disponível em: <<http://aspta.org.br/wp-content/uploads/2011/05/Os-direitos-dos-agricultores-no-contexto-do-tratado-de-Recursos-Fitogen%C3%A9ticos-da-FAO.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2013.
- FERREIRA, H. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco*. 2008. 372 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.
- FULLER, D. Q. Contrasting patterns in crop domestication and domestication rates: recent archaeobotanical insights from the old world. *Annals of Botany*, London, v. 100, n. 5, p. 903-924, 2007. Available: <<http://aob.oxfordjournals.org/content/100/5/903.full.pdf+html>>. Accessed on: 20 Apr. 2012.
- FUTUYMA, D. *Evolution*. Sunderland: Sinauer Associates, 2005.
- GARCIA, J. L. Biotecnologia e biocapitalismo global. *Análise Social*, Lisboa, n. 181, p. 981-1009, 2006.
- JABLONKA, E.; LAMB, M. *Evolution in four dimensions: genetic, epigenetic, behavioral, and symbolic variation in history of life*. London: MIT Press, 2006.
- JAIMES, Clive. Global status of commercialized biotech/GM crops: 2010. *ISAAA Brief*, n. 42, 2010. Available: <<https://www.isaaa.org/resources/publications/briefs/42/download/isaaa-brief-42-2010.pdf>>. Accessed on: 06 Apr. 2015.
- LACEY, H. *A controvérsia sobre os transgênicos: questões científicas e éticas*. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.
- LACEY, H. As sementes e o conhecimento que elas incorporam. São Paulo em *Perspectiva*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 53-59, jul./set. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/spp/v14n3/9772.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

- LACEY, H. Science, emancipation, and the variety of forms of knowledge. *Metascience*, v. 24, n. 1, p. 159–162, Mar. 2015. Available: <http://download.springer.com/static/pdf/946/art%253A10.1007%252Fs11016-014-9948-x.pdf?originUrl=http%3A%2F%2Flink.springer.com%2Farticle%2F10.1007%2Fs11016-014-9948-x&token2=exp=1473694983~acl=%2Fstatic%2Fpdf%2F946%2Fart%25253A10.1007%25252Fs11016-014-9948-x.pdf%3ForiginUrl%3Dhttp%253A%252F%252Flink.springer.com%252Farticle%252F10.1007%252Fs11016-014-9948-x*~hmac=eb9d6b08fc088440fb2d84fb81d31cb91879be70aa1b6d0a1c87fa65af37a382>. Accessed on: 08 Apr. 2015.
- LACEY, H. *The social location of scientific practices*. Swarthmore, Mar. 2002. Available: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Fmp4aKibLNQJ:www.swarthmore.edu/Humanities/hlacey1/social_location.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Accessed on: 06 Apr. 2015.
- LACEY, H. *Valores e atividade científica*. São Paulo: Discurso Editorial, 1998.
- LACEY, H. *Valores e atividade científica*. São Paulo: Editora 34, 2010.
- LEWONTIN, R. *The triple helix*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- MASCARO, A. L. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- McAFEE, K. Neoliberalism on the molecular scale. Economic and genetic reductionism in biotechnology battles. *Geoforum*, New York, v. 34, p. 203–219, 2003.
- PACKER, Larissa Ambrosano. *Biodiversidade como bem comum: direito dos agricultores e agricultoras, povos e comunidades tradicionais*. Curitiba: Terra de Direitos, 2012. Disponível em: <<http://terradereitos.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Biodiversidade-como-bem-comum.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2014.
- REICHARDT, Fernanda Viegas. *A função socioambiental das patentes de plantas geneticamente modificadas no Brasil*. 2015. 151 f. Tese (Doutorado) – Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz; Centro de Energia Nuclear na Agricultura, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2015.
- RIDLEY, M. *Evolução*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- SANTILLI, J. *Agrobiodiversidade e direitos dos agricultores*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2009.
- SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005.
- SANTOS, B. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, para um novo senso comum*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 2000.
- SANTOS, B.; MENESES, M. P. (Org.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 79, p. 71–94, nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 78, p. 3–46, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 jun. 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, v. 63, p. 237–280, 2002. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3–76, 2003. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/60_Podera%20o%20direito%20ser%20emancipatorio_RCCS65.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- SANTOS, L. *Predação high tech, biodiversidade e erosão cultural: o caso do Brasil*, 2001. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/cteme/predacao.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2015.
- SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TRAAVIK, Terje. Too early may be too late: ecological risks associated with the use of naked DNA as biological tool for research, production and therapy. *Research Report for DN*, n. 1, 1999. Available: <<http://www.miljodirektoratet.no/old/dirnat/attachment/1960/Utdredning%201999-1%20Too%20early%20may%20be%20>>

to%20late.pdf>. Accessed on: 06 Apr. 2015.

VARELLA, M. D. Intellectual Property and Agriculture: the case on Soybeans and Monsanto. *Journal of Technology Law & Policy*, v. 18, p. 59-82, 2013.

VARELLA, M. D. *Propriedade intelectual de setores emergen-*

tes: biotecnologia, fármacos e informática. São Paulo: Atlas, 1996. v. 1.

VIEGAS, A. *Estudos sobre a mandioca*. São Paulo: Instituto Agrônômico do Estado de São Paulo; BRASCAN, 1976.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Community Core Values como parâmetro de efetivação dos Princípios da Precaução e da Participação Popular em instrumentos de controle de projeto atividade de alta complexidade ambiental

Community Core Values as effective parameter of the principles of the precautionary and popular participation in control instruments of activity project of high environmental complexity

Michelle Lucas Cardoso Balbino

Community Core Values como parâmetro de efetivação dos Princípios da Precaução e da Participação Popular em instrumentos de controle de projeto atividade de alta complexidade ambiental*

Community Core Values as effective parameter of the principles of the precautionary and popular participation in control instruments of activity project of high environmental complexity

Michelle Lucas Cardoso Balbino**

RESUMO

A CPA introduz na jurisprudência um novo conceito jurídico (*Community Core Values*) que reforça as ideias de participação popular, princípio, precaução e os relaciona com valores fundantes de uma comunidade. O presente artigo tem como objetivo verificar como *Community Core Values* foram considerados fundamento para Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report) que está contido no Caso n. 2009-04 do *Permanent Court of Arbitration* (PCA), cujas recomendações apontavam para a não realização de empreendimento de mineração de alta complexidade em área ambientalmente sensível, tendo em vista que a imposição de um grande complexo industrial de longo prazo iria introduzir uma alteração significativa e irreversível no ambiente. Para tanto, utilizou-se uma abordagem qualitativa, de cunho bibliográfico e pesquisa jurisprudencial para identificar como o *Permanent Court of Arbitration* (PCA) analisou o instituto jurídico do *Community Core Values*, revelando-se eventuais proposições, consolidações, divergências e incoerências com a doutrina dominante. O presente trabalho justifica-se pela importância de estudar este conceito novo “*Community Core Values*” e suas contribuições para os instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental. Para tanto, o trabalho é dividido em 02 (duas) partes. Na primeira parte, analisa-se o conceito de *Community Core Values* a efetivação do Princípio da Precaução, com estudo dos principais posicionamentos e interpretações utilizadas no Caso n.º 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA), que considerou os valores fundantes da comunidade como fundamento para instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental. Na segunda parte, verifica-se a relação entre a ideia de *Community Core Values* e a participação da comunidade no processo de decisão ambiental, uma vez que o caso considerou a participação popular como critério basilar para instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental. Concluindo que, a significação do conceito de *Community Core Values* pelo Relatório JRP no caso em estudo contribuiu para a efetivação dos Princípios da Precaução

* Recebido em 30/04/2016
Aprovado em 06/06/2016

** Advogada, Coordenadora de Curso e Professora Universitária. Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico e Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – Ouro Preto/MG; Pós graduada em Direito Público pela Universidade Gama Filho - Rio de Janeiro/RJ; Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – Ouro Preto/MG; e Pós Graduada em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia/MG. E-mail: michellebalbino@hotmail.com.

e da Participação Popular em instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental, o que contribuiu para uma visão, excepcionalmente, forte e bem definida do futuro da comunidade envolvida, sendo esse parâmetro plenamente aceitável para integração de novos instrumentos de controle de atividades de potencial impacto socioambiental, com vistas a evitar o risco ou mitigá-lo por meio de medidas de reparação ou compensação.

Palavras-chave: *Community Core Values*. Princípio da Precaução. Princípio da Participação Popular.

ABSTRACT

The Standing Committee on the Evaluation (CPA) introduces into case law a new legal concept (Community Core Values) that reinforces popular participation ideas, principle and caution relating them to founding values of a community. This article aims to verify how Community Core Values were considered grounds for Joint Review Panel Report (JRP Report) that is contained in Case no. 2009-04 of the Permanent Court of Arbitration (PCA), whose recommendations pointed by non-accomplishment of highly complex mining operation in environmentally sensitive area, in view of the major long-term industrial complex imposition would introduce a significant and irreversible change in the environment. Therefore, we used a qualitative approach, of bibliographical nature and case law research to identify how the Permanent Court of Arbitration (PCA) has analyzed the legal institution of the Community Core Values, revealing any proposals, consolidations, discrepancies and inconsistencies with the dominant doctrine. This study is justified by the importance of studying this new concept «Community Core Values» and their contributions to the control instruments of high environmental complexity activities. Thus, the article is divided in two (02) parts. In the first part, we analyze the concept of Community Core Values and the realization of the Precautionary Principle, studying the major positions and interpretations used in Case No. 2009-04 - Permanent Court of Arbitration (PCA), which considered the community's founding values as basis for control instruments of high environmental complexity activities. In the second part, we verify the relation between the idea of Community Core Values and community participation in environmental decision making,

as the case considered popular participation as a basic criterion for control instruments of high environmental complexity activities. In conclusion, the significance of the concept of Community Core Values by JRP Report in the case of the particular study contributed to the realization of the Precautionary Principles and Popular Participation in control instruments of high environmental complexity activities, which contributed to an exceptionally strong and clear view well-established of the community involved future. That parameter is fully acceptable for integration of new instruments of activities control of potential social and environmental impact activities, in order to avoid the risk or mitigate it through remedial or compensation measures.

Keywords: Community Core Values. Precautionary Principle. Principle of Popular Participation.

1. INTRODUÇÃO

O Caso n.º 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA) tem como partes integrantes da arbitragem os investidores/recorrentes e o Governo do Canadá (réu). A disputa gira em torno da proposta de operar uma pedreira e um terminal marinho na Nova Escócia/Canadá. Tanto o governo provinciano como o nacional rejeitaram o projeto considerando questões ambientais expostas no Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report).

Em síntese, os recorrentes alegam que tiveram tratamento tendencioso politicamente confuso e discriminatório, por serem investidores estrangeiros. Relatarem como base de sua defesa os artigos 1102, 1103 e 1105 do Acordo de Livre Comércio da América do Norte - NAFTA, que prevê a não discriminação e o tratamento equitativo. Já o Governo Canadense aponta que as autoridades analisaram a proposta de forma justa e profissional. Consideram que existem leis provinciais e nacionais em relação à avaliação desses projetos. A lei regional é mais expansivo do que a federal. Consideraram, ainda, que o local para implantação do empreendimento nunca foi considerado local de desenvolvimento industrial e que a população não tinha interesse nessa mudança de atuação econômica do local, que gira em torno da pesca marinha.

Apesar do resultado final da decisão da *Permanent Court of Arbitration* (PCA), que imputou violação aos artigos 1102 e 1105 do *North American Free Trade Agree-*

ment (NAFTA) ao Governo Canadense, tendo como base aspectos de cunho processual e de comércio internacional¹, este estudo não tem o objetivo de analisar o julgado e a decisão final, mas sim os pontos que vincularam a questão ambiental e o *Community Core Values* no Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report). O Relatório representou ponto de maior discussão no julgamento, pois foi considerado como uma das bases para a decisão do Governo Canadense quando da negatória de implantação do projeto, sendo amplamente rebatido pelos investidores.

A importância da análise desse julgado, considerando-se a questão ambiental e o *Community Core Values*, está no fato de que foi a primeira vez que um Painel (*Joint Review Panel*) constituído nos termos *Canadian Environmental Assessment Agency* (CEAA) recomendou a rejeição de um projeto com base nesse novo conceito, ou mesmo em outro conceito similar.

O conceito de *Community Core Values* é apresentado no Relatório como sendo uma posição da comunidade que teve uma visão excepcionalmente forte e bem definido do seu futuro, destacando, no presente caso, que a imposição de um grande complexo industrial de longo prazo iria introduzir uma alteração significativa e irreversível, resultando em mudanças suficientemente importantes para os valores fundamentais dessa comunidade. Os investidores apontam que o conceito de *Community Core Values* definido pelo Painel levou em consideração apenas a visão dos líderes comunitários e pela maioria dos membros da comunidade que compareceu ao Painel, não considerando a totalidade da população.

Diante do exposto, o objetivo geral deste artigo é verificar como *Community Core Values* foram considerados fundamento para Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report) que está contido no Caso n. 2009-04 do *Permanent Court of Arbitration (PCA)*, cujas recomendações apontavam pela não realização de empreendimento de mineração de alta complexidade em área ambientalmente sensível, tendo em vista a imposição de um grande complexo industrial de longo prazo iria introduzir uma alteração significativa e irreversível no ambiente.

¹ A decisão final deu provimento aos investidores considerando que o Governo do Canadá não assegurou tratamento nacional, ou seja, um tratamento não menos favorável do que o outorgado (art. 1102), nem mesmo o nível mínimo de tratamento, em conformidade com o direito internacional (tratamento justo/equitativo e plena proteção/segurança (art. 1105)).

Para tanto, utilizou-se uma abordagem qualitativa, de cunho bibliográfico e pesquisa jurisprudencial para identificar como o *Permanent Court of Arbitration (PCA)* analisou o instituto jurídico do *Community Core Values*, revelando-se eventuais proposições, consolidações, divergências e incoerências com a doutrina dominante e os princípios gerais do Direito Ambiental.

O presente trabalho justifica-se pela importância de se estudar este novo conceito, *Community Core Values*, e suas contribuições para os instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental.

Para tanto, o trabalho é dividido em 02 (duas) partes. Na primeira parte, analisa-se o conceito de *Community Core Values* e a efetivação do Princípio da Precaução, com estudo dos principais posicionamentos e interpretações utilizadas no Caso n.º 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration (PCA)*, que considerou os valores fundantes da comunidade como fundamento para em instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental. Na segunda parte, verifica-se a relação entre a ideia de *Community Core Values* e a participação da comunidade no processo de decisão ambiental, uma vez que o caso considerou a participação popular como critério basilar para instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental.

Por fim, é sempre bom ressaltar que o presente trabalho não considera a decisão final do *Permanent Court of Arbitration (PCA)* no referido caso. Considerando, apenas, os pontos abordados em relação ao tema deste artigo. O recorte temático envolve os princípios da precaução e da participação popular e na relação entre esses princípios e o conceito de *Community Core Values*. Não serão, portanto, objeto de estudo, as questões relacionadas a decisão do Tribunal e aplicação de sanção internacional a qualquer uma das partes.

2. COMMUNITY CORE VALUES E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO EM INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE ATIVIDADES DE ALTA COMPLEXIDADE AMBIENTAL

O conceito de *Community Core Values* representa uma nova visão de abordar os valores de uma comunidade frente a possíveis impactos ambientais, principalmente quando se considera atividades sem informações cien-

tíficas suficiente, conclusiva e/ou certa. Nesses casos surge a necessidade de verificar qual o impacto desses valores que fundamentam a comunidade pode causar nas decisões tomadas quando da implantação de atividades de alta complexidade ambiental.

Inicia-se, assim, a primeira parte do presente estudo, que realizará uma análise do conceito de *Community Core Values*, com base nos apontamentos trazidos pela *Permanent Court of Arbitration (PCA)* e a sua vinculação com a efetivação do Princípio da Precaução. Para tanto serão apresentados os principais posicionamentos e interpretações existentes no Caso n.º 2009-04 da referida Corte Arbitral em relação à aplicação do novo conceito como fundamento para negatória de implantação de projeto de atividade considerada com alta complexidade ambiental.

2.1. Os limites do Princípio da Precaução

Inicialmente, é importante destacar os limites para o conceito de precaução, destacando como esse princípio surgiu e como está estruturado na atualidade.

O princípio da precaução é visto pela doutrina brasileira como sendo o princípio que visa precaver danos que possam surgir em função de certa atividade, ou seja, existindo dúvida da atividade realizada decide-se a favor do ambiente cujas informações científicas confusas. O princípio surge quando as informações científicas forem “insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido”².

A base legal que traz a noção do princípio da precaução surge durante a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD) realizada no Rio de Janeiro/Brasil em junho de 1992. Especificamente em dois documentos elaborados nessa Conferência: Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC).

Na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento o princípio da precaução está presente no Princípio 15, que aponta que:

2 MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 824.

com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental³. (em destaque).

Já a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (CQNUMC) define no Princípio 3 do artigo 3º que:

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. (Em destaque).

Em se tratando de legislação nacional, a Constituição Federal de 1988 garante a todos em seu artigo 225 o meio ambiente ecologicamente equilibrado, para tanto impõe ao Poder Público a incumbência de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (inciso V do parágrafo 1º do art. 225), além de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (inciso VII do parágrafo 1º do art. 225).

Os dispositivos constitucionais impõem à Administração Pública o controle de atividades que possam gerar danos ao meio ambiente e à qualidade de vida³ e, ainda, a necessidade de proteção do meio ambiente. Estes representam a internalização na Constituição Federal brasileira do princípio da precaução, embora não mencionado, explicitamente, pois fazem menção a uma situação de risco, que pode caracterizar uma hipó-

3 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Legislação Comentada Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

tese em que se deverá agir com precaução⁴, buscando “responder aos objetivos de segurança reforçada e à necessidade de regulamentação jurídica das dúvidas que advêm do desenvolvimento da ciência”⁵.

Assim, a ausência de informações concretas sobre certas atividades não pode ser considerada “desculpa” para a realização de medidas em prol da proteção ambiental. Assim, exige-se o uso da melhor tecnologia disponível e das melhores práticas disponíveis, representando, assim, um incentivo para o desenvolvimento tecnológico⁶.

Esse entendimento foi internalizado no Brasil com a promulgação das Leis n.º 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) e n.º 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). A Lei de Crimes Ambientais definiu de forma literal em seu § 3º do art. 54 que “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”⁷.

O dispositivo descrito acima definiu dever de adotar as medidas de precaução apenas a quem a autoridade competente exigir, ou seja, “em razão de disposição legal, contratual ou por seu comportamento anterior, não sendo possível impor essa exigência a qualquer do povo sem vinculação com o fato”⁸.

Já a Lei de Biossegurança no caput do seu art. 1º dispõe que sobre as normas de segurança e mecanismos de fiscalização de organismos geneticamente modificados

– OGM, tendo como “diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”⁹.

Como se pode observar, mais uma vez o legislador utilizou da proteção estabelecida pelo princípio da precaução para resguardar a realização de atividades que não possuem certeza científica. Observa-se que, mais uma vez o legislador restringiu a aplicação desse princípio a quem realiza atividade de avanço científico e não a qualquer um do povo sem vinculação com a atividade.

Nesse aspecto, agiu, corretamente, o legislador ao ponderar a utilização do princípio em casos específicos e com aplicabilidade real de cada atividade, pois a utilização desordenada de princípios sem ponderação de sua aplicação torna inviável a atividade, fator não é deslumbrado pelo princípio.

Afinal de contas, o princípio exige que o empreendedor (quem realizou a atividade) e o Estado (como ente de representação da coletividade) considerem a incerteza científica no momento de identificação de uma situação de risco quando da intervenção do homem na natureza. Assim, o princípio da precaução busca afastar o perigo de dano, praticado por certa atividade, às gerações presentes e futuras¹⁰.

Neste aspecto importante destacar que não existe certeza científica absoluta. Na verdade, existem escolhas dentro de uma matriz de risco, assim, a implementação do princípio da precaução “encontra-se associada à proporcionalidade, à proteção ambiental e à determinação de escalas do risco”¹¹.

4 ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO, Gabriela Müller Carioba. Análise do princípio da precaução e suas implicações no estudo de impacto ambiental. ENCONTRO ASSOCIACIONAL NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE. 2., 2004, Indaiatuba. *Anais eletrônicos...* Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT09/grabriela.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016. p. 4.

5 SILVA, Solange Teles da. Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 87.

6 WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004.

7 BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

8 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Legislação Comentada Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 585.

9 BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

10 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

11 SILVA, Solange Teles da. Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 96.

Esse, também, é o entendimento de Goklany¹² que aponta que o princípio da precaução deve ser aplicado com razoabilidade. O autor aponta que, muitas vezes, o princípio da precaução tem sido utilizado para justificar uma proibição dos organismos geneticamente modificados – OGM. Mas, para o autor, a proibição pura e simples ignora a potencial desvantagem para o ser humano, ao descrever que seria muito mais prudente pesquisar culturas transgênicas do que a proibição sem garantir o estudo para o alcance de possíveis benefícios para a saúde pública e para o meio ambiente.

Assim, tendo como base a legislação disposta acima, a doutrina brasileira aponta quatro aspectos que contribuem para a definição do princípio da precaução, quais sejam: relativa incerteza científica; avaliação do risco de dano; *in dubio pro natura* e inversão do ônus da prova. Importante, portanto, definir nesse momento o real entendimento acerca de cada um destes aspectos, verificando não apenas a doutrina brasileira, mas o entendimento internacional.

A relativa incerteza científica, que representa o primeiro aspecto a considerar no momento de aplicação do princípio da precaução, considera que a “identificação de uma situação de risco diante da qual se exige cautela por parte do empreendedor e por parte do Estado no momento de avaliar a performance da intervenção do homem na natureza”¹³.

Trata-se cautela na atuação do empreendedor e do Estado, não podendo o princípio ser considerado um empecilho para a tomada de decisão, ou seja, a falta de plena certeza científica não deve ser utilizada como razão de não realizar medidas possíveis para minimizar futuros danos ao meio ambiente e à saúde humana¹⁴.

Tal ponto já muito bem exposto quando do momento de fixação da base legal do referido princípio,

contudo, o que ainda não foi mencionado é o caráter incentivador do princípio da precaução. Goklany¹⁵ é categórico ao apontar que o princípio da precaução traz, em sua atribuição, a necessidade contínua de pesquisa para melhoria das atividades, não podendo ser visto como um empecilho, ponto também abordado por Leuzinger et al¹⁶.

Assim, o princípio da precaução contribui, diretamente, para a implementação do princípio do desenvolvimento sustentável ou codesenvolvimento. Princípio este decorrente da ponderação a ser feita casuisticamente entre o direito fundamental ao desenvolvimento econômico, direito à preservação ambiental e qualidade de vida da população¹⁷.

Ressalta-se que o princípio do desenvolvimento sustentável está embasado no atendimento às necessidades das presentes gerações sem comprometer a possibilidade das futuras gerações. Tendo previsão no art. 225 da Constituição Federal e a nível internacional estando presente deste de a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972), passando pela Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio-92 e pelo Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, estabelecido na Rio +10, em 2002.

Nesse sentido, Leuzinger et al¹⁸ aponta que o princípio da precaução é aplicado para oferecer soluções ao dilema do desconhecido, contribuindo para a apresentação de soluções embasadas em estudos científicos.

Por fim, importante destacar que, em relação à incerteza científica, o princípio da precaução destaca a falta de segurança ontológica ou mesmo o caráter provisório do conhecimento científico, mas sem deixar de

12 GOKLANY, Indur M. Applying the Precautionary Principle to Genetically Modified Crops. Center For The Study Of American Business. *Policy Study Number 157*, ago. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=246530>. Acesso em: 06 jan. 2016.

13 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016, p. 6.

14 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora’s Box: Contextualising The Precautionary Principle The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

15 GOKLANY, Indur M. Applying the Precautionary Principle to Genetically Modified Crops. Center For The Study Of American Business. *Policy Study Number 157*, ago. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=246530>. Acesso em: 06 jan. 2016.

16 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

17 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Legislação Comentada Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 585.

18 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

atuar em prol da realização da melhor decisão possível¹⁹.

Assim, as incertezas científicas surgem em relação ao risco de regulamentação em face da fixação de normas e da avaliação de risco, sendo este o segundo aspecto a ser abordado no momento de aplicação do princípio da precaução.

Importante ressaltar que a confiança apenas na certeza científica não pode ser considerada como resultado satisfatório, pois a aplicação do princípio da precaução diz respeito mais sobre a gravidade do risco e não a sua certeza²⁰. Assim, é essencial que exista a ponderação entre os objetivos a serem alcançados pela atividade e as escalas do risco, definindo-se, assim, “uma ordem de prioridades em função das incertezas que caracterizam o próprio princípio da precaução”²¹.

Surge, então, o segundo aspecto a considerar no momento de aplicação do princípio da precaução, a avaliação do risco de dano, que tem como pressuposto a definição das formas de controle para minimização dos riscos ambientais. Nesse sentido, Leuzinger et al²² aponta que conhecer o risco de dano²³ representa a possibilidade de conhecer o desconhecido, ponderar diferentes alternativas e tecnologias, além de gerenciar as possibilidades inerentes à atividade degradante.

Assim, as medidas de precaução dependem da gravidade do risco, ou seja, se o risco é grave e existindo incerteza científica, não se pode permitir o desenvolvimento da atividade²⁴. Importante destacar que, para

esses casos, as atividades exigem que tenha grandes quantidades de informação, a identificação e a consideração da opinião de especialistas, a comunicação entre numerosos atores diferentes, bem como a aplicação das previsões legislativas para circunstâncias complexas específicas²⁵.

Como se pode observar, mais do que apenas incerteza científica, o princípio da precaução é aplicado diante de atividades que possuem gravidade de risco para a execução. Riscos estes que muitas vezes desconhecidos ou com diversificação de entendimentos.

Assim, torna-se fundamental a atuação de diversos atores, incluindo a comunidade como um todo para que a decisão final de aprovação ou não o empreendimento com base em qualquer ponto, seja uma decisão que reflita o entendimento da maioria e não apenas a vontade econômica de um empreendedor.

A avaliação de risco é uma questão importante para litigar nos direitos ambientais substantivos, sendo que o princípio da precaução começou a desempenhar um papel importante ao trazer mais riscos no âmbito dos direitos humanos contencioso^{26,27}.

Portanto, o princípio da precaução tem como objetivo evitar grave ou irreversível dano potencial, em face das atividades com riscos para a saúde e/ou o ambiente.

Vale registrar que o estudo do princípio da precaução e regulação de risco da União Europeia²⁸ representa

19 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

20 VIRIYO, Aggarin. Principle of Sustainable Development in International Environmental Law. *Social Science Research Network (SSRN)*. 22 ago. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2133771>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

21 SILVA, Solange Teles da. Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATTAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 96.

22 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

23 Importante destacar o conceito dado por Leuzinger et al (2015, p. 6-7) acerca da sociedade de risco “é uma sociedade na qual as ações humanas não são apenas orientadas pelo que é certo ou pelo que é errado, mas, sobretudo, pelo maior ou menor grau de risco, sendo o direito o instrumento da atuação estatal e não estatal no controle desses riscos”

24 VIRIYO, Aggarin. Principle of Sustainable Development in International Environmental Law. *The Social Science Research Net-*

work (SSRN). 22 ago., 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2133771>>. Acesso em: 07 de jan. 2016.

25 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

26 SHELTON, Dinah. Developing substantive environmental rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, v. 1, n. 1, p. 89–120, Mar. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1576508>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

27 Ressalta-se que a legislação de direitos humanos não se trata de parar todas as atividades humanas, mas de reconhecer que eles utilizam recursos escassos e produzem emissões e resíduos que têm inevitavelmente impactos ambientais individualizadas e cumulativos. Esses impactos têm de ser considerados, medidos e monitorados, com o resultado de algumas atividades será limitada ou proibida. Ciência ambiental ajuda a determinar as relações causais. SHELTON, Dinah. Developing substantive environmental rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, v. 1, n. 1, p. 89–120, Mar. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1576508>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

28 A discussão da regulação de risco em sede da União Europeia se fundamenta em três tendências: primeira, o princípio da precaução se tornou sinônimo de avaliação de risco, tem havido pouco recon-

um compromisso com a diversidade, tanto de contextos culturais, como jurídicos, institucionais e de constitucionalismo administrativa²⁹.

Como se pode ver, o princípio da precaução está fundado no grau de relativa incerteza científica e de considerável risco de dano. Ademais, este deve, ainda, ser orientado por dois outros aspectos: *in dubio pro natura* e inversão do ônus da prova. O *in dubio pro natura* significa que, na dúvida, deve-se agir a favor da proteção ambiental. É dizer que “o benefício da dúvida deverá militar em favor das pessoas, e não do poder econômico”³⁰. Também representa que “diante do desconhecimento ou da dúvida acerca das consequências, devem ser adotadas medidas que irão prevenir o dano”³¹.

Observa-se que os posicionamentos expostos acima levam em consideração tanto o aspecto social como o ambiental para a definição do *in dubio pro natura*. Considera-se que o benefício econômico não deve prevalecer sobre o atendimento dos objetivos sociais³², além do que as questões ambientais devem ser resguardadas para a prevenção de dano³³.

hecimento do fato de que a avaliação de risco é uma construção ou regulamentar flexível que o princípio pode operar separada da gestão de riscos. Segundo, o princípio da precaução tem sido tratado como uma “diretriz central” da política dos consumidores na União Europeia. Em terceiro, parece haver pouco apreço em alguns setores que o princípio está operando em diferentes contextos, a variação de definição é analisada como uma fraqueza do princípio em vez de refletir a sua natureza ligada ao contexto. FISHER, Elizabeth. Opening Pandora’s Box: Contextualising The Precautionary Principle The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

29 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora’s Box: Contextualising The Precautionary Principle. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

30 SADELEER, Nicolas de. Comentários sobre o status no direito internacional de três princípios ambientais. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *A proteção Internacional do Meio Ambiente*. Brasília: Unb; Brasília: UniCEUB, 2009. p. 76. (Série Direito Ambiental. v. 4).

31 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016, p. 7.

32 SADELEER, Nicolas de. Comentários sobre o status no direito internacional de três princípios ambientais. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *A proteção Internacional do Meio Ambiente*. Brasília: Unb, UniCEUB, 2009. (Série Direito Ambiental. v. 4).

33 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*,

Todos esses apontamentos acerca do *in dubio pro natura* reflete a vinculação do homem como elemento do meio ambiente e caracteriza a dependência da humanidade em relação ao Planeta. Não será possível considerar a sobrevivência humana sem que haja atuação expressa nas atividades que causam danos ao meio ambiente. Portanto, existindo dúvida quanto à aplicação ou não do princípio da precaução, deve-se verificar se o meio está resguardado, assim, na dúvida aplica em favor do ambiente.

O quarto e último aspecto que caracteriza o princípio da precaução é inversão do ônus da prova. Esse elemento representa que existindo “conflito entre o interesse de intervir no meio ambiente e o interesse público de proteção ambiental, [...] a orientação do princípio da precaução é a de agir em favor da natureza e em detrimento do interesse privado”³⁴.

Contudo, esse último aspecto é amplamente criticado por XXX, pois, para o autor, o fato de existir modificação das obrigações dos diferentes agentes para o alcance das informações científicas necessárias e para a realização do bom exercício da gestão pública dos riscos, o que não pode ser confundido com a chamada inversão do ônus da prova³⁵.

Assim, cabe ao empreendedor da atividade apresentar provas contundentes de que esta não representa dano ao meio ambiente em que está inserido. Tais provas devem ser embasadas em evidências técnicas para comprovação do alegado.

Esses embasamentos técnicos muitas vezes são representados por instrumentos de controle, tendo como exemplo a elaboração de relatórios e laudos técnicos apresentados por profissionais habilitados para análise.

Por meio dos relatórios e laudos técnicos o empreendedor pode comprovar a viabilidade de sua atividade. Importante destacar que ao aplicar o princípio da

jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

34 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016. p. 8.

35 GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais. Lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 165.

precaução não significa que será proibida as atividades com dano em potencial, até porque não se pode usar o princípio da precaução para deslocar o ônus ao potencial poluidor, se a própria ciência não consegue explicar a inexistência do dano. Mas, existindo possível dano, deve-se realizar todas as ações possíveis para minimizar os riscos³⁶.

Mais uma vez observa-se que o princípio da precaução deve ser utilizado com cautela, considerando todos os pontos existentes, não podendo nem ser utilizado para proibir pura e simplesmente uma atividade, sendo um empecilho ao empreendimento, nem ser utilizada adéquem, sem considerar evidências técnicas para comprovação do *in dubio pro natura*.

Importante destacar que muitos confundem a aplicação cautelosa do princípio da precaução, com a necessidade de apenas cumprir as resoluções e normativas que qualificam o grau de degradação suportável, ou seja, aplicação do princípio da prevenção³⁷. O limiar, incerteza científica, avaliação do risco de dano, *in dubio pro natura* e inversão do ônus da prova deve estar presente para verificação da aplicabilidade do princípio da precaução. Ou seja, onde existe uma ameaça para a saúde humana ou a proteção do ambiente, a falta de plena certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas que possam impedir ou minimizar esses danos³⁸.

A cautela não pode ser utilizada para garantir que atividades seja proibida de pleno de funcionamento, nem ser a garantia de que os empreendimentos serão abertos sem análise desses pontos. Trata-se de medidas que vão além do “cumprimento das resoluções, por meio de ações de avaliação de risco, estudo de alternativas para orientar a ação humana na direção do menor grau possível da ocorrência do dano em avaliação, tendo em

vista a incerteza científica sobre as possíveis repercussões daquele dano”³⁹.

Vistos os principais aspectos em relação aos limites do princípio da precaução, passa-se ao estudo desse princípio como interlecutor para a definição do conceito de *Community Core Values* no Caso n.º 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA).

2.2. *Community Core Values* e a aplicabilidade do Princípio da Precaução no caso n.º 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA): posicionamentos e interpretações

Após uma análise preliminar do princípio da precaução, passa-se nesse momento a realização de um estudo referente aos posicionamentos dos investidores e do Governo Canadense (réu) acerca do conceito de *Community Core Values* e da aplicabilidade do princípio da precaução no Caso n.º 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA).

Primeiro ponto a ser considerado é o fato de que as partes (investidores e réu) divergem sobre as razões que levaram o Governo a solicitar mais informações sobre o projeto, solicitando, assim, a elaboração do Relatório *Joint Review Panel* (*JRP Report*). Sobre esse aspecto, os investidores afirmam que a província da Nova Escócia já utiliza a indústria de pedreiras a bastante tempo. Contudo, o Governo Canadense salienta a importância e a singularidade do ambiente biofísico do homem, ressaltando que não existem no local pedreiras em grande escala e nem terminais marítimos significativos e que provoquem prejuízo a sociedade local.

Em relação a esse aspecto, o Relatório foi utilizado como base científica para a decisão do Governo Canadense acerca do indeferimento para instalação do empreendimento. Observa-se que, desde o início, o Governo Federal do Canadá considerou a aplicação do princípio da precaução, pois antes de decidir sobre a autorização ou não do empreendimento, buscou verificar as informações sobre as condições do local, a atividade que seria desempenhada e, ponto máximo desse Relatório e aspecto que ensejou a elaboração deste artigo, a ter

36 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

37 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

38 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

39 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016, p. 6.

levado em consideração as observações dos membros da comunidade, incluindo informações sobre *Community Core Values* e o impacto do projeto teria sobre os mesmos.

Como se pode observar, o Relatório buscou, além de informações referente ao aspecto ambiental do empreendimento, também as questões socioeconômicas que seriam impactadas. A inclusão de aspectos de cunho ambiental, social e econômico representam a verdadeira atuação do desenvolvimento sustentável.

Em que pese o entendimento apontado acima, os investidores apontam no Caso n.º 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA) que o Relatório abordou questões não científicas e não técnicas, incluindo entre esse o princípio da precaução e o desenvolvimento sustentável, tendo como argumento a necessidade de considerar os conhecimentos tradicionais.

Percebe-se que por um lado o Relatório aponta que o desenvolvimento sustentável deve ser ponto central para busca de informações de forma integral, considerando os aspectos sociais, ambiental e econômico, para definir a aplicabilidade do princípio da precaução. Por outro lado, os investidores apontam que o relatório considerou o princípio da precaução e o desenvolvimento sustentável, sendo estes elementos considerados por eles como não científicos e não técnicos.

Primeiramente, deve-se considerar que o princípio da precaução é sim aspecto científico e técnico e que deve ser considerado na análise de atividades de alto impacto ambiental⁴⁰. Sobre esse aspecto, existe uma tendência da prática estatal em apoio ao princípio da precaução, com a “presença de um grande número de declarações não cogentes enunciando numerosos princípios”, contudo, ainda não exista um instrumento obrigatório de aplicação universal dos princípios do Direito Ambiental na Comunidade internacional, representando uma verdadeira lacuna, tendo em vista a forte fragmentação do direito internacional do meio ambiente⁴¹. Mesmo diante desses fatos, é importante considerar que a aceitação do princípio em um grande número de declarações não co-

gentes contribui para estruturação do desenvolvimento sustentável. Mas qual o vínculo entre o desenvolvimento sustentável e o princípio da precaução?

Como já descrito acima, o desenvolvimento sustentável representa a união dos aspectos ambiental, social e econômico. A precaução, por sua vez, representa o princípio que auxilia na realização do desenvolvimento sustentável, por meio do incentivo a pesquisa e a inovação tecnológica. Essas questões são representativas do caráter incentivador do princípio da precaução, como já mencionado no item 2.1 desse artigo, vinculando a necessidade de uma crescente melhoria das atividades empresariais. Assim, a busca constante pelo equilíbrio entre os aspectos ambientais, sociais e econômicos por um empreendimento, tornando este sustentável, também representa a consolidação da necessidade contínua de pesquisa, aspecto vinculado pelo princípio da precaução.

Portanto, está claro que princípio da precaução contribui, diretamente, para a implantação do desenvolvimento sustentável, incentivando pesquisas e melhorias nas atividades desenvolvidas pelas empresas. Assim, os pontos articulados pelos investidores acerca do caráter não científica do princípio da precaução e do desenvolvimento sustentável não devem ser considerados, pois estes representam fatores científicos que contribuem para a realização de atividades empresariais da vez mais integradas com o campo social e ambiental.

Outro ponto questionado pelos investidores em relação à utilização ao Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report) é que este teria sido baseado em visões subjetivas e não em fatores ambientais objetivos. Essa afirmação é devido a não consideração de medidas de mitigação para aprovação do projeto. Além do que apontam que apenas considerou os fatores externos ao empreendimento para considerar o projeto inadequado. Como exemplo destaca os fatores externos vinculados a participação do público, abordagem do ecossistema, o desenvolvimento sustentável e o *Community Core Values*.

Sobre o presente aspecto, o Governo Canadense aponta que o Relatório considerou os efeitos socioeconômicos de um projeto em particular, e que este iria em contraposição ao *Community Core Values*, considerando principalmente as informações existentes em relação ao ambiente humano e os padrões sociais e culturais.

Mais uma vez, os investidores retomam os questionamentos sobre a não possibilidade de utilização dos

40 VIRIYO, Aggarin. Principle of Sustainable Development in International Environmental Law. *The Social Science Research Network* (SSRN). 22 ago., 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2133771>>. Acesso em: 07 de jan. 2016.

41 SADELEER, Nicolas de. O Estatuto do Princípio da Precaução no Direito Internacional. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 57

aspectos sociais como argumento do Relatório. Contudo, mais uma vez, o princípio da precaução demonstra que, também, os aspectos sociais são pontos essenciais para a construção do seu conceito, pois sem a realização de uma atividade socialmente aceita, não será possível desenvolver construir um empreendimento sustentável, conforme já apontado.

Assim, atividades que consideram a gestão social devem considerar os padrões sociais e culturais da comunidade local. O respeito a esses padrões contribuirá, também, para uma maior participação social, ponto que será melhor explanado no item 3 deste artigo. Como se pode observar, o princípio precaução defende um esforço sustentado na pesquisa e no desenvolvimento de que inovem nas questões técnicas e ainda protejam o meio ambiente e a saúde do homem⁴².

Portanto, está demonstrado que o princípio da precaução, quando da necessidade de busca completa de informações para deferimento do empreendimento, também leva em consideração os padrões sociais e culturais da comunidade do entorno do empreendimento.

Ainda sobre o prisma do desenvolvimento sustentável, é importante destacar as considerações apontadas pelo *Joint Review Panel* (JRP Report) acerca da viabilidade do empreendimento, tendo em vistas as potenciais medidas de mitigação. Tal questão aponta que, diante da necessidade de existir diversas medidas de mitigação, o custo destas inviabilizaria o empreendimento, que, em longo prazo, poderia não mais existir e deixaria um passivo ambiental no fechamento do empreendimento.

Como se vê, a questão econômica também está diretamente ligada à questão ambiental, representando cada uma delas (econômica e ambiente) eixos do desenvolvimento sustentável, ao lado ainda da questão social, item já discutido.

Assim, a inviabilidade de alguma atividade, por questão econômica, pode levar ao fechamento do empreendimento sem qualquer respaldo quanto aos impactos ambientais que poderá deixar. Esse é um problema enfrentado pela mineração em todo o mundo e também no Brasil, principalmente em Minas Gerais, onde a inci-

dência de minas abandonadas é enorme⁴³.

Outro ponto discutido no processo foi a intervenção realizada pelo *Canada's Department of Fisheries and Oceans* – DFO no processo de aprovação do projeto. Os investidores apontam que se tratava de um processo inteiramente provincial e que não deveria ter atribuição federal. Já o Governo define que é comum a intervenção do departamento federal nos casos de avaliação com potencial impacto aos peixes e seus habitats. Ademais, o Governo também aponta que devido à proximidade da operação de jateamento da pedreira com o litoral, poderia existir impactos na qualidade ambiental do local.

Como se pode observar, a regulação sobre problemas ambientais e de saúde pública em que o conhecimento coletivo desses problemas é, cientificamente, incerto, a atuação do exercício do poder do Estado é prevista pelo princípio da precaução. Esse princípio trata diretamente da relação entre o risco de regulamentação em face da fixação de normas e a avaliação de risco. Nesse aspecto, o princípio aplica-se quase sempre a configuração padrão de avaliação e risco acerca das decisões públicas, para definir se deve autorizar um produto ou atividade⁴⁵.

Assim, o princípio da precaução, além de assegurar que a atividade seja examinada de forma cautelosa, con-

43 Em “áreas mineradas no passado que se encontram abandonadas, constituindo passivos ambientais de grandes dimensões. Esses legados de degradação, de tempos pretéritos para as gerações atuais, demandam ações do poder público, de empresas do setor minerário e da população para que os impactos ambientais sejam minimizados” CORRÊA, Rosany; RUIZ, Mauro Silva; ROIC, Ennani. *Conflitos Socioambientais Relacionados aos Impactos do Uso e Ocupação do Solo pela Mineração Subterrânea de Carvão em Criciúma – SC*. ENANPAD 2014. 38., 2014, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2014_EnANPAD_APB1457.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.

44 Vale registrar o estudo elaborado por Resende; Lima e Flôres (2010) acerca do Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) de 30 (trinta) minas protocolados no DNPM, a partir da entrada em vigor da Portaria DNPM nº 237 de 18/10/2001, cujas portarias de lavra foram outorgadas, pelo Ministério de Minas e Energia, no Estado de Minas Gerais. O estudo aponta que das 30 (trinta) minas pesquisadas, nenhuma teve um plano de fechamento apresentado antes da concessão da Portaria de Lavra. O referido estudo aponta ainda que das 30 (trinta) minas apenas 14 (quatorze) minas contemplaram na análise econômica (fluxo de caixa) com algum custo com fechamento de mina, mesmo não tendo elaborado o plano de fechamento propriamente dito.

45 FISHER, Elizabeth. *Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle*. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

42 GOKLANY, Indur M. *Applying the Precautionary Principle to Genetically Modified Crops*. Center For The Study Of American Business. *Policy Study Number 157*, ago. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=246530>. Acesso em: 06 jan. 2016.

siderando todas as informações necessárias para deferimento ou não do empreendimento, ele também garante que medidas necessárias serão aplicadas com fins a minimizar possíveis danos.

Os investidores apontaram que houve a utilização incorreta o conceito de gestão adaptativa no Relatório, ressaltando que fizeram apenas uma menção superficial sobre o instrumento de gestão. Sendo que a gestão adaptativa envolve atividade com monitoramento de impactos e reformulação de medidas de mitigação. Essa forma de gestão aponta que poderá resolver situações em que o dano ambiental não é provável, mas onde ainda há incerteza sobre a eficácia das medidas de mitigação.

O problema maior em relação a esse aspecto é a aplicação da gestão adaptativa como regra na garantia de projetos de alto impacto, pois impactos com incerteza científica não podem ser considerados aceitados de pleno, sobre o simples fato de que haverá uma gestão adaptativa para resguardar qualquer problema futuro.

Tal fato é comprovado pelas diversas catástrofes existentes em todo o mundo, onde atividades de alto impacto ambiental não foram consideradas em seu todo e resultaram em danos terríveis ao meio ambiente e à humanidade.

No recente caso da empresa Samarco em Mariana, Minas Gerais/Brasil, mesmo sendo encontradas várias falhas no sistema de segurança das barragens de rejeito após o desastre, até bem pouco tempo a empresa garantia que sua gestão envolvia atividades de controle de impactos, com monitoramento regular. Contudo, mesmo tendo monitoramento e supostas medidas de mitigação, não foi possível evitar o desastre que causou maior desastre ambiental do Brasil.

Assim, importante destacar que o princípio da precaução não deve, apenas, proibir a atividade, de forma pura e simples, conforme já apontado acima, nas palavras de Goklany⁴⁶, o princípio deve garantir o avanço das pesquisas para benefício da saúde pública e o meio ambiente. Porém, o princípio não pode aceitar que as atividades sejam liberadas de pleno, sobre a simples justificação de realização de uma gestão adaptativa.

46 GOKLANY, Indur M. Applying the Precautionary Principle to Genetically Modified Crops. Center For The Study Of American Business. *Policy Study Number 157*, ago. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=246530>. Acesso em: 06 jan. 2016.

Portanto, o argumento usado pelos investidores de que o conceito de gestão adaptativa foi utilizado de forma superficial pelo Relatório não deve prosperar, até porque o Painel recomendou que a *Canadian Environmental Assessment Agency* - CEAA desenvolvesse um documento de orientação sobre a aplicação da gestão adaptativa em avaliações ambientais e na gestão ambiental, documento este que nortearia melhor a aplicação desse conceito de gestão no país.

Como se pode ver em diversos pontos, os investidores apontam o Relatório aplicou de forma distorcida o princípio da precaução, pois interpretou o princípio com a necessidade de exigir uma ação proposta que não vai levar a danos ambientais sérios ou irreversíveis, investigação científica verificável e informação de alta qualidade.

Contudo, os investidores não consideram que atividade deve existir se houver avanço das pesquisas para benefício da saúde pública e o meio ambiente, como já apontado diversas vezes. Para eles, o princípio da precaução não resultaria na vedação das atividades, pois argumentam que o Relatório colocou um ônus aos investidores para provar que o projeto não causaria qualquer dano ambiental, em vez de reconhecer que incerteza pode ser inevitável e que a gestão adaptativa pode ser realizada por meio de monitoramento e medidas de mitigação.

Porém, o que se deve deixar claro é que o princípio não pode ser aplicado, simplesmente, para proibir atividade e, também, não deve ser a “desculpa” para a aceitação de toda e qualquer atividade, apenas pelo fato de existir monitoramento e medidas de mitigação.

O que deve prevalecer é razoabilidade entre o que é incerteza científica e quais as pesquisas realizadas na área. Nesse aspecto o Governo Canadense aponta que, em momento algum, o Relatório apontou a necessidade de existir um padrão impossível de certeza perfeita, mas considerou a necessidade de ampliar os estudos, pois, naquele momento, não seria viável a atividade, tendo em vista as informações incompletas e deficientes apresentadas pelos investidores.

Ademais, os investidores apontaram que o Relatório não ofereceu uma análise de possíveis mitigações, alegando que, apenas, ressaltaram que o projeto, do modo que estava, não era compatível com a história anterior da comunidade. Contudo, esta não era uma atividade que deveria ser realizada pelo Relatório, pois cabia a este

realizar, apenas, uma análise do projeto e apontar quais questões estava de plausíveis ou não.

Mesmo porque o princípio da precaução é a representação da defesa do meio ambiente, representando o princípio do *in dubio pro natura* e inversão do ônus da prova, devendo, assim, os investidores provarem que as incertezas científicas não podem prejudicar o meio ambiente.

Esse foi o ponto ressaltado pelo Governo Canadense que apontou que a lei federal do Canadá define a necessidade de coerência na metodologia das avaliações dos impactos dos projetos, devendo ser realizado uma avaliação objetiva e cuidadosa da probabilidade dos efeitos adversos, a importância do projeto e a possível mitigação dos impactos.

Importante destacar que as leis ambientais federais do Canadá devem realizar a avaliação ambiental o mais cedo possível, ou seja, ainda na fase de projeto, para que não ocorra problemas desde o início das atividades. Ademais, em momento algum, foi descartada a possibilidade de uma atividade que em seu início era considerada não compatível com o princípio da precaução e que em função das pesquisas e inovações passa a ser aplicável e aceito pela sociedade.

Sobre esse aspecto, a jurisprudência do Canadá, conforme exposto no caso em estudo, aponta que os projetos são submetidos a avaliação ambiental em uma fase inicial do seu desenvolvimento, contudo, a determinação final e alteração à concepção do projeto e construção são decisões que vão muito além da fase de avaliação.

Como se pode observar, em momento algum, a aplicação do princípio da precaução pode ser vista como um princípio que proíbe atividades, ele incentiva a pesquisa e a inovação nas diversas áreas, garantindo, sempre, defesa ambiental. Importante conduzir o estudo a efetivação do princípio da precaução nos instrumentos de controle de atividade de alta complexidade por meio do conceito de *Community Core Values* disposto no Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report).

2.3. A efetivação do princípio da precaução em instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental: A significação do conceito de *Community Core Values*

A Constituição Federal de 1988 impõe ao Poder Público o controle de situação de risco de atividades que

possam gerar danos ao meio ambiente⁴⁷, sendo nessas hipóteses que se deverá agir com precaução, ponto já abordado no item 2.1. Mas como pode ser possível esse controle? É o que se passa a estudar nesse momento, considerando um novo conceito, *Community Core Values*, como ponto centralizador desse controle.

O meio ambiente é uma preocupação comum de toda a sociedade, com responsabilidade também em igual proporção⁴⁸. Assim, o Estado, como representante da coletividade, passa a ter um grande desafio frente a sociedade, que como já mencionado está pautada na relação ao risco de regulamentação, também denominada sociedade de riscos. Essa sociedade tem a necessidade de aumento constante do controle dos riscos sociais. Sendo essencial, portanto, a definição de instrumentos de controle que contribuem para as tomadas de decisões.

Os instrumentos de controle de riscos se consolidaram em um leque amplo de temas e níveis de efetividade. Aponta-se que este fato somente foi possível em virtude do fortalecimento do conhecimento científico em todo o mundo. O Direito Internacional contribuiu diretamente para esse fator, pois, com a multiplicação dos temas tratados e o aperfeiçoamento dos níveis de controle de efetividade, verificou-se um inter cruzamento normativo em todo o mundo, com a construção de uma gramática jurídica comum em relação à questão ambiental⁴⁹.

A sofisticação desses instrumentos de controle deve-se, principalmente, em função da complexidade da relação de incerteza científica e os problemas ambientais para a tomada de decisão. As incertezas científicas surgem em relação ao risco de regulamentação, pois ciência regulatória não pode ser embasada apenas na investigação e sim na definição de resultados com aspectos metodológicos e epistemológicos corretos e devidamente provados⁵⁰.

47 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Legislação Comentada Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

48 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito*: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

49 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito*: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

50 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

No Brasil diversos são os instrumentos de controle dos riscos ambientais, estando estes previstos no art. 9º da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)⁵¹. Destaca-se, porém, outros instrumentos existentes na legislação brasileira que juntamente com os instrumentos previstos na PNMA atuam no controle dos riscos ambientais, são eles: estudo de impacto ambiental (EIA) e respectivo relatório de impacto ambiental (RIMA), bem como o Relatório de Controle Ambiental (RCA) e o Plano de Controle Ambiental.

O EIA e o RIMA estão previstos na Resolução CONAMA n.º 001 de 23.01.86, que define, dentre outros pontos, o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, previsto no inciso IV do art. 9º da PNMA, dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo RIMA (art. 3º). Já o Plano de Controle Ambiental está previsto na Resolução CONAMA 009/90, sendo visto como uma exigência para a concessão da Licença de Instalação (LI) de atividade de extração mineral, sendo, também, exigido por alguns órgãos ambientais em outros tipos de licenciamento. O RCA, por sua vez, é exigido pela Resolução CONAMA 010/90, quando da dispensa do EIA/RIMA, para obtenção de Licença Prévia (LP) de atividade de extração mineral da Classe II, contudo, vem sendo exigido por alguns órgãos ambientais para outras atividades passíveis de licenciamento.

51 Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: I - o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; II - o zoneamento ambiental; III - a avaliação de impactos ambientais; IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; V - os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; VI - a criação de reservas e estações ecológicas, áreas de proteção ambiental e as de relevante interesse ecológico, pelo Poder Público Federal, Estadual e Municipal; VI - a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; VII - o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; VIII - o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental; IX - as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental; X - a instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; XII - o Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais; III - instrumentos econômicos, como concessão florestal, servidão ambiental, seguro ambiental e outros.

Como observado, o controle de atividades de risco possui diversos instrumentos aplicáveis no Brasil. Contudo, é importante frisar que esses controles são regulamentados com base nos impactos já conhecidos e com certeza científica, sendo que a utilização dos mesmos representa a aplicação do princípio da prevenção, já devidamente discutido neste trabalho.

O que se discute no presente artigo é a realização de instrumentos sofisticados de controle de riscos, mesmo que não exista uma certeza científica ou que os impactos não possam ser devidamente conhecidos pelo homem. Assim, diante dessas incertezas, como expressa o princípio da precaução, não se deve “fechar os olhos” para uma atuação necessária em prol do meio ambiente. Surge, assim, o papel da aplicação do novo conceito, *Community Core Values*, como ponto centralizador desse controle, tendo em vista a aplicação, dentre outros, do princípio da precaução.

Nesse contexto inicia-se o estudo acerca dos principais pontos abordados na decisão da *Permanent Court of Arbitration* (PCA) sobre o Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report) utilizado como fundamento para o indeferimento do projeto de implantação do empreendimento realizado pelo Governo Canadense.

Primeiro ponto a ser questionado é o fato de que, no Caso n.º 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA), o Tribunal aponta que não foram apresentadas medidas de mitigação pelo Relatório e este apenas considerou não ser um empreendimento favorável à região e aceito pela população.

Em relação a esse aspecto, importante considerar que, até os anos oitenta, os instrumentos de controle eram realizados por relatórios preparados pelos próprios Estados, sem metodologias predefinidas e tendo como objetivo informar que avanços haviam sido realizados, visando não revelar problemas internos e evitar constrangimentos internacionais, além de possibilitar a ampliação da margem de manobra dos Estados. Contudo, na atualidade, os relatórios vêm-se tornando mais sofisticados, como já apontado acima, apresentando fontes metodologias comuns, instrumentos de controle e de contestação⁵².

Surge, então, o dilema, o fundamento do Relatório apenas no conceito de *Community Core Values* pode ser

52 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 306-307.

considerado um retrocesso a aplicação internacional de relatórios sofisticados existentes na atualidade? O simples fato de que um conceito ainda não aplicado e nem totalmente construído pode ser considerado motivo para definir como ausência metodológica?

Nesse ponto retomamos os fundamentos do princípio da precaução que aponta que, na ausência de informações concretas, deve atuar em prol do meio ambiente, ou seja, considerando a existência de incerteza científica no momento de identificação de uma situação de risco quando da intervenção do homem na natureza, necessária a atuação neste sentido.

A atuação proposta pelo Relatório teve como fundamento a aplicação do conceito de *Community Core Values*, optando pela não consideração de qualquer medida em oposição ao entendimento comunitário, pois assim, feriria o fundamento daquela sociedade.

Em verdade esse ponto foi amplamente discutido perante o *Permanent Court of Arbitration* (PCA), principalmente quando da necessidade de apresentação de propostas de medidas mitigadoras por parte do Painel. Sendo decidido pelo Tribunal que o Relatório deveria ter apresentado as propostas de mitigação, pois a não apresentação estaria infligindo legislação do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA - *North American Free Trade Agreement*).

Contudo, importante destacar que o Painel não descartou a possibilidade que as pesquisas podem inovar e podem existir medidas de mitigação para a atividades, contudo, para o Painel, no momento da análise, a forma e atuação da atividade não era passível de aplicação de medidas de mitigação, sendo apenas considerado o indeferimento da implantação do projeto.

Porém, o Painel aponta que, mesmo existindo medidas de mitigação, estas não seriam em tudo possível em relação aos *Community Core Values*. Se o Relatório aplicasse apenas o princípio da precaução ao presente caso, em virtude das medidas de mitigação e tendo em vista as circunstâncias de incerteza científica e a falta de segurança, seria aceitável o deferimento do projeto. Contudo, o ponto chave do presente relatório é considerar o *Community Core Values* como figura determinante para a negativa.

Nasce, então, um ponto importante a ser tratado, o *Community Core Values* pode ser aplicado como única justificativa para proibir a execução de projetos de alto im-

pacto ambiental? Mesmo que referidos projetos tenham medidas de mitigação?

Para o Relatório, sim, a figura do *Community Core Values*, tendo em vista o princípio da precaução, requer que os tomadores de decisão reflitam sobre o conceito para, assim, identificar quais atividades são aceitáveis pela população, sendo, portanto, a base para justificar sua escolha.

Importante destacar que o conceito de *Community Core Values* considerar muito além da existência ou não de medidas de mitigação. Esta fundado no valor da sociedade, na vontade social para o recebimento do passivo resultado da atividade, mesmo que existam possíveis medidas de mitigação ou tenham projeto de estudos para em um futuro próximo existir tais medidas.

Questiona-se, assim, o *Community Core Values* é incompatível com o princípio da precaução? Afinal, conforme entendimento de diversos autores⁵³, a precaução deve ser aplicada na incerteza científica, não podendo ser “desculpa” para a tomada arbitrária de decisão administrativa. Ou seja, não poderá ser um empecilho para a realização de atividades, devendo ser apenas um ponto a ser considerado com cautela, por parte do empreendedor e por parte do Estado, no momento de avaliar a atividade⁵⁴.

Apesar do conceito de *Community Core Values* representar uma nova concepção e estar em uma pujante evolução, certo é que, no caso em estudo, esse conceito não pode ser considerado incompatível com o princípio da precaução, pois o princípio está fundado em medidas *in dubio pro natura*, ou seja, frente ao desconhecido ou, na dúvida sobre as consequências, devem ser adotadas medidas que irão prevenir o dano. Assim, no caso em estudo, ambos buscam precaver possíveis danos ao meio ambiente e que podem impactar a vida da comunidade do entorno do empreendimento. Portanto, nesse caso, tanto o princípio da precaução representa como o *Community Core Values* possuem em seu núcleo a busca

53 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

54 LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

defesa ambiental. Até porque, o conceito de *Community Core Values* representa o fato de que “as sociedades locais têm conhecimento dos riscos que as atingem rotineiramente e criam sistemas científicos de explicação e tratamento desses riscos”⁵⁵.

O processo decisório nas questões envolvendo o meio ambiente é outro ponto que merece destaque, o Relatório tornou-se a base científica para a decisão do Governo Canadense, sendo posteriormente questionada na *Permanent Court of Arbitration* (PCA), caso objeto deste estudo. A utilização de bases científica e relatórios para a decisão de questões ambientais é prática recorrente em todo o mundo.

Para lidar com os riscos envolvendo atividades de alto impacto ambiental e que incorrem em riscos para o meio ambiente e a saúde humana, o “Estado é levado a incorporar diferentes elementos a seu processo decisório, a partir de informações e decisões tomadas muitas vezes fora de seu território”⁵⁶.

Importante destacar que a incerteza ambiental é determinada pela complexidade do ambiente. Assim, quanto mais complexo e dinâmico o ambiente, maior a incerteza. Portanto, quanto maior a incerteza, mais informações são necessárias para apoiar o processo decisório⁵⁷.

Portanto, o princípio da precaução pode contribuir diretamente no processo decisório atuando como limite, tendo como principal debate a interpretação particular dos principais com entendimento do papel e da natureza da administração pública. O processo de aplicação do princípio deve ser transparente e inclusivo, particularmente na avaliação das consequências para a população envolvida⁵⁸.

55 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 46.

56 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 55.

57 MORESI, Eduardo Amadeu Dutra. *Monitoração ambiental e complexidade*. Tese (Doutorado)- Faculdade de Estudos Sociais aplicados da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4920/1/2001_EduardoAmadeuDutraMoresi.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

58 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Portanto, os relatórios influenciam nas tomadas de decisão, tanto quando existe certeza científica e conhecimento dos impactos causado (aplicação do princípio da prevenção), como quando consideram além da definição legal dos regulamentos (aplicação do princípio da precaução), pois são essenciais para o alcance de resultados positivos em todos os casos, com certeza científica ou não para implantação do empreendimento.

Nesse sentido, o que é aceitável na aplicação do princípio da precaução dependerá de entendimentos normativos de bons processos de tomada de decisão incorporados em um contexto institucional. Deve ser definida, em termos quantitativos, como um certo nível de risco e em nível qualitativo de proteção, ponderando o que é considerado indesejável à população⁵⁹.

Assim, no caso em estudo, o Relatório considerou como ponto-chave a aplicação do conceito de *Community Core Values* para fundamentar a não aceitação do empreendimento. Sendo que referido conceito, mesmo sendo novo na dimensão jurídica, tornou-se cada vez mais relevante para as tomadas de decisão. Apesar da decisão contrária do Tribunal em não considerar a aplicabilidade do novo conceito.

A decisão do Tribunal teve como base a aplicação de critérios legais dispostos no Tratado de Livre Comércio, não considerando nenhum outro fator na sua decisão. Já o Governo Canadense ao utilizar o Relatório, que teve como base o novo conceito de *Community Core Values*, para negar o projeto, o fez considerando o princípio da precaução, como já apontado acima.

Parte da doutrina aponta que os tribunais nacionais são os melhores dispositivos para o controle do poder executivo e a facilitação da participação popular. Aparentam, ainda, que, os tribunais nacionais não são susceptíveis de ser tão eficaz como os tribunais internacionais que proporcionam um controle eficaz do poder executivo nos níveis nacionais e internacionais⁶⁰.

Se seguir o entendimento dessa parte da doutrina, a decisão do Tribunal, no caso em estudo, seria plena-

59 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

60 COGAN, Jacob Katz. National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law: A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1497064>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

mente aceitável, pois este considerou pontos de “relevância” internacional para decidir o litígio.

Porém, importante destacar que o princípio da precaução não se refere apenas ao exercício de autoridade interna do Estado, devendo, também, considerar o exercício da autoridade do Estado no plano internacional. Afinal o processo de tomada de decisão do Estado deve ser feito com base na razoabilidade, pois as decisões semelhantes estão sendo feitas em outros Estados-Membros e da Comunidade⁶¹.

Assim, mesmo que o Tribunal tenha considerado relevante o cumprimento dos artigos 1102 e 1105 do *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), tendo em vista o princípio da precaução, o Relatório deveria ter sido considerado pelo mesmo, pois diante da incerteza científica do empreendimento, a vontade da população deveria ser plenamente considerada como fundamento para a negativa do empreendimento.

Por fim, questiona-se qual o verdadeiro significado de *Community Core Values* a partir de sua aplicação como fundamento no Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report). O Tribunal concluiu que o Painel tinha a função de avaliar, recolher a avaliação da informação científica e sugestões da comunidade, bem como avaliar um projeto de acordo com as normas previstas na lei, e não a função de realizar um plebiscito.

A visão trazida pelo Tribunal aponta para a necessidade de cumprimento da tripartição dos poderes, apontando que o poder administrativo somente poderia operar dentro das previsões legais. Contudo, o surgimento do conceito de *Community Core Values* está embasado na aplicação do princípio da precaução. Assim, deve ser feita, de forma a realizar ações, mesmo sem existir comprovações finais do prejuízo causado, devido ao fato de a sociedade não aceitar a realização do referido projeto em virtude do possível impacto que pode sofrer.

O Tribunal considerou que o conceito de *Community Core Values* não está entre os impactos ambientais que são do âmbito legal ou adequada de um processo de avaliação ambiental do Governo Federal e Provinciano, pois as orientações para a *Joint Review Panel* (JRP Report) referem-se a vários efeitos sociais. O Tribunal seguiu

a linha conservadora e apresentou tese pautada apenas na legalidade do ato, não considerou as incertezas científicas e a vontade popular para os fatos envolvendo a implantação do projeto. Além do mais, não considerou que os efeitos sociais são pontos fundamentais para a definição de uma sociedade sustentável, que utiliza o equilíbrio dos empreendimentos com base no tripé ecossocioeconômicos⁶².

Nesse sentido, o conceito de *Community Core Values* representou nova significação na atuação governamental, onde as incertezas científicas e a vontade popular devem ser fundamentos para a realização de atitudes em prol da proteção ambiental. Representando, assim, a primeira vez que a opinião atual das comunidades do entorno foi considerada para negar a implantação do projeto de alta complexidade ambiental.

Portanto, em atividade de alta complexidade ambiental, como a atividade apresentada no caso em estudo, é plenamente aceitável que se utilize de novos conceitos para efetivar o controle de situações de risco. Assim, o *Community Core Values* representa a efetivação do princípio da precaução e um novo conceito no controle de atividades de alta complexidade ambiental que deve ser considerada pelos Tribunais nacionais e internacionais, mesmo que não tenha sido, neste caso, aplicado.

3. COMMUNITY CORE VALUES E A PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE NO PROCESSO DE DECISÃO AMBIENTAL: A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR EM INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE ATIVIDADES DE ALTA COMPLEXIDADE AMBIENTAL

Nessa segunda parte do estudo, o foco de análise do conceito de *Community Core Values* está na vinculação deste com o princípio da participação popular, verificando como este novo conceito pode contribuir para a efetivação da participação da comunidade no processo de decisão ambiental. Parte-se de uma análise do caso concreto para a busca de argumentos que contribuam para a construção dos posicionamentos referente a apli-

61 FISHER, Elizabeth. Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle. The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

62 Os apontamentos em relação a utilização dos valores sociais, com base no conceito de *Community Core Values* serão melhor apontados na segunda parte deste trabalho, que atribuirá o conceito ao princípio da participação popular.

cação desse conceito frente à atividade considerada com alta complexidade ambiental.

3.1. Os limites do Princípio da Participação Popular

Na atualidade, em relação à busca por um modelo de democracia mais participativa, houve a necessidade de introdução de algumas medidas mais concretas da efetividade da participação popular. No presente estudo, uma das medidas concretas para a efetividade da participação popular está representado na consolidação da cidadania plena, por meio do compromisso de existência de uma política de igualdade, proporcionando o reconhecimento e a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais de todos os cidadãos, incluindo nestes o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A base da participação popular está centrada no fortalecimento da democrática, que para muitos autores assegura aos cidadãos o livre acesso às informações e a discussão de diversos pontos de vistas⁶³. Essa representação está presente no princípio do democrático que assegura a plena participação dos cidadãos por meio de diversos modos de atuação, como: audiências públicas, iniciativas populares (legislativas, administrativas e judiciais) e elaboração de políticas públicas ambientais⁶⁴, pontos estes que serão abordados ao longo desta segunda parte do trabalho.

Assim, o princípio da participação comunitária⁶⁵ expressa a ideia de cooperação entre o Estado e a sociedade para a solução dos problemas ambientais. O envolvimento dos cidadãos na definição e implementação de políticas ambientais representa a força da população para a consolidação de ações para a melhoria do meio ambiente⁶⁶.

Importante destacar que a participação não é considerada um conceito novo, sendo amplamente utilizado no contexto das relações Norte-Sul. Esse termo surge na década de 1920 no sistema colonial, representando

a chave na reprodução de desenvolvimento da cultura, alimenta-se repetidamente a transformação da governança⁶⁷.

Na questão ambiental, o termo ganhou destaque no Princípio 10 da Declaração do Rio (1992) que trouxe a participação comunitária alinhada à ideia de tutela do meio ambiente como princípio a ser alcançado em nível internacional. O Princípio 10 da Declaração aponta que “a melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados”. O Princípio completa afirmando que “os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos”.

No Brasil o princípio está disposto no art. 225 da Constituição Federal que aponta que “[...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo”. Estando, também, presente em legislação infraconstitucional, como por exemplo quando inseriu como instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente (inciso VII do art. 9º da Lei n.º 6938/81) e quando formulou a Lei n.º 10.650, de 16 de abril de 2003, que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama.

Como se pode observar, a participação popular possui como pressuposto a necessidade de acesso às informações da comunidade por todos os cidadãos. Afinal, quem tem informações possui melhores condições de atuar em prol da sociedade, de articular suas vontades e ideias, tornando-se voz ativa nas decisões que envolve o meio ambiente⁶⁸.

Nesse sentido, a expansão da democracia com ampla participação no exercício dos direitos dos cidadãos não representa uma alteração dos organismos representativos existentes, mas sim um aprofundamento do

63 GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

64 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

65 Este princípio não representa exclusividade de aplicação nas questões ambientais, estando presente em todo o ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

66 MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 824.

67 LEROY, Maya. Méthodes participatives dans le cadre des rapports Nord-Sud: une revue critique. *L'envi ronnement en débat*. Dez. Concer tat ion, décision et envi ronnement. 2006. Disponível em: < http://www.agroparistech.fr/geeft/Downloads/Pub/Leroy_2006_Concer_Decision_Env_-_Methodes_participatives.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2016.

68 MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 824.

exercício democrático, com integração da participação além dos já conhecimentos meios de participação pela representação popular por meio do voto⁶⁹.

Os meios de aprofundamento dessa participação podem ser representativos de diversos modos, como na atuação judicial do cidadão (ação popular e ação civil pública, no caso brasileiro), atuação dos tribunais em diversas formações de ampliação da participação popular, audiências públicas, organizações não governamentais (ONG's), conselhos comunitários e, até mesmo, na participação da administração pública (plebiscitos, referendos ou acesso às informações).

Nesse aspecto, destaca-se o papel exercido pelos tribunais ao assegurar o poder de participação popular efetiva em uma democracia, contudo, importante destacar que muitas vezes burocracias complexas podem reduzir essa participação⁷⁰.

Já a atuação dos conselhos comunitários tem papel crucial na participação popular, pois a representação política da população por meio do Conselho proporciona um avivamento da esfera pública democrática nacional e das áreas de democracia deliberativa e plural. Afinal de contas, a democracia não pode ser construída com base em uma democracia incompleta⁷¹. Ademais, os conselhos contribuem, diretamente, para o melhor acesso da população às informações, contribuindo para uma melhor integração entre o processo decisório e a participação comunitária.

Importante destacar que os processos organizacionais estão diretamente vinculados à participação cidadã, fator que contribui para o surgimento de um novo quadro institucional construído a partir dos processos em curso⁷².

Esse também é o papel desenvolvido pelas organizações não governamentais (ONG's), que muitas vezes conseguem retirar dos governos dos Estados o

monopólio das funções legislativas e jurisdicionais, contribuindo para a formação, de forma direta ou indireta, para a produção das informações em apoio ou em combate à posição dos Estados⁷³.

Além de todas as atuações dispostas acima, deve-se considerar, também, a realização de audiências públicas como sendo outra forma de representação da participação popular. No Brasil as audiências públicas são utilizadas nos processos de licenciamento de atividades de alto impacto ambiental⁷⁴, estando previstas na Resolução Conama n.º 009/87.

Ressalta-se que elas não possuem caráter decisório, mas apenas natureza consultiva, servindo de base, juntamente ao Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), para a análise e o parecer final do licenciador da atividade (art. 5º da Resolução Conama n.º 009/87).

As audiências públicas contribuem para um reexame, em profundidade, de todos os aspectos do empreendimento que tenham sido criticados, possibilitando a ampla participação popular e o extenso debate, o que garante total legitimidade ao processo⁷⁵.

Importante destacar que a participação popular representa um desenvolvimento realizado de baixo para cima, com o desenvolvimento da comunidade apoiada nos mecanismos de atuação descritos acima. A doutrina aponta que os métodos participativos estão se tornando padrão em um contexto em que as estruturas nacionais estão cada vez mais sem derramamento de sangue, sendo que a participação se torna o acesso a recursos internacionais financiadores⁷⁶, tendo em vista a atuação do Banco Mundial no apoio a ações que possuem a participação popular como base.

Nesse sentido, o Banco Mundial tem atuado na promoção de políticas de participação da população no setor privado para a concessão de empréstimos a países em desenvolvimento⁷⁷. Na questão ambiental, o Banco

69 LANDER, Edgardo. El Estado y las tensiones de la participación popular en Venezuela. *OSAL*, Buenos Aires, ano 8, n. 22, sept. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22Lander.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

70 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

71 LANDER, Edgardo. El Estado y las tensiones de la participación popular en Venezuela. *OSAL*, Buenos Aires, ano 8, n. 22, sept. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22Lander.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

72 LACABANA, Miguel; CARIOLA, Cecilia. Construyendo la participación popular y una nueva cultura del agua en Venezuela. *Cuadernos Del Cendes*, v. 22, n. 59, p. 111-136, maio-ago, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082005000200007>. Acesso em: 09 mar. 2016.

73 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

74 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

75 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

76 LEROY, Maya. Méthodes participatives dans le cadre des rapports Nord-Sud: une revue critique. *L'envi ronnement en débat*. Dez. Concer tat ion, décision et envi ronnement. 2006. Disponível em: <http://www.agroparistech.fr/geeft/Downloads/Pub/Leroy_2006_Concer_Decision_Env_-_Methodes_participatives.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2016.

77 LACABANA, Miguel; CARIOLA, Cecilia. Construyendo la

Mundial considera que em todas as etapas deve ser assegurada a participação popular na discussão e análise dos resultados dos projetos, não sendo diferente para os casos de avaliação dos impactos ambientais⁷⁸.

A participação popular é amplamente utilizada em diversos países. Na Holanda, um dos países com maior preocupação com o meio ambiente, a participação popular fomentada principalmente quando da realização de estudos de impacto ambiental. A revisão das avaliações de impactos ambientais é realizada de forma independente, tendo uma comissão independente e com grande capacidade técnica a frente das análises. Destaca-se que, além da independência, a Comissão possui personalidade jurídica e não se situa na capital holandesa, para dificultar as pressões por parte de órgãos governamentais. Ademais, a Comissão é a única entidade holandesa que participa de todo o processo de avaliação de impacto ambiental de um determinado empreendimento⁷⁹.

Na América Latina, destacam-se dois estudos realizados, respectivamente, na Venezuela e Argentina em relação a participação popular.

O primeiro estudo relata a incorporação da participação da comunidade na gestão de serviços e desenvolvimento de uma nova cultura da água na Venezuela. Houve uma mudança organizacional com realização de um processo educativo permanente para sensibilização do uso de água potável e a criação de um Gestão da Comunidade responsável pela execução das mesas técnicas de água. A participação da comunidade estendeu, além da prestação e acesso ao serviço, incluindo, ainda, a racionalização do uso, a preservação e o levantamento das informações básicas para o diagnóstico juntamente aos técnicos. Procurou-se construir o projeto de desenvolvimento da rede e aquisição serviço para monitorar continuamente o seu funcionamento⁸⁰.

Os pesquisadores concluíram que, apesar das limitações existentes, as experiências de participação na

prestação de serviços contribuíram para a criação de um novo conceito de organização e participação da comunidade que revela o surgimento de uma mudança qualitativa do modelo tradicional. Houve o fortalecimento e reconhecimento da identidade da comunidade, contribuindo para a construção de uma nova rede de relações entre o Estado e a comunidade, reconstruir o tecido social em territórios populares⁸¹.

O segundo estudo, realizado na Argentina, aponta que houve a perda da credibilidade dos cidadãos nas instituições públicas e nas organizações não-governamentais (ONG's). O Estado tem a responsabilidade de promover novos mecanismos para recuperar e melhorar a confiança nessas instituições, por meio de uma maior participação popular com a realização de um diálogo construtivo. O estudo aponta, ainda, que o Estado não deve abandonar o seu papel, para a grande maioria dos argentinos (mais de 74%) o Estado (tanto os provinciais, como o federal) deve atuar no controle ambiental, assumindo a responsabilidade para a solução dos problemas ambientais. Por outro lado, a população acredita que os cidadãos, individualmente, podem contribuir para a melhoria do meio ambiente⁸².

Observa-se que, pelos estudos analisados, os dois países da América Latina em destaque apontam que a participação popular contribui diretamente para a proteção ambiental. Tanto para o início de ações de proteção ambiental (estudo da Venezuela), como para o retorno de ações em prol do meio ambiente (estudo da Argentina).

Outro país que com destaque na promoção da participação dos cidadãos e usuários projetos de desenvolvimento agrícola e rural sustentável é o Irã, principalmente em relação à gestão de bacias hidrográficas participativa. Estudo aponta que, para que as estratégias sustentáveis sejam bem-sucedidas, é necessário realizar uma parceria entre participantes locais e o departamento de gestão de bacias hidrográficas, o que garante a melhoria do nível de participação das pessoas⁸³.

participación popular y una nueva cultura del agua en Venezuela. *Cuadernos Del Cendes*, v. 22, n. 59, p. 111-136, maio-ago, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_artext&pid=S1012-25082005000200007>. Acesso em: 09 mar. 2016.

78 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

79 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

80 LACABANA, Miguel; CARIOLA, Cecilia. Construyendo la participación popular y una nueva cultura del agua en Venezuela. *Cuadernos Del Cendes*, v. 22, n. 59, p. 111-136, maio-ago, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_artext&pid=S1012-25082005000200007>. Acesso em: 09 mar. 2016.

81 LACABANA, Miguel; CARIOLA, Cecilia. Construyendo la participación popular y una nueva cultura del agua en Venezuela. *Cuadernos Del Cendes*, v. 22, n. 59, p. 111-136, maio-ago, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_artext&pid=S1012-25082005000200007>. Acesso em: 09 mar. 2016.

82 BROWN, A. et al. *La Situación Ambiental Argentina*. 2005. Disponível em: <<http://www.fvsa.org.ar/situacionambiental/Preliminares.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

83 BAGHERIAN, R. et al. Factors Influencing Local People's Participation in Watershed Management Programs in Iran. *American-Eurasian J. Agric. & Environ.*, p. 532-538, 2009. Disponível em:

Vistos os principais aspectos em relação ao princípio da participação popular, passa-se ao estudo desse princípio em relação ao conceito de *Community Core Values*, conforme disposto no Caso 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA).

3.2. *Community Core Values* e a participação da comunidade no processo de decisão ambiental: Estudo de Caso 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA)

Em relação à participação social tanto os investidores como o Governo Canadense reconhecem que a reação popular pode influenciar na decisão. Diante desses fatos, possibilitou o encaminhamento do projeto para a discussão do Painel e com isso viabilizou a elaboração do Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report).

A preocupação da população tornou-se, assim, a peça-chave para a elaboração do Relatório, representando tanto a justificativa de estudo do Painel, como a justificativa de resultado após o Relatório. Esse ponto representa o ápice da aplicação do princípio do democrático no direito ambiental.

Nesse aspecto o princípio do democrática assegura aos cidadãos o direito, nas formas previstas em lei e, nesse caso, por meio da apresentação de propostas nas audiências públicas realizadas, de participar das discussões para a elaboração de ações de defesa do meio ambiente, bem como obter informações dos órgãos públicos e dos empreendimentos que utilizaram os recursos naturais⁸⁴

Assim, a atuação do princípio democrático representa e configura real do princípio da participação popular que está centrada no fortalecimento da democrática, por meio do acesso as informações e a discussão de diversos pontos de vistas⁸⁵.

Diante disso, pode-se observar no estudo do Caso 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA) que a participação popular foi um dos princípios que embasaram a elaboração do Relatório *Joint Review Panel* (JRP Report) que está contido na decisão arbitral ora estudada.

Importante destacar que o Relatório aborda que houve uma grande participação da sociedade local durante as audiências públicas. Essa participação foi realizada de forma direta com apresentação dos pontos que eram favoráveis a comunidade. Em virtude disso, o Painel, ao elaborar o Relatório, definiu que o estilo de vida tradicional, os valores e a cultura são fatores que devem ser considerados, pois a não observância destes causaria danos irreversíveis aos padrões sociais e culturais da vida familiar na sociedade afetada pelo projeto. E seria esse o entendimento da comunidade inserida no entorno do projeto proposto para implantação da pedreira.

Surge, nesse instante, um dos argumentos descritos no Caso 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA) em relação à verdadeira oportunidade de participação popular. No julgado consta que não houve oportunidade de participação, fator que teria prejudicado a transparência dos atos e como consequência do próprio processo administrativo que negou a implantação. O Comitê aponta que a apresentação das informações que detinha sobre o projeto era essencial para a tomada de decisão do Governo Canadense, evitando-se, assim, a propagação e/ou o medo do projeto.

O ponto questionado acima representa a possível apresentação unilateral dos fatos para a comunidade, representando uma possível tendência das decisões e da comunidade em relação à negativa ou não do projeto da pedreira no local.

Em relação a esse aspecto, é importante destacar que uma participação ativa da população implica uma maior consciência da importância da conservação dos recursos naturais. Contudo, é importante considerar que toda a participação, mais cedo ou mais tarde vai perder credibilidade se não se baseia em estrito respeito pela lei por aqueles que afirmam isso⁸⁶.

Os investidores apontam que houve forte apoio popular para o projeto, tendo em vista a criação de empregos pelo projeto. Apontam, ainda, que a criação desses empregos pelo projeto seria “vital” para o futuro econômico da região.

Já o Governo aponta que o projeto carece de apoio público. Pois, durante as 14 reuniões realizadas pelo *Community Liaison Committee*, nos anos de 2002 e 2003,

<[http://idosi.org/aejaes/jaes6\(5\)/7.pdf](http://idosi.org/aejaes/jaes6(5)/7.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2016.

84 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

85 GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

86 BROWN, A. et al. *La Situación Ambiental Argentina*. 2005. Disponível em: <<http://www.fvsa.org.ar/situacionambiental/Preliminares.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

existia um alto índice de preocupação da sociedade local sobre a proposta do projeto. Dentre as preocupações apresentadas, destacam-se o impacto negativo do projeto sobre o meio ambiente, as águas subterrâneas, turismo e bem-estar da comunidade.

Percebe-se que as justificativas apresentadas pelas partes envolvem o aspecto social em ambos os casos. Para os investidores, o emprego é a base da justificativa socioeconômica. Já o Governo Federal aponta, além do enfoque empregatício pela geração de riquezas com o turismo, também, a manutenção da qualidade de vida da população.

Como se pode observar, Relatório considerou, além das questões físicas do ambiente, também, os efeitos socioeconômicos. Considerou, como já mencionado, os *Community Core Values* como ponto base para a não implantação do projeto. Em especial, considerou, conforme a participação popular, a necessidade de que os investidores fornecessem informações sobre a existência do ambiente humano e sobre os padrões sociais e culturais, indo além dos aspectos técnicos e ambientais do projeto.

A influência da dimensão cultural (padrões sociais e culturais expostos acima) é vista como um dos focos do aspecto social, pois refere-se ao equilíbrio entre tradição e inovação, com capacidade de autonomia para a elaboração de um projeto racional e endógeno⁸⁷.

Observa-se que é essencial existir equilíbrio entre as dimensões social, econômica e ambiental. Assim, os argumentos dos investidores e do Governo são válidos. Mas devem ser feitos em equilíbrio. Não apenas considerando um ponto em desfavor de outro.

A grande dificuldade é definir como ponderar esses argumentos em um eixo único e em equilíbrio, pois outros fatores são colocados como peças fundamentais na discussão ora suscitada. Sobre esse ponto, o desenvolvimento sustentável deve ir além das dimensões apontadas no Relatório “Nosso Futuro Comum” ou “Relatório Brundland”, que define que a sustentabilidade possui 03 (três) dimensões, quais sejam: social; econômica e ambiental. O desenvolvimento sustentável é um processo que está em constante mudança, na qual os processos de exploração dos recursos, bem como a orientação dos investimentos tecnológicos es-

tao de acordo com as necessidades futuras. Portanto, o desenvolvimento sustentável deve considerar além das dimensões social; econômica e ambiental, também as dimensões: territorial; política (nacional e internacional) e cultural, para a manutenção da qualidade de vida da população, garantindo, assim, o bem-estar social⁸⁸.

Outro ponto que deve ser considerado é em relação à participação popular e sua ligação com a garantia do conhecimento tradicional. O Relatório definiu que o estilo de vida tradicional, os valores e a cultura são fatores que devem ser considerados na implantação do projeto. Para o caso em estudo, o Relatório apontou que o projeto prejudicaria a vida, valores e a cultura tradicional da comunidade do entorno do empreendimento.

Importante destacar que um dos parâmetros que define uma comunidade é a caracterização da autoidentificação⁸⁹, que se qualifica pelos critérios especificidade (regido pelos costumes, tradições e legislações próprias) e vulnerabilidade (especiais –comunidades protegidas)⁹⁰. Assim, a peculiaridade de cada comunidade deve ser o ponto angular de atuação do Estado quando da análise de implantação de empreendimentos.

Nesse sentido, o aumento da consciência ambiental de uma comunidade deve ser acompanhado por um maior respeito por todos os cidadãos, bem como uma série de mudanças de atitudes cada vez mais específicas⁹¹.

Verifica-se, desse modo, que a adoção de critérios relacionados ao estilo de vida tradicional, os valores e a cultura da comunidade do entorno do projeto deve sim serem considerados pelas autoridades. Contudo, frisa-se que a mudança na sociedade representa o exercício da razão e do livre arbítrio e pode ser feito de forma natural, assim, o fato de não aceitar o projeto naquele momento não implica cancelamento total da proposta.

As pessoas são livres para fazer um balanço e al-

88 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

89 Termo que vem sendo estudado (em andamento) pelo sub-grupo de pesquisa “A consulta prévia das comunidades locais” que compõe o Grupo de Pesquisa “Novas tendências do Direito Internacional” do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

90 Diversas são as legislações internacionais e brasileiras que atribuem o caráter de auto-identificação dessas comunidades, como por exemplo a Convenção n.º 169 da OIT; a Constituição Federal do Brasil (Capítulo VIII) e a Lei n.º 13.123/2015.

91 BROWN, A. et al. *La Situación Ambiental Argentina*. 2005. Disponível em: <<http://www.fvsa.org.ar/situacionambiental/Preliminares.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

87 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

ter os padrões de aceitação, não precisando ser um processo aleatório. O desenvolvimento do processo de deliberação tende a ser introspectivo e consciente para a tomada de decisão. Tal fato está intimamente ligado ao desenvolvimento da comunidade de forma participativa, implicando, assim, a aplicação dos efeitos dos princípios da participação popular ou social.

Em relação a esse aspecto, os investidores apontam que houve uma expansão da definição de questões de conhecimento tradicionais de questões indígenas para a visão de todos os residentes na área. Fato plenamente aceitável quando se considera as especialidades e a vulnerabilidade de cada comunidade, conforme exposto acima, devendo a autoidentificação nortear os caminhos em cada caso concreto, considerando as peculiaridades de cada comunidade.

O Tribunal ao analisar a avaliação ambiental realizadas pelo Relatório verificou que foram observados os potenciais impactos sobre os padrões sociais e culturais da população local, além da organização social nas proximidades do projeto. Considerou-se os efeitos sobre os estilos de vida tradicionais, valores e cultura.

O maior problema quando se analisa um indeferimento de empreendimentos que não colocou o posicionamento da empresa em primeiro lugar é que haveria influências políticas como justificativa para a negativa. Esse, também, é o argumento utilizado pelos investidores. Os investidores argumentam que apenas os líderes da comunidade não objetivavam o deferimento do projeto. A influência política desses líderes foram base para o indeferimento do projeto pelo Governo Canadense.

Sobre a influência da política na definição do aspecto sustentabilidade, é importante frisar que na ampliação do conceito de desenvolvimento sustentável, como já apontado acima, houve uma ampliação do tripé ecossocioeconômico, passando a dimensão política, também, a ser considerada na análise da sustentabilidade. A dimensão política que foi subdividida em nacional e internacional considera a democracia definida em termos de apropriação universal dos direitos humanos, deve fomentar o desenvolvimento da capacidade do Estado para implementar o projeto nacional, em parceria com todos os empreendedores e um nível razoável de coesão social (quando a Política Nacional) e no sistema de prevenção de guerras, na garantia e na promoção da cooperação internacional, princípio de precaução na gestão do meio ambiente e dos recursos naturais e prevenção

das mudanças globais negativas (quando da Política Internacional)⁹²

Assim, conclui-se que, apesar das dimensões acrescentadas pelos autores, a sustentabilidade mantém seu caráter principal que é a preservação do meio ambiente para que as gerações futuras possam desfrutar dele, destacando a necessidade de boa qualidade de vida das populações em função do aspecto social⁹³. A participação da comunidade deve ser entendida não apenas como um mecanismo de governança eficiente, mas para decidir sobre políticas e sua implementação. A participação é entendida como uma instância de poder das comunidades⁹⁴.

Cabe ponderar, porém, se as audiências públicas realmente efetivam o princípio da participação popular? E se, no presente caso, o líder, realmente, pode ser considerado um representante da sociedade.

Como já apontado acima, as audiências públicas contribuem para um reexame de todos os aspectos do empreendimento, possibilitando a ampla participação popular⁹⁵. Porém, se o acesso à audiência for limitado? Existirá essa efetiva participação da sociedade? A exigência de um cadastro prévio pode ser considerado um limitador do papel democrático das audiências públicas?

Em relação a esse aspecto, também, no Brasil há a utilização de cadastro de entidades convidadas e demais interessados em participar da audiência pública, definindo um tempo limite para apresentação das inscrições dos respectivos representantes com identificação precisa quanto ao posicionamento que será manifestado pelo expositor⁹⁶. Tal fato se identifica com o definido pelo Caso n.º 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA),

92 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

93 COMISSÃO BRUNDLAND. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Relatório Nosso Futuro Comum*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1991.

94 LACABANA, Miguel; CARIOLA, Cecilia. Construyendo la participación popular y una nueva cultura del agua en Venezuela. *Cuadernos Del Cendes*, v. 22, n. 59, p. 111-136, maio-ago, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org/ve/scielo.php?script=sci_artt_ext&pid=S1012-25082005000200007>. Acesso em: 09 mar. 2016.

95 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

96 Tal fato é exposto nas audiências públicas que serão realizadas pelo Suprema Corte brasileira para contribuição em relação aos esclarecimentos técnicos, econômicos e ambientais sobre o Novo Código Florestal, conforme notícia exposta no link: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=prevista>. Acesso em: 20 mar. 2016.

quando a utilização apenas de líderes da comunidade nas audiências?

A definição de líderes representativos da sociedade, com realização de prévio cadastro, como descrito no caso brasileiro tem o mesmo fundamento atribuído pelo Painel no caso Canadense. Nesse ponto, dada a oportunidade de apresentação dos líderes e apoio da sociedade a estes, é plenamente aceitável, dentro do Estado-Democrático de Direito que estes representem a população do local na arguição de suas expectativas. O fato de articular cadastro representa mera formalidade e organização técnica para a condução das audiências. Assim, tais elementos não retiram a efetivação da participação popular nas audiências públicas. Contudo, importante destacar que a realização dessas particularidades não retira a possibilidade de limitar a participação popular em etapa posterior, por exemplo, no momento de realização da audiência pública restringir a palavra dos líderes em plenária.

Outro ponto que deve ser considerado é em relação às audiências públicas realizadas pelo *Joint Review Panel (JRP Report)*, organismo autônomo responsável pela elaboração do Relatório, como já mencionado ao longo do texto. Destaca-se que foram organizadas audiências para abordagem dos principais temas envolvidos com o projeto, por exemplo: análise cumulativa dos efeitos, princípio da precaução, gestão adaptativa, medidas de mitigação e pedidos de informações aos investidores.

A realização de audiências públicas representa um grande passo para a consolidação da participação popular nas questões ambientais, principalmente quando se trata de atividades que podem causar impactos em toda uma sociedade.

Um grande instrumento de representação do princípio da participação popular são as audiências públicas. No presente caso, o Painel realizou diversas audiências com a comunidade local. Os apontamentos apresentados pela população foram ponderados pelo Painel e passaram a fazer parte do Relatório, contribuindo para a decisão de indeferimento do projeto. Observa-se que o indeferimento tem como base os *Community Core Values* e somente foi possível identificar esses valores por meio da oitiva da comunidade. Portanto, pode considerar que um dos instrumentos que norteou a elaboração do Relatório com base no *Community Core Values* foi a realização das audiências públicas, com a coleta das opiniões e definição do senso comum.

Importante destacar que o Painel realizou reuniões nos locais próximos ao projeto e levou em consideração as observações do público e das partes interessadas para assim definir seu parecer final.

Em relação à participação da comunidade nas audiências públicas, existe divergência entre o apontado pelo Painel/Governo Canadense e os investidores. O Governo aponta ampla participação da comunidade local nas reuniões. Já os investidores apontam que apenas estava os líderes comunitários.

Essa divergência nos leva a analisar o papel do líder comunitário em uma sociedade. O líder muitas vezes não precisa ser escolhido por votação. Mas este deve ser capaz de entender os problemas e dificuldades da comunidade e fazer o elocom todos os entes governamentais e empresas que possam afetar o bem-estar da sociedade que está inserido.

Nessa perspectiva, as audiências devem ser realizadas com foco nos atores capazes de tomar decisões (os políticos, juizes, legisladores, líderes empresariais em geral), formadores e geradores de informação (educadores, cientistas, jornalistas) e consumidores⁹⁷. Evitando-se, assim, que apenas os ditos “líderes” sejam considerados no momento de definir as decisões, aplicando, de forma eficiente, o princípio da participação popular.

Importante destacar que o Governo afirma que o conceito de *Community Core Values* não está definido, apenas, nas opiniões expressas em audiências, mas em vários documentos próprios da comunidade, destacando a variedade de políticas e leis federais e provinciais que apontam ideias contrárias a recepção de projetos da natureza do caso ora analisado.

Outro ponto criticado pelo Tribunal refere-se ao fato de o Painel não ser um fórum que visa conhecer a vontade da maioria, além de apontar estudo realizado que define que muitos cidadãos não foram devidamente informados sobre questões envolvendo o empreendimento, motivo que ensejou a repulsa social. Em relação a esse aspecto, é importante frisar que cabe ao empreendedor realizar ações informativas sobre o seu projeto, tal fato contribui para uma melhor aceitação dos empreendimentos. Afinal, a informação capacita a população e contribui para uma relação harmônica entre sociedade, empresa e governo.

97 BROWN, A. et al. *La Situación Ambiental Argentina*. 2005. Disponível em: <<http://www.fvsa.org.ar/situacionambiental/Preliminares.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

A Convenção de Aarhus, celebrada 17 de Fevereiro de 2005, define o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente, ao definir “público interessado” afirma que, para os fins da definição, as organizações não governamentais são consideradas como tendo interesse em participar do processo decisório ambiental, desde que atuem em prol da proteção do meio ambiente e preencham as condições exigidas pelo direito interno dos países.

Assim, no campo ambiental, os representantes políticos, dotados do ato político, capaz de transmutar o interesse coletivo em interesse público, não podem ser os únicos canais de reivindicações ambientais, mormente pela natureza difusa do bem.

Ademais a opinião pública pode evoluir a luz das informações, inclusive após a elaboração do Relatório, tendo em vista os apontamentos apresentados neste. Assim, o processo ambiental não pode ser visto como um fim na viabilidade de empreendimentos, deve ser vista como a possibilidade de apresentar mudanças no desenho do projeto ou de definir medidas de mitigação. Afinal, o empreendimento deve ser pautado no desenvolvimento sustentável, não apenas na proteção socioambiental ou socioeconômica, deve existir o equilíbrio dos três eixos: social, ambiental e econômico, como já exposto acima.

Por fim, importante frisar que ambas as partes concordaram no processo houve um conjunto de decisões tomadas pelo Governo Canadense e o Governo Provinciano no intuito de negar a implantação do projeto e não apenas consideraram o disposto no Relatório. Contudo, como o ponto principal deste trabalho é articular o conceito de *Community Core Values* com dois princípios fundamentais do Direito Ambiental, quais sejam: princípio da precaução (já abordado na primeira parte) e o princípio da participação popular (tema dessa segunda parte). Passa-se neste momento ao estudo da efetivação deste último princípio no controle de atividades de alta complexidade com foco na utilização do conceito de *Community Core Values*.

3.3. A efetivação do princípio da Participação Popular em instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental: A significação do conceito de *Community Core Values*

O *Community Core Values*, utilizado como base para a elaboração do Relatório *Joint Review Panel (JRP Report)*,

representa conceito importante a ser considerado, também, em relação ao princípio da participação popular.

No caso 2009-04 - *Permanent Court of Arbitration* (PCA), houve grande discussão sobre a adoção desse termo pelo Painel, sendo apontado pelos investidores que o conceito de *Community Core Values* não pode ser considerado fundamento para decisão de projetos envolvendo a questão ambiental, estando, assim, realizando violação do padrão mínimo internacional constituído pela falta de fundamentação da decisão pelos Governos Federal e Provinciano do Canadá.

O Painel considera os *Community Core Values* como sendo um componente ambiental valorizado, sendo peça-chave para a definição da vontade popular na proteção do ecossistema. As mudanças no complexo ambiental, para o Painel são consideradas como adverso ao objetivo da coletividade e não podem ser mitigados da forma que formam expostos.

Contudo, mesmo diante destes fatores, o Tribunal considera que, independentemente da abordagem do conceito de *Community Core Values*, o Painel negou acesso a possíveis mitigações que os Investidores poderiam apresentar, prejudicando a tomada de decisão final por parte do Governo.

Em verdade esse ponto foi amplamente discutido perante ao *Permanent Court of Arbitration* (PCA), principalmente quando da necessidade de apresentação de propostas de medidas mitigadoras por parte do Painel. Sendo decido pelo Tribunal que o Relatório deveria ter apresentado as propostas de mitigação, pois a não apresentação infligiria legislação do Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA - *North American Free Trade Agreement*).

Observa-se que o Tribunal não entrou em consideração da matéria discutida, qual seja, a aplicação do conceito de *Community Core Values*, como apontado pelo Painel. O Tribunal considerou, apenas, o não cumprimento de norma internacional, abordando que não seria coerente com o NAFTA em relação ao nível de tratamento dos investidores (estrangeiros).

Este ponto surge um novo foco de pesquisa, que não será fruto da abordagem nesse momento, mas que poderá nortear outro trabalho, qual seja: até que ponto a vontade popular pode ser deixada de lado para o cumprimento de normas legais impostas pela atividade empresarial, por exemplo: normas de comércio internacional?

Apesar do indeferimento do posicionamento do Relatório pelo Tribunal, este desempenhou papel preponderante na construção do conceito *Community Core Values*. Sendo este o ponto a ser observado neste momento.

Como apontado no item 2.3, a Constituição Federal de 1988 impõe ao Poder Público, §1º inciso V do art. 225) o controle de situação de risco de atividades que possam gerar danos ao meio ambiente. Assim, o controle de riscos é imposto ao Estado, por meio da aplicabilidade do princípio da precaução, por ser ele o representante da coletividade.

Contudo, cabe, também, à sociedade, conforme disposto no caput do art. 225, o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Portanto, em se tratando da própria coletividade, representativa dos seus cidadãos, tendo em vista a preocupação com o meio ambiente, importante destacar representa responsabilidade comum de toda a sociedade.

Neste aspecto, os cidadãos da sociedade de risco “conforme sua cultura e experiências negativas de desconfiança na capacidade de seu próprio Estado em controlar riscos, criam comunidades paralelas de regulação e normalização, com base em instituições paraestatais ou não estatais”⁹⁸.

Surge, assim, também, a influência da participação popular e do conceito *Community Core Values* como pontos centralizadores para o controle de riscos ambientais.

A atuação do terceiro setor na definição de ações de participação popular, no que tange ao meio ambiente, representa a participação ativa da população no processo ambiental, estando em plena evolução legal e social⁹⁹, atuando, ainda, no respeito à educação e disseminação de informações¹⁰⁰.

A percepção da participação democrática da comunidade nos aspectos ambientais que integram a região onde está inserida a sociedade de risco representa “um

ramo do direito marcado por forte policronia, em função dos diferentes contextos nacionais, interesses envolvidos e percepção dos atores nacionais em relação ao meio ambiente”¹⁰¹. Tal fato já foi abordado acima, quando a apresentação do terceiro setor e o seu papel na participação popular.

Importante destacar que, com o surgimento de inúmeros atores (neles representativos as empresas, terceiro setor, organizações transnacionais e sociedade civil como um todo), o poder político foi fragmentado, não cabendo mais somente ao Estado centralizar esse poder¹⁰², principalmente em relação à proteção ambiental.

A principal característica do direito ambiental é a presença de uma solidariedade ambiental que dá origem a deveres e a obrigações para com a natureza¹⁰³. Por conseguinte, se o pleno direito está envolvido, deve ser reconhecido que a situação está além da legislação ambiental, com base em funções¹⁰⁴.

Essa solidariedade em prol do meio ambiente passou a ser conhecida como fenômeno de EcoDemocratização do Sistema Político, incorporando a dinâmica política novos atores para finalidades específicas (como é a proteção ambiental), repercutindo, também, em uma reconfiguração do Estado e de suas funções¹⁰⁵.

Essa reconfiguração das funções é fundamentada pelo instituto da cooperação transnacional que representa mecanismo para a realização de pesquisas e aplicação de ciência/tecnologia, ocorrendo cada vez mais de forma acelerada com a globalização. Existe um verdadeiro crescimento exponencial dessa produção.

98 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 51.

99 BALBINO, Michelle Lucas Cardoso Balbino; LANGA, Priscilla Kelly Pereira Baptista. Organizações não governamentais (ONGs) como elemento estruturante da cooperação internacional: novas perspectivas do direito internacional ambiental. In: SILVA, Juscelino; BUÉRE, Débora; SISCAR, Crisnanda. *Direito e suas Vicissitudes na Era da Comunidade Global*. Belo Horizonte: JSeditores, 2014. p. 406-436.

100 BROWN, A. et al. *La Situación Ambiental Argentina*. 2005. Disponível em: <<http://www.fvsa.org.ar/situacionambiental/Preliminares.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

101 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 304.

102 ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. *Revista Seqüência*, n. 53, p. 9-28, dez. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15090/13745>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

103 FRACCIA, Fabrizio. The Legal Definition of Environment: From Rights to Duties. *The Social Science Research Network (SSRN) Electronic Journal*, nov. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=850488>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

104 FRACCIA, Fabrizio. The Legal Definition of Environment: From Rights to Duties. *The Social Science Research Network (SSRN) Electronic Journal*, nov. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=850488>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

105 ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. *Revista Seqüência*, n. 53, p. 9-28, dez. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15090/13745>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

Realizando-se redes interdisciplinares com atuação de diversos atores, como corporações, Estados, agências intergovernamentais e terceiro setor¹⁰⁶.

Visando uma melhor contribuição para o cumprimento do princípio da cooperação entre os povos, o Brasil promulgou, em 1998, a Lei n.º 9.605, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, onde define a cooperação internacional para a preservação do meio ambiente, apontando no artigo 77 que o Brasil prestará cooperação necessária a outros países, contudo, sem ferir a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, ressaltando, no artigo 78, que, para facilitar o intercâmbio rápido e seguro de informações com órgãos de outros países, é necessário a manutenção de um sistema de comunicações apto para esse fim.

Sobre esse aspecto, é importante frisar que essa cooperação transnacional surge da necessidade de lidar com riscos compartilhados por todos estes atores, fator que representa a acessão de um “novo arranjo social, cujos anseios não se fundam, apenas, na promoção do bem-estar social, mas na busca de respostas adequadas e democráticas para uma sociedade global de riscos”¹⁰⁷.

Por fim, o Tribunal, ao analisar a ênfase dos *Community Core Values* no Relatório, apontou que o termo não foi mencionado anteriormente em nenhum estatuto, regulamento ou orientação. Apontou, ainda, que o conceito não levava em consideração a política do governo Canadense e estava em desacordo com a política e leis da CEAA.

Muito se discute, hoje, no mundo acerca do respeito ao aspecto social nas atividades. Porém, a utilização do argumento em relação ao *Community Core Values* representa a inauguração de novo patamar da aplicação do desenvolvimento sustentável no mundo, em que as observâncias apenas dos aspectos ambientais e econômicos não são o bastante para alcançar a proposta do instituto da sustentabilidade.

106 VIOLA, Eduardo. A Globalização da Política Ambiental no Brasil, 1990-1998. INTERNATIONAL CONGRESS OF THE LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION. 21., Panel ENV 24, Social and Environmental Change in the Brazilian Amazon; The Palmer House, Chicago, USA, 24-26 Setembro de 1998. Disponível em: < <http://lasa.international.pitt.edu/LASA98/Viola.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

107 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 45.

Como se pode observar, o conceito de *Community Core Values* considerou como fundamento para sua existência a real intenção existente na sociedade, tendo em vista a busca constante da sociedade de risco para com o respeito aos valores éticos e culturais pelos empreendimentos que atuam em atividades com utilização de recursos naturais e com risco para a proteção ambiental.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, ao longo de todo o trabalho, que o conceito de *Community Core Values*, mesmo representando sendo novo, já possui aplicabilidade. Está estruturado nos valores que fundamental o Direito Ambiental, contudo, sendo necessária a delimitação desse conceito e melhor articulação para real efetivação do valor da sociedade para a aplicação de projetos de alta complexidade ambiental.

Em relação ao princípio da precaução, observa-se que está embasa os fundamentos do Estado para a atuação no controle de riscos ambientais, estando, também, presente na caracterização do conceito de *Community Core Values*, tendo em vista a necessidade de atuação em prol da proteção ambiental mesmo diante das incertezas científicas.

Já o princípio da participação popular representou nova significação na atuação da sociedade, representativo por diversas frentes (como por exemplo o terceiro setor), frente à vontade de uma sociedade, tendo como fundamentos para a realização de atitudes em prol da proteção ambiental. Representando, assim, a primeira vez que a opinião atual das comunidades do entorno foi considerada para negar a implantação do projeto de alta complexidade ambiental, mesmo não tendo perdurado após decisão proferida pelo *Permanent Court of Arbitration* (PCA).

Portanto, tanto os princípios da precaução como da participação popular contribuíram para a formação do conceito de *Community Core Values* presente no Relatório JRP no caso em estudo. Esse conceito representa a efetividade da utilização do valor fundante de uma comunidade para a realização de ações e utilização de instrumentos de controle de atividades de alta complexidade ambiental.

Representa o primeiro passo para a construção de uma visão excepcionalmente forte e bem definida do

futuro da comunidade envolvida, sendo este parâmetro plenamente aceitável para integração de novos instrumentos de controle de atividades de potencial impacto socioambiental, com vistas a evitar o risco ou mitigá-lo por meio de medidas de reparação ou compensação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Legislação Comentada Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO, Gabriela Müller Carioba. Análise do princípio da precaução e suas implicações no estudo de impacto ambiental. ENCONTRO ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE. 2., 2004, Indaiatuba. *Anais eletrônicos...* Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro2/GT/GT09/grabriela.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BAGHERIAN, R. et al. Factors Influencing Local People's Participation in Watershed Management Programs in Iran. *American-Eurasian J. Agric. & Environ*, p. 532-538, 2009. Disponível em: <[http://idosi.org/aejaes/jaes6\(5\)/7.pdf](http://idosi.org/aejaes/jaes6(5)/7.pdf)>. Acesso em: 09 mar. 2016.

BALBINO, Michelle Lucas Cardoso Balbino; LANGA, Priscilla Kelly Pereira Baptista. Organizações não governamentais (ONGs) como elemento estruturante da cooperação internacional: novas perspectivas do direito internacional ambiental. In: SILVA, Juscelino; BUÉRE, Débora; SISCAR, Crisnanda. *Direito e suas Vicissitudes na Era da Comunidade Global*. Belo Horizonte: JSeditores, 2014. p. 406-436.

BARROS, Sergio R. S. Barros; WASSERMAN, Julio Cesar; LIMA, Gilson B. A. Lima. Risco Ambiental na zona costeira: uma proposta interdisciplinar de gestão participativa para os Planos de Controle a Emergências dos portos. *Revista da Gestão Costeira Integrada*, 6 maio 2010. Disponível em: <http://www.aprh.pt/rgci/pdf/rgci-173_Barros.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regula os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança

e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

BROWN, A. et al. *La Situación Ambiental Argentina*. 2005. Disponível em: <<http://www.fvsa.org.ar/situacionambiental/Preliminares.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

COGAN, Jacob Katz. National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law: A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 4, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1497064>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

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

CORRÊA, Rosany; RUIZ, Mauro Silva; ROIC, Ennani. Conflitos Socioambientais Relacionados aos Impactos do Uso e Ocupação do Solo pela Mineração Subterrânea de Carvão em Criciúma – SC. ENANPAD 2014. 38., 2014, Rio de Janeiro. *Anais eletrônicos...* Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2014_EnANPAD_APB1457.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.

FISHER, Elizabeth. Opening Pandora's Box: Contextualising The Precautionary Principle In The European Union. *University of Oxford Faculty of Law Research Paper Series*, jan. 2007. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

FRACCIA, Fabrizio. The Legal Definition of Environment: from Rights to Duties. *The Social Science Research Network (SSRN) Electronic Journal*, nov. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=850488>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais. Lições de método decorrentes do caso da vaca louca.

- In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 165.
- GOKLANY, Indur M. Applying the Precautionary Principle to Genetically Modified Crops. Center For The Study Of American Business. *Policy Study Number 157*, ago. 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=246530>. Acesso em: 06 jan. 2016.
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- LACABANA, Miguel; CARIOLA, Cecilia. Construyendo la participación popular y una nueva cultura del agua en Venezuela. *Cuadernos Del Cendes*, v. 22, n. 59, p. 111-136, maio-ago, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012-25082005000200007>. Acesso em: 09 mar. 2016.
- LANDER, Edgardo. El Estado y las tensiones de la participación popular en Venezuela. *OSAL*, Buenos Aires, ano 8, n. 22, sept. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22Lander.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.
- LEROY, Maya. Méthodes participatives dans le cadre des rapports Nord-Sud: une revue critique. *L'envi ronnement en débat*. Dez. Concer tat ion, décision et envi ronnement. 2006. Disponível em: <http://www.agro-paristech.fr/geeft/Downloads/Pub/Leroy_2006_Concer_Decision_Env_-_Methodes_participatives.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2016.
- LEUZINGER, Márcia et al. A efetividade do princípio da precaução em unidades de conservação no Brasil. *Law for Sustainability*, jun. 2015. Disponível em: <http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/principio_da_precaucao_em_unidades_de_conservacao_no_brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MORESI, Eduardo Amadeu Dutra. *Monitoração ambiental e complexidade*. Tese (Doutorado)- Faculdade de Estudos Sociais aplicados da Universidade de Brasília, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4920/1/2001_EduardoAmadeuDutraMoresi.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.
- ORI, Boizo. Crise, gestion municipale et participation populaire ou jeux de pouvoirs dans la ville. In: CONTA-MIN, Bernard ; MEMEL-FOTE, H. (Ed.) *Le modèle ivoirien en questions : crises, ajustements, recompositions*. Paris: Karthala; Orstom, 1997. p. 417-428. Disponível em: <http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/pleins_textes_7/b_fdi_03_03/010012783.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2016.
- ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. *Revista Sequência*, n. 53, p. 9-28, dez. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15090/13745>>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SADELEER, Nicolas de. Comentários sobre o status no direito internacional de três princípios ambientais. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. *A proteção Internacional do Meio Ambiente*. Brasília: Unb, UniCEUB, 2009. p. 76. (Série Direito Ambiental. v. 4).
- SADELEER, Nicolas de. O Estatuto do Princípio da Precaução no Direito Internacional. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 57.
- SAUTER, Raphael; WATSON, Jim. Strategies for the deployment of micro-generation: Implications for social acceptance. *Energy Policy*, p. 2770-2779, 2007.
- SHELTON, Dinah. Developing substantive environmental rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, v. 1, n. 1, p. 89-120, Mar. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1576508>>. Acesso em: 07 jan. 2016.
- SILVA, Solange Teles da. Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004. p. 87.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.
- VIOLA, Eduardo. A Globalização da Política Ambiental no Brasil, 1990-1998. INTERNATIONAL CON-

GRESS OF THE LATIN AMERICAN STUDIES ASSOCIATION. 21., Panel ENV 24, Social and Environmental Change in the Brazilian Amazon; The Palmer House, Chicago, USA, 24-26 Setembro de 1998. Disponível em: < <http://lasa.international.pitt.edu/LASA98/Viola.pdf>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

VIRIYO, Aggarin. Principle of Sustainable Development in International Environmental Law. *The Social*

Science Research Network (SSRN). 22 ago. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2133771>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey/ESMPU, 2004.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Discussões biotecnológicas quanto aos organismos geneticamente modificados no âmbito da OMC: do contencioso ao acordo de vontades entre Argentina e União Europeia
Biotechnological discussions about the genetically modified organisms in WTO: from litigation to agreement between Argentina and European Union

Gustavo Paschoal Oliveira

Discussões biotecnológicas quanto aos organismos geneticamente modificados no âmbito da OMC: do contencioso ao acordo de vontades entre Argentina e União Europeia*

Biotechnological discussions about the genetically modified organisms in WTO: from litigation to agreement between Argentina and European Union

Gustavo Paschoal Oliveira**

RESUMO

Artigo resultado de pesquisa com o propósito de explicar o conteúdo das premissas e procedimentos que conduziram o acordo de vontades entre Argentina e União Europeia, em contencioso sobre as restrições à importação de organismos geneticamente modificados (OGMs), no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC); valeu-se da abordagem dedutiva, realizando a análise descritiva de caso paradigmático. A descrição foi cotejada com a doutrina especializada e com os Acordos Constitutivos da OMC – Acordo sobre Agricultura, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. Estruturou-se o artigo em duas seções. Coube à primeira discorrer sobre o descumprimento de tratado celebrado entre os sujeitos internacionais, evidenciando argumentos de cada um, bem como a submissão do caso à OMC, para análise e decisão. A segunda seção tratou de tecer comentários sobre o acordo entre as partes, por meio de diálogos e cooperação científica, na busca de convergência de entendimentos quanto às questões biotecnológicas, comércio e meio ambiente equilibrado. Constatou-se preocupação tanto da OMC quanto das partes envolvidas em respeito ao cumprimento do princípio da precaução, bem como inovação ligada à forma encontrada para administração das indagações de divergências: acordo relativo à pesquisa, comercialização e consumo de OGMs.

Palavras-chave: Caso paradigmático. Organismos geneticamente modificados. Comércio. Meio Ambiente equilibrado.

ABSTRACT

This article is a result of a research with the purpose to explain the premises content and the procedure that conduced the agreement between Argentina and European Union in litigation about the restrictions of genetically modified organisms in the Dispute Resolution Body of World Trade Orga-

* Recebido em 30/04/2016
Aprovado em 26/07/2016

** Possui Mestrado em Direito - Constituição e Processo - pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca - UNIFRAN. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUC/GO. Docente na Universidade Federal do Tocantins - UFT e no Centro Universitário Luterano de Palmas - CEULP/ULBRA. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil - APRODAB. Diretor Financeiro da Escola Superior de Advocacia e Vice-Presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB, Seccional Tocantins. Advogado. *Email:* gustavopaschoal1@gmail.com

nization. This research was done by the deductive method making a descriptive analysis of a pragmatic case. The description was based on the specialized doctrine and constitutive agreements of WTO – Agreement on Agriculture, General Agreement on Tariffs and Trade, Implementing Agreement on the Sanitary and Phytosanitary Measures and Agreement on Technical Barriers to Trade. This article is structured in two sections. The first one is responsible to relate the violation of the agreement signed among the international parties highlighting the arguments of each one as well the submission of this case to WTO to analyze and decide. The second one is responsible to bring commentaries about the deals done through dialogues and scientific cooperation to achieve the convergence of understandings about the biotechnological questions, trade and healthy environment. It was realized the concerning of WTO with the engaged parties related to the compliance of precaution principle as well the innovation linked to the path found by the administration of divergence questions at the agreement related to the research, trade and consumption of genetically modified organisms.

Keywords: Paradigmatic case. Genetically modified organisms. Trade. environment.

1. INTRODUÇÃO

A solução de controvérsias entre Argentina e União Europeia (UE) perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC), também conhecida como WT/DS293 ou EC-Biotech, em princípio parece tratar somente sobre questões de comércio internacional, quanto à suposta moratória e/ou restrições de importação de organismos geneticamente modificados (OGMs) e derivados. Estados Unidos (EUA) e Canadá, em situação análoga, também solicitaram consultas. Diversos Estados juntaram-se em tal disputa como terceiros interessados, com o intuito de retomada de exportações de produtos de biotecnologia para a União Europeia.

Os OGMs detêm a propriedade de suscitar questões em inúmeras áreas, sobretudo nos âmbitos econômico, ambiental e sanitário. Versa, o caso em tela, de problemática vinculada às correlações entre meio ambiente, Direito Internacional Público e operações financeiras, no âmbito de um ambiente jurídico que tem por escopo

salvaguardar interesses e direitos comerciais entre sujeitos internacionais.

O estudo que ora se inicia tem por finalidade demonstrar a relação entre a proteção ambiental e direito do comércio internacional, por meio de análise de caso, considerado como paradigmático em âmbito internacional. Para tanto, mister se faz compreender a disputa comercial WT/DS293 por meio de situações fáticas e argumentos apresentados pelas partes, com o intuito de averiguar se as medidas de salvaguarda tomadas pela UE, no tocante à proibição de importação e comercialização de produtos biotecnológicos (OGMs), possuem devido amparo no princípio da precaução. Essa constatação será possível por meio da análise dos pareceres conclusivos do painel no âmbito do OSC.

Para devida análise sistêmica, imprescindível se faz a apreciação de princípios ambientais contidos em documentos internacionais (Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, e Protocolo de Cartagena) e estudos de Acordos correlatos ao tema, tais como Acordo sobre Agricultura, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e, Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio para aprimoramento de gerenciamento de riscos em uma sociedade que busca, a passos largos, aprofundamento de conhecimentos técnicos e científicos, no que tange a circulação de bens e mercadorias na seara internacional.

A pesquisa se encontra estruturada em duas partes distintas, mas que se complementam. A primeira seção tem por intuito discorrer sobre o emblemático caso de suposto descumprimento de tratado por parte do Estado Argentino, frente às exigências da UE. Torna-se imprescindível, portanto, tratar sobre questões vinculadas a risco e biotecnologia, responsabilidade ética e medidas de salvaguarda quanto à comercialização internacional de OGMs. Argumentos utilizados pelo Estado Argentino e pela UE são trazidos à tona, com o intuito de melhor compreensão quanto à problemática levantada e apresentada para o OSC. A segunda seção é destinada a compreender como as partes, resistentes a princípio, solucionaram a disputa, por meio de diálogos e contatos, com a finalidade de resolução da pendência apresentada.

Buscar-se-á, portanto, compreender o acordo mútuo sobre o tema, considerando a estrutura acima apresentada, com vistas à cooperação científica entre as partes, para devida realização de pesquisa, plantio e comercialização de OGMs em âmbito do comércio internacional.

2. MORATÓRIA E RESTRIÇÃO DE IMPORTAÇÕES

A OMC busca conferir aos Estados-Membros suporte e assessoramento para a propagação do comércio em âmbito internacional¹. Em relação ao caso em estudo buscou a OMC, por meio de painel estabelecido pelo OSC, solucionar pendências entre Estados no tocante à restrição de importações de produtos oriundos de biotecnologia.

Pesquisa, plantio, comercialização e consumo de OGMs encontram-se diretamente conectados às situações de risco, que podem comprometer tanto a saúde² quanto o próprio ambiente onde os seres humanos encontram-se inseridos. A tomada de decisões no tocante à biotecnologia não diz respeito somente à figura do homem e do meio ambiente. Questões econômicas encontram-se envolvidas.

Considerando-se a alegação de incertezas científicas quanto à segurança de um meio ambiente equilibrado, a UE restringiu importações de OGMs e derivados. Houve solicitação para o OSC, por parte de Estados interessados, da criação de um painel para a resolução dos conflitos, buscando este analisar medidas de salvaguarda frente a fontes de Direito Internacional. As constatações serão explicitadas nessa seção, após maior detalhamento sobre o que já fora, a princípio, levantado.

1 “Segue-se a ideia liberal de que a expansão do comércio aumentará o nível de desenvolvimento dos Estados, assim como a interdependência econômica global, diminuindo as possibilidades de guerra e melhorando a qualidade de vida das pessoas em todo o planeta. A Organização Mundial do Comércio foi criada pelo Acordo de Marrakech, em 1995”. VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 321.

2 “O direito humano à saúde representa um vasto e complexo conjunto de questões interligadas, porque a saúde e o bem-estar estão intrinsecamente ligados a todas as etapas e aspectos da vida. Nos instrumentos internacionais de direitos humanos encontram-se direitos específicos relacionados com a saúde. Essencialmente, todos os direitos humanos são interdependentes e interrelacionados”. MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (Org.). *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/igc/manual/pdfs/manual_completo.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2013.

2.1. Descumprimento de tratado celebrado entre o Estado Argentino e a União Europeia

No dia 14 de maio de 2003, a República Argentina requereu juntamente à OMC, especificamente ao OSC, análise de descumprimento de tratado firmado por parte da União Europeia (UE) por meio de restrição de importações de OGMs produzidos pela requerente³, alegando descumprimento dos seguintes acordos: Agricultura, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), e sobre Obstáculos Técnicos ao Comércio. Outros Estados também se interessaram pela demanda, solicitando adesão ao caso, pois identificaram na postulação Argentina situações análogas às que na época vivenciavam⁴. Em relação ao Estado Argentino, há que se dizer de sua grande participação no tocante ao plantio e comercialização de OGMs⁵, figurando por anos em segundo lugar no ranking mundial, perdendo tal colocação para o Brasil no ano de 2009⁶.

3 Essa solicitação (bem como toda a documentação referente ao processo) identificada como DS293 encontra-se disponibilizada em link direcionador para arquivos na página eletrônica da OMC. WORLD TRADE ORGANIZATION. *WT/DS293*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013 Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm>. Acesso em: 10 dez 2013.

4 Austrália, Canadá, Chile, China, Colômbia, El Salvador, Honduras, México, Nova Zelândia, Noruega, Paraguai, Peru, Tailândia, Taiwan, Uruguai, Estados Unidos. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds293_s.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013. Austrália, Chile, China, Nova Zelândia e Noruega manifestaram-se a respeito, tanto em comunicações escritas quanto em declarações orais.

5 A Argentina é um dos países precursores no plantio de sementes GM no Mundo. As primeiras variedades foram introduzidas no país em 1993, mesmo ano em que foram introduzidas também nos Estados Unidos e no Canadá [...]. A introdução dos transgênicos na Argentina ocorreu em um contexto de reformas econômicas estruturais. Essas reformas incluíram mudanças no regime monetário e cambial, desregulamentação de importantes mercados, liberalização financeira, redução nas tarifas de importação de insumos agrícolas (ou sua eliminação nos casos dos bens de capital), mudanças tributárias que favoreceram a produção e as exportações agrícolas, privatizações de empresas públicas, entre outros fatores. BONACELLI, Maria Beatriz; FUCK, Marcos Paulo. Sementes geneticamente modificadas: (in)segurança e racionalidade na adoção de transgênicos no Brasil e na Argentina. *Revista Iberoamericana de ciência tecnologia e sociedade*. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-00132009000100002>. Acesso em: 23 dez. 2013.

6 Na última safra, o Brasil passou a ocupar o segundo lugar na lista dos maiores produtores mundiais de alimentos geneticamente modificados. Foram 30 milhões de hectares de plantações transgênicas. Só os Estados Unidos têm uma plantação maior: 69 milhões de hectares. NEVES, Maria.

Importante salientar que, no dia 13 de maio de 2003, os Estados Unidos da América (EUA) e Canadá também requereram ao OSC, consulta para posicionamento frente a impedimentos, também por parte de UE, para importação de produtos agropecuário-alimentícios de origem biotecnológica⁷. Constata-se uma preocupação global para com a comercialização de OGMs, em relação à suposta moratória por parte da UE para com aprovação de produtos biotecnológicos⁸.

Com o intento de reafirmar a necessidade de entendimento entre sujeitos internacionais, no que tange à convergência de ações frente à inovação tecnológica trazida pelos OGMs, é imprescindível trazer à baila informações sobre divergências relacionadas ao tema, por meio de análise de solicitações e documentos apresentados pelas partes interessadas ao OSC.

Em solicitação de consulta ao OSC (fundamentada no artigo nº 4 do Entendimento Relativo às Normas e

Procedimentos sobre solução de controvérsias - ESC - Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC⁹), afirmou a Argentina que as atitudes dos países membros da UE geraram graves “implicações sistêmicas e comerciais”, caracterizando “situação de anulação ou prejuízo de direitos no âmbito dos acordos da OMC”¹⁰. Discorreu que, desde o ano de 1998, a análise de pedidos de aprovação de produtos biotecnológicos encontra-se suspensa por parte da UE. Alegou que tal suspensão não se encontrava baseada em entendimentos científicos concretos, bem como em uma adequada avaliação de risco. Informou também sobre a existência de atrasos infundados na finalização de processamento de pedidos individuais de outros Estados¹¹, no tocante à aprovação de

Brasil é vice-líder em produção de transgênicos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/428224-BRASIL-E-VICE-LIDER-EM-PRODUCAO-DE-TRANSGENICOS.html>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

7 Verifica-se identificação entre solicitações propostas pela Argentina (DS 293), EUA (DS 291) e Canadá (DS 292), levando-se em consideração suposta moratória nas importações (por parte da UE) de produtos originados de pesquisa e plantio com auxílio biotecnológico, tanto que os procedimentos de solução de controvérsias encontram-se conectados, comprovadamente constatado por meio de documentação publicada pela OMC, em seu endereço eletrônico. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds291_s.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

8 A suposta moratória “foi amplamente conhecida em junho de 1999, quando os Ministros do Ambiente de cinco Estados-Membros a anunciaram. Especificamente, em uma reunião do Conselho de Ministros do Meio Ambiente da UE em junho de 1999, os Ministros do Meio Ambiente da Dinamarca, Grécia, França, Itália e Luxemburgo emitiram uma declaração em que afirmavam: “no exercício dos poderes que lhe sejam conferidas em conexão com o cultivo e comercialização de organismos geneticamente modificados [...] medidas serão tomadas para suspender todas as novas autorizações para o cultivo e colocação no mercado”. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Relatório do Painel*. 293-R00.doc. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=\(+WILD%7bWT%2fDS293%2f*%7d%3aSYMBOLLIST+\)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bInforme+de+grupo+especial%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fDS293%2f*%7d%3aSYMBOLLIST+\)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=\(%40](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=(+WILD%7bWT%2fDS293%2f*%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bInforme+de+grupo+especial%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=(%40Symbol%3d+wt%2fDS293%2f*%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=(%40)>. Acesso em: 28 dez. 2013.

9 Trata o ESC de um documento construído no decorrer dos tempos, levando-se em consideração as situações vivenciadas e tratadas pelo GATT. Busca, de acordo com seu artigo 1 (âmbito e aplicação), auxiliar em controvérsias pleiteadas frente à OMC, bem como em consultas e solução de controvérsias entre os membros, relativos a direitos e obrigações. O artigo 4 busca esclarecer sobre procedimentos concernentes às consultas, tanto no aspecto material quanto processual. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Acordo geral sobre tarifas e comércio*. anexo 2: entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2013.

10 G/AG/GEN/62; G/L/629; G/SPS/GEN/399; G/TBT/D/30; WT/DS293/1. Comunidades Europeias: medidas que afetam a aprovação e comercialização de produtos biotecnológicos. Consultas solicitadas pela Argentina. Organização Mundial do Comércio. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=7136&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch=>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

11 Os requerentes formulam questionamentos relativos a nove medidas distintas de salvaguarda. Segundo eles, esses atos proíbem importação ou comercialização de diversos produtos relativos aos OGMs. Tais medidas foram adotadas por seis Estados-Membros, a saber: Alemanha, Áustria, França, Grécia, Itália e Luxemburgo. Busca-se, por meio da presente referência, demonstrar a correlação entre Estados-Membros e OGMs objetos das medidas de salvaguarda: Alemanha - milho Bt-176; Austria - milho T25; Austria - milho Bt-176; Austria - milho MON810; França - canola MS1/RF1 (CE-161); França canola; Grécia - canola; Itália - milho Bt-11 (CE-163), milho MON810, milho MON809 e milho T25; Luxemburgo - milho Bt-176. WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products*. Reports of the panel. 293R-06. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=\(+WILD%7bWT%2fDS293%2f*%7d%3aSYMBOLLIST+\)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=\(%40](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=(+WILD%7bWT%2fDS293%2f*%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=(%40)>

produtos biotecnológicos, afetando, inclusive, produtos aprovados para comercialização¹².

2.1.1. Riscos e tomada de decisões: medidas que afetam a aprovação da circulação de produtos biotecnológicos

A cada dia o conhecimento aumenta seu campo de intervenção. Novos estudos e descobertas trazem à sociedade respostas para situações até então indecifráveis, revelando faces ocultas da verdade, por meio de evidências alicerçadas em conhecimentos científicos. Além de esclarecimentos e resoluções de problemas, as respostas trazem consigo novos questionamentos. Novos questionamentos buscam novas respostas. O ciclo não possui fim.

Decisões são imprescindíveis na dinâmica de tal encadeamento, fazendo com que as descobertas passem a fazer parte da vida em sociedade, ou não. Importante salientar a possibilidade de apontamento de possíveis problemas, a partir do momento da incorporação do conteúdo de determinada decisão ao coletivo. Por meio dos últimos séculos, fatores como desenvolvimento industrial e tecnológico e descaso do poder público instauraram no meio humano a sociedade de risco¹³.

Pesquisa, plantio, comercialização e consumo de OGMs estão diretamente conectados às situações de risco. O tema encontra-se na ordem do dia, por meio de decisões e estudos aprofundados sobre como tais deliberações, no tocante ao âmbito tecnológico, podem

trazer – ou não – situações de incerteza para com a segurança da saúde humana. Os riscos, também, são analisados frente ao meio ambiente equilibrado, ou seja, a qualidade do espaço onde o homem está inserido deve ser resguardada na medida do possível, para que aquele possa desfrutar do espaço por meio de uma sábia interação, tendo como variáveis espaço e tempo¹⁴.

Considerando-se a questão do meio ambiente equilibrado como direito humano, ou seja, necessidade de proteção do ambiente para preservação da saúde humana¹⁵, a análise de riscos é fator preponderante para a socialização e contato dos OGMs com a natureza e com a sociedade. Constata-se a adoção de uma visão antropocêntrica reflexiva, ou seja, preservação do meio ambiente com vistas ao bem-estar de todos os que nele estão inseridos¹⁶.

Como abordado em parágrafos anteriores, os riscos advêm de tomadas de decisões, seja qual âmbito for (pessoal, profissional, social, político entre outros). No caso em tela, busca-se examinar a situação de suposta morató-

14 Encontra-se na Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano a preocupação para com a proteção da equidade intergeracional (Preâmbulo, Princípios 01, 02, 19), ou seja, proteção do meio ambiente não somente para a(s) presente(s), mas também para futuras gerações. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

15 Dentre os documentos internacionais que tratam sobre o assunto, sob enfoque interpretativo, juntamente à Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (vide nota de rodapé anterior) encontra-se a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD). Esta, em seu Princípio 7, dita que “Os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as diversas contribuições para a degradação do meio ambiente global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam”. O princípio de nº 14 estatui que “Os Estados devem cooperar de forma efetiva para desestimular ou prevenir a realocação e transferência, para outros Estados, de atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

16 Informa o artigo 1 da CNUMAD que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida sustentável e produtiva, em harmonia com a natureza.”. Idem nota nº 11.

0Symbol%3d+wt%2fds293%2f*)&Context=FomerScripte dSearch&btsType=&IsEnglishSelected=&IsFrenchSelected =&IsSpanishSelected=&IsAllLanguageSelected=&SearchPage=&SourcePage=&Language=&#>. Acesso em: 12 jan. 2014. p.870.

12 Traz o Anexo I da Solicitação Argentina informações relativas à situação de produtos geneticamente modificados (milho, soja e algodão) frente a Estados-Membros da UE: trâmites abandonados (Grã-Bretanha), notificados (Espanha, Holanda, Portugal) com pendência (Holanda) ou abandonados (Holanda, Bélgica), sem dados (França). Há que se ressaltar sobre a situação do algodão, pois foi rejeitado pela própria UE. O Anexo II informa sobre Membros da UE que impõem proibições (Áustria, Alemanha, Luxemburgo e Itália). Idem nota 07.

13 Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos. BECK, Ulrich. *Sociedade de riscos*: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui entrevista inédita com o autor. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 23.

ria imposta por Estados-Membros da UE (vide nota de rodapé nº 08) para com mercadorias de origem biotecnológica produzidas pelo Estado Argentino. Há que se dizer da necessidade de compreender a percepção da situação tanto pelos Estados requerentes quanto pela UE para com possíveis riscos trazidos pelos OGMs. Busca, em conclusões de estudos baseados na análise de custos e benefícios¹⁷, possíveis respostas para magnitude dos riscos, bem como em relação às decisões vinculadas¹⁸ frente à essência do princípio da equidade intergeracional, ou seja, proteção ambiental para qualidade de vida de presente(s) e futuras gerações¹⁹. Todos esses pontos devem ser analisados frente às diretrizes da OMC, especificamente quanto aos procedimentos adotados pelo OSC.

Percebe-se uma mescla de interesses em jogo. Por um lado, encontra-se uma pretensão resistida de um Estado frente a uma Comunidade de Estados, no âmbito de uma Organização Internacional que os engloba no que tange ao cumprimento de tratado com vistas à exportação e importação de mercadorias, com finalidade de lucro e circulação de riquezas. Em contrapartida, um conjunto de Estados busca, por meio de alegação de comprovação científica, a certeza de que tais produtos de origem biotecnológica não colocarão nem o ambiente de seus territórios, muito menos a saúde de seus cidadãos em situação de risco.

17 Sunstein, em sua obra *Risk and Reason*, aborda questões correlacionadas à ascensão de compromissos públicos, tendo como marco as décadas de 60 e 70. Traz como referência obra denominada *Silence Spring* (Primavera Silenciosa), de autoria de Rachel Carson, onde se busca entender a necessidade de coexistência de tecnologias, meio ambiente e riscos (inclusive busca trazer exemplos de “novos riscos”: contanto do ser humano com substâncias químicas desde sua concepção até sua morte). SUNSTEIN, Cass R. *Risk and reason: safety, law and the environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

18 Em “Análise de custo-benefício e o meio ambiente”, Cass R. Sunstein busca demonstrar as consequências da operabilidade da “análise de custos e benefícios” (CBA), refletindo sobre os resultados de ações que envolvam a disponibilidade (ou não) dos cidadãos em arcarem com as despesas de determinado custo – “disponibilidade de pagar” (WTP) e seus prováveis resultados. A princípio, percebe-se vinculação das ideias do autor com o assunto ora abordado, levando-se em consideração a preocupação para com o meio ambiente e a saúde humana. SUNSTEIN, Cass R. *Cost-benefit analysis and the environment*. Chicago: The University of Chicago, 2004.

19 Nesse sentido: GRUBBA, Leilane; RODRIGUES, Horário Wanderley; WANDERSLEBEN, Myrtha. Caminhos para uma cidadania planetária e ambiental. *Revista de direito internacional*, v. 9, n. 3, p. 1-14, 2012. Número especial: Direito internacional do meio ambiente. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2311/pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

A produção de produtos advindos de OGMs (como o próprio desenvolvimento biotecnológico), bem como vantagens econômicas advindas de sua comercialização, devem percorrer uma via de respeito para com princípios éticos, levando-se em consideração fundamental compromisso com a vida de todos os seres humanos²⁰. O modo de ser, melhor dizendo o “ser”, deve estar diretamente ligado às projeções futuras da realidade, não se considerando somente a ética do hoje ou do amanhã. Não se pode pensar em meio ambiente pautando-se em projeções a curto prazo.

Quando se busca considerar o uso de tecnologias viáveis para a produção de alimentos ou derivados de OGMs para fins industriais, espera-se que tal ação esteja alicerçada na melhoria da qualidade de vida da sociedade. Essa situação, hodiernamente, encontra-se intrinsecamente vinculada às questões econômicas, inclusive em face do crescimento populacional global. Diante de tais constatações, o entendimento sobre os aspectos positivos (benefícios) e negativos (possíveis custos e riscos) dos OGMs encontram-se em constante ebulição. Por destinação ética²¹, o bom senso e a justiça devem ser o guia da ação humana em todas as áreas da vida²², inclusive no tocante aos aspectos econômicos da biotecnologia.

Encontra-se no princípio da responsabilidade ética²³ direcionamento para a possível solução no embate entre

20 “Pretender pensar o presente e o futuro na ignorância de tais questões ecológicas não é apenas a negação do próprio pensamento, mas é a negação da própria vida”. SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 25

21 “Diríamos que o Direito é como o Rei Midas: se na lenda grega esse monarca convertia em ouro tudo aquilo em que tocava, aniquilando-se na sua própria riqueza, o Direito, não por castigo, mas por destinação ética, converte em jurídico tudo aquilo que toca, para dar-lhe condições de realizabilidade garantida, em harmonia com os demais valores sociais”. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22.

22 “Deve-se estabelecer o que é reacional (segundo a teoria estrita do bem) que os membros de uma sociedade bem organizada afirmem seu senso de justiça como regulador de seu plano de vida”. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 631.

23 “A natureza como uma responsabilidade humana é seguramente um *novum* sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada. [...] Mas a autopropagação cumulativa da mudança tecnológica do mundo ultrapassa incessantemente as condições de cada um de seus contribuintes e transcorre em meio a situações sem precedentes, diante das quais os ensinamentos da experiência são impotentes. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006. p. 40.

questões econômicas e financeiras frente ao meio ambiente equilibrado. Diferentemente do que se encontra na ética tradicional, o princípio da responsabilidade vincula a ação (concebida como fato gerador) a todos os seus desdobramentos, sejam eles presentes ou futuros. A princípio, identifica-se na controvérsia analisada pelo estudo em questão uma preocupação da UE para com a entrada de OGMs em seu território sem o conhecimento sobre possibilidade de riscos com desdobramentos a médio e/ou a longo prazo²⁴. Aceita-se ou se tolera determinada situação em prol de algo considerado melhor²⁵. A questão é entender o que se quer ou o que se espera, atrelada à certeza de se alcançar situação ou objeto que valha a pena todo o sofrimento e/ou dificuldade, ocasionados pelas consequências advindas de uma sociedade de risco.

2.1.2. Medidas de salvaguarda no tocante à proibição de importação e comercialização de produtos biotecnológicos

De acordo com consulta solicitada pela Argentina, as restrições na importação de produtos oriundos de OGMs por parte da UE ocorreram entre 1998 a 2003, tendo por justificativa a falta de comprovação científica em relação à segurança ambiental e alimentar (tanto humana quanto animal pertencente à cadeia alimentar)²⁶. Juntamente ao Estado Argentino, EUA e Canadá também solicitaram consultas, pois, também, sofreram com o não cumprimento de tal obrigação internacional. Buscaram, com tal atitude, não somente pronunciamento da OMC frente a um impasse criado, mas solução para um problema posto.

Para melhor compreensão das alegações, serão apresentados argumentos do Estado Argentino para, posteriormente, discorrer sobre as devidas manifestações da UE frente às solicitações dos requerentes, sobre potenciais riscos e/ou benefícios oriundos do avanço biotecnológico.

a) Argumentos utilizados pelo Estado Argentino

24 Hans Jonas afirma que “nos casos que realmente importam, a ordem da grandeza dos efeitos distantes indesejados é de tal maneira superior à dos efeitos próximos desejados, que tal fato deve compensar muitas diferenças nos graus de certeza.” Ibidem. p. 75.

25 SUNSTEIN, Cass R. *Risk and reason: safety, law and the environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

26 Em virtude das diretivas 2001/18, 90/220, bem como do Regulamento 258/97. Verificar relatório do painel, parágrafo 4.275.

Em 07 de agosto de 2003, a Argentina solicitou a composição de um painel²⁷ para análise do caso em questão, de acordo com o estabelecido pelo artigo 6 do ESC²⁸. O pedido foi deferido no dia 18 de agosto daquele ano. Pela pertinência temática, decidiu o OSC, em 29 de agosto de 2003, estabelecer um único painel para analisar não somente a demanda em questão (DS 293), mas também solicitações dos EUA (DS 291) e Canadá (DS 292), na época, os três maiores produtores de OGMs²⁹. Quanto ao (des)cumprimento em relação

27 “Embora o Decreto n. 1.355/94 utilize a expressão ‘grupo especial’ para denominar os ‘panels’, termo pelo qual são conhecidos, em língua inglesa, os órgãos judicantes dos sistemas de solução de controvérsias do GATT 1947 e da OMC, o uso corriqueiro da tradução imperfeita ‘painel’ acabou prevalecendo no Brasil [...]. SANTOS, Bruno Carazza dos; VOLPINI, Felipe Neiva. Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA Roberto Luiz (Org.). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 213.

28 “Estabelecimento de Grupos Especiais”: 1. Se a parte reclamante assim o solicitar, um grupo especial será estabelecido no mais tardar na reunião do OSC seguinte àquela em que a solicitação aparece pela primeira vez como item da agenda do OSC, a menos que nessa reunião o OSC decida por consenso não estabelecer o grupo especial (Se a parte reclamante assim solicitar, uma reunião do OSC será convocada com tal objetivo dentro dos quinze dias seguintes ao pedido, sempre que se dê aviso com antecedência mínima de 10 dias). 2. Os pedidos de estabelecimento de grupo especial deverão ser formulados por escrito. Deverão indicar se foram realizadas consultas, identificar as medidas em controvérsia e fornecer uma breve exposição do embasamento legal da reclamação, suficiente para apresentar o problema com clareza. Caso a parte reclamante solicite o estabelecimento do grupo especial com termos de referência diferentes dos termos padrão, o pedido escrito deverá incluir sugestão de texto para os termos de referência especiais.

29 “Em sua reunião, no dia 29 de agosto de 2003, o OSC estabeleceu um painel único, em resposta às solicitações apresentadas pelos EUA (WT/DS291/23), pelo Canadá (WT/DS292/17) e pela Argentina (WT/DS293/17), em conformidade com o disposto nos artigos 6 e 9 do ESC. Em tal reunião, as partes acordaram pelo mandato uniforme do painel, com finalidade de ‘examinar, à luz das disposições dos acordos invocados pelos EUA no documento WT/DS291/23, pelo Canadá no documento WT/DS292/17, e pela Argentina no documento WT/DS293/17; a questão submetida ao OSC pelos EUA, Canadá e Argentina em tais documentos, e formular conclusões que ajudem ao OSC a tecer as recomendações ou ditar resoluções previstas nesses acordos”. WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products*. Reports of the panel. 293R-00. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=\(+WILD%7bWT%2fDS293%2f%7d%3aSYMBOLLIST+\)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aaltrationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=(+WILD%7bWT%2fDS293%2f%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aaltrationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&)>

ao Acordo SPS, a Argentina, em 21 de abril de 2004, buscou demonstrar, em sua apresentação escrita para o painel³⁰, inconsistência da moratória “de fato”, tendo como balizador o Acordo SPS³¹.

Sustentou a Argentina que uma moratória foi implantada pela UE sem referência a nenhum tipo de incerteza científica. Soma-se o fato de tal Organização Internacional não ter posto em prática ao menos um dos tipos de avaliação de risco contido no parágrafo 4 do Anexo A do Acordo SPS³². Alegou, ainda, que a suspensão das atividades comerciais ocorreu mesmo havendo pareceres científicos favoráveis, emitidos por comitês científicos pertinentes³³, contrariando, assim, o pressuposto pelos artigos 2.2 (razoabilidade na aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias) e 5.1 (necessidade de prévia realização de avaliação de risco) do Acordo SPS. Complementando a linha de raciocínio, também não haveria como sustentar a suspensão de importações de produtos biotecnológicos com base no disposto no artigo 5.7 do referido diploma, por não haver incertezas científicas quanto à segurança ambiental.

A Argentina, também, levantou a questão de violação do disposto no artigo 8 e no Anexo “C” do acordo SPS. Esses dispositivos versam sobre a questão de procedimentos de controle, inspeção e homologação que, no caso em questão, estão direcionados a produtos agrícolas de biotecnologia. Ressaltou texto contido no

parágrafo 1, alínea “a” do referido Anexo:

No que se refere a todos os procedimentos para averiguar e garantir o cumprimento das medidas sanitárias ou fitossanitárias, os membros assegurarão: que tais procedimentos sejam realizados e concluídos sem demoras indevidas e de forma não menos favorável aos produtos importados do que aos produtos nacionais similares.

A Argentina sustentou a ocorrência de demoras indevidas no tocante à liberação comercial dos produtos, injustificáveis, inclusive, frente aos prazos considerados como razoáveis pelas normativas europeias. Buscou a Argentina correlacionar o referido dispositivo com o conteúdo do parágrafo 4, artigo III, GATT 1994 que estatui que “os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno”³⁴.

Considerou a Argentina que o tratamento dado aos seus produtos foi feito de forma não satisfatória, caracterizado pela falta de razoabilidade, frente anos de espera para a devida comercialização. Sistemicamente, a Argentina trouxe à tona o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (Acordo TBT), especificamente conteúdo contido em seus artigos 2, parágrafos 1 e 2 (que dispõe sobre a garantia de devido tratamento isonômico entre produtos nacionais e importados, visando comércio internacional sem obstáculos desnecessários) e 5, parágrafos 2.1 e 2.2 (que discorrem sobre prazos no que tange a processamento de avaliação de riscos).

Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds293%2f*)&Context=FomerScriptedSearch&btsType=&IsEnglishSelected=&IsFrenchSelected=&IsSpanishSelected=&IsAllLanguageSelected=&SearchPage=&SourcePage=&Language=&#>. Acesso em: 07 jan. 2014. p. 02.

30 WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products (WT/DS293)* first presentation of the Argentine Republic. Disponível em: <http://www.genewatch.org/uploads/f03c6d66a9b-354535738483c1c3d49e4/ogmfinin_1.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2013.

31 O Acordo SPS será o mecanismo centralizador de todo o trabalho ora apresentado. Verifica-se da importância de sua interpretação em relação ao tema ao se deparar com o conteúdo das petições apresentadas perante o painel. Por meio de sua análise buscar-se-á chegar a um denominador comum, no que tange à segurança tanto para o homem quanto para o meio ambiente.

32 “Avaliação de Risco - A avaliação da possibilidade de entrada, estabelecimento ou disseminação de uma praga ou doença no território de Membro importador, em conformidade com as medidas sanitárias e fitossanitárias que possam ser aplicadas, e das potenciais consequências biológicas e econômicas; ou a avaliação do potencial existente no que se refere a efeitos adversos à saúde humana ou animal, resultante da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal”.

33 Verificar relatório do painel, parágrafo 4.260.

34 WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products*. Reports of the panel. 293R-00. Disponível em: <

O Estado argentino, também, sustentou a argumentação de que o artigo 10.1 do Acordo SPS fora maculado. Dita o dispositivo que “na elaboração e aplicação das medidas sanitárias ou fitossanitárias, os Membros levarão em consideração as necessidades especiais dos países em desenvolvimento Membros, e, em especial, dos países de menor desenvolvimento relativo Membros”. Com estribo em tal afirmação, a Argentina buscou evidenciar que a UE não considerou as “necessidades especiais” que deveriam ser conferidas a um Estado (dependente de produção e exportação agrícola) em desenvolvimento, na busca de isonomia de tratamento no âmbito do comércio interacional (encontra-se no artigo 12 do Acordo TBT informações correlatas a tratamento especial e diferenciado a países em desenvolvimento, também suscitadas pela Argentina).

Em sua segunda petição escrita, a Argentina fez alusão a uma situação diferenciada do que foi apresentado até então. Discorreu não somente sobre devida aplicação e interpretação de Acordos pertinentes à OMC, mas apresentou posicionamento quanto à (não) utilização de preceitos internacionais de cunho ambiental que, a princípio, não se encontram conectados com as normativas utilizadas nas argumentações jurídicas do caso EC-Biotech. Teceu considerações sobre o princípio da precaução e sobre o Protocolo de Cartagena (e, de forma indireta, sobre a Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB)³⁵. Argumentou que, frente à alínea “c”, parágrafo 3, artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT)³⁶ o referido documento não poderia ser evocado, pois encontrava-se vinculado somente à UE³⁷.

Enfatizando a adoção de interpretação puramente gramatical, a Argentina utilizou-se de trecho contido no preâmbulo do referido protocolo: “Salientando que o presente Protocolo não será interpretado no sentido de que modifique os direitos e obrigações de uma Parte em relação a quaisquer outros acordos internacionais em vigor”. Buscou, por meio de tal argumentação, con-

vencer o painel sobre a impossibilidade de interpretar acordos da OMC referentes ao caso em conjunto com outras técnicas interpretativas, tais como a sistemática e teleológica. Subentendendo que, caso o painel não levasse em consideração este argumento, utilizou-se de pontos do Protocolo (artigo 2º, parágrafo 5; artigo 6º, parágrafo 2; artigo 10, parágrafo 6; artigo 11, parágrafo 6, alínea “a”, em conjunto com o Anexo III; artigos 15 e 16) para justificar a necessidade de análise de risco para, posteriormente, haver possível suspensão condizente com possível constatação de riscos.

A seguir, buscar-se-á discorrer sobre os argumentos utilizados pela UE, com a finalidade de se estabelecer conexão com os pontos levantados pela Argentina.

b) Argumentos utilizados pela UE

A UE apresentou, em 17 de maio de 2004, sua primeira petição³⁸, buscando evidenciar medidas de salvaguarda em relação à proibição de importação e comercialização de produtos biotecnológicos oriundos dos Estados reclamantes. Tratou do assunto em quatro partes distintas: “Introdução”, “Dos Fatos”, “Argumentos Jurídicos” e “Conclusões”.

Na parte introdutória, a UE enfatizou o reconhecimento de potenciais benefícios por parte dos OGMs. Todavia, disse tratar-se de tecnologia recente, contextualizando com a história do homem para com o meio ambiente, afirmando que consequências a longo prazo são desconhecidas, por mais que pesquisas já tenham sido realizadas. Ressaltou que o entendimento sobre a produção e consumo dos OGMs se dá de maneira diferenciada entre tal Organização Internacional e os Estados reclamantes. Salientou que as opiniões devem ser respeitadas, não concordando com a imposição de abordagem convalidada pela OMC³⁹, em tempos onde se faz necessário esclarecimentos sobre o equilíbrio en-

38 WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products (DS291, DS292, DS293)*. First written submission by the European Communities. European Commission. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/june/tradoc_117687.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2013.

39 “Não é função do Acordo da OMC permitir que um grupo de países imponham seus valores em outro grupo. Não é o propósito de tal acordo desrespeitar relevantes normas de Direito Internacional que permitem – ou mesmo exigem – uma abordagem de forma prudente e precavida”. WORLD TRADE ORGANIZATION. *First written submission by the European Communities*. p. 04. European Commission. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2004/june/tradoc_117687.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2013.

35 Verificar parágrafo 4.686 e seguintes do relatório do painel.

36 Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação. [...] 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: [...] c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

37 Até o presente momento, Argentina (bem como EUA e Canadá), não se encontra vinculada às normativas do Protocolo de Cartagena, de acordo com informações obtidas em endereço eletrônico da CDB. Disponível em: <<http://bch.cbd.int/protocol/parties/>>. Acesso em: 03 mar. 2014.

tre riscos e benefícios⁴⁰. Advertiu, também, que assuntos relacionados aos OGMs, além de complexos, são politicamente (bem como socialmente) controversos. Frisou seu dever no que tange a proteção do meio ambiente e da saúde de sua população, buscando, dessa maneira, garantir meio ambiente equilibrado, afirmando não ter desrespeitado nenhum acordo firmado. As medidas tomadas encontravam-se embasadas na insuficiência de provas científicas.

Sobre os fatos, o documento em questão buscou considerar dois pontos em específico: “fundo científico” e “marcos internacionais regulatórios e comparativos”. Em relação ao conhecimento científico o documento discorreu sobre definições, técnicas sobre OGMs, potenciais benefícios⁴¹, bem como eventuais efeitos nocivos para com a saúde humana e para com o meio ambiente⁴². Quanto a tratativas internacionais, enfatizou a UE da necessidade do evento em tela ser apreciado não somente à luz de acordos da OMC, mas em conjunto com outros instrumentos de cunho ambiental, como outrora solicitado por uma das partes requerentes (EUA, em relação ao levantamento de barreiras na importação de camarões – caso *US-Shrimp*) questio-

40 Cass R. Sunstein discorre sobre o assunto ao tratar sobre a necessidade de conhecimento da magnitude dos riscos, analisando dados obtidos por meio de pesquisas. Depois de conhecidos os riscos (na verdade a grandeza dos riscos), faz-se necessário contabilizar os custos benefícios de tais riscos. Eles realmente valem à pena? Integralmente? Parcialmente? De forma alguma? SUNSTEIN, Cass R. *Risk and reason: safety, law and the environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

41 A petição menciona possível aumento de produção agrícola, maior valor nutricional aos alimentos, redução e utilização de pesticidas. Faz, inclusive, menção ao Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, mais especificamente quanto ao conteúdo tratado em seu Preâmbulo, no tocante ao rápido desenvolvimento da biotecnologia em uma sociedade de risco que, se usada de forma correta, oferece potencial considerável para o meio ambiente e a saúde humana. Cita a possibilidade de junção de dois ou mais genes, melhoria em relação à estocagem e durabilidade, substituição ou melhoria de fármacos, aprimoramento de “alimentos funcionais” (contendo micronutrientes capazes de reduzir fatores de risco em relação a doenças).

42 Em relação à saúde humana, o documento cita como possíveis problemas a toxicidade, alergenicidade (menciona o caso da Castanha do Brasil, pois esta pode causar alergia em um pequeno grupo de pessoas. Uma variedade de soja fora modificada geneticamente para conter certa proteína da castanha do Brasil, para aumento do valor nutricional), transferência horizontal de genes (transferência de material genético para células não descendentes) e resistência a antibióticos. Em relação ao meio ambiente cita-se resistência a antibióticos em animais de criação, efeitos em seres vivos não alvos, desenvolvimento de resistência de pragas, questões relacionadas à biodiversidade no tocante a ameaças ao centro de origem de espécies.

nando incertezas científicas frente possíveis danos ao meio ambiente⁴³. Nesse caso, o Órgão de Apelações (OA) utilizou de informações contidas na CDB e nas Convenções sobre Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Fauna e Flora Silvestres (CITES), sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, e sobre Direitos do Mar, para devido pronunciamento.

Quanto aos argumentos jurídicos, a UE buscou, por meio de forma legal e sistêmica, demonstrar a natureza das medidas tomadas, a necessidade de prazo devido para a segura aprovação de produtos⁴⁴, bem como controvérsias em relação à interpretação do artigo 10.1 do Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (Acordo SPS) e do artigo 12 do Acordo TBT⁴⁵. Em relação à análise dos dispositivos ora citados, buscou a UE demonstrar a não discriminação no tocante à importação de produtos de biotecnologia argentinos, alegando que não houve desconsideração de necessidades especiais, mas tão somente a constatação de falta de evidências científicas que comprovassem a segurança ambiental no continente europeu. Também fez alusão à cláusula de exceção geral contida no artigo XX do GATT 1994⁴⁶. Por fim, solicitou rejeição das rei-

43 No caso conhecido como *US-Shrimp* os EUA sustentaram a necessidade de banimento de importações “provenientes de países não certificados pelo governo americano, com o objetivo de evitar a mortandade de tartarugas marinhas presas indevidamente nas redes utilizadas para pesca do camarão”. Tal atitude fora considerada como discriminatória (verificar artigos XI:1 e XIII:1, GATT 1994) pelos Estados reclamantes Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia. Tal situação fora ratificada pelo OA, ao “condenar a política norte-americana por discriminação arbitrária e injustificável”. SANTOS, Bruno Carazza dos; VOLPINI, Felipe Neiva. Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA Roberto Luiz (Org). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 223-225.

44 Informa o Documento sobre, a princípio, peculiaridades em relação à demanda de cada um dos reclamantes no tocante às suspensões temporárias de importação. Todavia, em tais reivindicações encontram-se elementos suficientes para uma resposta direcionada a todos.

45 O artigo 12 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (Acordo TBT) traça parâmetros em relação à necessidade de tratamento especial diferenciado para Estados-Membros em Desenvolvimento, como ocorre com a República Argentina. Situação tratada pelo artigo 12 que merece destaque em relação ao presente estudo encontra-se em seu parágrafo 3, ao estatuir que os Membros do Acordo em questão devem levar em conta peculiaridades de Estados em Desenvolvimento, no que tange à elaboração e aplicação de regulamentos técnicos, normas e procedimentos de avaliação. Dita também sobre a não criação de obstáculos desnecessários às exportações de tais Estados.

46 O artigo XX GATT 1994 discorre sobre as exceções gerais em

vindicações dos reclamantes, por não compactuar com a alegação de violação dos acordos acima mencionados⁴⁷.

No dia 19 de julho de 2004, a UE apresentou segunda petição escrita, tratando sobre a avaliação dos riscos, bem como da importância de pareceres científicos frente ao Acordo SPS. Consta-se, após a análise do documento (composto por “introdução”, “questões horizontais”, “reivindicações” e “conclusões”) a preocupação da UE em apresentar detalhes sobre a interpretação de pontuais artigos do Acordo SPS⁴⁸.

A expressão “natureza exaustiva” do primeiro parágrafo⁴⁹ do Anexo A do Acordo SPS (p. 11) enfatiza

relação ao comércio internacional. Em relação ao caso em questão, necessária se faz a transcrição do *caput* e alíneas “b” e “g”: “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.

47 De acordo com o disposto no relatório final do painel, a UE busca defender não ter havido moratória. Diz o parágrafo 4.387 do Relatório do painel: “A UE solicita ao painel que creia que os seus mais altos servidores desconhecem seu sistema de aprovação, e que o fato da não aprovação de nenhum produto biotecnológico entre outubro de 1998 a agosto de 2003 fora uma simples coincidência”. Em contrapartida, vale reproduzir o parágrafo de nº 4.527 do Relatório Final do painel, em relação a conteúdo contido na primeira petição escrita pelos EUA: “A UE não procurou abordar (em sua resposta) questões fundamentais. Em relação às moratórias, a única alegação da UE como defesa é que estas nunca existiram. Ao adotar tal posição, a UE solicita ao painel que ignore declarações e medições feitas pelos tomadores de decisões a nível político da UE. [...] Ao solicitar ao painel a inexistência dos atrasos, a UE pede que se adote [...] uma constatação factual que se encontra em posição contrária com a realidade, segundo interpretação da própria UE e da comunidade do comércio agropecuário mundial”. Vide nota nº 24. p. 77, 98-99.

48 WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (DS291, DS292, DS293)*. Second Written Submission by the European Communities. European Commission. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/february/tradoc_121611.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2013.

49 1. Medida sanitária ou fitossanitária - Qualquer medida aplicada: (a) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde animal ou vegetal dos riscos resultantes da entrada, do estabelecimento ou da disseminação de pragas, doenças ou organismos patogênicos ou portadores de doenças; (b) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde humana ou animal dos riscos result-

a necessidade de atuação interna quanto internacional dos Estados. Em âmbito interno, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário buscam, frente ao estabelecido, o que tratados procuram em âmbito internacional: salvaguarda de um meio ambiente equilibrado, ou seja, cuidados necessários para a garantia de prevenção ou precaução em situações que coloquem a saúde humana (bem como animal) e o meio ambiente em risco. Combina-se a tal dispositivo normas internacionais que, diretamente ou indiretamente, encontram-se acopladas à questão de segurança ambiental (toxinas, aditivos, contaminantes, pragas, organismos causadores de doenças, resistência a antibióticos entre outros).

Procurou a UE, por meio da utilização de lógica interna do Acordo SPS, demonstrar possível justificativa para a suspensão das negociações/importações com os Estados requerentes. Para tanto, dois dispositivos do Acordo SPS foram mencionados, a saber: artigos 2.2 e 5.7. Em relação aos direitos e obrigações básicas de acordos firmados, o artigo 2.2 dita que “os membros assegurarão que qualquer medida sanitária e fitossanitária seja aplicada apenas na medida do necessário para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal; seja baseada em princípios científicos e não seja mantida sem evidência científica suficiente [...]”. Todavia, finaliza com as seguintes palavras: “[...] à exceção do determinado pelo parágrafo 7 do artigo 5”⁵⁰. Importante se faz a menção do referido dispositivo⁵⁰, para devido entendimento do que se propõe o Acordo SPS:

Nos casos em que a evidência científica for insuficiente, um Membro pode provisoriamente

antes da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal; (c) para proteger, no território do Membro, a vida ou a saúde humana ou animal de riscos resultantes de pragas transmitidas por animais, vegetais ou por produtos deles derivados, ou da entrada, estabelecimento ou disseminação de pragas; ou (d) para impedir ou limitar, no território do Membro, outros prejuízos resultantes da entrada, estabelecimento ou disseminação de pragas. As medidas sanitárias e fitossanitárias incluem toda legislação pertinente, decretos, regulamentos, exigências e procedimentos incluindo, inter alia, critérios para o produto final; processos e métodos de produção; procedimentos para testes, inspeção, certificação e homologação; regimes de quarentena, incluindo exigências pertinentes associadas com o transporte de animais ou vegetais, ou com os materiais necessários para sua sobrevivência durante o transporte; disposições sobre métodos estatísticos pertinentes, procedimentos de amostragem e métodos de avaliação de risco; e requisitos para embalagem e rotulagem diretamente relacionadas com a segurança dos alimentos.

50 O artigo 5 (bem como seus parágrafos) buscam pautar situações concernentes a avaliação de riscos e de determinação do nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária.

adotar medidas sanitárias ou fitossanitárias com base em informação pertinente que esteja disponível, incluindo-se informação oriunda de organizações internacionais relevantes, assim como de medidas sanitárias ou fitossanitárias aplicadas por outros Membros. Em tais circunstâncias, os Membros buscarão obter a informação adicional necessária para uma avaliação mais objetiva de risco e revisão, em consequência, a medida sanitária ou fitossanitária em um prazo razoável.

Tais normas são utilizadas para justificar a natureza provisória das medidas de restrição de importações, alegando a falta de evidências científicas no tocante à possibilidade de ocorrência de riscos⁵¹. Complementando, buscou a UE, em sua segunda petição, demonstrar a lógica interna do artigo 5 do Acordo SPS. Afirmou que o conteúdo dos artigos 5.1 a 5.6 faz restar claro a ideia de uma conexão entre uma medida adotada e suficiência de provas científicas em relação à inoportunidade de possíveis riscos para que, conseqüentemente, se tenha nível de proteção adequado aplicado de forma consistente⁵².

51 Encontra-se nas páginas 29 e 30 da petição em questão referências à controvérsia DS 245, que versa sobre a suspensão na importação, por parte do Japão, de maçãs oriundas dos EUA. Perspicazmente, a UE se utiliza de palavras provenientes dos EUA no caso das maçãs: “o primeiro requisito do artigo 5.7 é a constatação de insuficiência de evidências científicas. Quando um painel busca verificar a reivindicação de um membro em relação à natureza provisória, ele (o painel), deve avaliar se a evidência científica relevante é insuficiente”.

52 Em relação a presente pesquisa, importante salientar o texto contido no item 6 do artigo 5: “Sem prejuízo do parágrafo 2 do Artigo 3, ao estabelecerem ou manterem medidas sanitárias e fitossanitárias para alcançar o nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária, os Membros garantirão que tais medidas não são mais restritivas ao comércio do que o necessário para alcançar seu nível adequado de proteção sanitária e fitossanitária, levando-se em consideração a exequibilidade econômica e técnica”. Como já fora dito em algumas passagens do estudo em questão, em relação ao meio ambiente equilibrado busca-se a manutenção e proteção tanto da saúde humana quanto da preservação ambiental. Constata-se que o artigo 5.6 buscou evidenciar a necessidade do respeito para com a sustentabilidade, com o devido respeito e integração de seus três componentes: meio ambiente, economia e sociedade. Ainda em relação ao conteúdo do artigo 5.6 busca-se fazer ligação com o disposto no artigo 2.2 TBT: “Os Membros assegurarão que os regulamentos técnicos não sejam elaborados, adotados ou aplicados com a finalidade ou o efeito de criar obstáculos técnicos ao comércio internacional. Para este fim, os regulamentos técnicos não serão mais restritivos ao comércio do que o necessário para realizar um objetivo legítimo, tendo em conta os riscos que a não realização criaria. Tais objetivos legítimos são, *inter alia*: imperativos de segurança nacional; a prevenção de práticas enganosas; a proteção da saúde ou segurança humana, da saúde ou vida animal ou vegetal, ou do meio ambiente. Ao avaliar tais riscos, os elementos pertinentes a serem levados em consideração são, *inter alia*: a informação técnica e científica disponível, a tecnologia de processamento conexa ou os usos finais a que se destinam os produtos.”.

No que tange ao ponto 8, disse tratar de uma disposição processual sem nenhuma consequência para a discussão em questão⁵³.

Conteúdo normativo também trazido pela UE em sua segunda peça escrita é o contido no artigo 2.3 do Acordo SPS:

Os Membros garantirão que suas medidas sanitárias e fitossanitárias não farão discriminação arbitrária ou injustificada entre os Membros nos casos em que prevalecerem condições idênticas ou similares, incluindo entre seu próprio território e o de outros Membros. As medidas sanitárias e fitossanitárias não serão aplicadas de forma a constituir restrição velada ao comércio internacional.

Disse a UE lidar com os OGMs de forma imparcial, não discriminando membros da OMC. O artigo 2.3, do Acordo SPS, busca evidenciar que as medidas sanitárias e fitossanitárias não podem ter como escopo constituir restrição velada ao comércio internacional. É o que defendeu a UE, ao alegar que a única finalidade em relação à situação de bloqueio temporário foi à busca pela não ocorrência de riscos correlacionados a biotecnologia em seu território. Como o acordo busca regulamentar medidas necessárias para a garantia de saúde e equilíbrio ambiental em âmbito internacional, utilizou-se também do descrito no artigo 2.1: “Os Membros têm o direito de adotar medidas sanitárias e fitossanitárias para a proteção da vida ou saúde humana, animal ou vegetal, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as disposições do presente Acordo”.

Com base em tal dispositivo, alegou que a tentativa dos reclamantes em comprovar moratória é “artificial e simplista”⁵⁴. Por fim, a UE afirmou que não há como, por meio da análise dos fatos, combinada com a interpretação do Acordo SPS em conjunto com tratados correlatos (que versem sobre matéria ambiental), existir possibilidade de moratória.

Após a explanação de argumentos utilizados tanto pela Argentina quanto pela UE buscar-se-á apresentar as constatações do painel frente à situação da suspensão de importação de produtos biotecnológicos. Por tratar-se de questões sobre saúde e meio ambiente necessário se faz a utilização de análise que não leve em consideração somente questões comerciais, mas também sociais e ambientais.

53 Fato levantado, inclusive, por uma parte interessada: Canadá. (Parágrafo 94, p. 34).

54 (parágrafo 295, p. 95)

2.2. Constações do painel estabelecido pelo órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio

No decorrer de todos os procedimentos vinculados às disputas WT/DS 291, WT/DS 292 e WT/DS 293, o painel⁵⁵ passou a colher informações para a devida solução em relação à (in)possibilidade da suspensão de análise de pedidos bem como importações de OGMs (e derivados) dos Estados reclamantes, no tocante aos Estados-Membros da UE.

Inúmeras situações de alto grau de complexidade foram colocadas ao conhecimento do painel, esperando-se resposta: riscos, enfoques aplicáveis para avaliação dos riscos, questões procedimentais, possibilidade de solução por meio de acordos abarcados pela OMC, verificação de (in)compatibilidade de ações da UE para com normativas da OMC, verificação de correspondência entre o que fora levantado pela UE frente ao Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança e ao princípio da precaução (vínculo com tratativas de cunho ambiental). Mister tecer comentários sobre cada item enunciado.

Riscos. É de suma importância que todos percebam a vital conexão existente entre meio ambiente e saúde humana, o quão importante é a preservação do meio ao qual todos os seres humanos encontram-se inseridos. A preocupação do homem para com o meio ambiente deve ser constante, para que todos possam usufruir de sua casa não somente no momento presente, momentaneamente.

As correlações entre homem e Terra alimentam estudos e pesquisas no tocante à Ecologia, em seus mais diversos espectros. Busca-se trazer respostas a uma das problemáticas ambientais mais inquietantes: possibilidade de plena segurança e harmonia na relação entre homem e o meio o qual habita. A percepção ambiental nas últimas décadas evoluiu a passos largos (levando-se em consideração todo o lapso temporal de interação entre ser humano e natureza). A curiosidade e vontade humanas propiciam surgimento de situações outrora inimagináveis, ainda sem firmeza e segurança em suas consequências, como ocorre em relação ao entendimento frente aos OGMs⁵⁶.

Tal situação faz parte dos problemas humanos/ambientais devido ao fato da possibilidade de concretização – ou não – de determinada situação que possa ocasionar dano às pessoas ou elementos a elas correlacionados. Vive-se em uma sociedade de risco, onde existe a necessidade constante de verificação de confiabilidade⁵⁷. Por ser o meio ambiente um bem de interesse difuso, deve-se evitar a prática de atos ou implantação de novos objetos no meio sem a devida comprovação científica de segurança.

Enfoques aplicáveis para avaliação dos riscos. Ao se falar em risco, busca-se a questão de seu (possível) gerenciamento. Para tanto, procedimentos são elaborados, analisados e normatizados. Encontram-se, no campo do Direito Internacional Público (DIP) tratativas que versam sobre o assunto, sobre diferentes prismas, tais como comerciais/negociais, econômicas, ambientais⁵⁸, de caráter humano e sociais⁵⁹. Visando às relações in-

possíveis a partir das técnicas de transgenia, representa um marco que não pode ser resumido ao domínio de novos conhecimentos, nem aos impactos adversos que os organismos GM venham causar no ambiente. As repercussões negativas ou positivas causada por qualquer intervenção humana no meio natural são externalidades, enquanto que a criação e liberação de organismos GM tem o potencial de alterar a própria concepção de ambiente, transformando o estar no mundo da espécie humana, assim como ocorreu no neolítico, quando o domínio da agricultura e o declínio do nomadismo criaram o ambiente rural e o ambiente urbano. ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 08.

57 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui entrevista inédita com o autor. São Paulo: Editora 34, 2010.

58 Em texto intitulado “A adoção do princípio da precaução pela OMC”, Hélène Ruiz Fabri traz importantes informações sobre a questão dos riscos, vinculando-as às ciências econômicas e ao meio ambiente. Discorre sobre “noções-chave de risco” e “ordem de grandeza mínima”, com informações advindas do Órgão de Apelação da OMC. O texto traz informações sobre como vislumbrar a aplicação de tais conceitos operacionais: “[...] é preciso, no mínimo, assumir duas obrigações. A primeira é uma obrigação de comportamento, que consiste em ajustar a medida em função do conhecimento científico sobre o risco. E a segunda é uma obrigação de procedimento, que implica reexaminar a medida num prazo razoável e, se quisermos que ela seja prolongada, analisá-la periodicamente”. FABRI, Hélène Ruiz. A adoção do princípio da precaução pela OMC. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATTAU, Ana Flávia Barros (Org). *Princípio da precaução*. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente_files/versao_del_rey.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014. p. 10-17.

59 “O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida”. Princípio 8. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/>>

55 “Em 04 de março de 2004 o Diretor Geral estabeleceu a composição do painel: Presidente: Sr. Christian Härbeli. Membros: Sr. Mohan Kumar e Professor Akio Shimizu”. Vide nota nº 24. p. 02.

56 “A possibilidade de criação de novas espécies jamais existentes, e que não resultem do processo de seleção natural, mas que só são

ternacionais o estabelecimento de maiores e melhores comunicações entre os sujeitos internacionais, enfoques distintos se mesclam para devida administração dos riscos. Soma-se a esse fato a necessidade de o assunto, também, ser avaliado sob o âmbito ético.

A ciência, com seu caráter inovador, propicia à humanidade melhoria na qualidade de vida. Sua dinamicidade move o homem sempre adiante, rumo à verdade. Consegue-se, ao máximo, desvendar suas faces ocultas por meio de evidências. Todo esse conjunto de ações, como já fora dito anteriormente, pautar-se na ética. Tem-se a responsabilidade como fio condutor das ações de todas as pessoas, rompendo, dessa forma, limites de tempo e espaço, para que todas as ações postas em prática reflitam de forma positiva em qualquer território e em qualquer tempo a partir do agora⁶⁰. O princípio da responsabilidade ética, em uma visão ambientalista, auxilia no entendimento da necessidade de se buscar analisar o meio sob o aspecto do coletivo, do difuso⁶¹, tendo por referência a dignidade humana⁶².

Questões procedimentais. Em relação às questões procedimentais do caso EC-Biotech, importante frisar a questão da necessidade de contribuições científicas externas para elucidação do caso, para melhor entendimento sobre (im)possibilidades de ocorrência de riscos, bem como seu devido gerenciamento. Para tanto, o painel solicitou auxílio técnico-científico, de acordo com o que

img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014.

60 JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução do original alemão Marijana Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; 2006.

61 Percebe-se, frente ao contencioso entre os reclamantes (Argentina, EUA e Canadá) e União Europeia sobre as restrições a importação de Organismos Geneticamente Modificados no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, a concretude em relação ao campo de atuação dos direitos de terceira geração. O trabalho em questão busca analisar conflitos e soluções no tocante à comercialização e consumo de OGMs. Não há como distanciar essa situação dos direitos difusos, levando-se em consideração a constatação os titulares (meio ambiente e cidadãos, representados pelos reclamantes – bem como terceiros interessados – e pela UE), objeto (OGMs e seus derivados), oponibilidade (possibilidade de resolução de conflitos perante uma Organização Internacional – OMC) e sanção organizada (cumprimento de decisão emitida pelo OSC/OMC).

62 Para Laffer, os direitos de terceira geração “têm servido como ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados”, tendo como titulares o povo, nação, família, coletividades. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 131.

dispõe os artigos 11.2 do Acordo SPS⁶³ e 13 do ESC⁶⁴.

O OSC foi informado, em 02 de novembro de 2004, sobre a necessidade de maior prazo para identificação e seleção de peritos. Informou o painel sobre entrega do relatório às partes ao final do mês de junho de 2005. Chegando a tal data, o painel informou ao OSC entrega de relatório somente no mês de outubro do corrente ano. Todavia, em 11 de agosto de 2005, o OSC foi informado pelo painel da necessidade de concessão de prazo até o mês de dezembro de 2005. Em 21 de dezembro de 2005, foi informado pelo painel sobre provável entrega do relatório para o mês de março de 2006. Dentre outras postergações, o relatório do painel foi entregue às partes no dia 29 de setembro de 2006⁶⁵.

Buscou o referido relatório publicar o entendimento do painel a respeito dos questionamentos levantados pelas partes, ou seja, suposta moratória geral da UE no tocante à aprovação e importação de produtos de origem biotecnológicas dos reclamantes (Argentina, EUA e Canadá), bem como terceiros⁶⁶; medidas da UE que, supostamente afetaram adoção de produtos específicos;

63 Consultas e solução de controvérsias. Artigo 11. “2. No caso de controvérsia sob esse Acordo envolvendo temas técnicos ou científicos, um grupo especial deverá buscar assessoria de peritos escolhidos pelo grupo especial, em consulta com as partes envolvidas na disputa. Para tal fim, o grupo especial poderá, quando julgar apropriado, estabelecer um grupo de peritos para consultoria ou consultar as organizações internacionais pertinentes, a pedido de qualquer das partes na disputa ou por sua própria iniciativa.

64 Direito à busca de informação. Artigo 13. “1. Todo grupo especial terá direito de recorrer à informação e ao assessoramento técnico de qualquer pessoa ou entidade que considere conveniente. Contudo, antes de procurar informação ou assessoramento técnico de pessoa ou entidade submetida à jurisdição de um Membro o grupo especial deverá informar as autoridades de tal Membro. O Membro deverá dar resposta rápida e completa a toda solicitação de informação que um grupo especial considere necessária e pertinente. A informação confidencial fornecida não será divulgada sem autorização formal da pessoa, entidade ou autoridade que a proporcionou. 2. Os grupos especiais poderão buscar informação em qualquer fonte relevante e poderão consultar peritos para obter sua opinião sobre determinados aspectos de uma questão. Com relação a um aspecto concreto de uma questão de caráter científico ou técnico trazido à controvérsia por uma parte, o grupo especial poderá requerer um relatório escrito a um grupo consultivo de peritos. As normas para estabelecimento de tal grupo e seus procedimentos constam do Apêndice 4.

65 As informações constantes nos dois primeiros parágrafos do item 1.2 foram retiradas do endereço eletrônico da OMC, especificamente na página referente à DS 293. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Dispute DS293*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds293_e.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

66 Vide nota de rodapé nº 04.

medidas de salvaguarda dos Estados-Membros da UE no tocante à importação e comercialização de produtos biotecnológicos específicos.

Possibilidade de solução por meio de acordos abarcados pela OMC. Em pouco mais de três anos, somando-se petições, audiências para esclarecimentos e milhares de laudas, o painel analisou as situações demonstradas frente aos pedidos. O painel, na composição do relatório⁶⁷, considerou os argumentos levantados pelas partes, por meio de interpretação legal/factual e análise doutrinária sobre o que fora apresentado.

Ressalte-se que a decisão tomada pelo painel seguiu diretrizes da OMC, embasada em dispositivos de acordos invocados (Acordo sobre Agricultura, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio), bem como informações encaminhadas pelas partes e por peritos⁶⁸,

67 Trata-se de um relatório contando com mais de mil laudas, referente às solicitações encaminhadas pelos reclamantes; petições da UE; declarações orais dos EUA, Canadá, Argentina e UE; segundas e terceiras comunicações escritas dos reclamantes e UE; segunda declaração oral das partes; argumentos de terceiros (Austrália, Chile, China, Nova Zelândia, Noruega); reexames; constatações; conclusões e recomendações (visão geral do que fora tratado pelo painel; estrutura; reclamações: conclusões e recomendações);

68 “No dia 19 de agosto de 2004 o painel solicitou colaboração da CDB, CIPF, Codex, FAO, OIE e OMS para identificação de peritos para tratar de questões específicas. Essas organizações indetificaram 30 pessoas [...] dezenove deles aceitaram o convite [...]. Concedeu-se às partes a oportunidade de formularem questionamentos aos especialistas [...]. Especialistas também foram seleccionados para o painel: Dr. David Andow, Departamento de Entomologia, Universidad de Minnesota, St. Paul, Minnesota, EUA; Dra. Marília Regini Nutti, Diretora do Centro Nacional de Investigação sobre Tecnologia dos Alimentos, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), Rio de Janeiro, Brasil; Dra. Allison Snow, Departamento de Evolução, Ecologia e Biologia de Organismos, Universidade do Estado de Ohio, Columbus, Ohio, Estados Unidos de América; Dr. Geoff Squire, Instituto Escocês de Investigação sobre Cultivos, Dundee, Reino Unido. p. 287. WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products*. Reports of the panel. 293R-02. Disponível em: <[buscando, dessa forma, evidenciar as \(in\)certezas científicas em relação a possíveis riscos para o meio ambiente equilibrado.](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=(+WILD%7bWT%2fDS293%2f%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds293%2f%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds293%2f%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Context=FomerScriptedSearch&btsType=&IsEnglishSelected=&IsFrenchSelected=&IsSpanishSelected=&IsAllLanguageSelected=&SearchPage=&SourcePage=&Language=&#>. Acesso em: 07 jan. 2014. p. 1070.</p></div><div data-bbox=)

(In)Compatibilidade de ações da UE para com normativas da OMC. A ocorrência de moratória foi constatada pelo painel, no que tange à aprovação geral para com OGMs bem como derivados. Tratou-se de uma moratória geral, pois recaiu a todos os pedidos que se encontravam em trâmite na referida época⁶⁹. Tal constatação partiu da análise fática, em conjunto com o disposto nos artigos 5 (parágrafo 1 – avaliação de riscos)⁷⁰ e 2 (parágrafo 2 – comprovações científicas suficientes)⁷¹ do Acordo SPS. Constatou-se, pelo painel, moratória quanto à implantação e prosseguimento nos processos/solicitações de aprovação para importações e não necessidade de prazo para se avaliar possíveis riscos no tocante a questões sanitárias e/ou fitossanitárias. A restrição de importação

IsSpanishSelected=&IsAllLanguageSelected=&SearchPage=&SourcePage=&Language=&#>. Acesso em: 15 jan. 2014.

69 “A UE agiu de forma incompatível para com suas obrigações, levando-se em consideração o disposto na primeira cláusula do parágrafo 1, ‘a’, Anexo ‘C’ do Acordo SPS e, conseqüentemente, com as obrigações previstas no artigo 8 do referido acordo, ao aplicar uma moratória de fato no tocante às aprovações gerais no período compreendido entre junho de 1999 a agosto de 2003”. WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products*. Reports of the panel. 293R-07. Disponível em: <[70 Avaliação do Risco e Determinação do Nível Adequado da Proteção Sanitária e Fitossanitária. Artigo 5. “1. Os Membros assegurarão que suas medidas sanitárias e fitossanitárias são baseadas em uma avaliação, adequada às circunstâncias, dos riscos à vida ou à saúde humana, animal ou vegetal, tomando em consideração as técnicas para avaliação de risco elaboradas pelas organizações internacionais competentes.”](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=(+WILD%7bWT%2fDS293%2f%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds293%2f%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bMATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bPanel+report%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Context=FomerScriptedSearch&btsType=&IsEnglishSelected=&IsFrenchSelected=&IsSpanishSelected=&IsAllLanguageSelected=&SearchPage=&SourcePage=&Language=&#>. Acesso em: 07 jan. 2014. p. 1070.</p></div><div data-bbox=)

71 Direitos e obrigações básicas de acordos firmados. Artigo 2. Parágrafo 2: “os membros assegurarão que qualquer medida sanitária e fitossanitária seja aplicada apenas na medida do necessário para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal; seja baseada em princípios científicos e não seja mantida sem evidência científica suficiente, à exceção do determinado pelo parágrafo 7 do artigo 5”.

de produtos biotecnológicos não poderia ser justificada pelo artigo XX, “b” e “g” do GATT, desconsiderando-se a inexistência de riscos⁷².

O painel constatou que a moratória geral cedeu lugar a atrasos indevidos em relação à finalização de procedimentos de aprovação de pelo menos um dos produtos em questão, agindo de forma inconsistente com o disposto pelo parágrafo 1 alínea “a” do Anexo C⁷³ do Acordo SPS e, por consequência, com o artigo 8⁷⁴. De maneira sistêmica, verifica-se, também, descumprimento para com o Acordo sobre Agricultura⁷⁵, especificamente quanto ao tratado em seu artigo 4.2, que dita o seguinte: “Salvo disposição em contrário do Artigo 5 e do Anexo 5, nenhum Membro manterá, estabelecerá ou restabelecerá medidas do tipo daquelas que se tenha determinado ser convertidas em direitos alfandegários propriamente ditos”. O próprio artigo cita, em referência, tais medidas. Em relação ao caso em tela, identifica-se: medidas para com restrições quantitativas e licenças quanto à importação, situações já tratadas e analisadas em tópico anterior.

Ainda sobre o parágrafo 1 alínea “a” do Anexo C

72 “É importante lembrar que a natureza jurídica do artigo XX é de exceção, isto é, ele pode ser invocado quando verificar-se que o membro, com sua medida voltada para a proteção da saúde ou recursos naturais, está violando outras regras do GATT, como, por exemplo, a obrigação de não discriminação – entre produtos importados entre si (art. I) ou entre produtos domésticos e importados (art. III) – ou a limitação do uso de restrições quantitativas (art. XI). SANTOS, Bruno Carazza dos; VOLPINI, Felipe Neiva. Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA Roberto Luiz (Org.). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 220.

73 Busca o Anexo C de o Acordo SPS tratar sobre procedimentos de controle, inspeção e aprovação. Diz a alínea “a” do parágrafo 1 que os Membros assegurarão “que tais procedimentos sejam realizados e concluídos sem demoras indevidas e de forma não menos favorável aos produtos importados do que aos produtos nacionais similares”.

74 Procedimentos de Controle, Inspeção e Homologação. Artigo 8 “Os Membros observarão as disposições do Anexo C na operação de procedimentos de controle, inspeção e homologação, incluindo-se sistemas nacionais para homologação de uso de aditivos ou para o estabelecimento de tolerâncias para contaminantes em alimentos, bebidas ou ração animal, e garantirão, quanto ao resto, que seus procedimentos não são incompatíveis com as disposições do presente Acordo”.

75 Cita em seu Preâmbulo “objetivos de longo prazo”, tais como reduções progressivas substanciais em matéria de apoio e proteção à agricultura, buscando a correção e prevenção de restrições e distorções no mercado mundial, bem como a decisão na consolidação de acesso a mercados, competição em exportações e consenso entre questões sanitárias e fitossanitárias.

do Acordo SPS, há que se dizer que o painel verificou que 24 dos 27 procedimentos não sofreram com demoras injustificadas para suas conclusões. Por consequência, houve constatação de ação inconsistente frente a três procedimentos (inclusive no tocante ao artigo 8 do Acordo SPS). Oportunamente, ainda em parte inicial do Relatório do painel, registrou-se reclamação dos EUA em relação a provável moratória a produtos específicos, mais especificamente sobre a paralisação de análise de solicitações para com o algodão BT e produtos derivados de canola⁷⁶.

Sobre os riscos, o painel informou que não havia provas insuficientes para uma avaliação, de acordo com o disposto no artigo 5 (parágrafo 1 – vide nota de nº 41) e no parágrafo 4 do Anexo A⁷⁷. Subentendeu o painel

76 “[...] temos o exemplo de como o processo para a aprovação do algodão BT encontra-se paralisado, bem como procedimentos para dois produtos derivados da canola. Gostaríamos, também, de colocar como exemplo, o algodão Roundup Ready. A Espanha, o Estado que inicialmente recebeu a solicitação, encaminhou a mesma à UE, juntamente com parecer favorável, no mês de julho de 1998. O Comitê Científico de Plantas da UE emitiu parecer favorável, em julho de 1998. Em fevereiro de 1999, a solicitação relativa ao algodão Roundup Ready, correlata à referente ao algodão BT, não havia recebido um voto por maioria qualificada no Comitê de Regulamentação. Como no caso do algodão BT, o próximo passo na cronologia da UE é a ‘iniciação de consulta interdepartamental sobre o projeto de Decisão do Conselho’, em maio de 1999. Não há nenhum registro a mais na linha do tempo até o ano de 2003, mais de dois anos e meio depois. Trata-se de outro exemplo de um importante atraso que não foi causado, como pretende a UE, por uma petição de informação adicional (pendente) ao solicitante. A verificação de ocorrência (ou não) do caminhar natural dos procedimentos demonstram como as moratórias de produtos específicos são incompatíveis com as obrigações de procedimento ditas pelo parágrafo 1, ‘b’ do Anexo ‘C’ do Acordo SPS. No tocante às solicitações do algodão BT, o algodão Roundup Ready e a canola, os requerentes não foram informados, de forma concreta e precisa, sobre as deficiências e dos resultados de procedimento de aprovação. Ao contrário, quando o Comitê de Regulamentação não aprovou uma solicitação por maioria qualificada ou quando a Comissão da UE iniciou a ‘consulta inter-serviços’ ao invés de enviar uma solicitação ao Conselho, o solicitante não recebeu explicação alguma e, conseqüentemente, não encontrou oportunidade para correção das deficiências. O mesmo vale para produtos derivados da canola: o Estado-Membro que, a princípio, recebeu o pedido não deu o passo final para dispor o produto no mercado”. Parágrafos 4.407 e 4.408. Referência: vide nota 31. p. 91-92.

Não há mais entrada na cronologia até janeiro de 2003, ou seja, mais de dois anos e meio mais tarde. Mais uma vez, este é mais um exemplo de um grande atraso não foi causado, como as Comunidades Europeias, por um pedido pendente para informações adicionais do requerente.

77 O Anexo “A” do Acordo SPS busca trazer definições a serem seguidas. Dita o parágrafo 4 sobre “avaliação de risco”: “A avaliação da possibilidade de entrada, estabelecimento ou disseminação de uma praga ou doença no território de Membro importador,

da possibilidade de aplicação do artigo 5 (parágrafo 1), bem como do artigo 2 (parágrafo 2). Constatou o painel que medidas de salvaguarda alegadas não foram baseadas em uma avaliação de risco.

Vínculo com tratativas de cunho ambiental. Em se tratando de tema polêmico e complexo, não há como dispensar opiniões contrárias a respeito, que sustentam que a OMC não considerou tratados ambientais como a CDB e o Protocolo de Cartagena⁷⁸ para devida solução ao caso, não respeitando, assim, questões culturais⁷⁹. Críticas em relação à decisão da OMC (embasada praticamente no que trata o Acordo SPS) possuem argumentos a favor de melhor percepção precaucional, em relação às incertezas científicas. Todavia, o painel entendeu que só seria obrigado a se utilizar de outras normativas não pertencentes ao quadro da OMC caso os sujeitos envolvidos possuíssem vínculo a elas, o que, por meio de uma visão legalista, restou claro.

Apreciações no tocante à interpretação conferida ao Acordo TBT também merecem destaque. Sustenta-se o argumento de que o Acordo TBT é mais generoso no que tange ao reconhecimento de valores sociais que o Acordo SPS. Comprova-se tal fato ao se analisar seu artigo 2.2 que busca evidenciar uma sensata restrição comercial em casos de necessidade vinculados às questões de saúde humana, animal ou vegetal⁸⁰.

em conformidade com as medidas sanitárias e fitossanitárias que possam ser aplicadas, e das potenciais consequências biológicas e econômicas; ou a avaliação do potencial existente no que se refere a efeitos adversos à saúde humana ou animal, resultante da presença de aditivos, contaminantes, toxinas ou organismos patogênicos em alimentos, bebidas ou ração animal”.

78 “O painel do caso EC-Biotech, encarregado com a delicada tarefa de interpretar o acordo SPS, confrontado com o que deveria fazer, tendo em conta tratativas não pertencentes ao âmbito da OMC, especialmente a Convenção sobre Diversidade Biológica e o Protocolo de Biossegurança de Cartagena, escolheu pela restrição severa da aplicação do Artigo 31 (3) (c) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, reduzindo-o à insignificância.” BROUDE, Tomer. Principles of normative integration and the allocation of international authority: the WTO, the Vienna Convention on the Law of Treaties, and the Rio Declaration. *International Law Forum*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1249432>. Acesso em: 25 fev. 2014.

79 “O problema central é que as determinações sobre segurança alimentar são enquadradas como questões de ciência, desconsiderando valores e/ou considerações culturais”. ZUREK, Lailah. *The European Communities biotech dispute: how the WTO fails to consider cultural factors in the genetically modified food debate*. Disponível em: <<http://www.tilj.org/content/journal/42/num2/Zurek345.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2014. p. 17.

80 CONRAD, Christiane R. PPMs, the ec-biotech dispute and applicability of the SPS Agreement: are the panel’s findings built on

A precaução⁸¹ é princípio norteador ambiental, seja em âmbito interno, seja na seara internacional. A prudência é requisito essencial para a eficaz aplicação da precaução em uma sociedade de risco⁸². Tomando-se por base seu caráter principiológico⁸³, críticas sustentam que não há como a OMC deixar de colocar em prática o princípio da precaução por meio de uma interpretação teleológica, com objetivo alcançar os fins almejados pela sociedade global em relação ao caso em estudo: integração entre questões comerciais e ambientais⁸⁴, com vistas

shaky ground? *International Law Forum*. Disponível em: <www.ssrn.com/abstractid=920742>. Acesso em: 25 fev. 2014.

81 O Princípio da precaução é assim definido pelo Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 12 jan 2014.

82 Patrick Ayala, em sua obra “Devido Processo Ambiental” busca analisar a percepção do princípio da precaução no que, hoje, encontra-se como referência: EUA e UE. Busca-se, aqui, fazer menção em relação ao entendimento dos EUA devido ao fato de ser analisado por outro prisma. Frente ao entendimento norte-americano, o princípio da precaução é visto pelo enfoque vertical, onde as análises e investigações são realizadas sobre o produto, pois não se tem por objeto de estudo o processo tecnológico. Cita-se como razoes a questão da tecnologia e produto não serem capazes de produzir riscos adicionais além dos já conhecidos (contextualização política do favorecimento da biotecnologia). AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

83 Christine Noiville busca tratar de questões referentes à comercialização global (restrições) por meio da Organização Mundial de Comércio (OMC) levando-se em consideração a questão da (des)necessidade da aplicação do princípio da precaução a possíveis riscos sanitários e/ou ecológicos correlacionados. Cita, já na primeira página de seu artigo, a expressão “filosofias de risco” (“Como esses produtos são mercadorias destinadas a circular no mercado internacional, a maior parte dos contenciosos comerciais que suscitam também será resolvida no mesmo mercado internacional. Então, é na OMC que, por sua vez, será decidido o confronto entre duas ‘filosofias de risco’”) por meio do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). NOIVILLE, Christine. Princípio da precaução e Organização Mundial do Comércio: da oposição filosófica para os ajustes técnicos? In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATTIAU, Ana Flávia Barros (Org). *Princípio da precaução*. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente_files/versao_del_rey.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014.

84 Jacqueline Peel, de acordo com a Comissão de Direito Internacional (CDI), critica o painel do caso EC-Biotech por rejeitar a relevância de outros tratados para devidas interpretações das disposições do Acordo SPS. A GMO by Any Other Name... Might be an SPS risk! Implications of expanding the scope of the WTO sanitary and phytosanitary measures agreement. *Jornal europeu de direito*

à dignidade humana. Haveria, portanto, a necessidade de respeito aos padrões de proteção apresentados pela UE, mesmo que em nível mais elevado do que o exposto pelo Acordo SPS, no que tange a possíveis riscos à saúde da população e ao meio ambiente, respeitando, assim, aspectos éticos, sociais e de bem estar⁸⁵.

Críticos à aplicação expansiva do acordo SPS sustentam que tal acordo foi, a princípio, adotado com vistas à liberação do comércio internacional de agricultura, sugerindo que sua finalidade era de tratar sobre riscos tidos como “tradicionais” (pragas e/ou doenças importadas)⁸⁶, e não os que possivelmente podem advir da utilização da biotecnologia para alteração genética de organismos vivos. Importante salientar novamente o acordo TBT, mais especificamente seu artigo 2.2, que alega proteção ambiental como “objetivo legítimo”, justificando obstáculos técnicos ao comércio internacional (não mais restritivos que o necessário). Já o Acordo SPS não possui dispositivo similar⁸⁷.

As ressalvas de importação não se encontram somente em relação à restrição política-normativa. A resistência do consumidor também é expressiva, comprovada por meio de pesquisas realizadas⁸⁸. O posi-

cionamento dos cidadãos em relação à alimentação é cultural. As cozinhas europeias encontram-se associadas a peculiaridades regionais. Encontra-se, inclusive, proteção europeia em relação à tradição alimentar por meio de regulamentos que fazem a intersecção entre alimento e região produtora⁸⁹, por exemplo, a questão de queijos e vinhos (exemplo: espumantes não podem ser chamados de “*champagne*”, a menos que seja produzido em tal região). Assim, a OMC terá (ou teria) um árduo caminho para a implantação da decisão do painel, pois valores não mercantis não foram levados em consideração, tais como valores distintos concedidos aos alimentos pelos Europeus.

Há quem sustente que, com tal decisão, o painel do caso EC-Biotech tenha aberto a “Caixa de Pandora”, gerando consequências (mesmo que não intencionais) em relação ao delicado equilíbrio entre o livre comércio e a proteção ambiental, por conferir ampla interpretação ao termo “medidas sanitárias e fitossanitárias” do acordo SPS, negando, assim, a necessidade de se recorrer a outros documentos internacionais (tais como a CDB, Protocolo de Cartagena, bem como interpretação mais aprofundada sobre o próprio princípio da precaução)⁹⁰. Sustenta-se que essa situação se encontra, inclusive, contrária à posição do próprio OA que, no caso *US-Shrimp*, buscou respaldo em instrumentos de cunho ambiental (não vinculantes para as partes) para melhor entendimento sobre a expressão “recursos naturais não renováveis”⁹¹.

Autores defendem da necessidade de observância do Protocolo de Cartagena, por possuir um amplo apoio entre membros da OMC. Tal fato vem a demonstrar preocupações atuais para com a conservação do ambiente e que o referido documento se coaduna com o disposto pelo artigo 5.7 do Acordo SPS, vindo a contribuir para a devida aplicação deste dispositivo⁹². Sustentam que resultado apresentado pelo painel EC-Biotech

internacional. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/17/5/107.pdf>>. Acesso em: 02 mar 2014.

85 PEEL, Jacqueline. A GMO by Any Other Name... Might be an SPS risk! Implications of expanding the scope of the WTO sanitary and phytosanitary measures agreement. *Jornal europeu de direito internacional*. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/17/5/107.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2014.

86 GRUSCZYNSKI, Lucasz. *The SPS agreement within the framework of WTO Law: The rough guide to the agreement's applicability*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1152749>. Acesso em: 25 fev. 2014.

87 GRUSCZYNSKI, Lucasz. *The SPS agreement within the framework of WTO Law: The rough guide to the agreement's applicability*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1152749>. Acesso em: 25 fev. 2014. p. 11

88 Um inquérito **Eurobarômetro** de 2010, com 16 mil enquetes, constatou um incremento na rejeição aos transgênicos: havia subido de 57% em 2005 para 61%. Enquanto isso, o apoio caiu de 27% para 23% (na Espanha, de 66% em 1996 para 35%). “Ao contrário da indústria e dos cientistas, os europeus consideram que os transgênicos não oferecem benefícios e são inseguros”, concluiu. Isso, apesar de que nas quase duas décadas de uso dos transgênicos até a **Organização Mundial da Saúde (OMS)** aprovou a sua segurança. Então, só seis países cultivavam transgênicos: Espanha (líder em milho resistente à praga do caruncho), a **República Tcheca, Portugal, Romênia, Polônia e Eslováquia**. Na Europa, havia apenas cerca de 100 mil hectares, comparadas com os 134 milhões no mundo. GÓMES, Juan; MÉNDEZ, Rafael. *Mercado dos transgênicos foge da Europa por rejeição social*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/505877-mercado-dos-transgenicos-foge-da-europa-por-rejeicao-social>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

89 ZUREK, Lailah. *The European Communities biotech dispute: how the WTO fails to consider cultural factors in the genetically modified food debate*. Disponível em: <<http://www.tijl.org/content/journal/42/num2/Zurek345.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2014. p. 360.

90 PRÉVOST, Denise. Opening Pandora's Box: the panel's findings in the EC-Biotech products dispute. *Legal issues of economic integration*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1260270>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

91 Verificar informações contidas no presente *paper*. Item 1.1.2, “b”.

92 HENCKLES, Caroline. *GMOs in the WTO: a critique of EC-Biotech*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=949262>. Acesso em: 26 fev. 2014. p. 301.

(fundamentado basicamente no acordo SPS) provocaria o isolamento de acordos multilaterais em “ilhas”, não permitindo, assim, referências cruzadas de informações advindas de organismos internacionais que não seriam levados em consideração em suas aplicações⁹³.

Diante do exposto, constatam-se duas situações: olhar tradicional/legalista e clamor premente de utilização de técnicas interpretativas para integração de normas em relação à solução de controvérsias do caso em tela.

Olhar tradicional/legalista. Ao se analisar a natureza jurídica da OMC tem-se a informação de se tratar de uma organização internacional que possui como finalidade promoção do comércio em âmbito internacional, estabelecendo pontes de contato, auxiliando em possíveis entraves, com vistas ao desenvolvimento econômico global. Essa concepção fora forjada buscando a melhor integração possível em relação às questões negociais entre os sujeitos internacionais.

Inúmeros assuntos, de natureza diversa, são analisados pela OMC. Constatam-se que, em casos recentes, soluções dantes encontradas já não possuem mesma força, pois novos conhecimentos vieram à tona, dentre eles a questão do avanço biotecnológico. Verifica-se, após a exposição de argumentos das partes, posicionamento do painel, bem como opiniões diversas de estudiosos, certa dificuldade da OMC em garantir plena segurança no tocante à garantia da saúde humana e da preservação ambiental levando-se em consideração, em suas decisões, questões puramente técnico-comerciais.

Utilização de técnicas interpretativas para integração de normas. De acordo com o que fora exposto, valeu-se o painel de interpretação puramente literal em relação ao disposto no artigo 31.3 “c” da CVDT, não abrindo margem para a possibilidade de utilização de informações de tratados de cunho ambiental. Todavia, o próprio OA, em momento anterior, utilizou-se de informações de normativas internacionais ao proferir decisão no caso *US-Shrimp* (CDB, Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Fauna e Flora Silvestres – CITES, Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, Convenção

sobre Direitos do Mar). Não há como negar tal precedente em matéria de âmbito econômico/negocial/ambiental.

Essa interpretação sistêmica possui como escopo a preservação ambiental, devidamente fundamentada no princípio da precaução, para melhor administração/gestão de possíveis riscos. A necessidade de um avanço na interpretação de normas comerciais e ambientais no tocante aos organismos geneticamente modificados é premente. A peculiaridade da situação exige.

O acordo constitutivo da OMC dita, em seu preâmbulo, que as relações nas esferas comerciais e econômicas devem permitir uma ótima utilização dos recursos mundiais (dentre eles os provenientes do – e o próprio – meio ambiente) com vistas ao desenvolvimento sustentável, buscando proteger e preservar o meio ambiente, incrementando os meios para fazê-lo, de maneira compatível com suas “respectivas necessidades e interesses”.

O próprio preâmbulo do acordo SPS traz informações sobre a possibilidade de adoção de medidas necessárias para a devida preservação da saúde humana e do meio ambiente, “reconhecendo a importante contribuição que podem proporcionar a esse respeito normas, guias e recomendações internacionais”. Vislumbra-se, por meio da utilização de interpretação teleológica, possibilidade de análise em conjunto com “normas, guias e recomendações internacionais”, como acontece com a CDB e o Protocolo de Cartagena.

Questiona-se se já não seria a hora da OMC rever conceitos em relação à possibilidade de colmatção de suas normas frente a documentos internacionais que versam sobre assuntos a ela necessários. Tanto o é que as partes envolvidas no caso apresentado tiveram que se ajustar em momento posterior à decisão do painel, buscando no princípio da precaução (encontrado tanto em acordos da própria OMC como em tratados que versam sobre questões ambientais) o ponto balizador para a disputa travada por anos.

3. ACORDO BILATERAL ENTRE AS PARTES

Após publicação de decisão do painel, medidas foram adotadas para devida harmonização entre as partes envolvidas. Importante enfatizar que em tal etapa houve a individualização de medidas no tocante aos reclaman-

93 PEEL, Jacqueline. A GMO by Any Other Name... Might be an SPS risk! Implications of expanding the scope of the WTO sanitary and phytosanitary measures agreement. *Jornal europeu de direito internacional* Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/17/5/107.pdf>>. Acesso em: 02 mar 2014. p. 1029.

tes. De acordo com o propósito do estudo em questão, buscar-se-á, na seção que ora se inicia, discorrer sobre soluções encontradas pelo Estado Argentino e UE para devida regulamentação em relação à comercialização de produtos de biotecnologia.

A questão comercial é verificada juntamente com o enfoque ambiental, pois os OGMs e derivados são tratados como produtos de risco e, como tal, imprescindível se faz a análise e aplicação dos princípios de Direito Ambiental, visando à preservação do meio ambiente equilibrado, garantindo às presentes e futuras gerações a possibilidade de saudável interação com o meio.

Buscando eficácia na implantação da solução mútua, as partes apresentaram ao OSC objetivos a serem cumpridos, considerando diálogo constante, com vistas a evitar obstáculos considerados como desnecessários em relação à harmonização do comércio de OGMs e derivados (produtos de biotecnologia) entre as partes, de acordo com normativas da OMC.

3.1. Atuação do órgão de solução de controvérsias por meio dos pareceres conclusivos do painel

Em reunião do OSC, datada de 19 de dezembro de 2006, foi anunciada pela UE a intenção de aplicação das medidas publicadas pelo painel, em relação à restrição de OGMs e derivados advindos dos reclamantes. Houve a solicitação de prazo para devida internalização da decisão, por tratar-se de caso extremamente complexo. Buscou-se amparo em texto contido no artigo 21.3, “b”, do ESC, que dispõe sobre devida supervisão de aplicação das recomendações e decisões do OSC:

Em reunião do OSC celebrada dentro de 30 dias após a data de adoção do relatório do grupo especial ou do órgão de Apelação, o Membro interessado deverá informar ao OSC suas intenções com relação à implementação das decisões e recomendações do OSC. Se for impossível a aplicação imediata das recomendações e decisões, o Membro interessado deverá para tanto dispor de prazo razoável. O prazo razoável deverá ser:

[...]

b) um prazo mutuamente acordado pelas partes em controvérsia dentro de 45 dias a partir da data de adoção das recomendações e decisões ou, não havendo tal acordo;

Estabeleceu-se prazo que pudesse satisfazer as necessidades das partes. Importante salientar que após adoção

da decisão pelo OSC, Argentina, EUA e Canadá buscaram trilhar seus próprios caminhos. A Argentina, juntamente à UE, em 21 de junho de 2007, notificara ao OSC sobre acordo respeitando prazo de doze meses a contar da data da aprovação do painel, ou seja, 21 de novembro de 2007. Ao chegarem a data pactuada, as partes informaram sobre concordância mútua em dilação de prazo para 11 de janeiro de 2008. Tal fato (prorrogação) repetiu-se por nove vezes (11 de junho de 2008, 12 de agosto de 2008, 1º de dezembro de 2008, 1º de março de 2009, 30 de junho de 2009, 31 de dezembro de 2009, 31 de janeiro de 2010, 28 de fevereiro de 2010, 31 de março de 2010)⁹⁴.

Igualmente, em 21 de junho de 2007, os EUA⁹⁵ e a UE notificaram ao OSC prazo de 12 meses para implantação das recomendações. Como no caso do Estado Argentino, o prazo esvair-se-ia em 21 de novembro do corrente ano. Em comum acordo, as partes modificaram a data final para o dia 11 de janeiro de 2008. No dia 14 de janeiro de 2008, as partes informaram ao OSC que haviam chegado a um consenso, fundamentados nos artigos 22 e 23 do ESC. Entretanto, em 17 de janeiro de 2008, os EUA solicitaram ao OSC autorização para suspensão de concessões e obrigações. A UE opôs-se à petição norte-americana, submetendo o caso à arbitragem, de acordo com o estabelecido pelo artigo 22.6 do ESC⁹⁶. Em 15 de fevereiro de 2008, as partes solicitaram suspensão dos trabalhos, o que fora acatado de prontidão, no dia 18 de fevereiro do ano em questão, até que os EUA solicitem retomada das circunstâncias acordadas dias atrás, em 14 de fevereiro.

94 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Implementation of adopted reports*. OMC. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds293_e.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

95 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Implementation of adopted reports*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds291_e.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

96 “Quando ocorrer a situação descrita no parágrafo 2, o OSC, a pedido, poderá conceder autorização para suspender concessões ou outras obrigações dentro de 30 dias seguintes à expiração do prazo razoável, salvo se o OSC decidir por consenso rejeitar o pedido. No entanto, se o Membro afetado impugnar o grau da suspensão proposto, ou sustentar que não foram observados os princípios e procedimentos estabelecidos no parágrafo 3, no caso de uma parte reclamante haver solicitado autorização para suspender concessões ou outras obrigações com base no disposto nos parágrafos 3.b ou 3.c, a questão será submetida à arbitragem. A arbitragem deverá ser efetuada pelo grupo especial que inicialmente tratou do assunto, se os membros estiverem disponíveis, ou por um árbitro designado pelo Diretor-Geral, e deverá ser completada dentro de 60 dias após a data de expiração do prazo razoável. As concessões e outras obrigações não deverão ser suspensas durante o curso da arbitragem”.

Os fatos ocorridos entre dezembro de 2006 a janeiro de 2008 (acima citados) também foram idênticos ao caso WT/DS 292, em relação às solicitações feitas pelo Estado Canadense. Solicitaram adiamento de prazo final para implantação da decisão do painel por cinco vezes (11 de fevereiro de 2008, 30 de junho de 2008, 31 de julho de 2008, 31 de dezembro de 2008, 1º de março de 2009). Uma solução mútua foi comunicada ao OSC em 15 de julho de 2009, buscando estabelecer diálogo sobre questões de interesse mútuo no tocante aos OGMs e seus derivados, em relação ao comércio entre ambos⁹⁷.

Novamente, em relação ao caso correlato ao Estado Argentino (WT/DS 293), há que se dizer, também, sobre acordo mútuo realizado no dia 19 de março de 2010, de acordo com o disposto no artigo 3.6 do ESC, em que as soluções mutuamente acordadas de questões formalmente apresentadas à OMC deverão ser notificadas ao OSC, Conselhos e Comitês correspondentes. Logo, cabe atuação do OSC inclusive em soluções avençadas entre as partes, para que, chegando ao seu conhecimento, possa validar (bem como verificar) a situação frente à Organização Internacional a qual faz parte.

3.2. Solução do litígio por meio do diálogo entre os interessados

As disputas entre Argentina, EUA e Canadá (como reclamantes) juntamente à UE em âmbito do OSC/OMC finalizaram em datas e formas diferenciadas. Canadá e Argentina buscaram, juntamente à UE, acordo mútuo por meio do diálogo bilateral. A partir do presente momento, discorrerá e analisará a situação vivenciada pela Argentina e pela UE, buscando, dessa forma, melhor verificação da solução encontrada entre uma Organização Internacional e um Estado em desenvolvimento frente a um Ambiente Jurídico que os engloba: a OMC.

Encontra-se em documento datado de 23 de março de 2010, comunicação de 19 de março de 2010 relacionada à solução de controvérsia WT/DS293⁹⁸, advinda

da Delegação da Argentina e da Delegação da UE, encaminhada ao Presidente do OSC, de acordo com o disposto no artigo 3.6 do ESC⁹⁹. As partes, após exaustivo procedimento, buscaram solução mútua, concordando os Presidentes do OSC, OMC, Comissões e Conselhos de solução. Vale ressaltar que esta composição não desrespeita as recomendações oriundas do OSC em relação ao caso em questão (WT/DS293), muito menos altera relações obrigacionais entre as partes, no âmbito dos Acordos da OMC.

Buscou-se, a partir de então, continuidade de diálogo construtivo sobre questões bilaterais sobre a aplicação de biotecnologia para a agricultura, com vistas a evitar obstáculos considerados como desnecessários em relação à harmonização do comércio de OGMs e derivados (produtos de biotecnologia) entre as partes, de acordo com normativas da OMC. Há que se dizer que a possibilidade de acordo auxilia, inclusive, em uma análise mais aprofundada sobre as inter-relações entre questões comerciais e ambientais, favorecendo, assim, melhor aproximação e interpretação de normas correlatas ao tema, com vistas à efetivação de um meio ambiente equilibrado.

De acordo com o documento, deverá haver diálogo constante no tocante ao desenvolvimento científico entre as partes, no que tange aos processos de aprovação de produtos oriundos de OGMs; questões específicas que porventura possam surgir no contexto dos pedidos apresentados à revisão de regulamentação; avaliação de perspectivas econômicas e comerciais de futuras aprovações¹⁰⁰; renovação de autorizações; troca de informações sobre relevantes questões no campo da biotecnologia agrícola.

Enfatiza-se tratar de tema correlacionado a possibilidade de riscos para com a saúde humana e ao meio ambiente. Logo, uma devida comunicação faz-se necessária para aumentar a confiança e credibilidade de

97 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Implementation of adopted reports*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds292_e.htm>. Acesso em: 10 jan. 2014.

98 WORLD TRADE ORGANIZATION. *Notification of a Mutually Agreed Solution*. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2f293%2f*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2f293%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true)>. Acesso em: 11 dez. 2013.

99 “As soluções mutuamente acordadas das questões formalmente pleiteadas ao amparo das disposições sobre consultas e solução de controvérsias dos acordos abrangidos serão notificadas ao OSC e aos Conselhos e Comitês correspondentes, onde qualquer Membro poderá levantar tópicos a elas relacionadas?”

100 Cass R. Sunstein faz uma correlação entre o princípio da precaução e a análise de custos e benefícios (CBA), buscando refletir sobre resultados de ações em que envolva a disponibilidade dos cidadãos em arcarem com despesas de determinado custo. A expressão “disponibilidade de pagar” (WTP) encaixa-se perfeitamente no caso em tela. SUNSTEIN, Cass R. *Cost-benefit analysis and the environment*. Chicago: The University of Chicago, 2004. p. 04.

um sujeito internacional para com o outro. De acordo com o que dita o Preâmbulo do Acordo SPS, busca-se com o acordo mútuo melhoria e qualidade de vida nas respectivas partes envolvidas. Fala-se, portanto, de um interesse difuso que deve ser amplamente e constantemente debatido.

A aproximação dos sujeitos é imprescindível para estabelecimento de segurança social e alimentar, pois, **por meio** dela, percebe-se a preocupação das partes envolvidas em relação à preservação de um meio ambiente equilibrado não somente para cidadãos de hoje, mas também do amanhã¹⁰¹. Coloca-se em prática o que o princípio da equidade intergeracional e, por consequência, a inserção de uma ética voltada não somente para o imediatismo, mas que busca refletir a longo prazo¹⁰². Vislumbra-se, em tal ação, a aplicação do princípio da precaução, buscando-se a certeza (dentro do possível) da segurança no que tange a produção e comercialização dos produtos de biotecnologia.

Imprescindível se faz o diálogo em relação ao desenvolvimento científico e aos processos de aprovação de produtos de biotecnologia tanto no campo social quanto no negocial, buscando-se evitar possíveis medidas de cunho biotecnológico que venham a afetar a relação entre os sujeitos envolvidos. Os Acordos SPS e TBT trazem, tanto em seus Preâmbulos quanto no corpo do texto, normativas para a devida integração entre os interessados¹⁰³, buscando, inclusive, harmonização quanto ao acesso aos mercados.

As trocas de informações fazem parte do processo do diálogo contínuo, buscando atingir “avaliações gerais de critérios regulamentares e estudo colaborativo sobre questões de regulamentação emergentes”. Novas descobertas podem ocorrer unilateralmente. Logo, percebe-se da necessidade de uma comunicação constante entre os interessados. Estabelece-se, portanto, uma solidariedade. O próprio acordo mútuo traz como

exemplos trocas de informações sobre culturas geneticamente modificadas com eventos múltiplos, produtos geneticamente modificados com características complexas (exemplo: resistência a estresses abióticos), produtos de interesse industrial¹⁰⁴.

Constata-se, por meio do conteúdo abordado pelo acordo mútuo, da necessidade de colocar em prática constante o princípio da precaução, devido às inúmeras incertezas científicas que pairam sobre os OGMs e seus derivados, fazendo de tal princípio a mola mestra de todo o mecanismo de gerenciamento de riscos, para que se possa garantir coexistência entre o ser humano pesquisador e o ser humano destinatário da pesquisa¹⁰⁵, em um ambiente ecologicamente equilibrado.

3.2.1. Acompanhamento e cumprimento dos dados acordados

Com a finalidade de acordo mútuo e estreitamento de laços no que tange à ciência e tecnologia no campo dos OGMs, tanto o Estado Argentino quanto a UE buscam caminhos concretos para que esse objetivo seja alcançado. Não basta, somente, o acordo realizado, materializado por meio de um documento assinado. O acompanhamento e cumprimento deste são de vital importância¹⁰⁶.

Conta a UE com a participação da Direção Geral de Saúde e Consumidores, Direção Geral de Agricultura e Desenvolvimento Rural, e do Departamento de Comércio. Por tratar-se de assunto interdisciplinar e de interesse difuso, resta clara a necessidade da participação governamental e popular. Esta constatação faz remeter à Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, ao preceituar sobre a responsabilidade com-

101 WEISS, Edith Brown. In Fairness To future generations and sustainable development. *American University International Law Review*. v. 8. 1992. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol8/iss1/2/>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

102 JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução do original alemão Marjane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

103 Nesse sentido, dita o preâmbulo do Acordo SPS que deve haver uma estrutura de regras e disciplinas no intuito de redução de efeitos negativos sobre o comércio. O Acordo TBT enfatiza o caráter de soberania e de autonomia (na medida do possível) em relação à vontade de cada sujeito internacional.

104 Itens especificados no acordo mútuo, ponto 7, alínea “a”.

105 “É o imperativo: conhecer para conhecer, que deve triunfar, para o conhecimento, sobre todas as proibições, tabus, que o limitam. Assim, o conhecimento científico, desde Galileu, venceu interdições religiosas. A ética do conhecer tende, no pesquisador sério, a ganhar prioridade, a opor-se a qualquer outro valor, e esse conhecimento ‘desinteressado’ desinteressa-se de todos os interesses político-econômicos que utilizam, de fato, esses conhecimentos”. MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Disponível em: <<http://rui-paz.pro.br/textos/cienciacomconsciencia.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014. p. 121.

A questão da responsabilidade do investigador perante a sociedade é, portanto, uma tragédia histórica, e seu terrível atraso em relação à urgência torna-a ainda mais urgente.

106 Vide nota 74.

partilhada para com o meio ambiente¹⁰⁷. A República Argentina buscará o acompanhamento (bem como o devido cumprimento) por meio do auxílio do Ministério das Relações Exteriores e Comércio Internacional; Ministério da Agricultura, Pecuária e Pesca e do Serviço Nacional de Saúde e Qualidade Alimentar (SENASA).

O acordo mútuo também especifica delimitação temporal em relação às reuniões entre as partes interessadas. Os encontros ocorrerão duas vezes ao ano, nas cidades de Bruxelas (Capital da UE) e Argentina, de forma alternada. As partes podem acordar em reuniões por meio de videoconferência bem como às margens de outro encontro bilateral, como, por exemplo, encontros da Comissão Mista da República Argentina e UE. Por meio de certa periodicidade de reuniões busca-se efetivar o solicitado em relação ao diálogo permanente e troca de informações, buscando, assim, melhor entendimento de pensamentos e de ações.

O contato não se dará somente em reuniões bianuais. O acordo prevê que as partes, por meios tecnológicos, estarão em relação constante, realimentando informações sobre pontos em específico. A confidencialidade é essencial no intercâmbio de saberes, sendo que as partes tomarão medidas adequadas para tanto. Contatos entre a Autoridade Europeia para Segurança de Alimentos (AESA), a Secretaria de Agricultura, Pecuária e Pesca (Argentina) e SENASA (Argentina) serão imprescindíveis para a concretização da cooperação científica entre as partes.

A integração proposta por ambas as partes possui fora a regulamentação no que diz respeito à comercialização de OGMs e derivados, propósitos maiores. Sabe-se da preocupação humana para com questões afetas à biotecnologia, desde questões pertinentes ao corpo humano (pesquisas em células-tronco embrionárias, anencefalia, possibilidade efetiva de doação de órgãos e tecidos, adequação de sexo, castração química, eutanásia), perpassando por situações correlatas à seara ambiental

107 Dita o parágrafo 7º do Preâmbulo que “as administrações locais e nacionais, e suas respectivas jurisdições são as responsáveis pela maior parte do estabelecimento de normas e aplicações de medidas em grande escala sobre o meio ambiente. Também se requer a cooperação internacional com o fim de conseguir recursos que ajudem aos países em desenvolvimento a cumprir sua parte nesta esfera. Há um número cada vez maior de problemas relativos ao meio ambiente que, por ser de alcance regional ou mundial ou por repercutir no âmbito internacional comum, exigem uma ampla colaboração entre as nações e a adoção de medidas para as organizações internacionais, no interesse de todos.”

(acesso à biodiversidade, transferência de biotecnologia, acesso e utilização de conhecimento tradicional, registro de patentes)¹⁰⁸ até se chegar ao ponto de intersecção entre homem e natureza. Os OGMs são a concretização dessa interação, levando-se em consideração seu potencial de interferência no meio ambiente natural e na saúde humana.

Não há como negar ou simplesmente ignorar o avanço biotecnológico. UE e Argentina (bem como os demais interessados) comprovam esta situação por meio do estudo em questão. Inúmeras situações encontram-se imbricadas: cooperação entre nações, economia e meio ambiente, desenvolvimento científico, (possíveis) impactos na natureza e na saúde, direito humano à alimentação.

Somente o tempo dirá como se dará não somente o acompanhamento e cumprimento do acordo, mas também a aceitabilidade da população para com os OGMs e derivados, mais especificamente no tocante à comunidade europeia. Noticiários e doutrina¹⁰⁹ afirmam certa resistência do europeu para com os transgênicos, considerando questões culturais, identidade local, agricultura e pecuária extremamente intensivas, repercussões negativas em relação à biotecnologia (como, por exemplo, a “doença da vaca louca”).

O caso em tela discorre sobre a questão da restrição de importações de produtos biotecnológicos por parte de um ambiente jurídico para com (inicialmente) um Estado, ambos contidos em um ambiente jurídico de maiores proporções, que tem por finalidade a promoção do comércio global. O que se busca é a pacificação de pretensões resistidas em relação a questões econômicas, especificamente em relação ao meio ambiente equilibrado. A delicadeza dessa situação é premente.

Em relação ao cumprimento dos dados acordados, importante salientar da necessidade de se seguir o que preceitua os acordos invocados nas consultas feitas pelos Estados reclamantes perante o OSC: Acordo sobre Agricultura, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio. Essa tarefa não se encontra atrelada somente à interpretação gramatical dos mesmos. Busca-se, por

108 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

109 Vide notas de nº 85 e 86.

meio da hermenêutica dos tratados¹¹⁰, entendimentos sobre a lógica dos acordos nos seus âmbitos interno, externo (correspondência com a expectativa criada) e do razoável¹¹¹, a capacidade de conectividade e interação entre eles, bem como a finalidade para qual foram propostos¹¹², levando-se em consideração os fatores espaço e tempo¹¹³. Tais constatações demonstram da necessidade da OMC em buscar em tratativas de cunho ambiental a complementação necessária para uma decisão que esteja realmente conectada com anseios globais em relação à figura dos OGMs. Frisa-se que tais anseios não encontram-se vinculados somente aos âmbitos negocial e econômico, mas também aos social e ambiental.

O acordo mútuo entre o Estado Argentino e a UE busca selar a paz em relação às divergências no tocante aos OGMs. Não que elas não mais existam. Tal situação restou clara com diversas manifestações científicas e doutrinárias em relação à decisão do painel. O diálogo é o meio utilizado para que os dois universos tentem encontrar maneiras de se compreenderem mutuamente, no tocante ao desenvolvimento biotecnológico e benefício econômico, sempre ligados pela manutenção do equilíbrio ambiental.

3.2.2. Cooperação científica: necessidade de uma convergência de entendimentos em relação à biotecnologia

Após análise do caso em questão (WT/DS293) constata-se que, para um prudente avançar das questões biotecnológicas, a comunicação é fator primordial entre os sujeitos internacionais. Por meio de normas e tratativas, Estados e Organizações Internacionais buscam concretizar, além do princípio da precaução, a cooperação entre os povos¹¹⁴. Verifica-se, mais uma vez, as interfaces entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental.

Dispositivos do Acordo SPS ratificam essa informação. Em seu artigo 2, o Acordo SPS busca tratar de tal cooperação, adotando medidas sanitárias e fitossanitárias para proteção da vida e saúde (humana, animal ou vegetal) com o intuito da preservação de um meio ambiente equilibrado (parágrafo 1), na medida do necessário e desde que baseadas em princípios científicos (parágrafo 2). Evidenciado está o princípio da precaução, correlacionado com o princípio da sustentabilidade, ao evidenciar que outros interesses (tais como sociais e econômicos) também devam ser respeitados.

No caso analisado na presente pesquisa, encontra-se o parágrafo 3 do artigo em questão atrelado a outros acordos, a saber: Acordo TBT¹¹⁵ e GATT. O comércio mundial necessita de lisura por parte dos sujeitos internacionais. Necessita-se que estes, no tocante a questões ambientais, ajam com boa-fé, não utilizando falsos argumentos de danos ou riscos no intuito de restrição velada às negociações¹¹⁶. O parágrafo 4 estatui que as medidas sanitárias e fitossanitárias a serem tomadas pelos membros deverão estar de acordo com o preceituado pelo artigo XX, “b” e “g” do GATT (exceções

110 “Os métodos de interpretação de tratados são similares aos aplicados ao direito nacional. Uma diferença importante refere-se às dificuldades de fazer incidir sobre o sentido do texto a evolução cultural dos povos. As partes num tratado comprometem-se com o sentido dado às palavras em um determinado momento, sob determinado contexto semântico e cultural. VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 126.

111 “Com efeito, é razoável, no clima espiritual da modernidade, preocupar-se com o alcance e os limites epistemológicos dos procedimentos intelectuais que caracterizam a prática do Direito. É igualmente razoável procurar definir o Direito pela sua forma quando o processo de contínua mudança do Direito Positivo, por obra das necessidades de gestão da sociedade moderna, tomou impraticável definir o jurídico pelo seu conteúdo. É também razoável lidar com o descompasso entre a norma formal e a realidade social quando este descompasso se generaliza. Finalmente, é razoável discutir criticamente os valores de Justiça contidos no Direito Positivo diante da crise generalizada de legitimidade do poder que positiva a legalidade”. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 18.

112 Constata-se, pela leitura do estudo em questão, da necessidade de interpretação dos acordos referenciados, buscando-se, com isso, aplicação do Direito Internacional de forma mais clara e justa.

113 Sobre ciência e História, diz Strauss que “está implícito que esta ‘experiência’ é uma conclusão geral que decorre do conhecimento histórico, mas que não pode ser reduzido a esse conhecimento. Porquanto o conhecimento histórico é sempre extremamente fragmentário e é muitas vezes bastante incerto, ao passo que a experiência é tida como global e certa. STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 23.

114 “O princípio 24 (Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano) cuida da necessidade de cooperação na “solução das questões internacionais relativas à proteção e melhoria do meio” [ambiente]. Essa cooperação, em nível internacional, deve ser feita mediante “acordos multilaterais e bilaterais” a fim de estabelecer direitos e obrigações recíprocas, e evitar e controlar os efeitos prejudiciais das atividades humanas ao meio ambiente, considerando a soberania e os interesses de todos os Estados. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 36.

115 Verificar informações quanto ao artigo 2.2 do Acordo em questão.

116 Essa afirmação possui fundamento não somente no artigo 3 do Acordo SPS. Constata-se correlação com os artigos 2 e 5 do Acordo TBT.

gerais). Aqui, mais uma vez, verifica-se a ligação entre os Acordos, inclusive com o Acordo TBT (vide nota 87). A interpretação dos Acordos busca respostas para a convergência de entendimentos, no intuito de propiciar melhoria na qualidade de vida de todos os cidadãos, por meio da preservação ambiental.

Importante ressaltar, para contribuição com o assunto em questão, dispositivos da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos¹¹⁷. Em seu preâmbulo, destaca os rápidos avanços da ciência e tecnologia, sendo que suas aplicações estejam de acordo com o devido respeito à dignidade da pessoa humana. Dentre os objetivos contidos em seu artigo 2º, encontra-se o de “salvaguardar e defender interesses de gerações presentes e futuras” (princípio da equidade intergeracional).

Encontram-se, também, em seu artigo 14, diretrizes sobre promoção da saúde e desenvolvimento social, devendo o progresso científico e tecnológico fomentar melhoria das condições de vida e do meio ambiente¹¹⁸. Trata a Declaração de importante instrumento para a defesa do meio ambiente como direito humano, mais especificamente no que tange à segurança humana e ambiental frente a possíveis riscos advindos de produtos de biotecnologia¹¹⁹. Frisa-se, por fim, em seu artigo 24, da importância de cooperação científica entre os Estados, por meio de acordos que permitam “países em desenvolvimento reforçar a sua capacidade de participar na criação e no intercâmbio dos conhecimentos científicos, das correspondentes competências práticas e dos respectivos benefícios”¹²⁰.

117 Sobre o papel de *soft norms* como fontes internacionais, discorre Souza e Leister: “O poder legiferante em matéria internacional pode optar por ‘suavizar’ o instrumento para que o seu acordo ambiental seja expedido, decidindo por um instrumento que não configure, formalmente, um tratado ou uma declaração unilateral. Ou, inversamente, optar por recorrer a um instrumento jurídico formal enquanto “suaviza” seu conteúdo, ao adotar um discurso não normativo, ou que não forneça qualquer diretiva precisa quanto ao comportamento a que os seus autores estão obrigados”. SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da *soft Law* na formação do direito ambiental. *Revista de direito internacional*, v. 12, n. 2, p. 767-785, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/Gustavo/Downloads/3675-17174-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2016.

118 UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2013.

119 BARBOSA, Swedenberger. *Bioética no estado brasileiro*. Brasília: UnB, 2010.

120 Complementa-se tais preceitos com o que diz Carmen Gonzalez: “Importante objetivo da justiça ambiental internacional é mitigar desigualdades estruturais que impõem encargos ambientais e socioeconômicos, provenientes da globalização, para países em de-

Verifica-se identificação com o caso abordado no presente estudo, mais especificamente no mútuo acordo entre Argentina e UE, com vistas para diálogo constante, periodicidade de reuniões e troca de informações para o desenvolvimento da ciência em relação aos produtos de biotecnologia. O TBT reforça a necessidade dos objetivos contidos no mútuo acordo, em dispositivos estabelecidos em seu artigo 12, em relação às necessidades especiais dos Estados em desenvolvimento.

Não somente a cooperação científica, mas também normas internacionais têm por destinatário final tanto o cidadão isoladamente considerado quanto a sociedade global, portadora de medos e anseios em relação ao consumo de OGMs e/ou derivados. O diálogo e busca de composição entre normas e sujeitos internacionais auxilia, inclusive, nas informações e esclarecimentos para que as pessoas possam praticar a escolha consciente em relação aos produtos de biotecnologia, evidenciando, portanto, o caráter difuso do tema ora abordado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sua inquietude perante o mundo que o cerca, o ser humano encontra-se na infinita busca de novos conhecimentos. Busca alcançar a verdade, por meio de constatação de evidências, conferindo maior robustez às suas certezas. Os avanços na seara biotecnológica são surpreendentes, pois chegou o tempo em que alterações de estruturas genéticas são realizadas com o intuito de agregar novas propriedades a seres vivos. Os OGMs e seus derivados sempre foram objeto de indagação, especialmente no que tange à segurança alimentar. Variações de opiniões - contra ou a favor - em relação à pesquisa, plantio, comercialização e consumo de OGMs são motivos para amplas discussões em relação à sua disseminação.

Essas situações são facilmente constatadas ao se analisar o contencioso entre Argentina e UE sobre as restrições

envolvimento, bem como para suas comunidades mais vulneráveis. Uma análise da justiça ambiental deve examinar abertamente as bases históricas e dimensões socioeconômicas de conflitos ambientais contemporâneos, a fim de chegar a soluções que protejam o meio ambiente e promovam a justiça social e econômica”. GONZALEZ, Carmen P. *Genetically modified organisms and justice: the international environmental justice implications of biotechnology*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=986864>. Acesso em: 25 fev. 2014. p. 41.

à importação de OGMs, no âmbito do OSC da OMC. Buscou o estudo analisar principais pontos da solução de controvérsias no caso WT/DS293, iniciado em maio de 2003 e finalizado por meio de acordo mútuo no mês de março de 2010. O Estado Argentino alegou moratória em relação à comercialização de produtos de biotecnologia. A UE buscou rebater tal alegação, afirmando que as restrições encontravam fundamento em incertezas científicas. Após análise da situação e dos fatos apresentados, bem como evidências trazidas pelas partes e por peritos convocados, com estribo em Acordos de Comércio Internacional correlatos ao tema (Acordo SPS, Acordo TBT, Acordo sobre Agricultura e Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT) o painel composto para resolução de tal conflito pronunciou-se afirmando a restrição na prática comercial não fundamentada nas exceções previstas no artigo XX do GATT (clausula de exceção geral).

Posteriormente, com o intuito de reaproximação, foi anunciada pela UE a intenção de aplicação das medidas publicadas pelo painel, em relação à restrição de OGMs e derivados advindos dos reclamantes. Considerando-se a complexidade do assunto, passaram-se anos para que um acordo fosse convencionado entre as partes¹²¹. Nele, encontram-se objetivos correlacionados à prática de diálogo e busca na convergência de ações por parte do Estado Argentino e da UE, em relação à biotecnologia e à devida garantia de um meio ambiente equilibrado.

Essa situação possui fortes irradiações, não somente no campo do comércio internacional, mas também com a preservação ambiental. Verifica-se que houve contribuição para o entendimento mundial no que tange à comercialização e consumo de produtos de biotecnologia. O objeto da controvérsia – os OGMs – possui ponto de intersecção entre saúde humana e meio ambiente, pois, de acordo com estudos científicos, existe a (im) possibilidade de riscos para com estrutura genética de animais e vegetais.

Constatou-se, na finalização do processo, certa preocupação tanto pela própria OMC (atuação do OSC) quanto pelas partes envolvidas (após as considerações do painel) em respeito à aplicação do princípio da precaução. Frente à OMC, esse princípio ganha força se analisado e interpreta-

do não somente com acordos de cunho comercial, mas juntamente com tratativas vinculadas à preservação ambiental e questões concernentes aos Direitos Humanos, como a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, e Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. Parcela da doutrina internacional atacou veementemente a decisão do painel do caso EC-Biotech por não levar em consideração tratados mais robustos frente à resolução prática de problemas, tais como a CDB e o Protocolo de Cartagena, argumentando que esta interpretação conjunta seria necessária possível, devido ao fato de decisões antecedentes do próprio OA (como o ocorrido no caso *US-Shrimp*) serem embasadas em tratativas de cunho precaucionista/ambiental. Com isso, aperfeiçoar-se-ia a prestação jurisdicional internacional em relação aos direitos humanos sob o enfoque ambiental.

Existe um encadeamento de procedimentos. Atenção e gerenciamento de possíveis riscos em relação a situações vinculadas aos OGMs conferem ao ser humano a possibilidade de concretização do que se entende por meio ambiente equilibrado. A inovação trazida está diretamente ligada à forma encontrada para melhor administração de possíveis indagações ou divergências: o acordo mútuo no que tange à pesquisa, plantio, comercialização e consumo de OGMs.

Importante salientar que se extrai da análise da solução de controvérsias WT/DS293, mais especificamente do acordo mútuo entre as partes envolvidas, a percepção de devida preocupação para com a saúde (seja humana ou animal) e para com o meio ambiente. A essência do acordo não se encontra na plena certeza de não ocorrência de problemas relacionados aos OGMs, muito menos no alcance de uma verdade absoluta contra ou a favor dos OGMs e de seus derivados, mas na necessidade de comunicação constante entre as partes interessadas, por meio de contatos periódicos e trocas de informações científicas, possibilitando, desta forma, respeito para com a dignidade da pessoa humana, destinatária final de todas as ações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYALA, Patrick de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

121 Nesse sentido: ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. Os mecanismos de indução ao cumprimento no âmbito da OMC. *Revista de direito internacional*, v. 12, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3141/pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

- BARBOSA, Swedenberger. *Bioética no Estado brasileiro*. Brasília: UnB, 2010.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui entrevista inédita com o autor. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BONACELLI, Maria Beatriz; FUCK, Marcos Paulo. Sementes geneticamente modificadas: (in)segurança e racionalidade na adoção de transgênicos no Brasil e na Argentina. *Revista Iberoamericana de ciência tecnologia e sociedade*. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-00132009000100002>. Acesso em: 23 dez. 2013.
- BROUDE, Tomer. Principles of normative integration and the allocation of international authority: the WTO, the Vienna Convention on the Law of Treaties, and the Rio Declaration. *International Law Forum*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1249432>. Acesso em: 25 fev. 2014.
- CONRAD, Christiane R. PPMs, the ec-biotech dispute and applicability of the SPS Agreement: are the panel's findings built on shaky ground? *International Law Forum*. Disponível em: <www.ssrn.com/abstractid=920742>. Acesso em: 25 fev. 2014.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. Os mecanismos de indução ao cumprimento no âmbito da OMC. *Revista de direito internacional*, v. 12, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3141/pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2016.
- FABRI, Hélène Ruiz. A adoção do princípio da precaução pela OMC. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATTIAU, Ana Flávia Barros (Org). *Princípio da precaução*. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente_files/versao_del_rey.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014.
- GÓMES, Juan; MÉNDEZ, Rafael. *Mercado dos transgênicos foge da Europa por rejeição social*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/505877-mercado-dos-transgenicos-foge-da-europa-por-rejeicao-social>>. Acesso em: 02 fev. 2014.
- GONZALEZ, Carmen P. *Genetically modified organisms and justice: the international environmental justice implications of biotechnology*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=986864>. Acesso em: 25 fev. 2014.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2009.
- GRUBBA, Leilane; RODRIGUES, Horário Wanderley; WANDERSLEBEN, Myrtha. Caminhos para uma cidadania planetária e ambiental. *Revista de direito internacional*, v. 9, n. 3, p. 1-14, 2012. Número especial: Direito internacional do meio ambiente. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2311/pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2016.
- GRUSCZYNSKI, Lucasz. *The SPS agreement within the framework of WTO Law: The rough guide to the agreement's applicability*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1152749>. Acesso em: 25 fev. 2014.
- HENCKLES, Caroline. *GMOs in the WTO: a critique of EC-Biotech*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=949262>. Acesso em: 26 fev. 2014.
- JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MOREIRA, Vital; GOMES, Carla de Marcelino (Org.). *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/igc/manual/pdfs/manual_completo.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2013.
- MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Disponível em: <<http://ruipaz.pro.br/textos/cienciacomconsciencia.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2014.
- NEVES, Maria. *Brasil é vice-líder em produção de transgênicos*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/428224-BRASIL-E-VICE-LIDER-EM-PRODUCAO-DE-TRANSGENICOS.html>>. Acesso em: 29 jan. 2014.
- NOIVILLE, Christine. Princípio da precaução e Organização Mundial do Comércio: da oposição filosófica para os ajustes técnicos? In: VARELLA, Marcelo Dias;

- PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org). *Princípio da precaução*. Disponível em: <http://www.marcelodvarella.org/marcelodvarella.org/Meio_Ambiente_files/versao_del_rey.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2014.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Acordo geral sobre tarifas e comércio*: Anexo 2: entendimento relativo às normas e procedimentos sobre solução de controvérsias. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf>. Acesso em: 18 dez 2013.
- PEEL, Jacqueline. A GMO by Any Other Name... Might be an SPS risk! Implications of expanding the scope of the WTO sanitary and phytosanitary measures agreement. *Jornal europeu de direito internacional*. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/17/5/107.pdf>>. Acesso em: 02 mar 2014.
- PRÉVOST, Denise. Opening Pandora's Box: the panel's findings in the EC-Biotech products dispute. *Legal issues of economic integration*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1260270>>. Acesso em: 01 mar. 2014.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SANTOS, Bruno Carazza dos; VOLPINI, Felipe Neiva. Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA Roberto Luiz (Org.). *Manual de direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER Margareth Anne. A influência da *soft Law* na formação do direito ambiental. *Revista de direito internacional*, v. 12, n. 2, p. 767-785, 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/Gustavo/Downloads/3675-17174-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2016.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.
- STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.
- SUNSTEIN, Cass R. *Cost-benefit analysis and the environment*. Chicago: The University of Chicago, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R. *Risk and reason: safety, law and the environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2013.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products (DS291, DS292, DS293)*. Second Written Submission by the European Communities. European Commission. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/february/tradoc_121611.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2013.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products (WT/DS293) first presentation of the Argentine Republic*. Disponível em: <http://www.genewatch.org/uploads/f03c6d66a9b354535738483c1c3d49e4/ogmfinn_1.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2013.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products (DS291, DS292, DS293)*. Second Written Submission by the European Communities. European Commission. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/february/tradoc_121611.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2013.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *Implementation of adopted reports*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds293_e.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. *WT/DS293*. Disponível em: <<http://www.wto.org/english/>>

tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *European Communities: measures affecting the approval and marketing of biotech products. Reports of the panel*. Disponível em: <[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=\(+WILD%7bWT%2fDS293%2f*%7d%3aSYMBOLLIST+\)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bM](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S007.aspx?AllTranslationsCompleted=1&Id=106570&PageAnchorPosition=106570&SearchPagePageNumber=10&SearchPageCurrentIndex=0&SearchPageViewStatePageIndex=0&SearchPageStartRowIndex=0&returnedPage=FE_S_S006.aspx&IsNotification=False&LeftTabFieldText=(+WILD%7bWT%2fDS293%2f*%7d%3aSYMBOLLIST+)%2bNOT%2bMATCH%7bSecretariat%7d%3aAccessTypeName%2bAND%2bM)

ATCH%7b1%7d%3aalltranslationscompleted%2bAND%2bWILD%7bInforme+de+grupo+especial%7d%3aTypeList&NumberOfHits=78&DreReference=&FullTextForm=&Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds293%2f*)&Context=FomerScriptedSearch&btsType=&IsEnglishSelected=&IsFrenchSelected=&IsSpanishSelected=&IsAllLanguageSelected=&SearchPage=&SourcePage=&Language=&>. Acesso em: 28 dez. 2013.

ZUREK, Lailah. *The European Communities biotech dispute: how the WTO fails to consider cultural factors in the genetically modified food debate*. Disponível em: <<http://www.tilj.org/content/journal/42/num2/Zurek345.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O Trans-Pacific Partnership Agreement e seus potenciais impactos para a regulação da biodiversidade no âmbito transnacional

The Trans-Pacific Partnership Agreement and its potential impacts on the regulation of biodiversity in the transnational level

Mariana Yante Barrêto Pereira

O Trans-Pacific Partnership Agreement e seus potenciais impactos para a regulação da biodiversidade no âmbito transnacional*

The Trans-Pacific Partnership Agreement and its potential impacts on the regulation of biodiversity in the transnational level

Mariana Yante Barrêto Pereira**

RESUMO

O presente artigo visa analisar o regime de proteção ao meio ambiente, especificamente à biodiversidade, adotado no âmbito do *Trans-Pacific Partnership agreement* (TPP), considerando-se a inserção do tema no marco jurídico de um tratado de comércio e de investimentos e sua articulação com o sistema internacional de proteção ao meio ambiente. Pretende-se examinar, criticamente, os riscos advindos da transversalização de tais agendas, havendo sido priorizada a metodologia comparativa, tanto pelo caráter recente do acordo, assinado em fevereiro de 2016, quanto em relação aos impactos ocorridos, no âmbito de outros tratados bilaterais e regionais de escopo similar. O artigo estrutura-se em três eixos, a saber, a inserção da agenda ambiental no contexto de cooperação comercial e de proteção aos investimentos, no exame dos dispositivos do TPP quanto à biodiversidade em face do regime internacional existente e em observações sobre seu mecanismo de solução de controvérsias. Com base nesses elementos, são tecidas considerações sobre os impactos do TPP sobre a governança global em matéria ambiental, desde a retórica e da técnica legislativa utilizadas e de sua articulação com a emergente governança experimentalista.

Palavras-chave: TPP. Biodiversidade. Comércio. Investimento. Direito Ambiental.

ABSTRACT

This article aims to analyze the system of protection of the environment, specifically the biodiversity, adopted within the framework of the *Trans-Pacific Partnership agreement* (TPP), considering the inclusion of the issue in the legal framework of a trade and investment treaty and its articulation with the international system of protection of the environment. Its goal consists of examining critically the risks arising from the mainstreaming of such schedules, through the main adoption of a comparative methodology, due to the recent character of the agreement, signed in February 2016, as well as with regards to the impacts occurring in the framework of other bilateral and regional treaties of similar scope. The article is structured in

* Recebido em 01/05/2016
Aprovado em 03/06/2016

** Doutoranda em Direito Internacional pela Wuhan University e em Relações Privadas Supranacionais pela Universidade Federal de Pernambuco. Pesquisadora do Instituto de Estudos da Ásia. Professora da Associação Caruaruense de Ensino Superior- ASCES/PE. *E-mail:* mari-anapereira@asc.es.edu.br.

three topics, namely, the insertion of the environmental agenda in the context of trade cooperation and investment protection, the examination of the provisions of the TPP regarding the biodiversity in the face of the existing international regime and on observations about your dispute resolution mechanism. From these elements, the impacts of the TPP on global environmental governance is briefly addressed, from the rhetoric and legislative technique used and their articulation with the emerging governance experimentalist.

Keywords: TPP. Biodiversity. Trade. Investment. Environmental Law.

1. INTRODUÇÃO

O Acordo de Associação Trans-Pacífico, mais conhecido pelo nome de *Trans-Pacific Partnership agreement* (TPP), consiste em um tratado internacional envolvendo doze países – Austrália, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japão, Malásia, México, Nova Zelândia, Peru, Singapura, Estados Unidos da América e Vietnã.

Com a agregação, no âmbito de um mesmo acordo, de economias maduras, como Japão (último país a integrar as negociações, em 2013), Estados Unidos e Canadá, e de atores dominantes ou emergentes da Oceania, América Latina e a inclusão de Tigres Asiáticos (Singapura e Malásia), estima-se que o tratado de livre-comércio possa reconfigurar a dinâmica dos processos de cooperação regional e multilateral.

Ao mesmo tempo em que incorpora agendas atinentes à unificação de normas trabalhistas e à elevação de standards protetivos à propriedade intelectual e aos investimentos, o potencial do TPP em criar um arcabouço jurídico e institucional para as questões que abrange traduz-se na sua pungência econômica: 40% da economia mundial, representando um terço das exportações e com um mercado consumidor de aproximadamente 800 milhões de indivíduos os quais, até 2025, devem movimentar 223 bilhões de dólares/ano.

Com o texto final concluído em Atlanta, Estados Unidos, e publicado em novembro de 2015, o acordo foi assinado pelos Estados negociantes, no último mês de fevereiro, na Nova Zelândia, que é sua formal depositária.

O TPP entrará em vigor internacional dentro de dois anos após todos os signatários notificarem que concluíram

as reestruturações em seu ordenamento jurídico, ou, ainda, após dois anos e três meses se, ao menos seis deles, incluindo os Estados Unidos e o Japão, o tiverem efetuado.

Com trinta capítulos e diversos anexos, o tratado demanda reformas substanciais nas legislações domésticas, abrangendo mesmo o nível constitucional, na medida em que se buscou regulamentar diversas questões que pudessem estar direta ou indiretamente atreladas ao seu escopo de promoção do comércio e da proteção dos investimentos realizados interpartes.

Em relação a essa agenda transversal, questões eminentemente relacionadas aos Direitos Sociais (especificamente trabalhistas) e ao Direito Ambiental foram, também, objeto de capítulos próprios, sob o argumento por parte dos governos de que sua presença no acordo recrudesceria os compromissos estabelecidos nesses campos.

O discurso político, entretanto, discrepa das críticas que sua análise vem levantando, tanto no âmbito da sociedade civil como no espaço da academia, que apontam o instrumento como um possível retrocesso aos avanços normativos já conquistados na seara internacional.

O objetivo do presente artigo é analisar o texto do tratado e os criticismos estabelecidos desde a regulamentação da temática da governança em matéria de meio ambiente, notadamente sobre a biodiversidade, considerando-se os aspectos jurídicos que lhe são inerentes.

Uma das críticas que vêm sendo reiteradas com mais força entre a comunidade ambientalista é o caráter retórico do texto, ante a opção por expressões recomendatórias e a ausência de mecanismos de uniformização e recrudescimento da agenda de proteção ambiental dos países signatários.

É importante observar, contudo, que tais escolhas terminológicas não pautaram a integralidade do texto; outros capítulos, como os comentados dispositivos sobre propriedade intelectual, notabilizaram-se, justamente, por seu caráter mandatório e por ampliar, substantivamente, os direitos já reconhecidos pelos membros com base nas legislações domésticas.

Nesse sentido, quando o esboço do capítulo destinado ao meio ambiente foi antecipadamente revelado pelo Wikileaks¹ - alguns meses depois de o texto provisório

1 O texto normativo utilizado é o disponível no sítio eletrônico do

atinente à propriedade intelectual vir à tona – a plataforma publicou uma análise, da qual se destaca:

On 13 November last year, WikiLeaks released the secret draft text of the Intellectual Property Rights Chapter, which showed how nations were forced to change laws and to prosecute in defence (sic) of the biggest corporate interests in the field of IP rights.

In sharp contrast, the Environment Chapter does not include enforcement mechanisms serving the defence (sic) of the environment; it is vague and weak, and adheres to the lowest common denominator of environmental interests.

The word “appropriate” is found in various forms in 43 places in the draft text, in such contexts as: “Where possible and appropriate, the Parties shall seek to complement and utilise (sic) their existing cooperation mechanisms and take into account relevant work of regional and international organizations.” The word “may” is also found 43 times in the 23-page draft.²

Como se discutirá adiante, porém, não é apenas a indefinição dos compromissos ambientais que pode ser discutida em termos jurídicos. Existem reflexões a serem tecidas com base na contextualização da agenda de proteção à biodiversidade no âmbito de outros deveres aos quais os Estados signatários se submeteram naquela seara.

Os Estados-partes do TPP são, parcialmente, ou em sua integralidade, também, signatários de outros acordos em matéria de proteção ao meio ambiente, seja pela tutela direta à biodiversidade, seja pela redução de fatores que a comprometem, como a poluição marinha e do ar.

Pretende-se discutir, dessa forma, em que medida a redação do TPP contribui para ratificar ou mesmo recrudescer os deveres dos países no que tange a essas questões, conforme o fez com os objetivos atinentes à propriedade intelectual, por exemplo.

United States Trade Representative: <<https://ustr.gov/tpp/>>.

² Livre tradução do original: Em 13 de novembro do ano passado, o WikiLeaks revelou o esboço secreto do capítulo relativo aos Direitos de Propriedade Intelectual, o qual demonstrou como as nações seriam forçadas a modificar legislações e perseguir em defesa dos grandes interesses das corporações em matéria de Propriedade Intelectual. Em um contraste marcante, o capítulo sobre o Meio Ambiente não inclui mecanismos de implementação que funcionem em defesa do meio ambiente; é vago e fraco, e adere ao mínimo denominador comum quanto aos interesses ambientais. A palavra “apropriado” é encontrada sob diversas formas em 43 lugares do esboço, em contextos como: ‘quando possível e apropriado, as Partes devem procurar complementar e utilizar seus mecanismos de cooperação existentes e levar em consideração o trabalho relevante das organizações internacionais e regionais’. O modal ‘poder’ é, também, encontrado 43 vezes no esboço de 23 páginas.

O enfoque a ser adotado é a análise dessas interfaces desde a tendência dos Acordos Bilaterais, Regionais e Transnacionais de Comércio e de Investimento de buscarem regulamentar aspectos relativos a outros ramos do Direito e do Direito Internacional, incluindo a utilização de um mecanismo único de solução de controvérsias para o exame conjunto dessas questões.

2. A CONCATENAÇÃO DAS AGENDAS ECONÔMICA E AMBIENTAL: AVANÇO OU RETROCESSO?

Em termos estruturais, o TPP como acordo transnacional de comércio e de investimentos parece seguir uma tendência de se abarcar sob a ideia de um tratado ‘guarda-chuva’ agendas que, de forma transversal, podem influenciar na concretização dos objetivos econômicos de cooperação e liberalização.

Conforme ocorrera nas tratativas em torno da Rodada Uruguai – a qual resultou na assinatura do Acordo de Marrakesh, que instituiu a Organização Mundial do Comércio – as discussões para englobar no tratado a pauta atinente à propriedade intelectual partiram da concepção de que regras domésticas para sua proteção poderiam servir como barreiras não tarifárias.

Da mesma maneira, desde 1995, com a entrada em vigor do tratado e o início dos trabalhos do Órgão de Solução de Controvérsias, cada vez mais, questões atinentes ao Direito Ambiental (notadamente à proteção à biodiversidade) e aos Direitos Humanos vêm sendo invocadas pelas partes litigantes e, conseqüentemente, enfrentadas na resolução dos casos em disputa.

É importante observar que, em relação ao nível do direito material, muitas questões não foram incorporadas aos instrumentos jurídicos da OMC em virtude de não terem sido alcançados níveis de consenso mínimo, mas subsiste a possibilidade de que sejam enfrentadas pelo Órgão de Solução de Controvérsias diante de eventual enquadramento das medidas refutadas pelos Estados partes no Artigo XXIV do GATT, sobretudo. Ainda assim, é necessário que os aspectos ventilados se insiram no âmbito do comércio de bens e serviços, o que exclui algumas questões de fundo importantes, como investimentos.

Por outro lado, e, também, devido às limitações no alcance temático das tratativas da OMC, a assimilação

de temáticas atreladas ao manejo dos recursos naturais e à proteção da biodiversidade pelos compromissos de cooperação em matéria comercial não se dá, apenas, em nível multilateral.

O Acordo Regional de Comércio (ARC) entre Colômbia e Estados Unidos³, por exemplo, apresenta diversos dispositivos que provocam impactos domésticos, sobretudo em relação à Colômbia, quanto à utilização de modelos sustentáveis de produtos agrícolas, por exemplo. Com a abertura dos mercados para os produtos estadunidenses, a agricultura orgânico-familiar e os(as) pequenos(as) produtores(as), próprios(as) de muitas regiões rurais daquele país, perdeu espaço, sem incentivos para a produção, que terminaria violando o princípio do tratamento nacional⁴.

No que tange aos Tratados Bilaterais de Investimento (mais conhecidos por sua sigla em inglês – BITs), uma breve análise dos casos sob a jurisdição do mecanismo de solução de controvérsias do Grupo Banco Mundial, a saber, o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), demonstra que são, igualmente, rechaçadas tentativas de um dos Estados pactuantes utilizarem a proteção de seus recursos naturais para balizar eventual negativa de cumprimento de suas obrigações.

Na medida em que a exploração de tais recursos também é abarcada pelo conceito de investimento, emergem dispositivos no tratado que tendem a salvaguardar qualquer iniciativa do Estado-membro de retirá-los do âmbito de influência dos contratos porventura pactuados. À ilustração, em 2000, foi assinado o Acordo entre o Governo da República Federativa da Etiópia e o Governo da República do Sudão para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimento⁵, que, em sua definição de investimento, incluiu “concessões sobre a procura por, cultivar, extrair ou explorar recursos

naturais”⁶. O acordo acrescenta que uma compensação “imediate, adequada e efetiva”⁷ pode ser devida se uma das nações realiza “quaisquer medidas de expropriação, nacionalização ou quaisquer outras medidas da mesma natureza ou com o mesmo efeito contra o investimento de Investidores da outra Parte Contratante”⁸.

O já mencionado ARC entre Colômbia e Estados Unidos – que também contém um capítulo sobre investimentos – é apontado pelos (as) ambientalistas desde sua assinatura como uma séria ameaça à biodiversidade. O argumento central consiste em que o acordo encorajou a expansão massiva das *plantations* de óleo de palma, que, somente na região de Chocó – com 145 mil km² de biota distribuída em floresta de planície, tropical, montanhas e costa –, 154 mil hectares são destruídos anualmente por atividades da mesma natureza.⁹ No mesmo sentido, o estímulo às atividades de mineração e extração de petróleo vem sendo vinculado à destruição de ecossistemas e ao deslocamento forçado de comunidades locais; de acordo com o que foi reportado no sítio eletrônico das Nações Unidas¹⁰, ao menos mil membros das comunidades das regiões do Rio Anchicayá e de Chocó emigraram forçadamente devido à violência imposta pelos controladores das atividades mineradoras.

No caso do TPP, a análise das rodadas de negociação evidencia que a temática ambiental foi suscitada desde o primeiro encontro, realizado em março de 2010, na Austrália. Na ocasião, estabeleceu-se uma controvérsia quanto à utilização do Acordo de Cooperação Ambiental assinado no marco da Acordo de Parceria Econômica Estratégica Trans-Pacífico (mencionado nas tratativas como *Pacific Four* ou P4), assinado em 2005 por Brunei, Chile, Nova Zelândia e Singapura.

As divergências se deram, justamente, pela simplicidade institucional adotada pelo último, pois se assinalou

3 United States-Colombia Trade Promotion Agreement. Assinado em 22 de novembro de 2006, e aprovado pelo Congresso colombiano em 2007, com revisão e aprovação da Corte Constitucional deste país em julho de 2008. O acordo, entretanto, apenas entrou em vigor em 15 de maio de 2012, após a aprovação pelas casas legislativas estadunidenses.

4 FRIENDS FOR EARTH. *The Colombia FTA: bad for the environment*. Available in: <www.ffe.org>. Access in: 5 abr. 2016.

5 Agreement Between the Government of the Federal Democratic Republic of Ethiopia and the Government of the Republic of Sudan on the Reciprocal Promotion and Protection of Investment, Ethiopia and Sudan.

6 Livre tradução do original: ‘concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources’.

7 Livre tradução do original: ‘prompt, adequate and effective compensation’.

8 Livre tradução do original: ‘any measures of expropriation, nationalization or any other measures having the same nature or the same effect against investment of Investors of the other Contracting Party’.

9 GARCIA, Cristian. *Colombia: the Palm Trees’ Bloody Oil*. Tropenwald, 2007. Available in: <http://www.robinwood.de/german.magazine/200703/94-3-7-kolum.eng.pdf>. Access in: 20 abr. 2016.

10 UN News Center, Violent Struggle over Illegal Mining in Colombia Forces Hundreds to Flee, Available in: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=37796&Cr=colombia&Cr1=>. Access in: 20 abr. 2016.

que, devido às restrições orçamentárias, os projetos voltados para cooperação em matéria ambiental são financiados pelos Estados-membros que os integram.¹¹

Um novo destaque à agenda ambiental deu-se a partir da terceira rodada de negociações, ainda em 2010, em Brunei Darussalam, para a qual foram convidados(as) especialistas, buscando-se articulá-la às questões de comércio, serviços e investimentos.¹²

Essa inserção reflete, na verdade, uma tendência de, no âmbito dos acordos megaregionais, ampliar a pauta de negociações em relação ao que está abrangido pela Organização Mundial do Comércio, agenda que ficou conhecida como “WTO+”, como referência ao acrônimo da organização em inglês.

A extensão ocorre, essencialmente, de duas maneiras – elevando-se os standards existentes quanto ao regime jurídico já estabelecido ou acoplando novas temáticas a serem deliberadas.

À ilustração da primeira, tem-se o mencionado sistema de proteção à propriedade intelectual, o qual, embora objeto do anexo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS) e do sistema europeu tutelado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (mais conhecida por sua sigla em inglês, WIPO), teve o recrudescimento de direitos conferidos aos detentores de patentes, por exemplo. É possível, ainda, ir além em questões cuja barganha – embora iniciada ou compreendida em sucessivas rodadas de negociação – encontra-se estagnada na seara multilateral por força da discrepância de alguns países envolvidos. É o caso dos subsídios à exportação de produtos agrícolas, geralmente levados à discussão por Austrália e Nova Zelândia (signatárias do TPP), que podem encontrar espaço de negociação fora do âmbito da OMC.

No que concerne ao segundo aspecto, o fato de os países-membros da OMC não haverem, quando da Rodada Uruguai, chegado a um lastro mínimo consensual em matéria de investimento fez com que seu regime

fosse deslocado para os acordos bilaterais e regionais e, mais atualmente, com a negociação de parcerias transceânicas, também venha sendo incorporado nos tratados megaregionais, como o TPP e, ainda, em negociação *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), que, também, abarca a União Europeia.

Por seu turno, o impulso a tratativas voltadas para a criação de um arcabouço que garantisse segurança jurídica aos atores transnacionais privados levou à incorporação de um maior número de temas, sob a ótica de sua potencial influência na efetivação dos compromissos estabelecidos pelos Estados em matéria de comércio e de investimentos:

Além dos assuntos tratados na subseção anterior, todos eles presentes no arcabouço normativo da OMC, o objetivo declarado do TPP é avançar em direção aos assuntos chamados OMC-Plus – isto é, novos temas que ainda não estão contemplados no status quo da governança do comércio global –, além de uma série de temas “horizontais” ou “transversais” (*cross-cutting*), que perpassam vários (ou todos) os assuntos tratados nos demais capítulos – por exemplo, temas como convergência regulatória, competitividade e cadeias globais de valor.¹³

Em meio a esses aspectos, e a despeito das resistências apresentadas por países em desenvolvimento como Brunei e Vietnã, a pauta atinente aos direitos trabalhistas e ao meio ambiente foi inserida como decorrência, sobretudo, de uma pressão por parte dos Estados Unidos, cujo Poder Executivo, por força de um acordo bipartidário estipulado por seu Congresso desde 2007, deve seguir diretrizes na negociação de acordos de comércio¹⁴.

No que tange às questões ambientais e, notadamente, aos elementos relativos à biodiversidade, o próximo capítulo discutirá o aporte adotado pelos dispositivos do TPP.

3. MEIO AMBIENTE E BIODIVERSIDADE NO TPP

Sem prejuízo formal, evidentemente, dos demais Acordos Multilaterais em Matéria Ambiental dos quais

11 TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP. *Acuerdo de negociación transpacífico: informe de la primera ronda de negociación*. Melbourne: Australia, 2010.

12 CHILE. Dirección de Relaciones Económicas Internacionales de Chile. *Minuta de las negociaciones del TPP*. Disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2014/05/MINUTA_DE_LAS_NEGOCIACIONES_DEL_TPP.pdf>. Acceso en: 20 maio 2016.

13 CARNEIRO, Flavio L. A Parceria transpacífica: principais características e impactos sobre a regulação do comércio mundial. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 18, p. 60-72, set./dez. 2014. p. 66.

14 CARNEIRO, Flavio L. A Parceria transpacífica: principais características e impactos sobre a regulação do comércio mundial. *Boletim de Economia e Política Internacional*, n. 18, p. 60-72, set./dez. 2014. p. 67.

os países-membros do TPP são signatários, o tratado previu um capítulo próprio destinado ao meio ambiente, que vêm provocando discussões e controvérsias no âmbito da comunidade ambientalista.

Todos os doze países signatários do TPP o são, também, da *Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Fauna e Flora Selvagens em Perigo de Extinção* (CITES)¹⁵, de 1975, que, atualmente, conta com 175 Estados-membros.

Provavelmente, o excerto mais cogente do texto em termos de compromisso ambiental corresponde ao dever de implementação das obrigações atinentes ao mencionado tratado, sumarizadas no Artigo 20.17 (Conservação e Comércio), do qual se destaca:

2. Accordingly, each Party shall adopt, maintain and implement laws, regulations and any other measures to fulfill its obligations under the *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* (CITES).

3. The Parties commit to promote conservation and to combat the illegal take of, and illegal trade in, wild fauna and flora. To that end, the Parties shall:

(a) exchange information and experiences on issues of mutual interest related to combating the illegal take of, and illegal trade in, wild fauna and flora, including combating illegal logging and associated illegal trade, and promoting the legal trade in associated products;

(b) undertake, as appropriate, joint activities on conservation issues of mutual interest, including through relevant regional and international fora; and

(c) endeavour to implement, as appropriate, CITES resolutions that aim to protect and conserve species whose survival is threatened by international trade.

O mesmo artigo ressalta, ainda, o compromisso de os Estados tomarem as medidas apropriadas para a proteção e conservação da fauna e flora identificadas como ameaçadas de extinção dentro de seu território [4.(a)] e manterem ou estabelecerem capacidades governamentais para o manejo sustentável de florestas e conservação da biodiversidade, além de enviares “esforços” (*endeavour*) para o fortalecimento da participação pública e da transparência no âmbito de tais mecanismos institucionais [4.(b)].

Interessante é observar, contudo, que existe um claro contraste presente no *caput* dos mencionados dispo-

sitivos e as respectivas alíneas com a ideia de estabelecer obrigações mandatórias, na medida em que o texto ameniza a ideia de compromisso (*commitment*) com o uso da expressão “esforço” (*endeavour*), como o mencionado item 4.(b), e também a exemplo do que ocorre com o item 4.(c), que dispõe sobre o esforço para desenvolver e fortalecer a cooperação e mecanismos de consulta direcionados a entidades não governamentais interessadas¹⁶.

Por outro lado, talvez a passagem que sumarie os anseios de que o regime estabelecido pelo TPP, na prática, colida com os deveres aos quais se submeteram os Estados partes na liberalização comercial e em matéria de investimentos seja o conceito de sustentabilidade adotado pelo tratado:

The TPPA measures intended to advance the environment are generally contained in chapter 20, titled Environment. The weak objectives for the chapter signal the poverty of serious disciplines to follow. Notably, the key concept of sustainable development is addressed there in the following terms: “the Parties recognize that enhanced cooperation to protect and conserve the environment and sustainably manage their natural resources brings benefits that can contribute to sustainable development” (emphasis added).³ Sustainable development cannot even be a clean objective in its own right. Implicitly, unsustainable development is permitted.^{17 18}

16 4. Each Party further commits to: (a) take appropriate measures to protect and conserve wild fauna and flora that it has identified to be at risk within its territory, including measures to conserve the ecological integrity of specially protected natural areas, for example wetlands; (b) maintain or strengthen government capacity and institutional frameworks to promote sustainable forest management and wild fauna and flora conservation, and endeavour to enhance public participation and transparency in these institutional frameworks; and (c) endeavour to develop and strengthen cooperation and consultation with interested non-governmental entities in order to enhance implementation of measures to combat the illegal take of, and illegal trade in, wild fauna and flora.

17 Livre tradução do original: A maioria das provisões do TPP atinentes ao avanço das questões ambientais está prevista no capítulo 20, intitulado Meio Ambiente. Os objetivos fracos do capítulo assinalam a pobreza da disciplina normativa que os seguem. Notavelmente, o conceito-chave de desenvolvimento sustentável é abordado nos seguintes termos: “As partes reconhecem que a cooperação reforçada para proteger e conservar o meio ambiente e gerenciar sustentavelmente seus recursos naturais traz benefícios que podem contribuir para o desenvolvimento sustentável” (grifo nosso). 3 O desenvolvimento sustentável não pode sequer ser um objetivo em si mesmo. Implicitamente, o desenvolvimento insustentável é permitido.

18 TERRY, Simon. *The environment under TPPA governance: the law foundation* New Zealand. Available in: <<http://www.sustainability.org/wp-content/uploads/2016/01/TheEnvironmentUnderT->

15 Disponível em língua portuguesa em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/dec50-1980.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

Essa crítica já era endereçada à Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (CDB), na medida em que, ao mesmo tempo em que foi desenhada como uma legislação compreensiva diante de um até então fragmentado contexto normativo sobre proteção à diversidade, deixou de dar o enfoque protetivo que o tema deveria merecer.

De acordo com Guruswamy¹⁹, a aludida Convenção refutou o conceito de desenvolvimento sustentável ao enfatizar a concepção de crescimento econômico em detrimento da proteção ambiental, dando espaço para que recursos àquele destinados terminem por causar danos à biodiversidade.

Apesar das fragilidades apontadas e de, na prática, a CDB prescindir de suficientes dispositivos substantivos, o autor salienta que a Convenção teve inegável relevância no contexto dos compromissos ambientais até então estabelecidos – considerando, ainda, a Agenda 21 na qual sua negociação esteve inserida – por seu caráter cogente. Em contraponto a muitos instrumentos característicos do regime internacional de proteção do meio ambiente, o tratado estabeleceu um sistema vinculante (*hard law*) quanto às obrigações atinentes à biodiversidade.

A despeito de dez dos doze países que compõem o TPP tenham assumido obrigações internacionais de proteção à flora e à fauna no âmbito da Convenção sobre Diversidade Biológica, o *caput* do artigo menciona o compromisso de combater (*combat*) seu comércio ilegal, e não de proibi-lo.

Outra questão importante diz respeito à proteção da biodiversidade marinha. Se, por um lado, o TPP faz referência às obrigações estabelecidas no âmbito da CITES, por outro, essa convenção deixa em aberto a regulação das questões transversais ao Direito do Mar:

ART. XIV (6) - Nenhuma disposição da presente Convenção prejudica a codificação e elaboração do direito do mar pela Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, convocada em virtude da resolução n.º 2750 C (XXV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, nem as reivindicações e posições jurídicas, presentes ou futuras, de qualquer Estado no que respeita ao direito do mar, e a natureza e alcance da sua jurisdição costeira e da

jurisdição que ele exerce sobre os navios arvorando a sua bandeira.

Conquanto, evidentemente, a redação do mencionado dispositivo seja suficientemente abrangente – mesmo porque, à época de sua elaboração e entrada em vigor, sequer estavam definidos os termos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), de 1982 – o TPP deu continuidade às controvérsias normativas atinentes ao manejo sustentável da biodiversidade marinha.

De fato, o uso sustentável dos recursos biológicos que se encontram no escopo territorial dos Estados é objeto da Convenção sobre Diversidade Biológica, a qual, embora assinada por 175 países, não foi ratificada, por exemplo, pelos Estados Unidos. Outro país que faz parte do TPP e que possui uma situação indefinida quanto à CDB é o Japão (apenas assinou o tratado, em 1993).

A implementação integral dos compromissos decorrentes do acordo enfrenta largos debates entre os países, sobretudo porque após as tratativas da Rodada Uruguai a assinatura do Tratado de Marrakesh, instaurou-se um regime colidente com o previamente pela CDB. Devido ao princípio do *single-undertaking*, quaisquer Estados que aderem à Organização Mundial do Comércio tornam-se, também, parte do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (mais conhecido por sua sigla em inglês TRIPS – *Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights*).

Ocorre, porém, que, enquanto o CDB baliza-se nos princípios de repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes da exploração de recursos genéticos (Artigo 1), incluindo a valorização dos conhecimentos tradicionais, o TRIPS adota uma perspectiva oposta, focada na proteção dos direitos de propriedade intelectual de quem detenha ou desenvolva produtos e tecnologias, ainda que resultantes de conhecimento tradicional.

Ainda que a CDB se utilize, frequentemente, de uma terminologia pouco cogente, é inegável que houve avanços nas discussões em torno da efetivação do mencionado princípio, ilustrados pela assinatura do Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e a Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Advindos de sua Utilização à Convenção sobre Diversidade Biológica, em vigor internacional a partir de 12 de outubro de 2014. Conquanto a linguagem mantenha o tom predominantemente recomendatório já encontrado na CDB,

PPAGovernance_2016.pdf>. Access: 20 abr. 2016. p. 6.

19 GURUSWAMY, Lakshman D. The convention on biological diversity: a polemic. In: GURUSWAMY, Lakshman D; MCNEELY, Jeffrey A. (Eds.). *Protection of global biodiversity: converging strategies*. London: Duke University Press, 1998. p. 351-359.

sua relevância política no âmbito das Relações Internacionais é inegável.

É importante lembrar, ainda, que Brunei Darussalam, Estados Unidos e Japão são membros originários da OMC (submetidos a seu regime desde 1 de janeiro de 1995), e, portanto, vinculados ao sistema normativo do TRIPS.

Embora os dispositivos relativos à proteção do patrimônio genético tenham aplicabilidade a quaisquer recursos da biota, no caso dos países signatários do TPP, a biodiversidade marinha é ora citada devido ao fato de determinados compromissos ambientais também colidirem com a sutileza normativa do acordo.

O exemplo mais ilustrativo é, certamente, a exclusão de qualquer menção à Convenção Internacional para a Regulação da Atividade Baleeira, destinada à regulação do comércio das baleias e à proteção da espécie. Após a proibição definitiva da caça das baleias em 1985, o país se utilizava de um argumento científico para conferir licenças que terminavam em permiti-la na prática.²⁰ Em 2014, porém, a Corte Internacional de Justiça, demandada pela Austrália e com intervenção da Nova Zelândia, apreciou o caso com base na análise do programa baleeiro instituído pelo Japão na região antártica, entendendo que era de natureza comercial e abusava de uma exceção científica estabelecida no âmbito da moratória internacional de pesca baleeira de 1986. Dessa forma, seria incompatível com as obrigações assumidas no âmbito da Convenção.²¹

Ao final do mesmo ano, porém, o país anunciou que daria continuidade à emissão das licenças, que seriam balizadas em um critério revisado, sob o argumento de que a interpretação dada à decisão da CIJ era distinta, estendendo, em mais um ano, a moratória que havia sido declarada, também sob a autoridade da *International Whaling Commission*.²² Em 2015, A Comissão pediu informações adicionais ao Japão acerca do novo programa,

20 INTERNATIONAL WHALING COMMISSION. *Commercial Whaling*. Available in: <<https://iwc.int/commercial>>. Access in: 13 abr. 2016.

21 INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Whaling in the Antarctic (Australian, Japan: New Zealand intervening)*. Available in: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&case=148>>. Access in: 13 abr. 2016.

22 NELSEN, Arthur. Japan Defies IWC Ruling on “Scientific Whaling”. *The Guardian*. 2014. Available in: <<http://www.theguardian.com/environment/2014/sep/18/japan-whaling-southern-ocean-iwc-ruling>>. Access: 15 abr. 2016.

na medida em que o Estado anunciara a retomada das atividades para o período de 2015-2016.²³

Conquanto do mencionado Tratado façam também parte a Austrália, o Chile, o México, Nova Zelândia, Peru e Estados Unidos, o dispositivo do TPP dedicado à proteção da biodiversidade marinha optou por uma terminologia que deixou a seus membros o juízo discricionário em torno das medidas a serem tomadas, alijadas da natureza de outras obrigações porventura assumidas internacionalmente:

Art. 20.16.4 Each Party shall promote the long-term conservation of sharks, marine turtles, seabirds, and marine mammals, through the implementation and effective enforcement of conservation and management measures. Such measures *should* include, as *appropriate*:

(a) for sharks: the collection of species specific data, fisheries bycatch mitigation measures, catch limits, and finning prohibitions;

(b) for marine turtles, seabirds, and marine mammals: fisheries bycatch mitigation measures, conservation and *relevant* management measures, prohibitions, and other measures in accordance with *relevant* international agreements to which the Party is party. (destaques nossos)

Assinala-se, finalmente, que mesmo que certos acordos internacionais de proteção ambiental – como os mencionados, ou, ainda, a Convenção Interamericana para a Proteção do Atum Tropical²⁴ – não pudessem ser sustentáculo de obrigações no âmbito do TPP por não vincularem a integralidade dos seus membros, outros tratados transversais à tutela da biodiversidade o são.

É o caso do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Empobrecem a Camada de Ozônio – em vigor internacional desde 1 de janeiro de 1989, e que

23 AGENCE FRANCE-PRESSE. Japan asked to prove its whaling is for scientific research. *The Guardian*. 2015. Available in: <<http://www.theguardian.com/environment/2015/jun/19/japan-asked-to-prove-whaling-for-scientific-research>>. Access: 13 abr. 2016.

24 Inter-American Tropical Tuna Convention (IATTC), da qual são signatários Canadá, Japão, México, Peru e Estados Unidos. O compromisso, destinado ao manejo sustentável de atum e outros espécimes do Pacífico-leste, foi objeto de um recente Informe do U.S. National Oceanic and Atmospheric Administration ao Congresso daquele país, em razão de violações cometidas pelo México, incluindo pesca ilegal de tubarões, descarga de dejetos no mar e morte de baleias pelo uso de técnicas de pesca inapropriadas. (NATIONAL OCEANIC AND ATMOSPHERIC ADMINISTRATION. *Improving International Fisheries Management*. Available in: <http://www.nmfs.noaa.gov/ia/iuu/msra_page/2015noaa reptcongress.pdf>. Access: 25 abr. 2016.

passou por cinco revisões desde então – e a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL), que entrou em vigor em 2 de outubro de 1983. Os tratados e, no caso do MARPOL, os respectivos protocolos que o modificaram, foram mencionados de forma genérica no item “6” do Anexo 20-B do TPP, cujo artigo correspondente (Artigo 20) é marcado, conforme já se assinalou, por uma redação sem dispositivos mandatórios.

É de se ressaltar, ainda, que, a exemplo do que ocorreu com o regime de proteção à propriedade intelectual, que estabeleceu standards mais elevados que os existentes no âmbito do TRIPS e das convenções salvaguardadas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, não haveria quaisquer óbices em recrudescer obrigações dos Estados-membros em torno da proteção ambiental com base em um novo marco normativo.

4. RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Uma das características marcantes do TPP é a previsão de um mecanismo de solução de controvérsias próprio que, conquanto criticável em termos de desenho institucional pela ausência de uma estrutura permanente e especializada, catalisa a competência para a análise de quaisquer questões sob o manto do acordo.

Nesse sentido, interessante é observar, também, que, mesmo em disputas envolvendo questões ambientais, o fato de o sistema de resolução de litígios ser unificado faz com que as sanções aplicáveis sejam em matéria comercial.

Isso ocorre porque, a despeito de a fase prévia ao litígio prever um aporte próprio em matéria ambiental – *Environmental Consultations*, objeto do Artigo 20.20, e *Ministerial Consultations*, objeto do Artigo 20.22), a etapa litigiosa segue o procedimento de instauração de um painel no âmbito do regime geral estabelecido pelo Artigo 28 do TPP:

2. Notwithstanding Article 28.14 (Role of Experts), in a dispute arising under Article 20.17.2 (Conservation and Trade) a panel convened under Chapter 28 (Dispute Settlement) shall:

(a) seek technical advice or assistance, if appropriate, from an entity authorised under CITES to address the particular matter, and provide the consulting Parties with an opportunity to comment on any such technical advice or assistance received; and

(b) provide due consideration to any interpretive guidance received pursuant to subparagraph (a) on the matter to the extent appropriate in light of its nature and status in making its findings and determinations under Article 28.17.4 (Initial Report).

Outro ponto importante a salientar é que, devido ao caráter eminentemente recomendatório do capítulo que regula os compromissos de implementação doméstica e de cooperação transnacional em matéria ambiental, é possível que a demanda pela solução de controvérsias nesse assunto envolva, essencialmente, as políticas nacionais que, sob o manto da proteção ao meio ambiente, obstaculizem o livre comércio ou criem impedimentos à maximização dos lucros em matéria de investimentos.

O TPP é, essencialmente, um Acordo de Livre Comércio, de forma que, consoante, se assinalou, no início deste trabalho, outras pautas transversais, tais como a regulação da propriedade intelectual e os compromissos em matéria ambiental existem na medida em que podem interferir no escopo de livre comércio e de proteção aos investimentos realizados.

Esse escopo é bem sumarizado no capítulo atinente à resolução de disputas e seu alcance:

Article 28.3: Scope

1. Except as otherwise provided in this Agreement, the dispute settlement provisions of this Chapter shall apply:

(a) with respect to the avoidance or settlement of all disputes between the Parties regarding the interpretation or application of this Agreement;

(b) wherever a Party considers that an actual or proposed measure of another Party is or would be inconsistent with the obligations of this Agreement or that another Party has otherwise failed to carry out its obligations under this Agreement; or

(c) wherever a Party considers that a benefit it could reasonably have expected to accrue to it under Chapter 2 (National Treatment and Market Access for Goods), Chapter 3 (Rules of Origin and Origin Procedures), Chapter 4 (Textiles and Apparel), Chapter 5 (Customs Administration and Trade Facilitation), Chapter 8 (Technical Barriers to Trade), Chapter 10 (Cross-Border Trade in Services) or Chapter 15 (Government Procurement) is being nullified or impaired as a result of the application of a measure of another Party that is not inconsistent with this Agreement.

A inexistência de instâncias específicas para a resolução de disputas em questões relativas ao meio ambiente traz, por um lado, a ausência de expertise das instâncias deliberativas e, por outro, o risco de que a agenda ati-

nente à preservação dos recursos naturais seja obnubilada pelo escopo de proteção ao escopo econômico dos acordos.

Além dos exemplos apresentados em capítulo anterior, os recentes casos sob a jurisdição do Sistema de Solução de Controvérsias do Tratado Americano de Livre Comércio (mais conhecido por sua sigla em inglês, NAFTA) ilustram esse ponto em matéria de investimentos.

Primeiramente, vale lembrar que o marco normativo estabelecido pela OMC não regula questões abrangidas no escopo dos investimentos, razão pela qual o seu Sistema de Solução de Controvérsias não pode ser invocado pelas partes litigantes para dirimir um litígio. Por seu turno, assim como o TPP, o NAFTA tem um capítulo próprio versando sobre a matéria, o que autoriza que se invoque o mecanismo arbitral igualmente previsto no tratado para resolver as controvérsias supervenientes.

O primeiro e recente caso, envolvendo a TransCanada Corp. e os Estados Unidos, envolve a acusação por parte da corporação de que o governo estadunidense violou dispositivo do NAFTA ao recusar um projeto criado pela Keystone XL no âmbito da indústria petrolífera sob o argumento de proteção ambiental. O país está sendo demandado na corte doméstica federal, mas também já foi objeto de uma notificação legal no sentido de que responderá a um procedimento arbitral no âmbito do NAFTA visando ao ressarcimento de 15 bilhões de dólares.²⁵

A segunda controvérsia, no entanto, foi recentemente resolvida e consiste em precedente elucidativo sobre a submissão do marco protetivo do meio ambiente aos compromissos em matéria de investimento. A controvérsia, envolvendo a empresa estadunidense SD Myers Inc. e o Governo do Canadá, dizia respeito a uma regulação estabelecida pelo país como política pública para cumprir com as obrigações assumidas no âmbito da Convenção de Basileia.²⁶

A lide²⁷, levada ao NAFTA sob o argumento de que o governo canadense feria o princípio do tratamento

nacional, ilustrou a posição do tribunal arbitral que, ampliando o conceito de investimento previsto no próprio acordo, assinalou a impossibilidade de invocar compromissos em matéria ambiental para refutar o cumprimento das agendas em matéria de investimentos:

Canada argues that the Interim Order merely established a uniform regulatory regime under which all were treated equally. No one was permitted to export PCBs, so there was no discrimination. SDMI contends that Article 1102 was breached by a ban on the export of PCBs that was not justified by bona fide health or environmental concerns, but which had the aim and effect of protecting and promoting the market share of producers who were Canadians and who would perform the work in Canada.^{28 29}

O exemplo dos Acordos Regionais de Comércio, no mesmo sentido do que ocorre com os Acordos Bilaterais de Investimento, serve para enfatizar, finalmente, uma reconfiguração importante nos processos de produção normativa quanto às questões abrangidas em seu escopo.

Os mecanismos de solução de controvérsias têm um papel importante em conferir dinâmica e definir os limites das obrigações adquiridas pelos Estados envolvidos nos aludidos compromissos. A participação na resolução de disputas e uma posição favorável nas negociações possuem uma influência mútua, na medida em que, por meio delas, são preenchidas omissões nos tratados e criados precedentes hermenêuticos, delimitando a legalidade para seus membros. Esse aspecto, também, consiste num elemento sistêmico relacionado ao processo de barganha entre países, tanto em nível doméstico quanto bilateral, haja vista que outras lides podem influenciar os resultados de reclamações potenciais.³⁰

28 Livre tradução do original: O Canadá argumenta que a Ordem Interina estabeleceu meramente um regime regulatório uniforme sob o qual todos foram tratados de forma equânime. A ninguém foi permitida a exportação de PCBs, de forma que não houve discriminação. SDMI argumenta que o Artigo 1102 foi violado por um banimento na exportação de PCBs, que não pode ser justificado por preocupações relativas à saúde pública ou ao meio ambiente, pois na verdade tiveram o objetivo de proteger e promover o mercado para os produtores que eram canadenses, e que desenvolveriam seu trabalho no Canadá.

29 A integralidade do julgamento está disponível em: <<http://www.italaw.com/documents/SDPeyers-Concurringon1stAward.pdf>>. A autora agradece à Professora Kate Miles, do Lauchterpart Institute of Cambridge University, pelas críticas levantadas sobre o caso em análise.

30 SHAFFER, Gregory. *Defending Interests: public-private partnerships in WTO litigation*. Washington DC: Brookings Institution Press, 2003.

25 SCHOR, Eleonora. *Obama bit with NAFTA challenge over Keystone pipeline*. Available in: <<http://www.politico.com/story/2016/01/keystone-pipeline-company-files-nafta-lawsuit-217423>>. Access in: 25 abr. 2016.

26 Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (1989).

27 Para um elucidativo sumário do caso vide: <http://www.iiapp.org/media/cases_pdfs/SD_Myers_v_Canada.rev.pdf>.

Conquanto ainda seja incerto em que medida haverá a transferência de demandas tradicionalmente levadas à OMC para os mecanismos estabelecidos no âmbito de acordos megarregionais como o TPP, é certo que a incorporação da pauta WTO+ e, principalmente, a implementação de um sistema acessível a atores não-estatais levarão a uma ascensão de sua influência no próprio conteúdo das obrigações estabelecidas pelo tratado:

The WTO (like the GATT before it) only allows member states to bring disputes, even though the overwhelming majority of cases entail state practices that arguably harm private firms. In other words, state-to-state dispute resolution is the WTO norm for trade disputes, unlike ISDS [investor-state dispute settlement] resolution under BITs and FTAs. Faced with this difference, when an alternative is possible, private firms often prefer to bring an ISDS case under a BIT or an FTA, rather than a trade case under the WTO. A public and political debate on the merits of the current ISDS system has reemerged alongside the rise of the mega-regionals; but whether this debate will result in any meaningful change in ISDS practices via TPP or TTIP is yet to be seen.^{31 32}

Consequentemente, em não havendo um marco normativo definido quanto aos deveres de proteção à biodiversidade e, em contraste, existindo um sistema robusto de tutela às questões de comércio e de investimento, é natural que, também, as obrigações ambientais sejam avançadas de maneira secundária e transversal às últimas.

31 Livre tradução do original: A OMC (assim como o GATT antes dela) apenas permite que os Estados-Membros tragam disputas, mesmo que a esmagadora maioria dos casos implique práticas do Estado que indiscutivelmente prejudicam a iniciativa privada. Em outras palavras, a resolução de litígios de Estado para Estado é a regra da OMC para disputas comerciais, ao contrário da resolução ISDS [solução de controvérsias do investidor-Estado] que ocorre sob os Acordos Bilaterais de Comércio e sobre os Acordos Regionais de Comércio. Em face dessa diferença, quando a alternativa é possível, as empresas privadas, muitas vezes preferem levar um caso “ISDS” à égide de apreciação do acordo bilateral ou regional, em vez de formular uma contenda comercial no âmbito da OMC. Um debate público e político sobre os méritos do atual sistema ISDS tem ressurgido juntamente ao surgimento dos acordos megarregionais. No entanto, a medida em que esse debate resultará em alguma mudança significativa nas práticas relativas à “ISDS” via TPP ou TTIP ainda está para ser vista.

32 CLYDE, Gary; CIMINO-ISAACS, Cathleen. How will TPP and TTIP Change the WTO System? *Journal of International Economic Law*, v. 18, p. 679–696, 2015. p. 682.

5. TPP E GOVERNANÇA AMBIENTAL

Diante das considerações expostas, os principais impactos do TPP quanto ao regime internacional existente para o Direito Ambiental podem ser sintetizados em três principais aspectos.

Primeiramente, o enfoque na discricionariedade dos Estados-partes em regulamentar os mecanismos por meio dos quais a proteção ao meio ambiente deve ser efetivada termina por flexibilizar o arcabouço institucional já existente, refletindo uma redação normativa de *soft law*³³, ao prever “o uso de mecanismos flexíveis e voluntários para proteger os recursos naturais e o meio ambiente em seu território”, exemplificados por “auditorias e boletins voluntários, incentivos baseados no mercado, intercâmbio voluntário de informação e conhecimento especializado, e parcerias público-privadas” (Article 20.11.1)³⁴.

Outro aspecto que enfatiza a priorização por conservar os mecanismos institucionais e normativos domésticos em matéria de regulamentação e efetivação nas questões ambientais reflete-se nos dispositivos sobre a cooperação entre os Estados-partes. De acordo com o TPP, ela deverá ser feita “levando em consideração as prioridades nacionais e circunstâncias, e os recursos disponíveis” e “quando houver mútuo benefício dessa cooperação” (Article 20.12.2)³⁵.

33 Para uma discussão em torno dos riscos de adoção de um sistema jurídico de tutela ao meio ambiente estruturado essencialmente em normas de *soft law*, ver SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 2, n. 12, 2015.

34 Article 20.11: Voluntary Mechanisms to Enhance Environmental Performance 1. The Parties recognise that flexible, voluntary mechanisms, for example, voluntary auditing and reporting, market-based incentives, voluntary sharing of information and expertise, and public-private partnerships, can contribute to the achievement and maintenance of high levels of environmental protection and complement domestic regulatory measures. The Parties also recognise that those mechanisms should be designed in a manner that maximises their environmental benefits and avoids the creation of unnecessary barriers to trade.

35 Article 20.12: Cooperation Frameworks 2. Taking account of their national priorities and circumstances, and available resources, the Parties shall cooperate to address matters of joint or common interest among the participating Parties related to the implementation of this Chapter, when there is mutual benefit from that cooperation. This cooperation may be carried out on a bilateral or plurilateral basis between Parties and, subject to consensus by the participating Parties, may include non-governmental bodies or organisations and non-Parties to this Agreement.

Conforme se mencionou, a técnica legislativa utilizada foi caracterizada não apenas por enfatizar a dimensão voluntarista dos compromissos ambientais já pactuados pelos Estados partes, mas também por não avançar em termos prescritivos, deixando de estabelecer standards mais elevados dos que os já existentes em matéria de proteção ao meio ambiente e à biodiversidade, especificamente.

Quanto à última, organizações não governamentais como a WWF argumentam que alguns aspectos críticos, como a exemplificada pesca predatória – já que os Estados envolvidos respondem por um terço da atividade no nível mundial –, poderiam ter sido normatizadas ou articuladas com outras práticas coibidas e centrais no TPP, como as barreiras não-tarifárias e os subsídios existentes a combustíveis e os empréstimos em condições especiais à indústria pesqueira.³⁶

Em contraponto, os Estados Unidos divulgaram em *fact sheet*³⁷ sobre o TPP que propuseram e obtiveram êxito na inserção de uma provisão³⁸ que proíbe subsídios danosos (*harmful subsidies*) à pesca predatória, embora a redação final do dispositivo não contenha compromissos nesse sentido:

Article 20.16: Marine Capture Fisheries

[...] omissis [...]

2. In this regard, the Parties acknowledge that inadequate fisheries management, fisheries subsidies that contribute to overfishing and overcapacity, and illegal, unreported and unregulated (IUU) fishing can have significant negative impacts on trade, development and the environment and recognise the need for individual and collective action to address the problems of overfishing and unsustainable utilisation of fisheries resources.

Finalmente, é possível tecer uma análise em torno do tratado à luz da governança global. Por um lado, eventual conclusão sobre a emergência de um modelo de “governança experimentalista” (*experimentalist governance*) em matéria de Direito Ambiental sob o marco do TPP ainda parece precoce. O conceito foi recentemente

aplicado por De Búrca et al.³⁹ ao contexto das Relações Internacionais para designar uma tendência de que, em paralelo aos regimes de governança estabelecidos pelas organizações internacionais emergentes do pós-guerra e pelas crescentes redes de cooperação complexa entre Estados e entes privados, práticas conjuntas sejam institucionalizadas e, progressivamente, revistas com base em sistemas de *accountability*.

Instead of the familiar combination of rules and furtive discretion they rely on what might be called ‘dynamic’ accountability, in which actions are justified, or compliant, if they can plausibly be explained as efforts to advance organizational purpose, well informed by reflection on the best efforts of actors currently responding to like situations [...]. Experimentalism appears particularly well-suited to transnational domains, where there is no overarching sovereign with authority to set common goals even in theory, and where the diversity of local conditions and practices makes adoption and enforcement of uniform fixed rules even less feasible than in domestic settings.^{40,41}

Do ponto de vista normativo, esse sistema dá menos relevância à existência de compromissos vinculantes entre os atores envolvidos, devido à dinâmica e às especificidades técnicas que lhe são próprias, aliadas às suas peculiaridades quanto ao grau de autonomia e centralização regulatória.⁴²

Por outro lado, ao enfatizar a soberania das partes em definir de que maneira vão reforçar o sistema jurídico internacional de proteção ambiental sem estabelecer em contrapartida mecanismos de cooperação e controles efetivos, o TPP parece não fornecer as bases para

39 DE BÚRCA, Gráinne; KEOHANE, Robert; SABEL, Charles. New Modes of Pluralist Global Governance. *NYU Journal of International Law and Politics*, v. 45, n. 3, p. 723-786, 2013.

40 Tradução livre do original: em vez da combinação familiar de regras e discricionariedade furtiva, baseia-se no que poderia ser chamado de *accountability* ‘dinâmica’, na qual as ações são justificadas, ou compatíveis, na medida em que possam ser plausivelmente explicadas como esforços para avançar o propósito organizacional, bem informado pela reflexão sobre os melhores esforços dos atores que atualmente respondem pelas situações [...]. Experimentalismo parece, particularmente, adaptável aos domínios transnacionais, onde não há nenhuma soberania abrangente com autoridade para definir objetivos comuns, mesmo em teoria, e onde a diversidade de condições locais e práticas torna a adoção e aplicação uniforme de regras estanques ainda menos viáveis do que em ambientes domésticos.

41 SABEL, Charles F.; ZEITLIN, Jonathan. Experimentalist governance. In: LEVI-FAUR, David (Ed.). *The Oxford handbook of governance*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 10-14.

42 HOEKMAN, Bernard. Fostering Transatlantic Regulatory Cooperation and Gradual Multilateralization. *Journal of International Economic Law*, v. 18, p. 612-613, 2015.

36 HOWARD, Brian. 4 Ways Green Groups Say Trans-Pacific Partnership Will Hurt Environment. *National Geographic*. Available in: <<http://news.nationalgeographic.com>>. Access in: 22 maio 2016.

37 UNITED STATES. United States Trade Representative. *TPP: preserving the environment fact sheet*. Available in: <www.ustr.gov/tpp>. Access in: 14 maio 2016.

38 Os dispositivos atinentes à cooperação para proteção das espécies marinhas não estavam incluídos no esboço divulgado pelo Wikileaks, em novembro de 2013.

esse tipo de governança em termos de regulamentação:

Effective regulatory cooperation requires going beyond legally binding (i.e. enforceable) treaties between states and toward experimentalist governance. [...] [S]uch cooperation must be premised on mutual trust, which, in turn, requires mutual assessment of performance to enable regulators to assure principals (stake-holders, legislatures) that the other party can be trusted. In practice, achieving regulatory equivalence might require regulatory agencies to modern and adjust their regimes together, so that convergence occurs over time and partner countries move closer to systems that are constructed and implemented the same way.^{43 44}

No âmbito do Direito Internacional do Meio Ambiente, é importante observar que essa tendência em se adotarem estratégias de cooperação e coordenação institucional como uma alternativa às limitações do sistema internacional ambiental e dos processos de normatização que lhe são próprios vem se fortalecendo, notadamente para articular os regimes de regulação climática e biodiversidade.⁴⁵

Essa dinâmica, certamente, prevalecerá também no desenho institucional do TTIP, que, ao reunir em um mesmo acordo a União Europeia e os Estados Unidos, visa a estabelecer um compromisso conjunto para além da eliminação de tarifas – objetivo típico dos acordos de livre comércio. O atual esboço que, se assinado, resultará na criação da maior zona de livre comércio do mundo, conta com um inédito capítulo de cooperação internacional em matéria de regulação, o *Horizontal Chapter on Regulatory Coherence* (IRC), resultante da existência de um sistema de controle interinstitucional maduro no âmbito da União e do equilíbrio no poder de barganha entre

43 Livre tradução do original: Uma efetiva cooperação em matéria regulatória requer ir além de tratados legalmente vinculantes (i.e., coercitivos) entre Estados e no sentido de uma governança experimentalista. [...] Esse tipo de cooperação tem como premissa a confiança mútua, a qual, por seu turno, requer avaliação mútua da performance para permitir que os mecanismos reguladores assegurem que os órgãos de tomada de decisão (administradores, legisladores) ensejem confiabilidade nas outras partes. Na prática, conseguir uma equivalência regulatória certamente requer que agências reguladoras modernizem e ajustem seus regimes conjuntamente, de forma que esta convergência ocorra no curso do tempo e que os países parceiros caminhem em direção a sistemas que são construídos e implementados da mesma maneira.

44 HOEKMAN, Bernard. Fostering Transatlantic Regulatory Cooperation and Gradual Multilateralization. *Journal of International Economic Law*, v. 18, p. 612-613, 2015. p. 613.

45 ASSELT, Harro Van. Managing the fragmentation of international environmental law: forests at the intersection of the climate and biodiversity regimes. *International Law and Politics*, v. 44, p. 1206-1278, 2012. p. 1211-1212.

esta e os Estados Unidos.⁴⁶

Em contraste, no TPP, os impactos da ênfase na discricionariedade dos Estados-partes quanto às suas contribuições para a governança doméstica e internacional ambiental decorrem tanto da influência que outras questões amplamente disciplinadas em seu bojo podem ter sobre a agenda de proteção ao meio ambiente (investimentos, propriedade intelectual, aspectos sanitários e barreiras não alfandegárias ao comércio), quanto ao potencial que o acordo tem de se tornar um marco para futuras negociações.

Ao se considerar, ainda, o aspecto da discricionariedade, enfatiza-se uma opção normativa por descentralizar decisões atinentes à observância do marco jurídico existente, deixando-se de elevar seus padrões no nível megaregional, em consonância com o que foi feito com outros elementos da agenda WTO+, conforme se salientou no primeiro capítulo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O marco jurídico estabelecido pelo TPP, embora ainda não possa ter quaisquer impactos auferidos, é inegavelmente relevante para compreender a dinâmica das interfaces entre comércio, investimentos e outras questões que, dada sua potencialidade de interferir nos compromissos de liberalização e livre circulação, terminaram sendo abarcadas pelo tratado.

Entre essas questões, o Direito Ambiental e a proteção à biodiversidade foram alvo de um capítulo próprio do acordo, que, em contraste com a linguagem dispensada a outros temas, é marcado pela utilização de uma terminologia vaga e recomendatória.

Conforme se assinalou, essas opções refletem, também, uma lacuna entre os acordos internacionais dos quais todos ou a maioria dos Estados signatários fazem parte e o escopo político-normativo de fazer do TPP uma instância por meio da qual tais deveres fossem reforçados.

Além disso, o artigo buscou traçar algumas provocações em torno da tendência em incorporar uma agenda

46 ALLEMANO, Alberto. The regulatory cooperation chapter of the transatlantic trade and investment partnership: institutional structures and democratic consequences. *Journal of International Economic Law*, v. 18, p. 625-640, 2015.

ambiental a Acordos Bilaterais e Regionais de Comércio e a Tratados Bilaterais de Investimento, em face da possibilidade de que, uma vez entendidos como uma barreira não tarifária ou como óbice ao lucro resultante de investimentos estrangeiros, a legislação ambiental doméstica ou os tratados sobre a matéria tenham sua efetivação comprometida.

Nesse sentido, o trabalho abordou, finalmente, o papel que um sistema de solução de controvérsias que também concatene essas diversas pautas pode representar na legitimação da inobservância de deveres de preservação e sustentabilidade assumidos pelos países na seara internacional. Utilizou-se como exemplo o Sistema de Solução de Controvérsias do NAFTA e dois recentes casos que, versando sobre investimento, demandam a análise do Direito Ambiental como mecanismo para a violação do princípio do tratamento nacional.

Se é certo que muitas dessas questões remanesçam sem uma deliberação conclusiva em curto prazo, mostra-se incontroverso que o regime jurídico internacional para a tutela da biodiversidade não pode mais ser visto meramente sob o panorama do Direito Ambiental, mas sobretudo pelo papel que desempenha no escopo normativo bilateral, regional e transnacional em matéria comercial e de investimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCE FRANCE-PRESSE. Japan asked to prove its whaling is for scientific research. *The Guardian*. 2015. Available in: <<http://www.theguardian.com/environment/2015/jun/19/japan-asked-to-prove-whaling-for-scientific-research>>. Access en: 13 abr. 2016.

ALLEMANO, Alberto. The regulatory cooperation chapter of the transatlantic trade and investment partnership: institutional structures and democratic consequences. *Journal of International Economic Law*, v. 18, p. 625–640, 2015.

ASSELT, Harro Van. Managing the fragmentation of international environmental law: forests at the intersection of the climate and biodiversity regimes. *International Law and Politics*, v. 44, p. 1206-1278, 2012.

CARNEIRO, Flavio L. A Parceria transpácífica: principais características e impactos sobre a regulação do comércio mundial. *Boletim de Economia e Política Internacional*,

n. 18, p. 60-72, set./dez. 2014.

CHILE. Dirección de Relaciones Económicas Internacionales de Chile. *Minuta de las negociaciones del TPP*. Disponible en: <https://www.direcon.gob.cl/wp-content/uploads/2014/05/MINUTA_DE_LAS_NEGOCIACIONES_DEL_TPP.pdf>. Acceso en: 20 maio 2016.

CLYDE, Gary; CIMINO-ISAACS, Cathleen. How will TPP and TTIP Change the WTO System? *Journal of International Economic Law*, v. 18, p. 679–696, 2015.

DE BÚRCA, Gráinne; KEOHANE, Robert; SABEL, Charles. New Modes of Pluralist Global Governance. *NYU Journal of International Law and Politics*, v. 45, n. 3, p. 723-786, 2013.

GURUSWAMY, Lakshman D. The convention on biological diversity: a polemic. In: GURUSWAMY, Lakshman D; MCNEELY, Jeffrey A. (Eds.). *Protection of Global Biodiversity: converging strategies*. London: Duke University Press, 1998. p. 351-359.

FRIENDS FOR EARTH. *The Colombia FTA: bad for the environment*. Available in: <www.ffe.org>. Access en: 5 abr. 2016.

INSTITUTE OF TRANSNATIONAL LAW. *NAFTA arbitration under the UNCITRAL arbitration rules*. Available in: <<http://www.italaw.com/documents/SDPeyers-Concurringon1stAward.pdf>>. Access em: 20 abr. 2016.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*. Available in: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=1&case=148>>. Access: 13 abr. 2016.

NELSEN, Arthur. Japan Defies IWC Ruling on “Scientific Whaling”. *The Guardian*. Available in: <<http://www.theguardian.com/environment/2014/sep/18/japan-whaling-southern-ocean-iwc-ruling>>. Access in: 15 abr. 2016.

HOEKMAN, Bernard. Fostering transatlantic regulatory cooperation and gradual multilateralization. *Journal of International Economic Law*, v. 18, p. 609–624, 2015.

HOWARD, Brian. 4 Ways Green Groups Say Trans-Pacific Partnership Will Hurt Environment. *National Geographic*. Available in: <<http://news.nationalgeographic.com>>. Access in: 22 maio. 2016.

SABEL, Charles F.; ZETTLIN, Jonathan. Experimentalist governance. In: LEVI-FAUR, David (Ed.). *The*

Oxford handbook of governance. Oxford: Oxford University Press, 2011.

SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 2. n. 12, 2015.

MELTZER, Joshua. The Trans-Pacific Partnership Agreement, the environment and climate change. In: VOON, Tania (Ed.). *Trade liberalisation and international co-operation: a legal analysis of the trans-pacific partnership agreement*. Camberley: Edward Elgar, 2014.

SHAFFER, Gregory. *Defending interests: public-private partnerships in WTO litigation*. Washington DC: Brookings Institution Press, 2003.

SCHOR, Eleonora. *Obama bit with NAFTA challenge over Keystone pipeline*. *Politico*. Available in: <<http://www.politico.com/story/2016/01/keystone-pipeline-company-files-nafta-lawsuit-217423>>. Access in: 25 abr. 2016.

TERRY, Simon. *The environment under TPPA governance: the law foundation New Zealand*. Available in: <[\[ds/2016/01/TheEnvironmentUnderTPPAGovernance_2016.pdf\]\(http://www.sustainabilitynz.org/wp-content/uploads/2016/01/TheEnvironmentUnderTPPAGovernance_2016.pdf\)>. Access in: 20 abr. 2016.](http://www.sustainabilitynz.org/wp-content/uploa-</p></div><div data-bbox=)

TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP. *Acuerdo de negociación transpacífico: informe de la primera ronda de negociación*. Melbourne: Australia, 2010.

UNITED STATES. National Oceanic and Atmospheric Administration. *Improving International Fisheries Management*. Available in: <http://www.nmfs.noaa.gov/ia/iuu/msra_page/2015noaareptcongress.pdf>. Access in: 25 abr. 2016.

UNITED STATES. United States Trade Representative. *TPP: preserving the environment fact sheet*. Available in: <www.ustr.gov/tpp>. Access in: 14 maio 2016.

UNITED STATES. *Trans-Pacific Partnership agreement*. Available in: <<https://ustr.gov/tpp/>>. Access in: 20 maio. 2016.

VILLAREAL, M. Angeles. *The U.S. Colombia free trade agreement: background and issues: congressional research services*. Available in: <www.crs.gov>. Access in: 10 abr. 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

As áreas protegidas transfronteiriças: reflexões críticas acerca de um uso geopolítico do direito da biodiversidade

Transboundary protected areas: critical reflections of a geopolitical use of biodiversity law

Rabah Belaidi

As áreas protegidas transfronteiriças: reflexões críticas acerca de um uso geopolítico do direito da biodiversidade*

Transboundary protected areas: critical reflections of a geopolitical use of biodiversity law

Rabah Belaidi**

RESUMO

O objetivo deste trabalho visa esclarecer o regime das áreas protegidas transfronteiriças e mostrar que a produção de categorias heterogêneas, fragmentadas e complexas traz um emaranhado de dispositivos jurídicos oriundo de vários ordenamentos jurídicos que se sobrepõem e interagem em função dos territórios. O método usado é baseado na hipótese de que a biodiversidade forma um campo, no sentido dos conceitos do sociólogo Pierre Bourdieu. Permite verificar como alguns atores dotados de mais capital simbólico adquiriram posições dominantes e estruturam-se, juridicamente, nesse campo. Para além da descrição de um discurso dogmático-doutrinário, nossa contribuição examina, de forma crítica e a partir de uma análise territorial do direito, a utilização das categorias normativas em termos geopolíticos. O próprio regime criou suas subcategorias e orientou o foco em termos de funções pacificadoras dos territórios, notadamente na região da África austral. A pesquisa revela que os agentes envolvidos na implementação de áreas protegidas transfronteiriças orientam essa proteção numa função conservacionista da biodiversidade e aplicam uma política embasada em critérios de gestão e de cooperação. O trabalho desvela, no entanto, que os atores usam desse regime jurídico para conquistar posições dominantes em termos geopolíticos e que as consequências da proteção ofertada a alguns territórios os transformam em projetos eminentemente econômicos, levando a desalojar populações autóctones daqueles espaços remanejados. As limitações da pesquisa a algumas áreas, principalmente africana, permite abrir a problemática a outras regiões do mundo para que se verifiquem as implicações geopolíticas do uso das áreas protegidas transfronteiriças. O valor e a originalidade do trabalho residem não somente na exploração de um tema pouco estudado em direito internacional, mas também no emprego de uma abordagem geográfica do direito, especificamente nos seus aspectos geopolíticos.

Palavras-Chave: Áreas Protegidas Transfronteiriças. Direito Internacional. Biodiversidade. Geopolítica.

* Recebido em 02/05/2016
Aprovado em 07/06/2016

** Professor da Universidade Federal de Goiás (UFG). Mestre e Doutor da Universidade Panthéon-Assas (Paris 2). rbelaidi@gmail.com

ABSTRACT

The aim of this paper is to clarify the rules of the transboundary protected areas and show that the production of heterogeneous, fragmented and complex categories brings a tangle of legal devices come from various legal systems which overlap and interact in terms of territories. The method used is based on the hypothesis that biodiversity forms a field towards the concepts of sociologist Pierre Bourdieu. It's shows how some actors endowed with more symbolic capital acquired dominance and legal structure in this field. In addition to the description of a dogmatic legal discourse, our contribution examines, critically and from a territorial analysis of law, the use of normative categories in geopolitical terms. The regime itself has created its sub-categories and directed the focus in terms of pacifying functions of the territories, especially in the Southern African region. Research reveals that the agents involved in the implementation of transboundary protected areas guide this protection a conservation function of biodiversity and apply an informed policy management and cooperation criteria. The work reveals, however, that the actors use this legal regime to gain dominant positions in geopolitical terms and that the consequences of offered protection to some territories, turn them into eminently economic projects leading to evict indigenous peoples of those relocated spaces. The limitations of the research to some areas, mainly African, opens the issue to other regions of the world to check the geopolitical implications of the use of cross-border protected areas. The value and originality of the work resides not only in the exploration of a little studied topic in international law, but in using a geographical approach to the law, specifically in its geopolitical aspects.

Keywords: Transboundary Protected Area. International Public Law. Biodiversity. Geopolitics.

1. INTRODUÇÃO

Se a ideia de proteção jurídica de áreas da natureza já apresenta mais de um século de atuação em alguns países, por outro lado, pouco se discute em direito internacional a pertinência, a complexidade, as contradições ou o uso social e político das aéreas protegidas transfronteiriças (APTF). Em Língua Portuguesa, os

raros escritos sobre a matéria são, geralmente, estudos produzidos por geógrafos ou especialistas em ecologia, ciências ambientais e florestais¹.

A publicação, em 1980, da estratégia mundial para a conservação revelou um objetivo novo do futuro marco regulatório das políticas internacionais de meio ambiente. Fruto do trabalho da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), do Fundo Mundial para a Natureza (World Wide Fund/WWF) e do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, essa estratégia é vista como uma ruptura do discurso e dos elementos de linguagem das ONG's que atuam no campo da biodiversidade e da proteção da natureza. A conferência do Rio de 1992 consagrou as ONG's como interlocutores de importância das agências onusianas e de outras organizações internacionais de fomento.

Em nome de objetivos tais como biodiversidade, conservação ambiental, segurança alimentar e desenvolvimento sustentável, um grupo diversificado de atores públicos, privados e transnacionais atuam de forma a recompor alguns territórios do Sul. Essas estratégias de reconfiguração espacial podem ter um impacto sobre o acesso aos recursos naturais, seu controle ou sua gestão².

A necessidade da conservação ambiental constitui uma das questões mais importante do discurso normativo do atores do campo da biodiversidade³. As diferenças podem ser notadas nas dimensões e modalidades da proteção, que se traduzem pela alternativa: conservacionista/preservacionista. Os conservacionistas enxergam a conservação, não como finalidade, mas sim como um meio para a realizado de outros objetivos tais que a segurança alimentar, a exemplo da FAO, o lucro para as empresas que podem apropriar-se da retórica da biodiversidade em supostas ações de responsabilidade ética, social e ambiental. Os conservacionistas juntam várias organizações dedicadas a proteção da natureza, próximas dos estados, a exemplo do World Wild Fund for Nature (WWF), Birdlife, Conservation Internatio-

1 STEIMAN, Rebeca. Áreas protegidas em zona de fronteira. *Para Onde!?*, v. 5, p. 101-121, ago.-dez. 2011. (Especial). KROPF, Marcela Stuker; OLIVEIRA, Rogério Ribeiro. Áreas protegidas fronteiriças. *Revista Perspectiva Geográfica*, Unioeste, v. 8, n. 9, 2013.

2 BASSET, Thomas J.; GAUTIER Denis. Territorialisation et pouvoir : la Political Ecology des territoires de conservation et de développement. *Echo Géó*, v. 29, 2014.

3 Excluindo as empresas e as populações locais envolvidas em conflitos ou litígios.

nal, Fauna and Flora International, que assumiram um papel importante na preparação técnica da Convenção da Diversidade Biológica de 1992 (CDB). O desempenho dessas organizações não se limita a CDB, mas sim continua, de forma perene, participando ativamente das Conferências das Partes da CDB (COP) zelando para o bom funcionamento da convenção. Assim, a COP 7 de Marraquexe foi um marco importante para as áreas protegidas, notadamente por meio da decisão VII/28 que reflete, na verdade, o fruto do trabalho e da experiência das principais organizações internacionais que estruturam o campo da biodiversidade. Por outro lado, os preservacionistas tais como a UNESCO, e de certa forma UICN⁴, enxergam a proteção da natureza e do meio ambiente como uma finalidade, sem que haja possibilidades de uso dos recursos da biodiversidade. Elabora-se uma trama complexa de relações de poder no campo da biodiversidade entre diversos atores privados, sobretudo organizações internacionais não governamentais, associadas ou não a organizações governamentais. Para alguns autores, uma terceira corrente, chamada de desenvolvimentista, nasceu da crítica do conservacionismo considerado como demasiadamente próximo de um uso liberal da natureza e da biodiversidade. Essa corrente pretende ocupar um espaço no meio e assume uma posição menos radical que os preservacionistas, sendo favorável a um uso sustentável da natureza. Essas construções de abordagens teóricas e práticas de proteção da natureza constituem o pano de fundo atual da governança da biodiversidade⁵ e, consequentemente, do posicionamento das organizações que regulam as APTF.

Os parques nacionais, reservas de biosfera e parques da paz são exemplos bem conhecidos de práticas territoriais estatais numa perspectiva de governança pela conservação e o desenvolvimento. O fenômeno novo que foi identificado, nesses últimos anos, pelos geógrafos é a proliferação de atores diversos, de práticas e de normas heterogêneas na territorialização de alguns

espaços⁶. Uma dessas práticas de remanejamento territorial é denominada de áreas protegidas transfronteiras. O presente artigo apresentará, de forma sintética, o “regime” dessas áreas, alimentado por uma profusão de atores, que cria uma situação cuja arquitetura normativa é complexa e fragmentada (1). É possível desvelar, a partir de uma análise geopolítica, alguns dos interesses que levam esses atores a implementar essas áreas (2).

2. O REGIME JURÍDICO DAS APTF: ENTRE DIVERSIDADE DE ATORES E HETEROGENEIDADE NORMATIVA

Formulamos, presentemente, a hipótese de que a biodiversidade forma um campo no sentido da sociologia de Pierre Bourdieu dentro do qual os atores normativos que o compõem apresentam uma identidade singular, não homogênea que reflete as posições, interesses e recursos específicos a esse campo (1.1). Assim, essa pluralidade de regimes jurídicos das APTF mostra que os atores normativos são diversos e plurais quanto a sua natureza jurídica, ao passo que a produção de categorias de proteção jurídica mostra-se heterogênea (1.2).

2.1. O campo da biodiversidade : abordagem teórica

Adotando uma concepção bourdivina⁷, a biodiversidade pode ser entendida como um campo social, ou seja como “um espaço social estruturado em torno de interesses comuns e compostos de atores, de possibilidades, de referências comuns, de leis e de procedimentos”⁸. Para Bourdieu, a concorrência é a principal característica da interação que identifica o conjunto dos cam-

4 A partir de 1972, a UICN assume uma mudança progressiva para uma identidade conservacionista desenvolvimentista.

5 Para uma apresentação descritiva detalhada e interpretativa do cenário da governança da biodiversidade, a contribuição do Institut du Développement Durable et des Relations Internationales (IDDRI) faz-se pertinente: BRAHI, Nicolas; LOUAFI, Sélim. La convention sur la diversité biologique à la croisée de quatre discours. *Les Rapports de l'IDDRI*, n. 3, p. 32, 2004. Para uma apresentação diferente e divergente: HUFTY, Marc. La gouvernance internationale de la biodiversité, *Etudes internationales*, v. 32, n. 1, p. 5-29, mars 2001.

6 Fairhead J. Apud BASSET, Thomas J; GAUTIER Denis. Territorialisation et pouvoir : la Political Ecology des territoires de conservation et de développement. *Echo Géó*, v. 29, 2014.

7 De Pierre Bourdieu, sociólogo francês, 1930-2002. Apesar de não ter dedicado parte importante de suas obras ao Direito, Bourdieu o investiga indiretamente por meio de pesquisas que tratam do Estado, do discurso do poder, enquanto seus seguidores aprofundam o tema das profissões judiciárias. No campo das Relações Internacionais, uma tendência a usar os conceitos de Pierre Bourdieu iniciou-se, nessa última década, no Canadá, na Inglaterra, na Dinamarca, assim como, mas de forma mais discreta, na França. Pretendemos, de maneira compartimentada, aderir a esse quadro analítico no que tange a alguns aspectos do presente artigo.

8 BOURDIEU, Pierre. *Questions de sociologie*. Paris : Les Éditions de Minuit, 1984. p. 113. Tradução nossa.

pos sociais. Os atores participando de um campo estão competindo para assumir o controle dos recursos criados pelo campo: os bens materiais ou as rendas que constituem o capital econômico, os conhecimentos científicos ou técnicos que definem parcialmente o capital cultural, as redes e as instituições que formam o capital social, assim como o prestígio associado ao domínio de outros valores ou códigos de conduta como o capital cultural. Dessa forma, esses atores atuam em um cenário que mobiliza regras específicas ao campo, que regulam a concorrência para o controle dos recursos e de suas possibilidades. Aliás, são justamente essas possibilidades, perspectivas e desafios que definem o campo. Assim, dentro do campo, os atores ocupam posições desiguais e competem entre dominantes e dominados para reverter esse quadro ou modificá-lo. A produção de normas e regras torna-se uma característica, assim como uma preocupação dos atores dominantes do campo que conseguem, conseqüentemente, definir o legítimo do ilegítimo sem verificação dos postulados de bases que embasam essa dominação. Essa última, além de traduzir-se por conceitos, ideias, normas e regras precisa também de meios para a circulação desses, fazendo do domínio da informação um dispositivo importante do controle de posição no campo. Para Bourdieu, esse agenciamento funciona e pode ser entendido com a ajuda de conceitos tais como “habitus”, “senso prático”, “violência simbólica”. Assim, os atores procedem, inconscientemente, a um fenômeno de interiorização de suas posições no campo por meio de ações e percepções. Trata-se de uma ideia central de Bourdieu em razão das conseqüências, pois os atores investidos no campo desenvolvem estruturas mentais que correspondem a estruturas do campo. Esse processo de compreensão e de incorporação dos recursos e das regras do campo transforma, também, o ator mentalmente e corporalmente. Quando esse processo de incorporação termina, há uma correspondência imediata entre estruturas objetivas e disposições mentais dos atores. Conseqüentemente, o ator é incapaz de sair do “jogo”, de observar a partir de um ponto de vista externo ou de poder compreender essa correspondência, essa “cumplida ontológica”⁹.

O conceito de *habitus* nada mais é do que a correspondência entre a estrutura mental e a estrutura objetiva do campo, ele é esse senso prático que permite o

“domínio prático da lógica imanente” de cada campo. São as estruturas cognitivas que conseguem nos ajudar a entender o nosso papel no campo. Ademais, o mais importante, consiste em entender que as estruturas cognitivas não são faculdades inerentes ao gênero humano, assim como concebe Kant, mas sim uma disposição formada pelas estruturas objetivas de cada campo¹⁰. Segundo Bourdieu, há uma correspondência imediata entre as estruturas mentais, entre as disposições dos atores e a distribuição dos recursos disponíveis no campo. À medida que um ator for mais dotado de um *habitus* em adequação com as regras internas do campo, mais ele será dotado de capital específico desse campo, mais ele será capaz de perceber as possibilidades e os recursos do campo e mais ele será capaz de apropriar-se para ocupar as posições dominantes do campo.

No caso da biodiversidade, aquilo que está em jogo não é exatamente delimitado e oscila entre práticas e ideologias, a partir dos *habitus* e dos capitais simbólicos. Assim, a doutrina jurídica e aquela de ciência social divergem quanto aos critérios de identificação do campo da biodiversidade. Para Marc Hufty e Dominique Botti, que inspiraram nossa abordagem do tema, o campo da biodiversidade apresenta dois elementos chaves: a conservação e a apropriação, enquanto, para Albane Geslin, a alternativa deve ser enxergada entre preservação e conservação¹¹.

Antes de proceder ao estudo dessas divergências que podem mascarar um conflito político subjacente¹², é preciso se ater a uma apresentação relativamente dogmática, técnica e descritiva dos diversos atores jurídicos do campo da biodiversidade e, especificamente, daqueles que operam com as áreas protegidas transfronteiriças¹³.

10 LAHIRE, Bernard. La nature du cognitif en questions. In: LAHIRE, Bernard; ROSENAL, Claude (Org.). *La cognition au prisme des sciences sociales*. Paris: Editions des archives contemporaines, 2008. p. 58.

11 HUFTY, Marc. La gouvernance internationale de la biodiversité, *Etudes internationales*, v. 32, n. 1, p. 5-29, mars 2001. BOTTI Dominique. *La biodiversité comme champ de lutte: La Convention sur la diversité biologique et la réglementation internationale*. Genève: Mémoire de DES, IUED, 1997.

GESLIN, Albane. Aires protégées transfrontalières et parcs pour la paix : entre géopolitique des conflits et protection transnationale de la diversité bio-culturelle. In: AILINCA Mihaela; LAVOREL Sabine. (Org.). *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*. Paris: Éd. Pedone, 2013. p. 105-120.

12 Que será objeto da segunda parte do presente artigo.

13 Sabendo que a segunda parte do artigo terá uma dimensão mais teórica, no sentido de ultrapassar o simples discurso dogmático-

9 BOURDIEU, Pierre. *Raisons pratiques*. Sur la théorie de l'action. Paris: Points Essais, 1996. p. 151.

2.2. Uma profusão de atores e uma heterogeneidade normativa

Apresentar os atores que compõem o campo da biodiversidade consiste em se deparar com uma forte e nítida diversidade, que traz o dilema do eixo a ser escolhido para tal apresentação. Existem, na verdade, várias possibilidades de delinear as categorias de atores. Cada discriminação traz consigo seus objetivos, seu modo de ver, assim como o enfoque da orientação, de forma a revelar tais ou tais aspectos em virtude de tais ou tais hipóteses.

Como classificar? Eis a questão. Poderíamos tocar no cerne da questão e desenvolver de antemão a relação complexa que existe entre as categorias de conservacionismo, preservacionismo, utilitarismo e recursismo, a fim de descrever a trama do discurso da biodiversidade. No entanto, como já foi explicado anteriormente, deixaremos essa opção para a segunda parte do artigo, momento no qual trataremos do uso geopolítico do direito. Assim, fizemos a escolha de apresentar a diversidade dos atores de forma mais técnica, diante da presença de múltiplos atores vindos de horizontes diferentes.

Optamos por uma apresentação do tipo macrojurídico para conseguir uma visão geral da diversidade dos atores da biodiversidade¹⁴. Segundo alguns teóricos e operadores da governança internacional do desenvolvimento sustentável, pode considerar-se quatro tipos de atores, instituições que interagem a partir de quatro regimes com legitimidades diferenciadas: a negociação institucional entre Estados, as organizações internacionais governamentais que administram e que executam as políticas, as redes de influências de empresas e de organizações internacionais não governamentais e, finalmente, os processos de *expertise* científica¹⁵.

doutrinário, a fim de desvelar os interesses que se permeiam por trás das formalidades do discurso formulado pelos atores da biodiversidade

14 Inspirados nesse sentido pelos trabalhos de Benoit Frydman da *Université Libre de Bruxelles* que adota uma abordagem macro e micro-jurídica para sair de um contexto de nacionalismo metodológico e poder abarcar de forma mais pertinente as problemáticas relacionadas ao estudo da globalização e do Direito.

CHÉROT, Jean-Yves ; FRYDMAN, Benoit (Org.). *La science du droit dans la globalisation*. Bruxelles: Bruylant, 2012. (coll. « Penser le droit »).

15 BRODHAG, Christian. Quelle gouvernance internationale du développement durable. In: PENNEQUIN, Gilles; MOCILNIKAR, Antoine-Tristan (Org.). *L'Atlas du développement durable*. Paris: d'Organisation. Eyrolles, 2011. p.199.

Sem dúvida, esse esquema apresenta algumas insuficiências e imprecisões, notadamente de ordem jurídica. Com efeito, no que tange ao presente tema de estudo, o papel de algumas ONG's é, na verdade, central na proteção de áreas protegidas transfronteiriças, que podem ser pertinentemente incluídas no rol do desenvolvimento sustentável.

Esse presente estudo não se propõe a suprir as deficiências, faltas ou falhas do regime institucional de produção de normas e de administração das áreas protegidas transfronteiriças. Apresentaremos um breve panorama macro institucional que tem por objetivo enfatizar a extrema diversidade dos atores em jogo que obviamente não pretenderá a exaustividade.

2.2.1. A União Internacional de Conservação da Natureza (UICN)

Cabe destacar, em primeiro lugar, o papel central assumido pela União Internacional de Conservação da Natureza (UICN) na produção de normas acerca das áreas protegidas transfronteiriças. Criada em 1948, com a denominação de União Internacional para a Proteção da Natureza (UIPN), ela é a mais antiga ONG dedicada ao meio ambiente. A mudança de nome ocorre em 1956 par tornar-se a União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (UICN ou IUCN em língua inglesa).

Ela possui uma estrutura bastante original, apesar do longo tempo de existência, pois agrega a participação de membros estatais e não governamentais, assegurando a eles o um direito de voto igual nas assembleias. Ela pode ser aproximada, com toda proporção, do regime jurídico-político da Cruz Vermelha, embora não tenha capacidade jurídica de direito internacional público e portanto de participar da conclusão de tratados. Esse caráter *sui generis* que essas duas ONG's possuem explica, sem dúvida, o fato de ter sido escolhida pela ONU como ONG's que tem o estatuto de observadores. A UICN tornou-se um interlocutor privilegiado no cenário internacional das negociações sobre o meio ambiente e possui uma posição dominante no campo da biodiversidade, sendo "terceirizada" por inúmeros estados ou organizações internacionais a fim de iniciar, fomentar, redigir, negociar e ou consolidar a construção ou aplicação de convenções internacionais¹⁶. A missão

16 Juliette Olivier listou, de forma não exaustiva, um número im-

da UICN consiste em influenciar, encorajar e ajudar as sociedades a conservar a integridade e a diversidade da natureza e de assegurar que os recursos naturais sejam usados de uma maneira equitável e sustentável. Com o seu programa sobre as Áreas Protegidas, a UICN está envolvida na gestão, no planejamento e no investimento de áreas protegidas. Com efeito, esse programa gerencia a Comissão Mundial das Áreas Protegidas (CAMP) que constitui a instituição de referência mundial das áreas protegidas em matéria de influência e de ação. A CAMP tem por objetivo promover e gerenciar de maneira eficaz uma rede mundial representativa de áreas protegidas (o Global Transboundary Protected Areas Network)¹⁷.

presionante de grandes convenções de meio ambiente que foram elaboradas com a presença da UICN: Convention africaine sur la convention de la nature, Alger, 15 septembre 1968 ; Convention relative aux zones humides d'importance internationale, Ramsar 2 février 1971 Convention sur la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, UNESCO, Paris, 16 novembre 1972 (Convention du patrimoine mondial) Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES), Washington, 3 mars 1973 Accord relatif à la conservation des ours blancs, Oslo, 15 novembre 1973 Convention sur la conservation de la nature dans le Pacifique Sud, Apia, 12 juin 1976 Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, Bonn, 23 juin 1979 Accord sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, Kuala Lumpur, 9 juillet 1985 Convention sur la diversité biologique, Rio, 5 juin 1992 Accord sur la conservation des petits cétacés de la mer Baltique et de la mer du Nord, New York, 17 mars 1992 Accord sur la conservation des oiseaux d'eau migrateurs d'Afrique-Eurasie (AEWA), La Haye, 16 juin 1995 Accord sur la conservation des cétacés de la mer Noire, Méditerranée et de zone atlantique adjacente, Monaco, 24 novembre 1996 Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport en mer de substances nocives et potentiellement dangereuses, Londres, 3 mai 1996 Convention sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice en matière d'environnement, Aarhus, 25 juin 1998. OLIVIER, Juliette. Les nouveaux acteurs du droit de l'environnement. Le rôle de l'UICN dans l'élaboration du droit de l'environnement. *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, n. 3, p. 274-296, 2005.

17 É preciso mencionar o papel dos congressos mundiais de parques nacionais organizados pela UICN, que são reunidos uma vez por década, e conseguem agregar especialistas de várias disciplinas engajados na proteção da natureza e da biodiversidade por meio de gerenciamento de parques nacionais ou transfronteiriços. Aconteceram em: Seattle em 1962 para definição das normas das redes representativas, chegando à elaboração da Lista das Nações Unidas das áreas protegidas; Yellowstone em 1972 para tratar da conservação dos ecossistemas, da gênese da Convenção sobre o patrimônio mundial e da Convenção relativa as zonas húmidas; em Bali em 1982 para discutir das áreas protegidas e do desenvolvimento sustentável, das políticas de fomento ao desenvolvimento (*aide au développement*) nas áreas protegidas; em Caracas em 1992 para tratar das mudanças climáticas mundiais e das áreas protegidas, das categorias de áreas protegidas e da eficácia da gestão; em Durban em 2003 para trabalhar sobre a governança, o financiamento sustentável, o reforço das capacidades, as relações entre paisagens terrestres

Para a UICN, as áreas protegidas podem ser definidas como espaços geográficos claramente definidos, reconhecidos, dedicados e gerenciados por meios legais ou outros, com a finalidade de favorecer a conservação em longo prazo da natureza e dos serviços ecossistêmicos e dos seus valores culturais¹⁸. É possível falar de área protegida transfronteiriça quando o espaço geográfico protege e agrega uma continuidade de áreas protegidas dos lados das fronteiras de vários estados.

As seis categorias de gestão das áreas protegidas previstas pela UICN¹⁹:

1. a Reserva natural integral: conservar os ecossistemas excepcionais em nível regional, nacional ou mundial, as espécies (individuais ou em grupos) e/ou as características da geodiversidade.

b Área de natureza selvagem: Proteger em longo prazo a integridade ecológica de áreas naturais que não foram modificadas pelas importantes atividades humanas.

2. Parque nacional: Proteger a biodiversidade natural, assim como a estrutura ecológica e os processos ambientais subjacentes, promover a educação e os lazeres.

3. Monumento ou elemento natural: Proteger os elementos naturais excepcionais específicos, assim como a biodiversidade e os habitats associados.

4. Áreas de gestão e de ordenamento dos habitats/ espécies : áreas protegidas que são gerenciadas num objetivo de conservação por meio de intervenções ativas.

5. Paisagem terrestre ou marinho protegido: Proteger e manter importantes paisagens terrestres ou mari-

nhos, a equidade e o a divisão dos benefícios; em Sidney em 2014 para tratar dos meios marinhos, do patrimônio mundial, do reforço das capacidades e do novo pacto mundial.

UICN. *L'Histoire*. 2014. Disponível em: <http://cmsdata.iucn.org/downloads/fre_who_we_are_iucn_congress_history.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2016.

Um dos raros trabalhos acadêmico disponível em língua portuguesa é de SOUZA, João Victor Campos de. *Congressos Mundiais de Parques Nacionais da UICN (1962-2003): registros e reflexões sobre o surgimento de um novo paradigma para a conservação da natureza*. 2013. 225 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

18 UICN. [Homepage]. Disponível em: <https://www.iucn.org/fr/propos/travail/programmes/aires_protegees/>. Acesso em: 24 mar. 2016. Tradução nossa.

19 DUDLEY, Nigel. *Lignes directrices pour l'application des catégories de gestion aux aires protégées*. 2008. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/edocs/PAPS-016-Fr.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

nhos, a conservação da natureza presente, assim como outros valores criados pelas interações com os homens e suas práticas de gestão tradicionais.

6. Área protegida com uma utilização sustentável dos recursos naturais: Proteger os ecossistemas naturais e utilizar os recursos naturais de forma sustentável, quando conservação e utilização sustentável podem ser mutuamente benéficos.

2.2.2. A “Peace Parks Foundation” (Fundação dos Parques da Paz)²⁰.

A ONG Fundo Mundial pela Natureza (WWF) junto com o apoio da UICN criou, em 1997, a Peace Parks Foundation (Fundação dos Parques da Paz) no intuito de propor um suporte político, técnico, científico e financeiro aos projetos de APTF. Essa fundação que nasceu na África do Sul com o apoio de Nelson Mandela²¹ concentra principalmente suas ações na África austral, onde apoia 14 APTF (Peace Parks Foundation, 2011).

Na verdade, o conceito de parques da paz não é novo e pode ser datado a 1914 quando a Suécia e a Noruega criaram uma área protegida transfronteiriça para comemorar um século de paz entre ambos países. Essa iniciativa foi retomada pelos Estados- Unidos e o Canadá que criaram, em 1932, o primeiro parque internacional da paz ligando o Glaciário Nacional Parque americano com o parque nacional canadense Waterton Lakes. Na África, o conceito começou a aparecer na década de noventa quando as relações entre a África do Sul e os países vizinhos passaram por uma melhora com fim do apartheid em 1994. Desde 1997, a União internacional pela conservação da natureza (UICN) et a Peace Park Foundation, atuam no continente Africano e especificamente no sul da África. Assim, a África do Sul lidera o movimento, pois conta com seis parques, cujo mais famoso é o Great Limpopo Park entre Moçambique, Zimbábue e África do Sul. Em nível mundial, a UICN listou, até o presente momento, 169 parques da paz em 113 estados. Segundo Albane Geslin, o numero de APTF é difícil de ser estabelecido com uma grande

precisão, tendo em vista que algumas áreas protegidas de estados vizinhos podem ser adjacentes sem que haja acordo de cooperação ou cooperação de fato entre eles²². No entanto, o World Conservation Monitoring Centre do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente estabeleceu uma lista mundial das APTF em 2007 e identificou 227 áreas formando uma superfície de 4.6 milhões de km²²³. Os parques da paz são para a UICN, áreas transfronteiriças oficialmente dedicadas à proteção e manutenção da diversidade biológica e dos seus recursos naturais e culturais, assim como a promoção da paz e da cooperação.

2.2.3. As reservas de Biosferas da UNESCO

As reservas de Biosfera do programa MAB (Man and Biosphere) são dispositivos internacionais originais para implementar o desenvolvimento sustentável, que foram lançados pela UNESCO em 1970, dois anos depois da *International conference on the scientific basis for rational use and conservation of the resources of the biosphere*.

Seus objetivos foram definidos pela Conferência de Sevilla em 1995:

1. Conservação da diversidade biológica,
- 2) Promoção do desenvolvimento sustentável
- 3 Desenvolvimento das capacidades humanas e institucionais na apreensão das questões de meio ambiente.

Esse dispositivo apresenta-se como a implementação dos princípios da abordagem ecossistêmica da Convenção sobre a Diversidade Biológica em termos de escolhas de sociedade, do papel esperado do conhecimento científico e dos saberes locais, assim como da prática da subsidiariedade. As reservas inscrevem-se também no registro dos Millenium Development Goals e da conferência de Joanesburgo de 2002, para passar da retórica à ação para que se reduza significativamente a perda da biodiversidade.

22 GESLIN, Albane. Aires protégées transfrontalières et parcs pour la paix : entre géopolitique des conflits et protection transnationale de la diversité bio-culturelle. In: AILINCA Mihaela; LAVOREL Sabine. (Org.). *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*. Paris: Éd. Pedone, 2013. p. 105-120.

23 SANDWITTH, T. Transboundary Protected Area for Peace and Co-operation. World Commission on Protected Areas. *Best Practice Protected Area Guidelines Series*, n. 7, p. 3, 2001. Disponível em: <https://cmsdata.iucn.org/downloads/pag_007.pdf>. Acesso em 12 abr. 2016.

20 Categoria que será tratada de forma mais crítica no 2.2

21 Anton Rupert, ex-dirigente controverso do WWF-África do Sul durante o apartheid, foi a origem dessa fundação que lança essa iniciativa no decorrer da reconciliação do povo sul africano protagonizada por Nelson Mandela. GUYOT, Sylvain. Géopolitique des parcs (trans) frontaliers en Afrique Australe. *Les Cahiers d'Outre-Mer*, v. 234, avril-juin 2006.

Elas devem combinar as funções de conservação da biodiversidade, de desenvolvimento local e de apoio logístico no seio de uma rede mundial. Elas se diferenciam de outros tipos de áreas destinadas principalmente ou exclusivamente à conservação. Essas especificidades decorrem da própria evolução das reservas de biosfera, que foram consolidadas em 1995 dentro do documento estatutário da rede mundial de 1996, que determina os princípios a serem implementados de forma adequada em relação ao tempo e ao espaço das reservas da biosfera. **Em 2016, a rede mundial contabiliza 669 reservas de biosfera, incluindo 16 sítios transfronteiriças, em 120 países. A estratégia 2008-2015 do programa MAB da UNESCO visa:**

- a. desenvolver e reforçar os modelos de desenvolvimento sustentável dentro da rede mundial de reservas de biosfera;
- b. compartilhar experiência e ensinamentos facilitando a difusão e a aplicação desses modelos em escala mundial;
- c. apoiar a avaliação da gestão da qualidade, as estratégias e as políticas de desenvolvimento sustentável e de planificação, assim como as instituições responsáveis e resilientes;
- d. ajudar os Estados-membros da Unesco e outras partes interessadas em atingir rapidamente os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável apoiando-se na experiência da rede mundial de reservas da biosfera²⁴.

2.2.4 As Redes Europeias e Comunitárias

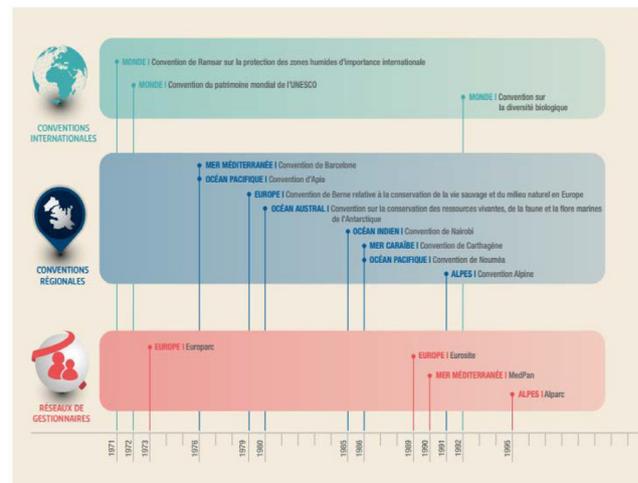
O continente europeu ilustra, de forma manifesta, o emaranhado de dispositivos jurídicos em prol da conservação da natureza e proteção da biodiversidade. O sistema é complexo, pois apresenta uma série de instituições geradoras de normas de direito internacional regional, mas de origens diferentes, misturando interesses de bloco econômico, de organização internacional de direitos humanos e de atores transnacionais.

Assim, o Conselho da Europa foi precursor na institucionalização da conservação dos ecossistemas e da integração de paisagens, criando em 1976 a rede europeia das reservas biogenéticas²⁵. Após a assinatura da

Convenção sobre a Biodiversidade de 1992, um agregado de instituições europeias lançou uma Estratégia pan-europeia para a proteção da diversidade biológica e de paisagens²⁶. Uma Rede Ecológica Pan-europeia foi lançada para proteger a conservação dos ecossistemas, dos habitats, das espécies e das populações de espécies da zona pan-europeia, assim como que sua diversidade genética, por meio da conservação da integridade ecológica das paisagens de importância europeia. A elaboração complicada da rede não gerou os efeitos esperados e a estratégia, bastante criticada, foi reorientada. Nosso propósito não consiste na apresentação detalhada do sistema europeu, mas sim do símbolo que ele caracteriza por seus aspectos entrelaçados e complexos. A melhor forma de ilustrar esse aspecto consiste em mostrar, a partir de um estado europeu (a França) e de um quadro sintético, a diversidade de regimes de proteção.

O Quadro 1 revela, a partir do caso francês, a superposição e a complexidade de categorias normativas de proteção de origem, transnacional, internacional e europeias.

Quadro 1: Participação da França as Convenções e Redes Internacionais de Áreas Protegidas



Fonte : UICN France (2013), Les espaces naturels protégés en France : une pluralité d'outils au service de la conservation de la biodiversité, Paris, p.15.

24 MAB FRANCE. *Le MAB de l'UNESCO*. Disponível em: <<http://www.mab-france.org/fr/mab-france/>>. Acesso em: 10 abr. 2016. Tradução nossa.

25 O Conselho da Europa não deve ser confundido com uma

instituição da União Européia e especificamente com o Conselho Europeu. Trata-se de uma ONG que foi criada em 1949 pelo tratado de Londres para proteger os direitos humano, a democracia e a preeminência do direito no continente europeu. Agrega 47 estados membros e possui a personalidade jurídica internacional.

26 PEBLDS: Pan-European Biological and Landscape Diversity Strategy.

Cabe mencionar que, ao lado das principais instituições supramencionadas que operam no âmbito das áreas protegidas transfronteiriças, há uma série de atores indiretos, mais discretos, que assumem um papel de apoio técnico, financeiro ou político e que reforçam a legitimidade das instituições primárias. Assim merecem ser citados, sem que tenhamos a pretensão de delinear o regime de suas participações, o Banco Mundial, a FAO, a União Europeia e União Econômica e Monetária do Oeste Africano.

Essa extrema diversidade de atores produz uma heterogeneidade de classificações e categorias de proteções jurídicas. A arquitetura jurídica das áreas protegidas transfronteiriças é, conseqüentemente, confusa e parece redundante, pois apresenta vários graus de escalas de atuação. Assim, é preciso distinguir a superposição de diferentes atores, oriundos de diferentes esferas jurídicas que propõem várias categorias jurídicas. Atores transnacionais, organizações internacionais não governamentais, organizações internacionais governamentais e estados. No entanto, a situação pode ser mais bem definida como um verdadeiro emaranhado, no sentido de que as categorias normativas propostas pelos diversos atores interagem permanentemente. Assim, em primeiro lugar, a criação de uma APTF pode agregar um acordo de direito internacional público entre dois o mais estados soberanos (e receber evidentemente a qualificação jurídica de tratado no sentido dos artigos 2 e 3 da Convenção de Viena de 1969). Mas, em segundo lugar, esse acordo é, na verdade, simultaneamente, o resultado e o suporte jurídico de uma norma anterior dentro de qual ele se encaixa (mesmo que de forma confusa ou imperfeita), oriunda dos padrões de uma organização não governamental (de direito privado) que produz um direito transnacional, a exemplo da IUCN. O quadro anterior (nº1) mostrou com muita clareza esse emaranhado; com efeito, a partir da visão de um território (neste caso o exemplo da França), é possível vislumbrar uma série de dispositivos jurídicos superpostos e entrecruzados, produzidos por uma série de atores de origens jurídicas diversas.

Sobre o questionamento acerca de qual seria o regime jurídico das APTF, a resposta é longa, complexa, esmiuçada, tendo em vista o esforço a ser feito para distinguir as configurações presentes no caso em espécie. Não é possível responder, de forma segura ou certa, afirmando que estaríamos necessariamente diante de um fenômeno de *soft law*, ou de outras qualidades

normativas.

3. O USO GEOPOLÍTICO DO REGIME DAS APTF: ENTRE CONSERVAÇÃO E PAZ

A implementação de áreas protegidas, seja em contexto transfronteiriça ou nacional, sempre foi atravessada por um intenso e antigo debate sobre o conteúdo normativo e político das características de proteção. Não pretendemos, neste trabalho, investigar e dissertar a respeito. Cabe lembrar que, mesmo se os conceitos possam mudar de denominação, em virtude de autores ou de correntes científicas, há um certo consenso para apresentar as categorias em função do seu grau de proteção. Assim, em primeiro lugar, a concepção do *preservacionismo* se apresenta como a mais rigorosa por entender que a proteção das áreas deve ser total e não pode admitir circulação de pessoas humanas. Em segundo lugar, vem a política de *conservação*, que possibilita, mas, de maneira regulada, a circulação do ser humano na área protegida, notadamente por finalidade turística (não entendi muito bem a frase.

Se a lógica primeira das áreas protegidas tão nacionais quanto transfronteiriças foi de proteger a conservação da biodiversidade por meio de uma gestão e de ações de cooperação (3.1), surgiu na década de noventa um objetivo de paz, que além de ser isento de críticas de ordem geopolítica revela o funcionamento de lutas de posições no campo da biodiversidade por diversos atores (3.2).

3.1. Um objetivo de gestão e de cooperação

Os principais objetivos das APTF consistem na eliminação das barreiras a livre circulação da fauna, em melhorar o acesso ao turismo em estabelecer grupos de trabalho transfronteiriças apoiando a cooperação em longo prazo para a conservação da biodiversidade. Além disso, elas visam aumentar os benefícios da conservação e promover a distribuição dos benefícios com as partes associadas além das fronteiras, assim como facilitar as interações entre as comunidades envolvidas²⁷. Alguns objetivos específicos próprios aos parque

27 MONTPETIT, Sandrine. *Les aires protégées transfrontalières: au-delà de la conservation de la biodiversité*. 2013. 101f. Essai de maîtrise en écologie internationale. Faculté des Sciences, Université

da paz foram igualmente mencionados por alguns observadores²⁸. Assim, o fato de incentivar a confiança, a compreensão, a reconciliação e a cooperação entre os atores, assim como promover a resolução de conflitos armados e a preservação da paz são outros requisitos. A conservação transfronteiriça inclui uma grande variedade de abordagens que têm em comum a ideia de estender as medidas de conversação além das fronteiras. O substrato das relações entre as diferentes áreas protegidas pode variar de um reconhecimento formal e legal das APTF dos estados envolvidos até um arranjo mais simples e embasado numa cooperação e uma distribuição das informações²⁹. Entre as diferentes abordagens de criação e gestão das APTF, as mais frequentes envolvem situações entre duas ou mais áreas protegidas contíguas que se juntam acima de uma fronteira internacional. Podemos observar também alguns projetos mais ambiciosos, como as APTF que agregam um grupo de áreas protegidas e novos territórios partes a um processo de proteção. Esses projetos buscam uma maior proteção que as clássicas áreas protegidas, incorporado no ordenamento de APTF em corredores e zona-tampão, permitindo uma melhor conectividade de funções entre as áreas protegidas³⁰. Assim, o Banco Mundial já participou de projetos de unificação de quatro áreas protegidas não adjacentes nas montanhas do Tien Shan na Ásia central, que são cercadas de terras podendo ser inclusas em APTF³¹. Em alguns casos, a implementação de APTF pode estender-se até um grupo de áreas protegidas isoladas não conectadas que dividem uma realidade ecológica e problemas semelhantes. Assim, por exemplo, na região dos grandes lagos da África, uma iniciativa de APTF foi implementada, associando o parque nacional da Kibira no Burundi, o parque nacional de

Virunga em República Democrática do Congo (RDC) e o parque nacional dos Vulcões da Rwanda. Todos têm por objetivos uma gestão comum frente a problemas de controle de terras agrícolas³². Finalmente, em algumas situações, a necessidade ou a vontade de implementar uma APTF não foi conseguida pela negociação entre dois países, mas o ordenamento do território dentro de um país pode contribuir para medidas de conservação do país vizinho. Por exemplo, na ilha de Bornéu, a melhora da gestão das florestas do lado da fronteira malaiana contribuiu para preservar as populações da grande fauna do lado indonésio, no parque Kayan Mentarang³³.

A APTF pode ser administrada e gerenciada em cooperação com um grupo de instituições responsáveis de ambos os lados da fronteira ou pela criação de um órgão internacional independente respondendo as diferentes autoridades envolvidas, tais como os governos nacionais, investidores privados, e ONG's. A criação de tal órgão facilita o estabelecimento de um plano de ordenamento conjunto dos parques internacionais, assim recomenda a IUCN³⁴. A estrutura de coordenação implementada para a gestão da APTF tem a vantagem de ser representativa dos diferentes atores envolvidos. Ela responde aos interesses dos grupos participantes do projeto tais como científicos, comunidades locais, autoridades locais, as ONG's locais, assim como as empresas privadas. No entanto, algumas vezes nos advertem sobre os riscos de tal abordagem. Com efeito, ainda que uma área protegida transfronteiriça possa apresentar as mesmas características ecológicas, não significa necessariamente que isso seja o mesmo no que tange as características sociais, econômicas e políticas. A gestão conjunta do ecossistema ou da APTF deve, então, se estabelecer progressivamente pela implementação de medidas comuns de gestão entre as instituições presentes. Dessa maneira, a integração institucional poderá apresentar um melhor grau de adequação às diferentes

de Sherbrooke, Canada, 2013.

28 SANDWITTH, T. Transboundary Protected Area for Peace and Co-operation. World Commission on Protected Areas. *Best Practice Protected Area Guidelines Series*, n. 7, p. 3, 2001. Disponível em: <https://cmsdata.iucn.org/downloads/pag_007.pdf>. Acesso em 12 abr. 2016.

29 MONTPEITI, Sandrine. *Les aires protégées transfrontalières: au-delà de la conservation de la biodiversité*. 2013. 101f. Essai de maîtrise en écologie internationale. Faculté des Sciences, Université de Sherbrooke, Canada, 2013.

30 MONTPEITI, Sandrine. *Les aires protégées transfrontalières: au-delà de la conservation de la biodiversité*. 2013. 101f. Essai de maîtrise en écologie internationale. Faculté des Sciences, Université de Sherbrooke, Canada, 2013.

31 DUDLEY, N. A typology of transboundary protected areas: different approaches for different needs. Paper for IUCN, drawing on results of an ITTO/IUCN workshop: IUCN/ UNEP-WCPA, 2007.

32 DUDLEY, N. A typology of transboundary protected areas: different approaches for different needs. Paper for IUCN, drawing on results of an ITTO/IUCN workshop: IUCN/ UNEP-WCPA, 2007.

33 DUDLEY, N. A typology of transboundary protected areas: different approaches for different needs. Paper for IUCN, drawing on results of an ITTO/IUCN workshop: IUCN/ UNEP-WCPA, 2007.

34 MEDINA, Lucile. L'Amitié et la Fraternité par-delà les frontières. Coopérations binationale et trinationale entre parcs nationaux des États d'Amérique centrale. In: HERITIER, Stéphane; LASLAZ, Lionel (Org.). *Les parcs nationaux dans le monde: protection, gestion et développement durable*. Paris: Ellipses, 2008. p. 145-164.

situações práticas³⁵. É frequente observar uma pluralidade de instituições que atuam e intervêm na gestão de áreas protegidas, ainda mais quando se trata de áreas transfronteiriças. A coordenação entre essa variedade de instituições, às vezes muito recentes e com pouco experiência em assuntos internacionais, pode se tornar uma empreitada complexa e árdua³⁶. A gestão de uma área protegida nacional já constitui um desafio de gestão para as diferentes demandas de aprovações necessárias num país determinado. Consequentemente, a carga burocrática é multiplicada e ampliada pela complexidade do sistema decisório no caso das APTF e obviamente a curto termo a implementação de uma área transfronteiriça não simplifica a gestão³⁷.

Em virtude dessa série de desafios, a instauração de um clima de cooperação entre os participantes é claramente benéfico e essencial à implementação de uma APTF³⁸. A literatura disponível sobre o assunto tem apresentado inúmeras vantagens a favor da cooperação entre atores e especificamente entre estados. A cooperação transfronteiriça permitiria um melhor domínio dos diferentes problemas relativos a fronteiras tais como exploração ilegal de madeira, incêndios, caças ilegais, poluição e contrabando. Oferece também a possibilidade de enfrentar um dos maiores problemas das regiões fronteiriças, que é a gestão comum dos recursos hídricos, que frequentemente representa uma discordância profunda entre os estados, tendo em vista a sua possível raridade³⁹. Ademais, ela facilitaria a troca de informações para as administrações alfandegárias e de imigração⁴⁰. Por outro lado, a criação de uma APTF aumenta

a credibilidade para um possível tombamento de um sítio como patrimônio internacional da UNESCO. Os esforços comuns permitiriam uma coordenação melhor das lutas contra os danos ambientais, assim como as mudanças climáticas, as chuvas ácidas e a contaminação do solo⁴¹. O encorajamento a boas práticas ecológicas para o vizinho pode ser visto igualmente como uma possibilidade para os países de estimularem-se, mutuamente, com finalidade de implementar outras medidas de conservação, indo até a criação de outras APTF nas fronteiras⁴².

Outros argumentos recenseados a favor da cooperação são aqueles de natureza econômica. A implementação das APTF poderia alavancar uma série de considerações econômicas em nível de desenvolvimento, de financiamento da cooperação, de turismo, de geração de empregos, assim como de desenvolvimento sustentável. Pois, tratando-se, de certa forma de abertura de fronteiras, a possibilidade de trocas comerciais bilateral ou plurilateral beneficia-se quase, automaticamente, dessa abertura e permitiria atrair investidores⁴³.

3.2. Um objetivo de paz?

Bem que as APTF tenham sido lançadas para cumprir um objetivo de conservação, elas acabam favorecendo as relações internacionais. Essa oportunidade pode até mesmo constituir o objetivo principal quando se trata dos parques da paz. Esses parques são considerados como elementos de reestabelecimento das relações diplomáticas entre estados, além de operar pela conservação da biodiversidade. Com a cooperação e a distribuição dos benefícios, as APTF têm o potencial de amenizar as tensões que podem existir entre estados

35 BONNIN, Marie. *Les corridors écologiques: vers un troisième temps du droit de la conservation de la nature ?* Paris: L'Harmattan, 2008.

36 BONNIN, Marie. *Les corridors écologiques: vers un troisième temps du droit de la conservation de la nature ?* Paris: L'Harmattan, 2008.

37 MONTPETIT, Sandrine. *Les aires protégées transfrontalières: au-delà de la conservation de la biodiversité*. 2013. 101f. Essai de maîtrise en écologie internationale. Faculté des Sciences, Université de Sherbrooke, Canada, 2013.

38 VASILJEVIC, M. et al. *Transboundary Conservation: A systematic and integrated approach*. 2015. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/PAG-023.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

39 MEDINA, Lucile. L'Amitié et la Fraternité par-delà les frontières. Coopérations binationale et trinationale entre parcs nationaux des États d'Amérique centrale. In: HERITIER, Stéphane; LASLAZ, Lionel (Org.). *Les parcs nationaux: dans le monde*. protection, gestion et développement durable. Paris: Ellipses, 2008. p. 145-164.

40 SANDWICH, T. Transboundary Protected Area for Peace and Co-operation. World Commission on Protected Areas. *Best Prac-*

tice Protected Area Guidelines Series, n. 7, p. 3, 2001. Disponível em: <https://cmsdata.iucn.org/downloads/pag_007.pdf>. Acesso em 12 abr. 2016.

41 SANDWICH, T. Transboundary Protected Area for Peace and Co-operation. World Commission on Protected Areas. *Best Practice Protected Area Guidelines Series*, n. 7, p. 3, 2001. Disponível em: <https://cmsdata.iucn.org/downloads/pag_007.pdf>. Acesso em 12 abr. 2016.

42 MONTPETIT, Sandrine. *Les aires protégées transfrontalières: au-delà de la conservation de la biodiversité*. 2013. 101f. Essai de maîtrise en écologie internationale. Faculté des Sciences, Université de Sherbrooke, Canada, 2013.

43 MACKINNON, Kathy. *Transboundary reserves - World Bank implementation of the ecosystem approach*. Washington, DC: World Bank, 2000. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/2000/04/693166/transboundary-reserves-world-bank-implementation-ecosystem-approach>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

ou entre comunidades locais fronteiriças. O conceito de parque transfronteiriço opõe-se, de certa forma, à concepção tradicional da fronteira como elemento simbólico de guerra, de segregação e de controle territorial para poder transformá-la em elemento de abertura e de trocas⁴⁴.

A categoria de parque pela paz busca cumprir diversas funções, como favorecer a comunicação entre os participantes por meio de interesses comuns e reforçar os laços de amizade, estabelecendo um início de confiança entre os ex-beligerantes. A categoria participa supostamente da integração das comunidades locais que foram afastadas da gestão. A marginalização das populações indígenas fronteiriças favorece as atividades criminosas transfronteiriças. O fato de reunir populações antigamente divididas, assim como de considerá-las como parceiras, faz parte dos requisitos da gestão das APTF, para reduzir as tensões.

Além das diversas funções que um parque da paz possa cumprir, um de seus papéis mais comuns consiste em servir de área tampão entre dois estados em conflito. Nesse caso, o parque da paz ocupa uma região pós-conflito “esvaziada” em partes territoriais de fronteiras. A eficácia dos parques da paz em amenizar as tensões e manter a paz é sempre uma tarefa de difícil avaliação. No entanto, uma análise estatística feita num número representativo de zona tampão no mundo deixa pensar que quando são totalmente desmilitarizadas e se forem de no mínimo 2 km de largura, essas áreas permitem reduzir o risco de conflitos armados em 90 %⁴⁵. O resultado do estudo somente envolveu, como já mencionado, tipos de zona-tampão esvaziadas, conseqüentemente, ela não informa de forma categórica sobre uma zona tampão ocupada por uma APTF. O risco contrário relacionado à implementação de uma APTF não deve ser descartado, com efeito, a probabilidade de uma conseqüência contrária é sempre possível. A nova área possa ser fomentadora de litígio ou conflitos, notadamente se o território for provido em recursos naturais. A abertura das fronteiras, como já mencionado, não garante totalmente a ausência de tráfico e de atividades criminosas.

44 MONTPETIT, Sandrine. *Les aires protégées transfrontalières: au-delà de la conservation de la biodiversité*. 2013. 101f. Essai de maîtrise en écologie internationale. Faculté des Sciences, Université de Sherbrooke, Canada, 2013.

45 LEJANO, R. (2006). Apud MONTPETIT, Sandrine. *Les aires protégées transfrontalières: au-delà de la conservation de la biodiversité*. 2013. 101f. Essai de maîtrise en écologie internationale. Faculté des Sciences, Université de Sherbrooke, Canada, 2013.

Daí a importância de integração das comunidades locais fronteiriças na gestão e na distribuição dos benefícios. Um questionamento pertinente foi formulado quanto ao papel dos parques da paz: a promoção da paz é a consequência da ideia de proteção da natureza ou, pelo contrário, seria a pacificação das relações internacionais que permitiria melhor impor uma ideologia ecologista⁴⁶? (Depraz, 2008)?

A observação da implementação de uma área protegida na África austral gerou algumas análises pertinentes e de grande interesse, especificamente na literatura anglo saxã⁴⁷. O Great Limpopo Transfrontier Park (GLTP) é um Parque da Paz que reúne o Parque Nacional Kruger da África do Sul, o Parque Nacional do Limpopo em Moçambique e o Parque Nacional do Gonarezhou em Zimbábue. O acordo trilateral foi assinado em novembro de 2000 e a abertura do parque transfronteiriça foi iniciada em 2004. Trata-se de um parque excepcional em relação a sua riqueza ecológica, tendo uma superfície de 35000 km² de parques inseridos numa área de conservação de quase 100 000 km² dividido nos territórios de 3 países. Outro fato a ser destacado é que a área transfronteiriça foi, durante muito tempo, o palco de intensas zonas de combates e de conflitos armados. Moçambique e o Zimbábue assumiram um papel de destaque na linha de frente contra o apartheid⁴⁸. Assim, o GLTP responde, perfeitamente, à definição dos parques da paz dada pela UICN, pois é um subconjunto particular de áreas protegidas no qual há um objetivo claro de proteção da biodiversidade, uma cooperação entre pelo menos dois estados ou entidades subnacionais, assim como um objetivo claro de paz⁴⁹. Esse parque é oficialmente dedicado à proteção e conservação da diversidade biológica, dos recursos naturais e culturais, assim como da promoção e cooperação pela paz. Trata-se de uma paz lato sensu, ou

46 DEPRAZ (2008) Apud MONTPETIT, Sandrine. *Les aires protégées transfrontalières: au-delà de la conservation de la biodiversité*. 2013. 101f. Essai de maîtrise en écologie internationale. Faculté des Sciences, Université de Sherbrooke, Canada, 2013.

47 DUFFY Rosaleen. Peace parks and global politics: the paradoxes and challenges of global Governance. In: SALEEM A. H. (Org). *Peace Parks*. Conservation and Conflict Resolution. Cambridge: The MIT Press, Massachusetts (USA) and London (U.K.), 2007.

48 BELAIDI, Nadia. Le Great Limpopo Transfrontier Park. *Echo Géo*, v. 7, 2008.

49 SANDWITTH, T. Transboundary Protected Area for Peace. and Co-operation. World Commission on Protected Areas. *Best Practice Protected Area Guidelines Series*, n. 7, p. 3, 2001. Disponível em: <https://cmsdata.iucn.org/downloads/pag_007.pdf>. Acesso em 12 abr. 2016.

seja, não se trata, exclusivamente, da paz no sentido do registro militar, mas sim, de um clima pacífico em torno de assuntos sociais, econômicos e culturais. A lógica de implementação do parque embasa-se sobre a ideia que a articulação das áreas de conservação facilita a resolução de conflitos territoriais, transformando as preocupações ambientais em objeto de cooperação entre soberanias políticas⁵⁰.

Se as áreas protegidas pretendem ser uma ferramenta importante de proteção e de manutenção da biodiversidade em estratégias de conservações globais, seu objetivo ecológico não é neutro, nem socialmente e nem politicamente. As diferentes funções políticas das áreas protegidas participam de uma construção social, cultural e econômica. Assim, em países em desenvolvimento, a pobreza, as desigualdades sociais, a corrupção, as tensões étnicas e os rastros de um passado colonial podem favorecer situações pelas quais as APTF agem como instrumentos de controle dos recursos. O conceito de parque da paz enfrenta um verdadeiro desafio para se ater a seus objetivos e não se deixar instrumentalizar⁵¹. O contexto jurídico que poderia sustentar um objetivo de paz social, econômica e cultural é fragmentado e de uma certa complexidade, como já foi mencionado no tópico 1.2 (*Uma profusão de atores e uma heterogeneidade normativa*)- É justamente a situação jurídica do GLTP. Essas articulações de categorias e de superposições de normas não são desprovidas de efeitos jurídicos e políticos. Assim, o GLTP deu primazia ao potencial turístico em detrimento da manutenção das populações locais. Assim, longe de uma posição supostamente federativa e promotora do desenvolvimento das comunidades locais, essas foram desalojadas sem discussão ou negociação. O papel do Banco Mundial que participou do financiamento do parque parece ter ignorado o seu impacto na vida das populações locais preferindo favorecer o desenvolvimento do ecoturismo apresentado como um elemento do desenvolvimento sustentável⁵². Parece ser paradoxal incitar o fomento de um economia sustentável sem a participação do seus atores mais pertinentes. A articulação das áreas de conservação operada

dentro do projeto de implementação do GLTP foi apresentada como um meio de facilitação da resolução de conflitos territoriais partir do incentivo ao diálogo em torno de interesses comuns. No entanto, esses conflitos estão inseridos dentro de estruturas sociais, e culturais, assim, qualquer mudança formal ou organizacional provocará inevitavelmente uma mudança de conteúdo e de substância. Uma recomposição territorial que tem por objeto transformar as preocupações ambientais em temas de cooperação entre diversas estruturas jurídicas e políticas deve considerar o meio ambiente em função do que ele é e não só para uma representação⁵³. Como afirmar a prevalência do aspecto turístico e de alguns serviços ambientais vitais se a garantia de permanência de populações locais não for considerada?

Assim, uma certa análise do GLTP mostra que sua implementação favoreceu uma política de agências de fomento internacionais e desconsiderou a garantia e o respeito de outros elementos. Essa postura tende a considerar a abertura das fronteiras, não como um fator de desenvolvimento comum, mas sim como uma preocupação de lutas internas ao campo da biodiversidade em termos de dominação político com um substrato econômico.

Geopoliticamente *stricto sensu*, o parque do Great Limpopo traduz a abertura do território sul-africano em relação aos vizinhos a partir de uma transformação das fronteiras. A nova organização regional desse território concebida a partir de um projeto transfronteiriça e transnacional leva a África do sul a se erguer em verdadeira potência internacional, não só na África austral, mas sim, em nível de liderança no desenvolvimento africano. Isso favorece, no plano mundial, sua identificação como uma das principais vozes do sul⁵⁴.

A proteção da biodiversidade passa por uma fase “green-grabbing” com a intervenção de atores privados. Um processo de privatização ocorre no gerenciamento de alguns parques nacionais. Assim, por exemplo, o parque nacional Kruger, começou a terceirizar a gestão financeira das atividades para empresas internacionais com o apoio técnico do Banco Mundial em plena contradição com os objetivos, teoricamente, proclamados

50 BELAIDI, Nadia. Le Great Limpopo Transfrontier Park. *Echo Géo*, v. 7, 2008.

51 BELAIDI, Nadia. Le Great Limpopo Transfrontier Park. *Echo Géo*, v. 7, 2008.

52 DUFFY Rosaleen. Peace parks and global politics: the paradoxes and challenges of global Governance. In: SALEEM A. H. (Org.). *Peace Parks. Conservation and Conflict Resolution*. Cambridge: The MIT Press, Massachusetts (USA) and London (U.K.), 2007.

53 BELAIDI, Nadia. Le Great Limpopo Transfrontier Park. *Echo Géo*, v. 7, 2008.

54 DUFFY Rosaleen. Peace parks and global politics: the paradoxes and challenges of global Governance. In: SALEEM A. H. (Org.). *Peace Parks. Conservation and Conflict Resolution*. Cambridge: The MIT Press, Massachusetts (USA) and London (U.K.), 2007.

de recomposição territorial⁵⁵.

O fenômeno já chamou a atenção de algumas ONG's, como a Forest People, que já em 2003 alertava num relatório que, em regra geral, as áreas protegidas continuam sendo implementadas e gerenciadas sem o respeito dos direitos das populações autóctones⁵⁶.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Raras são as pesquisas que tomam por objeto as áreas protegidas transfronteiriças, suas condições jurídicas e suas implicações geopolíticas. Quisemos demonstrar a irredutibilidade do regime jurídico das áreas, sejam elas parques da paz, reservas da biosfera da Unesco ou do Conselho da Europa, áreas úmidas da convenção Ramsar, e tantas outras categorias, a uma simples questão jurídica que seria neutra, objetiva e desprovida de caráter político. Antes de tudo, as áreas protegidas são fruto de decisões políticas, produtos de soberania unilateral ou plurilateral, necessitando o suporte do direito internacional, seja *jus dispositivum* (por meio de convenções internacionais gerais ou regionais), seja um fenômeno de *soft law*.

Uma das razões, pouca evocada, do desenvolvimento das APTF pode ser relacionada aos estudos produzidos na década de 80 pelo Interagency Task Force criada pelo Congresso dos EUA, que elaborou uma estratégia da conservação da diversidade biológica⁵⁷. Um vasto programa legislativo e regulamentar foi lançado nos meados dos anos para amenizar a exposição da fragilidade do sementes da agricultura norte americana. Foram reestruturadas as redes de conservação ex-situ. Houve, sobretudo, incentivos e apoios dados a criação de redes mundiais de áreas protegidas, especificamente em países em desenvolvimento de regiões tropicais e subsídios reforçados para as organizações internacionais não governamentais que atuam na conservação da

natureza. Assim, o orçamento da ajuda e da cooperação norte americana em prol ao desenvolvimento relaciona e prioriza as questões de conservação. Politicamente e de um ponto de vista das relações internacionais, o conceito de segurança nacional dos EUA alarga-se a segurança alimentar por meio da proteção a natureza e a biodiversidade. O abastecimento genético e sua conservação são tão importantes quanto a segurança militar ou energética. Essa hipótese representou o arcabouço da evolução das APTF, cujo debate em torno da alternativa conservação/preservação adquiriu uma dimensão eminentemente mais política do que parecia inicialmente. Não se trata, apenas, de discorrer sobre os benefícios de uma pura e rígida proteção de caráter preservacionista opostos a uma conservação mais antropocêntrica, mas sim de poder perceber as linhas de ruptura ou de mudança de paradigmas. O campo social da biodiversidade, no sentido dos conceitos forjado pelo sociólogo Pierre Bourdieu, passou por muitas evoluções nos últimos 50 anos. Dentro dos possíveis discursos que revelam um marco teórico e regulador adotados pelos atores do campo, podemos mencionar, além do discurso conservacionista/preservacionista, a criação dos discursos desenvolvimentista, agrícola, econômico e culturalista⁵⁸. A mudança de eixo político-ideológico da concepção das APTF, até então atravessada pela alternativa conservacionismo/preservacionismo, esboça, mas de forma nítida, um movimento para uma visão de preservação de paz, supostamente desinteressada da questão da conservação in situ, que não podemos esquecer, é ideal para a questão dos recursos genéticos agrícolas em termos de segurança alimentar de países do norte. Assim, o campo da biodiversidade continua de forma intensa sua estruturação e o trabalho mostrou a multidão de atores que se agregam em torno do tema desde que a biodiversidade emergiu na pauta das agendas de várias organizações internacionais, sejam de natureza governamental ou não. Nossa abordagem, feita a partir dos conceitos de campo, habitus e capitais simbólicos, pretende ter contribuído a desvelar o caráter eminentemente político de tais empreendimentos, mas também os interesses e os aspectos de dominação em termos geopolíticos.

Não pretendemos ter esgotado a questão, pelo contrário, já que a matéria é tão rica e densa. Sem dúvida alguma, outros vieses metodológicos são possíveis

55 BELAIDI, Nadia. Le Great Limpopo Transfrontier Park. *Echo Géa*, v. 7, 2008.

56 Forest People's Program 2007. Apud GESLIN, Alban. Aires protégées transfrontalières et parcs pour la paix : entre géopolitique des conflits et protection transnationale de la diversité bio-culturelle. In: AILINCA Mihaela; LAVOREL Sabine. (Org.). *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*. Paris: Éd. Pedone, 2013. p. 105-120.

57 HUFY, Marc. La gouvernance internationale de la biodiversité, *Etudes internationales*, v. 32, n. 1, p. 7, mars 2001.

58 BRAHI, Nicolas; LOUAFI, Sélim. La convention sur la diversité biologique à la croisée de quatre discours. *Les Rapports de l'IDDRI*, n. 3, p. 32, 2004.

e disponíveis notadamente em termos de uma análise geográfica do direito⁵⁹ mais específica que a nossa, que apesar de ter abordado a problemática a partir do conceito geográfico de território, enfatizou mais os aspectos geopolíticos, o que reforça a pertinência e a vitalidade de uma abordagem zetéica da biodiversidade⁶⁰.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure. Les interactions entre normes et territoires: l'Europe et le développement durable. In: ZARKA, Yves-Charles (Org.). *Le monde émergent – Lieux*. Paris: Armand Colin, 2010. p. 243-263.

BASSET, Thomas J.; GAUTIER Denis. Territorialisation et pouvoir : la Political Ecology des territoires de conservation et de développement. *Echo Géo*, v. 29, 2014.

BELAIDI, Nadia. Le Great Limpopo Transfrontier Park. *Echo Géo*, v. 7, 2008.

BONNIN, Marie. *Les corridors écologiques: vers un troisième temps du droit de la conservation de la nature ?* Paris: L'Harmattan, 2008.

BOTTI Dominique. *La biodiversité comme champ de lutte: La Convention sur la diversité biologique et la réglementation internationale*. Genève: Mémoire de DES, IUED, 1997.

BOURDIEU, Pierre. *Questions de sociologie*. Paris : Les Éditions de Minuit, 1984.

BOURDIEU, Pierre. *Raisons pratiques*. Sur la théorie de l'action. Paris: Points Essais, 1996.

BRAHI, Nicolas; LOUAFI, Sélim. La convention sur la

diversité biologique à la croisée de quatre discours. *Les Rapports de l'IDDRI*, n. 3, p. 32, 2004.

BRODHAG, Christian. Quelle gouvernance internationale du développement durable. In: PENNEQUIN, Gilles; MOCILNIKAR, Antoine-Tristan (Org.). *L'Atlas du développement durable*. Paris: d'Organisation. Eyrolles, 2011. p. 199.

CHÉROT, Jean-Yves ; FRYDMAN, Benoît (Org.). *La science du droit dans la globalisation*. Bruxelles: Bruylant, coll. « Penser le droit », 2012.

DUDLEY, N. A typology of transboundary protected areas: different approaches for different needs. Paper for IUCN, drawing on results of an ITTO/IUCN workshop: IUCN/ UNEP-WCPA, 2007.

DUDLEY, Nigel. *Lignes directrices pour l'application des catégories de gestion aux aires protégées*. 2008. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/edocs/PAPS-016-Fr.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

DUFFY Rosaleen. Peace parks and global politics: the paradoxes and challenges of global Governance. In: SALEEM A. H. (Org.). *Peace Parks*. Conservation and Conflict Resolution. Cambridge: The MIT Press, Massachusetts (USA) and London (U.K.), 2007.

FOREST, Patrick. *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives*. Québec: Presses de l'Université Laval, coll. Dikè, 2009.

FRANCHOMME, Magalie; BONNIN, Marie ; HINNEWINKEL, Christelle. La biodiversité « aménagée-t-elle » les territoires? Vers une écologisation des territoires. *Développement durable et territoires*, v. 4, n. 1, avril 2013.

GESLIN, Albane. Aires protégées transfrontalières et parcs pour la paix : entre géopolitique des conflits et protection transnationale de la diversité bio-culturelle. In: AILINCA Mihaela; LAVOREL Sabine. (Org.). *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*. Paris: Éd. Pedone, 2013. p. 105-120.

GUYOT, Sylvain. Géopolitique des parcs (trans) frontaliers en Afrique Australe. *Les Cahiers d'Outre-Mer*, v. 234, avril-juin 2006.

HUFTY, Marc. La gouvernance internationale de la biodiversité, *Etudes internationales*, v. 32, n. 1, p. 5-29, mars 2001.

KROPF, Marcela Stuker; OLIVEIRA, Rogério Ribeiro. Áreas protegidas fronteiriças. *Revista Perspectiva Geográfica*

59 Para entender e descobrir o movimento de análise geográfica do direito consultar a obra coletiva FOREST, Patrick. *Géographie du droit. Épistémologie, développement et perspectives*. Québec: Presses de l'Université Laval, coll. Dikè, 2009. E para uma ilustração europeia aplicada ao desenvolvimento sustentável: BASILIEN-GAINCHE, Marie-Laure. Les interactions entre normes et territoires: l'Europe et le développement durable. In: ZARKA, Yves-Charles (Org.). *Le monde émergent – Lieux*. Paris: Armand Colin, 2010. p. 243-263. Para a relação entre biodiversidade e territórios, consultar: FRANCHOMME, Magalie; BONNIN, Marie ; HINNEWINKEL, Christelle. La biodiversité « aménagée-t-elle » les territoires? Vers une écologisation des territoires. *Développement durable et territoires*, v. 4, n. 1, avril 2013.

60 Referindo-se a terminologia empregada por Tércio Sampaio.

ca, Unioeste, v. 8, n. 9, 2013.

LAHIRE, Bernard. La nature du cognitif en questions. In: LAHIRE, Bernard; ROSENTAL, Claude (Org.). *La cognition au prisme des sciences sociales*. Paris: Editions des archives contemporaines, 2008. p. 55-106.

MAB FRANCE. *Le MAB de l'UNESCO*. Disponível em: <<http://www.mab-france.org/fr/mab-france/>>. Acesso em 10 abr. 2016.

MACKINNON, Kathy. *Transboundary reserves - World Bank implementation of the ecosystem approach*. Washington, DC: World Bank, 2000. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/2000/04/693166/transboundary-reserves-world-bank-implementation-ecosystem-approach>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

MEDINA, Lucile. L'Amitié et la Fraternité par-delà les frontières. Coopérations binationale et trinationale entre parcs nationaux des États d'Amérique centrale. In: HERITIER, Stéphane; LASLAZ, Lionel (Org.). *Les parcs nationaux dans le monde: protection, gestion et développement durable*. Paris: Ellipses, 2008. p. 145-164.

MONTPETIT, Sandrine. *Les aires protégées transfrontalières: au-delà de la conservation de la biodiversité*. 2013. 101f. Essai de maîtrise en écologie internationale. Faculté des Sciences, Université de Sherbrooke, Canada, 2013.

OLIVIER, Juliette. Les nouveaux acteurs du droit de l'environnement. Le rôle de l'UICN dans l'élaboration

du droit de l'environnement. *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, n. 3, p. 274-296, 2005.

SANDWICH, T. Transboundary Protected Area for Peace and Co-operation. World Commission on Protected Areas. *Best Practice Protected Area Guidelines Series*, n. 7, p. 3, 2001. Disponível em: <https://cmsdata.iucn.org/downloads/pag_007.pdf>. Acesso em 12 abr. 2016.

SOUZA, João Victor Campos de. *Congressos Mundiais de Parques Nacionais da UICN (1962-2003): registros e reflexões sobre o surgimento de um novo paradigma para a conservação da natureza*. 2013. 225 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

STEIMAN, Rebeca. Áreas protegidas em zona de fronteira. *Para Onde!?*, v. 5, p. 101-121, ago.-dez. 2011. (Especial)

UNIÃO INTERNACIONAL PARA CONSERVAÇÃO DA NATUREZA. *L'Histoire*. 2014. Disponível em: <http://cmsdata.iucn.org/downloads/fre_who_we_are_iucn_congress_history.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2016.

VASILJEVIC, M. Et al. *Transboundary Conservation: A systematic and integrated approach*. 2015. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/PAG-023.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

III. OUTROS ARTIGOS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O que o caso Estados Unidos vs. Texas nos dirá sobre o direito de imigração nos Estados Unidos?

What will the United States v. Texas case tell us on the right to immigration in the United States?

Danielle Anne Pamplona

O que o caso Estados Unidos vs. Texas nos dirá sobre o direito de imigração nos Estados Unidos?*

What will the United States v. Texas case tell us on the right to immigration in the United States?

Danielle Anne Pamplona**

“...we’re going to keep focusing enforcement resources on actual threats to our security. Felons, not families. Criminals, not children. Gang members, not a mom who’s working hard to provide for her kids. We’ll prioritize, just like law enforcement does every day.” (Presidente Obama, em Comunicado à nação, sobre imigração, em 20 de novembro de 2014)¹

RESUMO

O texto discute as questões de fato e de direito envolvidas no caso Estados Unidos vs. Texas, que versa sobre medidas do Poder Executivo em relação à imigrantes ilegais em solo norte-americano. Para isso, esclarece os argumentos de política utilizados por ambas as partes antes de se concentrar nos argumentos jurídicos. O texto se fundamenta nas reflexões mais recentes sobre o direito de imigração, sobre o poder regulamentar do Executivo e o modo de seu exercício. Ao final, são ponderadas as preocupações humanitárias refletidas nos Planos do Poder Executivo e as consequências da decisão do Poder Judiciário sobre os direitos humanos, concluindo que a decisão da Suprema Corte poderá abraçar a proteção dos direitos humanos, mantendo, em solo americano, cidadãos que não conhecem outro local para chamar de casa, sem qualquer desvio dos comandos legais e constitucionais.

Palavras-chave: Direito de Imigração. Suprema Corte dos Estados Unidos. Regulamentação. Poder Executivo.

ABSTRACT

The paper discusses fact and legal issues arising in the case United States vs. Texas, that deals with measures of the Executive Branch regarding illegal immigrants on US soil. Therefore, it clarifies the political arguments used by both parties before focusing on legal arguments. The text is grounded on the latest thinking on immigration rights, on the Executive regulatory power

* Recebido em 07/03/2016
Aprovado em 07/06/2016

** International Visiting Scholar na Washington Law School da American University em Washington, D.C., Bolsista da Capes-Brasil; Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. *E-mail:* dapamplona@pamplonaebraz.com.br

¹ Tradução livre da autora: “[...] continuaremos focando os recursos em ameaças reais à nossa segurança. Criminosos, não família. Contraventores, não crianças. Membros de gangues, não uma mãe que está trabalhando duro para prover suas crianças. Nós priorizaremos, exatamente como os oficiais que aplicam a lei fazem todos os dias.” OBAMA, Barack. *Pronunciamento à nação em 20.11.2014*. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/11/20/remarks-president-address-nation-immigration>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

and on its exercise. In the end, humanitarian concerns reflected in the plans of the Executive branch and the consequences of the Judiciary ruling on human rights are considered, to conclude that the Supreme Court may embrace the human rights protection, keeping on American soil citizens who do not know another place to call home, without any deviation from the legal and constitutional provisions.

Keywords: Immigration law; US Supreme Court; regulation; Executive Branch.

1. INTRODUÇÃO

A Suprema Corte norte-americana tem à sua frente um grande caso, sob o ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos, para resolver. Ela enfrentará o que se espera seja um dos casos mais impactantes no direito de imigração estado-unidense. A solução que dará afetará a vida de milhares de imigrantes que hoje vivem nos Estados Unidos sem autorização para tanto, mas que têm vínculos extremamente fortes com o país. A decisão da Suprema Corte definirá o futuro de crianças que só conhecem os Estados Unidos como terra natal, de seus pais, de pessoas que tem trabalhado e contribuído para o crescimento de suas comunidades, entre tantas outras que poderão demonstrar sua conexão com o país.

No início do ano de 2016, a Suprema Corte concedeu *certiorari* ao governo federal, ou seja, decidiu que irá julgar o caso Texas vs. Estados Unidos, o que ocorrerá, ainda, no primeiro semestre². A disputa teve sua gênese em novembro de 2014 quando o Presidente Obama anunciou uma série de orientações relativas à política de imigração, conhecidas como, em tradução livre, “Plano de Responsabilização de Imigração” ou, em inglês, *Immigration Accountability Executive Action*³. O

cerne dessa grande política é a expansão de um plano já existente⁴ e em execução, denominado “Ação Postergada para Ingressantes Infantes”, ou DACA – *Deferred Action for Childhood Arrivals* e do plano denominado “Ação Postergada para pais de americanos” ou DAPA, sigla em inglês para *Deferred Action for Parents of Americans*, iniciativa para pais de cidadãos americanos e residentes permanentes legais que atendessem a determinados critérios. O termo *deferred action* é tido como “[...] em geral, um ato de discricionariedade que suspende os procedimentos de deportação contra um indivíduo ou um grupo de indivíduos para um período de tempo específico; ele não pode resolver a questão do *status* imigratório do indivíduo”⁵.

Assim que anunciado, o plano foi objeto de ação promovida no Texas por vários Estados, com pedido liminar sob o principal argumento de que um de seus efeitos seria a obrigatoriedade de emissão de milhares de carteiras de motorista o que imporá um ônus irreversível aos Estados, se, ao final, fosse decidido no mérito que os planos não poderiam ser implementado. Em fevereiro de 2015, o pedido foi deferido para suspender a execução do DAPA e do DACA expandido, o que foi confirmado por maioria e pela Corte de Apelações do 5º Circuito. Isso significa dizer que os planos não podem ser executados em qualquer Estado do país.

O direito aplicável ao caso é a Lei de Imigração e Nacionalidade (*Immigration and Nationality Act* – INA)⁶, datada de 1952 e que tem sido, ao longo do tempo, objeto de várias discussões no Congresso Nacional para que sejam aprovadas alterações substanciais, sem muito sucesso nos dias atuais. Desde 2001, várias foram as tentativas de aprovação no Congresso Nacional do DREAM Act (acrônimo para o nome, em inglês, Development, Relief, Education for Alien Minors – Desenvolvimento, ajuda e educação para menores estrangeiros), que permitiria aos menores que cumprissem com

possam ser chamados a contribuir, pagando os impostos devidos.

4 O DACA foi anunciado pelo Presidente Obama em 2012.

5 Tradução livre do original: “...generally an act of prosecutorial discretion to suspend removal proceedings against a particular individual or group of individuals for a specific timeframe; it cannot resolve an individual’s underlying immigration status.” WADHIA, Shoba Sivaprasad. The Role of Prosecutorial Discretion in Immigration Law. *31 Immigration & Nationality Law Review*, p. 961-1017, 2010. p. 981.

6 U.S. DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY. *Immigration and Nationality Act*. Disponível em: <<https://www.uscis.gov/ilink/docView/SLB/HTML/SLB/act.html>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

2 A Suprema Corte, composta por nove julgadores, está, no momento de elaboração do presente texto, composta por somente oito, por força do recente falecimento do Juiz Antonin Scalia. Assim, se o caso contar com quatro votos a favor e quatro votos contra, permanecerá válida a decisão da Corte de Apelações do 5o Circuito, sem efeito de precedente.

3 São necessárias duas palavras sobre a tradução. Em primeiro lugar, o termo ‘executive action’ está traduzido para Plano, eis que não se trata de um documento vinculante, não é um tipo legislativo editado pelo Presidente. Em segundo lugar, o termo ‘accountability’ diz respeito à justificativa de que é preciso agir para que alguns milhares de imigrantes que estão no país sem documentos, há alguns anos,

vários requisitos, entre eles o de estarem matriculados e frequentando instituição de ensino, a permanência legal no país. Como até 2012 o Congresso não chegara a um acordo⁷, o Presidente Obama anunciou o plano para suspender a deportação de menores estudantes que atendessem a determinados critérios, alguns coincidentes com aqueles do DREAM Act. Esse plano é o DACA, acima mencionado. Agora, o Presidente edita o DAPA e uma expansão no DACA de 2012 e isso não deixa de ser uma resposta a anos de inércia do Congresso. Essa atuação, no entanto, não foi bem recebida pelos Estados que, agora, discutem, em juízo, se o Presidente tem ou não a competência para exercer sua autoridade discricionária para execução de regras de imigração e se, tendo a competência, a exercitou dentro dos parâmetros legais.

A atitude da administração de Obama indica a vontade em priorizar e distinguir entre os diferentes tipos de casos de imigração com que os oficiais lidam todos os dias. E são muitos os oficiais que se deparam com imigrantes sem documentos e que, conseqüentemente, precisam decidir se irão ou não dar início ao processo de deportação. A legislação americana permite que a decisão seja tomada por esses oficiais, impondo critérios mínimos para tanto. Assim, desde o oficial de fronteira até o policial que para um carro em uma estrada tomam decisões sobre imigração. Os planos de Obama estabelecem critérios para que os oficiais não iniciem o processo, sob o argumento de que devem concentrar seus esforços para deportar imigrantes que representem uma ameaça. Mas e o que faz desse caso algo tão importante para os imigrantes e porque ele tem chamado tanta atenção?

Para compreender, é preciso saber que os Estados Unidos contam, hoje, com mais de onze milhões de imigrantes sem autorização em seu território. Na teoria, todos deveriam ser expulsos do país. Não há, no entanto, recursos suficientes para implementar tal ação. Em verdade, na prática, o orçamento da União para o Departamento de Segurança Nacional Department of Homeland Security (DHS), responsável pela execução de políticas de imigração, permite que se expulse so-

mente quatrocentos mil imigrantes por ano⁸. Fica evidente, portanto, que o Executivo deve, todos os anos, fazer uma opção acerca de quem serão os imigrantes-alvo da política de expulsão. E é isso o que, ano após ano, as administrações fazem. E a opção adotada por esse governo foi de priorizar criminosos e dar um fôlego à imigrantes estudantes e trabalhadores, que podem, ao final, contribuir para o desenvolvimento e crescimento da nação.

Com base nesse caso, o presente texto pretende demonstrar que a legislação atual não consegue abranger as diferentes razões pelas quais os imigrantes devem ou não receber tratamento que lhes permitam ficar no país, sem o receio de deportação, por um determinado prazo. De fato, a legislação é demasiada ampla e sempre convidou o Executivo à regulamentação. Assim, o texto, na seção 2, indica quais os fundamentos de política que estão por trás da disputa, buscando contextualizá-los diante da necessária proteção de direitos humanos. Na terceira seção, são enfrentados os argumentos jurídicos que estão nas mãos da Suprema Corte e como eles tem sido rebatidos pelas partes. Por fim, o texto procura demonstrar que a atual administração não atuou de modo diferente das anteriores, agindo de acordo com o poder e o dever que tem de fazer cumprir as leis. Ora, se a legislação demanda a expulsão de quem está no território sem autorização, permite que os recursos finitos sejam direcionados a determinadas pessoas. Por outro lado, a administração não deixou de cumprir com os requisitos legais impostos a esse tipo de atuação, como restará demonstrado. Espera-se que a Suprema Corte possa reconhecer a legalidade e a constitucionalidade dos atos do Presidente, fazendo prevalecer a proteção dos direitos humanos dos imigrantes que há tanto tempo estão em solo americano.

2. ENTENDENDO O QUE ESTÁ EM JOGO

Há que se distinguir, dentre os fundamentos utilizados pelas partes, os argumentos políticos daqueles

7 É preciso chamar a atenção para o fato de que não se trata, tão somente, dos membros do Congresso chegarem a um acordo entre si. Em verdade, trata-se, também, do fato de que o Presidente Obama tem dificuldades em aprovar medidas no Congresso desde 2011, quando perdeu a maioria democrata em ambas as Casas.

8 As orientações do DACA são aplicáveis a uma pequena fração desses milhões de imigrantes ilegais, segundo HOEFER, Michael; RYTINA, Nancy; BAKER, Bryan. *Estimativa da população de imigrantes sem autorização vivendo nos Estados Unidos*. Escritório de Estatísticas do Departamento de Segurança Nacional. Disponível em: <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_ill1pe2011.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

que se fundamentam em dispositivos legais. Por vezes, a fundamentação utilizada por ambas as partes escorrega-se em situações fáticas, em realidades observadas e medidas no tempo. Na seara política, os Estados alegam que os planos anunciados pelo Presidente levarão a uma grande onda de imigração; que os cartéis de droga promoverão um aumento do tráfico humano, o que na prática, representaria, portanto, um aumento do ônus dos Estados de combater crimes; e, por fim, alegam que os Estados terão maiores gastos com agentes policiais, saúde, educação, licenças para trabalho, carteiras de motorista, entre outros.

Em primeiro lugar, há que se mencionar que a alegação de que haveria um aumento na imigração é negada pelas evidências empíricas. De fato, mesmo com o DACA, editado em 2012, os fatos demonstram que a violência e o medo de perseguição têm levado as famílias a voltarem para a América Central⁹.

Em segundo lugar, não há evidências de que a permissão para que essas pessoas fiquem no país, sem medo de deportação, influencie os níveis de ocorrência de tráfico de pessoas. O tráfico ocorre quando a pessoa, em situação vulnerável, é iludida pela promessa de uma vida melhor e se deixa levar a um outro país. Ao chegar a esse novo país, o indivíduo encontra condições muito diferentes das que lhe foram prometidas. Assim, o tráfico, de acordo com a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, e seu Protocolo Adicional relativo ao tráfico de pessoas, estabelece que o tráfico é um crime que ocorre quando há recrutamento de pessoas com o objetivo de sua exploração sob ameaça ou fraude. Em geral, ele está associado com uma condição de vulnerabilidade, econômica ou social, que não dá à pessoa outra alternativa senão buscar uma vida melhor em outro local. O programa do Presidente Obama regulariza a situação daqueles que já vivem no país, não alterando a situação de indivíduos em outros países que pudessem se sentir mais atraídos do que antes pela vida nos Estados Unidos.

Em terceiro lugar, a alegação de que haveria um necessário aumento nos gastos dos Estados com serviços

9 Há algumas pesquisas demonstrando a queda na imigração ilegal, como a feita pelo Pew Research Center. *What do we know about illegal immigration from Mexico?* Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/11/20/what-we-know-about-illegal-immigration-from-mexico>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

só poderia ser realmente mensurada se fosse apresentado o que representam estas pessoas para a economia em termos de tributos recolhidos. Além disso, a Magistrada da Suprema Corte, Juíza Sonia Sotomayor, ao ouvir o Procurador-Geral do Estado do Texas referir-se, com frequência, aos ‘profundos impactos econômicos’ da medida, observa que “[A]queles quase onze milhões de estrangeiros sem autorização estão aqui nas sombras. Eles estão afetando a economia queiramos ou não.”¹⁰

No que tange aos motivos políticos para a ação do Presidente, estão os argumentos da necessidade de regulamentar a vida de milhares de imigrantes que há muito estão no país, trabalhando ou cuidando de dependentes e a necessidade e a vontade de lhes aliviar do medo de serem deportados. Estima-se que a ação do Presidente Obama atingiria cerca de cinco milhões de imigrantes, excluindo-os somente temporariamente – por três anos – desta possibilidade de deportação.

Além disso, o Governo argumenta que esses planos foram desenhados para que famílias fossem mantidas unidas, mas se espera, como efeito colateral, que eles aumentem o Produto Interno Bruto do país, o recolhimento de imposto sobre a renda e os salários. Essa é uma consequência da regularização da situação destas pessoas que já estão no país.

Por fim, o Executivo ainda traz o argumento da falta de recursos para cumprir a lei. De fato, não há recursos financeiros e humanos¹¹ para efetuar a deportação de todos os imigrantes sem documentação que estão no país e, justamente por isso, a lei permite que a administração exerça, com discricionariedade, o poder de estabelecer grupos prioritários para ações de deportação¹².

10 The Supreme Court of United States. *Arguments Transcripts*. Argument Session: April 18, 2016, p. 46. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/15-674_h3dj.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

11 A Suprema Corte já levou em consideração a questão dos recursos disponíveis para implementar uma lei no caso *Heckler v. Cheney*, afirmando que a avaliação da ‘discricionariedade’ envolvida na execução de leis por membros do executivo envolve um balanceamento complexo dos interesses do poder executivo e dos recursos disponíveis e que o próprio executivo está, em geral, melhor aparelhado do que as cortes para fazer essa avaliação. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/470/821/case.html>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

12 E isso não é novidade, trata-se de política de Estado. Já em junho de 2011, a Secretária do Departamento de Segurança Nacional, Janet Napolitano, anunciou iniciativas para assegurar que a prioridade deste Departamento seria remover do país os indivíduos que representassem perigo para o país. É o que indica o Report 09.09.11 do American Immigration Council. Disponível em: <<http://www>>

Um dos grandes argumentos dos opositores da implementação dos planos está na condição adquirida por aqueles que cumprem os critérios para serem abrangidos pelos planos. A alegação é de que a postergação do ato de deportação significaria lhes conceder algum *status* de imigrante. Mas, por definição, não é o que ocorre. Há uma confusão entre os termos ‘presença legal’, que impede, momentaneamente, a deportação, e ‘*status* legal’, que significa estar no país sob a proteção de um visto específico, de imigrante ou não. Ao requerer que a Suprema Corte aceitasse o caso, o governo explica que, sob suas orientações, inscritas nos planos, a algumas pessoas seria conferida a ‘presença legal’. Não há concessão de qualquer *status* de imigrante aos indivíduos beneficiados com os planos do governo¹³, mas a confusão entre os termos tem sido fundamento para muitos que disputam o direito dos imigrantes.

A possibilidade de ser incluído no plano não significa a concessão de cidadania, tampouco sequer é um passo para ela. Em verdade, os planos reconhecem aos imigrantes, tão somente, a possibilidade de ficar no solo americano enquanto a deportação não é promovida pelo prazo especificado. Em outros termos, os planos lhes concedem a condição de presença legal no país.

A disputa é enorme entre os que enxergam as ações do Presidente como um avanço na área de direitos humanos em geral e direito de imigração, em particular, e aqueles que entendem que deve prevalecer o primeiro e mais geral comando da lei que é o de deportação de todo o estrangeiro que esteja em território sem autorização. No geral, isso reflete a ideia de que as regras impostas aos imigrantes devam ser cada vez mais excludentes, conforme alerta Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - ainda que referindo-se às legislações europeias. Para o autor, isso decorre do fato de que “...a imigração é vista como uma “ameaça” diante do enxugamento do Estado de Bem-Estar Social e do conseqüente “parasitismo” representado pelos imigrantes, bem como diante do medo, cada vez maior, da megacriminalidade, em especial do terrorismo, sempre associado à imigração.”¹⁴

immigrationpolicy.org/just-facts/understanding-prosecutorial-discretion-immigration-law>. Acesso em: 05 jun. 2016.

13 CROW, Melissa. *Symposium: Back to immigration basics – Why the DAPA/DACA case is simpler than it seems*, SCOTUSblog (Feb. 10, 2016, 12:55 PM). Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2016/02/symposium-back-to-immigration-basics-why-the-dapadaca-case-is-simpler-than-it-seems>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

14 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Direito penal (do autor) e imigração irregular na União Européia: do “descaso” ao

Sem dúvida há uma grande carga de preconceito a guiar os argumentos dos que se opõe a uma política que reconhece estes imigrantes como sujeitos de direitos, para incluí-los como cidadãos, detentores de direitos, mas também de deveres.

3. O QUE ESTÁ NAS MÃOS DA SUPREMA CORTE

Envolvida por todas essas relevantes alegações, a Suprema Corte terá de definir com quem está o direito neste caso.

A Suprema Corte, ao deferir o *certiorari*, delimitou os temas sobre os quais deverá se manifestar. Assim, entendeu que deverá definir se um Estado que concede direitos a todos os estrangeiros que estejam sujeitos à postergação de sua deportação (como é o caso das carteiras de motorista), tem ou não legitimidade, sob o Artigo III da Constituição, para propor a ação e se os Estados cumprem com as condições da ação estabelecidas na Lei de Procedimentos Administrativos, ou seja, se o caso apresenta justiciabilidade. Além disso, a Suprema Corte terá que definir se as orientações estão sujeitas à específica exigência da Lei de Procedimentos Administrativos de atender aos procedimentos de “notícia e comentário”¹⁵ e, por fim, se as orientações violam a “Cláusula do Cuidado” prevista na Constituição¹⁶. As primeiras questões, sobre legitimidade e justiciabilidade, estão conectadas com a verificação dos requisitos dispostos na lei e jurisprudência para propositura da ação. Em relação ao mérito, e em resumo, trata-se de saber se, em primeiro lugar, o Presidente feriu a cláusula constitucional, chamada de “Cláusula do cuidado” ao exercer seu poder discricionário de regulamentar a lei de Imigrações e, em segundo lugar, se, no caso de ser aplicável, obedeceu os parâmetros da Lei de Procedimentos Administrativos. Nos tópicos seguintes, é feita a análise das questões de mérito indicadas.

“excesso” punitivo em um ambiente de mixofobia. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, p. 167-204, 2011. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/1548>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

15 O significado dessa exigência será explorado na sequência.

16 Supreme Court of the United States. *Blog, United States v. Texas*. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/united-states-v-texas/>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

3.1. A discricionariedade do Poder Executivo e a “Cláusula do cuidado”

Caberá à Corte definir quais os limites do poder do executivo ao implementar políticas públicas. Em verdade, não há qualquer disputa sobre a existência de uma lei de imigração que traz alguns espaços de discricionariedade para sua execução, mas sim, a extensão dessa discricionariedade.

Há, nos Estados Unidos, uma compilação de leis sobre imigração, denominada Lei de Imigração e Nacionalidade (*Immigration and Nationality Act – INA*)¹⁷. Essa compilação data de 1952 e é tida como bastante complexa. São, em verdade, quatro títulos distribuídos em quinze capítulos com mais de duzentos artigos. É a junção de todas as leis até então vigentes nos Estados Unidos regendo várias e diversas situações, desde quem pode visitar o país, quem pode migrar, sob quais condições, passando por critérios para naturalização, regras para estudantes estrangeiros, para trabalhadores temporários, até chegar a regras para admissão de asilados e refugiados. Há, ainda, a previsão de quotas anuais de entrada para imigrantes legais, que foram ajustadas com o passar dos anos; ou casos de mitigação da obrigação de deportação com fundamento na união familiar, contribuição para comunidade ou outras causas humanitárias. Por se tratar de compilação feita há tantos anos, é natural que tenha sido emendada, várias vezes, em especial para expandir o acesso aos imigrantes, com base em seu país de origem, ocupação e fatores humanitários, ou em restringi-lo, com base em condenações criminais ou afiliação política, para citar alguns exemplos. Historicamente, há sempre quem critique as emendas, condenando-as por serem muito restritivas ou muito ampliativas, refletindo, em verdade, opiniões sobre raça, economia, cultura e identidade.

As regras sobre imigração são sensíveis aos fatores político e econômico. Em geral, uma economia próspera consegue gerar o suficiente para o financiamento de programas sociais e, nesse período, a abertura para imigrantes não é percebida como uma ameaça. Ao contrário, pode ser mesmo que sejam bem recebidos para ocupar posições no mercado recusadas por nacionais, impulsionados às melhores posições pelo momento

econômico. Por outro lado, uma visão pessimista da economia em um determinado momento, ou a real percepção, por meio de indicadores econômicos, de que a economia não vai bem, em geral faz com que as leis que abrem espaço para imigrantes sejam percebidas como responsáveis por atrasos na implementação de direitos sociais de nacionais. A política, também, tem um papel a desempenhar. Há as demandas internas e internacionais e os resultados que os políticos esperam ter nas urnas, que poderão levar à diferentes tratamentos de um mesmo tema. Nesse sentido, com o final da Guerra do Vietnam e a crise humanitária que seguia no país, milhares de vietnamitas fugiram e, nos Estados Unidos, a resposta foi a edição pelo Congresso Nacional, em 1980, da Lei dos Refugiados, tratando de reassentamentos, em conformidade com a Convenção relativa ao *status* de Refugiados de 1951. Em 1986, o Presidente Ronald Reagan assinou a Lei de Reforma e Controle de Imigração, em resposta ao aumento da imigração ilegal e dos esparsos recursos para controlá-la, legalizando a condição de cerca de três milhões de imigrantes em troca da regularização de suas situações trabalhistas. Nos anos seguintes, os Estados Unidos experimentaram um endurecimento das regras em relação aos imigrantes, como a ampliação dos casos para deportação, o aumento do número de critérios e o endurecimento dos critérios existentes para a concessão de qualquer exceção à deportação; e a transformação de várias violações da lei de imigração em crimes. Mas com o surgimento de episódios de guerras civis e violência eclodindo na América Latina e na antiga União Soviética, o tratamento dado aos novos imigrantes e a indignação gerada obrigou o Congresso a alterar, novamente, a legislação, para facilitar sua entrada e estadia. Em 2001, havia planos para uma nova reforma na lei de imigração e para um novo programa que permitisse a estadia temporária de trabalhadores, mas nada disso pôde ser implementado diante do ataque às torres gêmeas em Nova Iorque. Em verdade, a história é bem conhecida a partir daí, com o fortalecimento de leis de segurança nacional e antiterrorismo¹⁸, que acabaram por restringir a imigração com a intenção de evitar ameaças ao país. A partir daí, o Executivo tem, sem sucesso, tentado aprovar leis que possibilitem que indivíduos que preenchem alguns

17 National Archives and Records Administration. *Constituição dos Estados Unidos*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 15 jan 2016.

18 Sem a menor dúvida, é correto afirmar que o Patriot Act (acrônimo para Lei para unir e fortalecer a América por meio de instrumentos adequados à interceptação e obstrução do terrorismo, em inglês *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*) é o mais conhecido.

requisitos não precisem temer a deportação, ainda que temporariamente. No presente caso, os planos anunciados decorrem da inércia do Congresso Nacional. Esse esforço histórico serve para demonstrar que, por diversas vezes, foi a atuação do Executivo que delimitou a lei de imigração.

Mesmo diante de um Congresso atuante, sempre foi reconhecido ao Presidente da República o direito de agir em relação ao tema, orientando como os esforços devem ser conduzidos. E as ações que aliviam a situação de imigrantes, em várias vezes, permitiram, inclusive, que tivessem acesso legal ao mercado de trabalho, como ocorreu com cubanos, sob a administração de Kennedy; ou com vítimas de violência doméstica, por determinação da Lei que tratou de violência contra as mulheres na Administração de Bill Clinton; ou para pessoas sujeitas ao tráfico humano e estudantes afetados pelo Furacão Katrina, sob a administração de George W. Bush¹⁹.

A iniciativa de expansão do DACA e o DAPA são mais um exemplo do exercício pelo poder executivo de sua autoridade discricionária para execução de regras de imigração. Pelos planos agora levados a juízo, o DHS – Departamento de Segurança Nacional pode, por até três anos, não iniciar o processo de deportação dos indivíduos que não constituam uma ameaça aos Estados Unidos e preencham certos requisitos, esperando, assim, que o Congresso tenha tempo e vontade política para aprovar uma reforma legal mais ampla e permanente.

Para o governo, sua atitude em publicar as orientações nada mais é do que o cumprimento da cláusula constitucional de assegurar que as leis estejam sendo observadas, a chamada Cláusula do Cuidado, cujo conteúdo é esclarecido na sequência. Para os Estados autores da ação, o governo extrapolou essa cláusula ao abusar de seu poder discricionário e, em verdade, determinando algo que não está previsto em lei. Assim, enquanto para o governo, ele está dando orientações de como cumprir a lei diante dos escassos recursos – ou seja, da impossibilidade de deportar todos os imigrantes sem autorização, para os opositores, o governo usa sua discricionariedade para deixar de cumprir a lei. O

19 CROW, Melissa. *Symposium: Back to immigration basics – Why the DAPA/DACA case is simpler than it seems*, SCOTUSblog (Feb. 10, 2016, 12:55 PM). Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2016/02/symposium-back-to-immigration-basics-why-the-dapadaca-case-is-simpler-than-it-seems/>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

governo afirma que está no exercício legal da chamada ‘prosecutorial discretion’, termo que tem origem nos poderes discricionários do promotor de justiça²⁰, ao decidir se irá ou não propor ação em face de alguém²¹. O termo é amplamente utilizado nos Estados Unidos para definir os poderes dos promotores e é estendido, sem muita dificuldade, às autoridades administrativas²² que se deparam, no dia a dia de suas atividades, com a necessidade de tomar decisões sobre iniciar ou não um procedimento de remoção de um indivíduo do território; conceder ou não um documento; parar um indivíduo para perguntas, entre outras.

Na prática, os oficiais dos serviços de imigração têm autoridade para decidir, diante de um caso concreto, se darão início ou não ao processo de deportação, o que, normalmente, ocorre com uma notificação para apresentação à Corte de Imigração, com fundamento em uma violação das leis de imigração, por exemplo, não possuir o documento que permita sua estadia. Essa discricionariedade envolve a análise de diversos fatores, como o fato de o indivíduo estar ou não estudando, as circunstâncias que o fizeram vir para os Estados Unidos, se a pessoa ou algum familiar seu serviu para as Forças Armadas americanas, se a pessoa tem cônjuge ou filho, ou parente que tenha a residência permanente no país, o tempo que decorreu desde sua chegada, entre vários outros critérios. A utilização conjugada deles permite que o oficial tome sua decisão.

Nas palavras de Kate M. Manuel e Todd Garvey²³, o termo “...é comumente utilizado para descrever a ampla latitude que promotores tem em determinar quem, de

20 Sobre a origem do termo e seu significado em relação ao promotor de justiça, ver BUBANY, Charles P.; SKILLERN, Frank F. *Taming the dragon: an administrative law for prosecutorial decision*. *Criminal Law Review*, v. 13, p. 473-505, 1976.

21 Para uma excelente explicação do conteúdo e dos limites dessa discricionariedade no direito de imigração, ver WADHIA, Shoba Sivaprasad. *The Role of Prosecutorial Discretion in Immigration Law*. *31 Immigration & Nationality Law Review*, p. 981, 2010.

22 MANUEL, Kate et al. *Prosecutorial Discretion in Immigration Enforcement: Legal Issues*, Congressional Research Service, 7-5700, p. 3, cita os seguintes casos: *Caso da Remoção dos Chineses*, 130 U.S. 581, 604, 1889, onde a Corte afirma que o Congresso tem o poder para elaborar leis que determinem a remoção de trabalhadores chineses; o caso *Fong Yue Ting vs. United States*, 149 U.S. 698, 705-09, 1893, onde a Corte afirma o poder do Congresso para deportar estrangeiros.

23 Tradução livre de: “...is commonly used to describe the wide latitude that prosecutors have in determining when, whom, how, and even whether to prosecute apparent violations of the law.” *Prosecutorial Discretion in Immigration Enforcement: Legal Issues*, Congressional Research Service, 7-5700, pp. 1.

quem, como, e mesmo se ajuizarão ações por aparentes violações da lei.”

Todavia, deve-se ter em mente que não é figura típica do direito de imigração, mas sim do direito criminal. Neste texto, e após essa explicação, falar-se-á, somente, em ‘discrecionabilidade’, entre aspas, indicando ao leitor que trata-se deste conceito específico. Parece não haver dúvidas de que alguns membros do Poder Executivo detenham essa ‘discrecionabilidade’. Se o Congresso tem o poder de estabelecer as condições sob as quais um estrangeiro pode entrar no país, tais condições podem ser executadas, exclusivamente, por membros do executivo. Foi o que a Suprema Corte definiu no caso *Lem Moon Sing vs. Estados Unidos*²⁴ reconhecendo, inclusive, que o judiciário não tem poder para revisar as decisões dos oficiais de imigração sobre a admissão de estrangeiros no país.

Os Estados alegam que o Presidente não pode lançar mão da ‘discrecionabilidade’ porque ela só é admitida para abrir exceções ou para esclarecer a aplicação da lei, em casos individuais. Alegam que as orientações do Executivo nos planos objetos da ação se aplicam a uma generalidade de casos, atingindo um grande grupo de pessoas, o que leva à invalidade do uso da ‘discrecionabilidade’. O governo, a seu turno, afirma que os planos trazem orientações com critérios que permitem a postergação do processo de deportação que só podem ser aplicados se cada caso for analisado individualmente. Há alegações de que uma das provas de que o plano não é feito para ser aplicado caso a caso é que menos de um por cento de todas as aplicações para reconhecimento do direito de postergação da deportação foram denegadas. Ora, se a imensa maioria foi contemplada com o direito à deportação, isso implicaria uma suspensão dos termos da lei que estabelece a deportação para uma classe de imigrantes ilegais que atendem aos critérios expostos pelo Presidente²⁵. Mas pode não ser exatamente esse o caso. O fato de que um grande número de pessoas consegue ser beneficiado pelo plano do governo não precisa significar que suas regras estão escritas de modo a atingir uma classe de pessoas. Importa saber

se os oficiais, na execução das orientações do Executivo, precisam analisar cada caso para definir se irão ou não iniciar o procedimento de deportação. Se há um grande número de beneficiados, a conclusão lógica é que há um grande número de pessoas que atendem os critérios, mas não que a dicção das orientações estabeleçam critérios aplicáveis a todo um grupo. Nesse sentido e em seu benefício, o governo tem a própria letra do texto que editou, que, expressamente, prevê que a aplicação dos critérios deve ser feita com a análise casuística. É claro que a Suprema Corte pode decidir por não adentrar neste assunto, alegando que se trata de questão política, definida tão somente no âmbito do poder executivo, deixando de estar ao alcance do Judiciário²⁶. Essa opção gera uma disputa bem conhecida, que é a da possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário rever decisões políticas, ou políticas públicas, mas aqui, estabelecidas pelo Executivo. Mas, se enfrentar essa questão, a Suprema Corte deverá definir se o Presidente abusou de seu direito de usar a ‘discrecionabilidade’ e, nesse caso, se ele infringiu a norma constitucional denominada de ‘Take Care Clause’. Essa cláusula, também chamada de “Cláusula de Execução Leal”²⁷, está prevista na Constituição Americana, no Artigo II, Seção 3, que dita que o Presidente assegurará a leal execução das leis²⁸.

Ela contém um dever que qualifica o poder executivo do Presidente. Nas palavras de Todd Garvey:

“Primeiramente, a Cláusula do Cuidado tem sido interpretada como estabelecendo uma obrigação para o Presidente e aqueles sob sua supervisão para cumprir e executar claramente as disposições legais da maneira como o Congresso as edita. Todavia, a Suprema Corte também construiu a Cláusula de maneira a dar ao Presidente controle sobre o cumprimento da lei federal.”²⁹

26 Sobre as questões políticas, ver o nosso PAMPLONA, Danielle Anne. *O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas*. Curitiba: Juruá, 2011, em especial no segundo capítulo.

27 Tradução livre de “Faithful Execution Clause”. A autora conscientemente não se utiliza do termo fiel, que parece fazer o termo mais sonoro no português, para não gerar a errônea impressão de que se trata da execução fiel da letra da lei. Não é essa a interpretação dada pelos doutrinadores, como se verá em seguida.

28 No original: “The President... shall take Care that the Laws be faithfully executed.”

29 Tradução livre do original, onde se lê: “Primarily, the Take Care Clause has been interpreted as placing an obligation on both the President and those under his supervision to comply with and execute clear statutory directives as enacted by Congress. However, the Supreme Court has also construed the Clause as ensuring Presidential control over the enforcement of federal law.” *The Take Care Clause and Executive Discretion in the Enforcement of Law*, p. 3-4.

24 O exemplo está em MANUEL, Kate et al. *Prosecutorial Discretion in Immigration Enforcement: Legal Issues*, Congressional Research Service, 7-5700, p. 8.

25 EASTMAN, John. *Symposium: Barack Obama is not king*, SCOTUSblog. Feb. 11, 2016, 1:19 PM. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2016/02/symposium-barack-obama-is-not-king>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

Em outras palavras, a cláusula obriga o Presidente a cumprir as leis, ao mesmo tempo em que estabelece o controle do Presidente sobre aqueles que devem fazer as leis serem cumpridas. No exercício desse poder, o Presidente pode executar ações e controlar a execução de ações por terceiros e, ainda, o Presidente tem o dever de exercitar o seu poder para assegurar que as leis sejam lealmente executadas. Estas já eram disposições das Constituições da Pensilvânia, de 1776 e de Nova Iorque, de 1777, que, ao organizar o poder executivo, determinavam que ele executasse as leis com lealdade. Os debates da constituinte, também, indicam que a compreensão geral era que o Presidente tinha o dever de cuidar para que as leis fossem lealmente executadas³⁰.

Ocorre que a extensão com que o Presidente lealmente executa as leis não é clara; mas é certo que o Presidente não precisa fazer cumprir cada lei em sua total extensão. O senso comum sugere que o Presidente possa ter alguma discricção³¹ para poder aferir custos e benefícios do cumprimento de uma lei. Mas já em 1838, no caso *Kendall vs. Estados Unidos ex rel. Stokes*³², a Suprema Corte – em resposta ao argumento do governo de que essa cláusula era fonte de poder para o Presidente – definiu que “defender que a obrigação imposta ao Presidente de cuidar para que as leis sejam lealmente executadas, implica que ele tenha poder para proibir sua execução, é uma nova definição da Constituição, e inteiramente inadmissível”³³, ou seja, a ‘discricionariedade’ não per-

mite o total não cumprimento da lei. Assim, há quem advogue que as orientações do Presidente são, em verdade, verdadeiras suspensões da aplicação dos termos da lei que prevê remoção de estrangeiros ilegais. Nesse sentido, a ação deliberada do Presidente de não fazer cumprir parte de uma legislação seria uma violenta quebra de sua obrigação constitucional de fazer cumprir as leis³⁴.

Essa cláusula tem um significado importante para a construção do conteúdo do princípio da separação de poderes eis que assim como o Congresso não pode fazer cumprir leis ou interferir no modo como o Presidente as cumpre, o Presidente e seus subordinados não podem criar leis, unilateralmente, descumprindo, emendando ou revogando uma lei editada pelo Congresso³⁵.

No caso em questão, o problema será determinar se os poderes entregues ao Congresso, e somente a ele, para elaborar a lei e o poder do Presidente em fazê-la cumprir foram observados. Se os Estados puderem demonstrar à Suprema Corte que o Presidente afastou o cumprimento da lei de imigração que impõe a deportação em determinados casos, o governo estará diante de uma grande derrota, mas muito pequena diante da derrota que será imposta aos direitos humanos e aos imigrantes sem documentação em território americano.

Resta claro que a consolidação de leis de imigração não responde às necessidades correntes, pelo simples fato de que não foi desenhada para tanto. Sendo um conjunto de normas escritas há mais de cinquenta anos, há muitas lacunas, além disso, falta-lhe unicidade e conseqüentemente, clareza. Mas ela deixa ao encargo do administrador um plexo de decisões. E é justamente no exercício decorrente desta possibilidade que agora, o Governo Federal, fundamenta a necessidade de manter os planos elaborados e de colocar em prática as orientações, em especial, diante da impossibilidade de obter sucesso, junto a um Congresso majoritariamente de oposição, para fazer modificações mais substanciais, que exigiriam alterações legislativas.

30 WILSON, James. *Lectures on Law Part 2, in Collected Works*. 2007. p. 878.

31 No ordenamento Americano não há disputa acerca da existência da discricionariedade, mas sim alguma disputa acerca de sua extensão. O Presidente não precisa fazer cumprir a lei sempre que ele entenda que há uma violação eis que, ainda que tenha a obrigação de executar fielmente as leis, ele pode, por exemplo, perdoar uma ofensa mesmo antes de um julgamento. Isso porque a Constituição prevê a denominada cláusula de perdão, quando em seu Artigo 2, Sessão 2, Cláusula 1 dita, em tradução livre, que o Presidente terá poder para conceder prorrogações e perdões por ofensas contra os Estados Unidos...”, no original: “The President...shall have Power to grant Reprieves and Pardons for Offences against the United States...”. Disponível em: <<http://constitutionus.com>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

32 Nesse caso, o Diretor-Geral dos Correios se negou a fazer um pagamento determinado pelo Tesouro Nacional – com fundamento em lei, a alguns contratantes com o service postal. O Diretor-Geral se dizia sob as ordens do Presidente e a Corte decidiu que o Presidente não tinha poderes para determinar o não cumprimento de uma lei. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/37/524>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

33 Tradução livre do original: “To contend that the obligation imposed on the President to see the laws faithfully executed, implies

a power to forbid their execution, is a novel construction of the constitution, and entirely inadmissible.” Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/37/524>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

34 DELAHUNTY, Robert J.; YOO, John C. Dream on: The Obama administration’s non enforcement of immigration laws, the Dream Act, and the Take Care clause. *Texas Law Review*, v. 91, p. 785.

35 GARVEY, Todd. *The Take Care Clause and Executive Discretion in the Enforcement of Law*. Congressional Research Service, 7-5700, p. 1-38, 2014. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43708.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016. p. 5.

3.2. Da Lei de Procedimentos Administrativos

A lei que regulamenta processos administrativos³⁶ tem duas disposições importantes para o caso. Em primeiro lugar, essa lei retira das mãos do Judiciário a possibilidade de decidir sobre algumas questões, assim, é possível que a Corte enfrente se pode ou não se manifestar sobre as orientações editadas pelo Presidente. Há precedente que estabelece que se o Presidente realmente está no uso da ‘discricionariedade’, ele deverá se submeter a essa legislação, conforme definido *Jordan vs. Estados Unidos*, decidido no final da década de 70 do século passado, em que já foi estabelecido que ao usar a ‘discricionariedade’ o ato se sujeita à Lei de Procedimentos Administrativos³⁷. Mas há, também, precedente que, sem entrar na questão da discricionariedade, classifica o ato de conceder a postergação do ato de deportação como não sujeito à revisão judicial, conforme decidiu a Suprema Corte em *Reno vs. Comitê pela Não-discriminação de Árabes-americanos*, há quase duas décadas³⁸.

Em segundo lugar, a legislação mencionada exige que a determinados atos seja dada publicidade antes de sua execução. A publicidade, no caso, é determinada não só para dar a todos conhecer o teor do ato, mas para permitir que as pessoas possam questioná-lo, o que não ocorreu no presente caso. O Governo tem, a seu favor, a definição de que a publicidade prévia dos atos só é exigida daqueles que tem potencial para restringir direitos, como já foi decidido em casos como *Lewis vs. Weinberger* ou *Berends vs. Butz*³⁹. É evidente que as orientações constantes nos planos editados não restringem direitos, ao contrário, reconhecem um direito humano essencial, o da dignidade dos indivíduos, que

demanda que possam viver sem a sombra, sem o peso, sem o medo de serem deportados a qualquer instante. A dificuldade está em saber se as orientações do Presidente serão, realmente, compreendidas como exercício de seu poder ‘discricionário’. A partir daí, considerar as orientações válidas ou não será consequência da opção adotada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na escolha do Presidente Obama, ele levou em consideração que há um número enorme de imigrantes que estão irregularmente no país por diferentes motivos e em diferentes situações. Alguns podem ter filhos americanos; ou estão no país porque cuidam de uma pessoa idosa, que não tem condições físicas e mentais de um recomeço ou de uma viagem; ou porque elas mesmas são idosas. Ao se deparar com tais situações, e compará-las com a situação de imigrantes ilegais que são criminosos ou representam um risco à segurança nacional, a opção foi concentrar o orçamento e os esforços para expulsão destes últimos em detrimento dos primeiros. Assim, o plano do Executivo descreve quais são os indivíduos que não devem gerar esforços do Departamento de Segurança Nacional para expulsão, permitindo que os esforços sejam concentrados sobre outros casos que ainda assim, abrangerão milhares de pessoas.

A comunidade que presta auxílio diariamente a esses milhões de imigrantes, os estudiosos do tema, os defensores de direitos humanos, só podem esperar que a Suprema Corte decida esse caso como já o fez em *Arizona vs. Estados Unidos*. Nesse caso, determinou-se que os oficiais de imigração detêm autoridade para decidir pela não deportação de alguns estrangeiros e que isso pode ser reflexo de preocupações com direitos humanos mais urgentes e pela análise das características individuais de cada imigrante, como o nascimento de um filho em solo americano ou suas ligações com a comunidade⁴⁰.

Espera-se que a Suprema Corte reconheça o poder do Presidente para editar os planos DACA e DAPA e que ele o fez com respeito à cláusula do cuidado, atento à necessidade de cumprir a legislação aprovada pelo Congresso Nacional. Além disso, espera-se que a Supre-

36 Em inglês, Administrative Procedure Act. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

37 O caso está bem explicado, em suas origens, em NEUMANN JUNIOR, Richard K. The New Era of Administrative Regularization: controlling prosecutorial discretion through the Administrative Procedure Act. *University of Daytona Law Review*, v. 3, n. 1, p. 23-57, 1978. p. 43.

38 Como lembra CROW, Melissa. *Symposium: Back to immigration basics – Why the DAPA/DACA case is simpler than it seems*, SCOTUSblog (Feb. 10, 2016, 12:55 PM). Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2016/02/symposium-back-to-immigration-basics-why-the-dapadaca-case-is-simpler-than-it-seems/>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

39 Ambos mencionados por NEUMANN JUNIOR, Richard K. The New Era of Administrative Regularization: controlling prosecutorial discretion through the Administrative Procedure Act. *University of Daytona Law Review*, v. 3, n. 1, p. 26, 1978.

40 The SUPREME COURT OF UNITED STATES. Caso Arizona vs. Estados Unidos. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/11-182>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

ma Corte reconheça que não houve qualquer ilegalidade perante a Lei de Procedimentos Administrativos.

Ao fim, trata-se de passar a enxergar os imigrantes e a dedicar aos mesmos políticas positivas, ao contrário do que tem feito o legislativo. Ainda que, de alguma forma, o silêncio do Congresso Nacional ao não dedicar os recursos necessários para expulsão desse imigrantes, seja também uma forma de regulamentar sua vida em solo americano, a atual política legislativa faz vistas grossas à sua existência. Sem dúvidas, a manutenção dos planos representará um avanço para o reconhecimento da existência e para a proteção de direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMERICAN IMMIGRATION COUNCIL. *Understanding Prosecutorial Discretion in Immigration Law*. Report 09.09.11. Disponível em: <<http://www.immigration-policy.org/just-facts/understanding-prosecutorial-discretion-immigration-law>>. Acesso em: 05 jun. 2016.
- BUBANY, Charles P.; SKILLERN, Frank F. Taming the dragon: an administrative law for prosecutorial decision. *Criminal Law Review*, v. 13, p. 473-505, 1976.
- CROW, Melissa. *Symposium: Back to immigration basics – Why the DAPA/DACA case is simpler than it seems*, SCOTUSblog (Feb. 10, 2016, 12:55 PM). Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2016/02/symposium-back-to-immigration-basics-why-the-dapa-daca-case-is-simpler-than-it-seems/>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- DELAHUNTY, Robert J.; YOO, John C. Dream on: The Obama administration's non enforcement of immigration laws, the Dream Act, and the Take Care clause. *Texas Law Review*, v. 91, p. 781- 857,
- EASTMAN, John. *Symposium: Barack Obama is not king*, SCOTUSblog. Feb. 11, 2016, 1:19 PM. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/2016/02/symposium-barack-obama-is-not-king>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- GARVEY, Todd. *The Take Care Clause and Executive Discretion in the Enforcement of Law*. Congressional Research Service, 7-5700, p.1-38, 2014. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43708.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- HOEFER, Michael; RYTINA, Nancy; BAKER, Bryan. *Estimativa da população de imigrantes sem autorização vivendo nos Estados Unidos*. Escritório de Estatísticas do Departamento de Segurança Nacional. Disponível em: <http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/statistics/publications/ois_ill1pe_2011.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- MANUEL, Kate M.; GARVEY, Todd. *Prosecutorial Discretion in Immigration Enforcement: Legal Issues*. Congressional Research Service, 7-5700, p. 1-28, 2013. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R42924.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.
- National Archives and Records Administration. *Constituição dos Estados Unidos*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 15 jan 2016.
- NEUMANN JUNIOR, Richard K. The New Era of Administrative Regularization: controlling prosecutorial discretion through the Administrative Procedure Act. *University of Daytona Law Review*, v. 3, n. 1, p. 23-57, 1978.
- OBAMA, Barack. *Pronunciamento à nação em 20.11.2014*. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2014/11/20/remarks-president-address-nation-immigration>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- PAMPLONA, Danielle Anne. *O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas*. Curitiba: Juruá, 2011.
- PEW RESEARCH CENTER. *What do we know about illegal immigration from Mexico?* Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/11/20/what-we-know-about-illegal-immigration-from-mexico/>>. Acesso em: 25 jan. 2016.
- Supreme Court of the United States. *Blog, United States v. Texas*. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/united-states-v-texas/>>. Acesso em: 25 fev. 2016.
- Supreme Court of the United States. *Caso Heckler vs. Cheney*. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/470/821/case.html>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- Supreme Court of the United States. *Caso Kendall vs. Estados Unidos ex rel. Stokes*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/37/524>>. Acesso em: 05 fev. 2016.
- Supreme Court of the United States. *Caso Texas vs. Estados Unidos*. Disponível em: <<http://www.scotusblog.com/case-files/cases/united-states-v-texas/>>. Acesso:

em 25 fev. 2016.

SUPREME COURT OF UNITED STATES. Caso Arizona vs. Estados Unidos. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/11-182>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

The Supreme Court of United States. *Arguments Transcripts*. Argument Session: April 18, 2016, p. 46. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/15-674_h3dj.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2016.

THE UNITED STATES Department of Homeland Security. *Immigration and Nationality Act*. Disponível em: <<https://www.uscis.gov/ilink/docView/SLB/HTML/SLB/act.html>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

THE UNITED STATES. *Administrative Procedure Act*. Disponível em: <[https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404](https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf)

pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

THE UNITED STATES. *The United States Constitution*. Disponível em: <<http://constitutionus.com>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

WADHIA, Shoba Sivaprasad. The Role of Prosecutorial Discretion in Immigration Law. *31 Immigration & Nationality Law Review*, p. 961-1017, 2010.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Direito penal (do autor) e imigração irregular na União Européia: do “descaso” ao “excesso” punitivo em um ambiente de mixofobia. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, p. 167-204, 2011. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/1548>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

WILSON, James. *Lectures on Law Part 2, in Collected Works*.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa

Clóvis Beviláqua and international justice: between the acceptance and denial of Rui Barbosa

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

Clóvis Beviláqua e a justiça internacional: entre o sim e o não a Rui Barbosa*

Clóvis Beviláqua and international justice: between the acceptance and denial of Rui Barbosa

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo**

RESUMO

Este artigo analisa o projeto de estatuto da Corte Permanente Internacional de Justiça elaborado por Clóvis Beviláqua. Assim, busca compreender a sua concepção de justiça internacional e se ela guarda coerência com os princípios de Direito Internacional defendidos por Rui Barbosa na II Conferência da Haia de 1907. Para tanto, foram empregadas três técnicas de análise. Primeiro, procurou contextualizar-se o pensamento jusinternacionalista de Beviláqua. Depois, o projeto foi interpretado à luz dos demais escritos do autor sobre justiça internacional, o que inclui os dois tomos do livro *Direito Público Internacional*, dois pareceres e uma conferência proferida no Instituto dos Advogados do Brasil. Por fim, empregou-se a doutrina irenista como ferramenta compreensiva do projeto de Beviláqua. As mais variadas propostas do início do século XX sobre a organização da sociedade internacional compartilham ou um acolhimento pleno ou um repúdio absoluto à concepção irenista de justiça internacional. A pesquisa utilizou o método indutivo de abordagem e as suas fontes primárias foram as mencionadas obras de Beviláqua, e as secundárias, as das suas principais referências.

Palavras-chave: Clóvis Beviláqua. Justiça internacional. Rui Barbosa. Irenismo.

ABSTRACT

This paper analyses the draft of the statute of the Permanent Court of International Justice written by Clóvis Beviláqua. Thus, it attempts to comprehend Beviláqua's conception of international justice and whether it is coherent with the principles of International Law upheld by Rui Barbosa in the II Hague Conference of 1907. Thence, three analytical techniques were used. First, Beviláqua's international thought was placed in its context. Then, the draft was interpreted in the light of the author's other writings on international justice, which includes the two volumes of his book *Direito Público Internacional*, two advisory opinions and a conference given at the Institute of the Lawyers of Brazil. Finally, the Irenist doctrine was employed as a comprehensive tool for Beviláqua's draft. The most diverse proposals of the early XXth century for organizing the international society share either a complete acceptance or an absolute repudiation of the Irenist notion of

* Recebido em 23/03/2016
Aprovado em 16/05/2016

** Possui graduação (1996), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002), doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2007) e pós-doutorado pelo Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (2016). Foi professor adjunto da Universidade Federal Fluminense e bolsista do CNPq PQ2-F. Atualmente, é professor adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Foi professor visitante na Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University (Polónia) e na Murdoch University (Austrália). É colaborador da Escola de Guerra Naval e foi condecorado com a medalha "Amigo da Marinha". Dedicase às seguintes disciplinas: Teoria e História do Direito Internacional, Direito Constitucional Internacional e Mediação e Arbitragem. Publicou diversas obras, entre as quais os livros *O nascimento do direito internacional*, *Guerra e Cooperação Internacional* e *Hugo Grócio e o Direito: o jurista da guerra e da paz*. É o vice-coordenador do PPGD-UERJ. E-mail: vauthierborges@yahoo.com.br

international justice. This research has employed the inductive method of approach, its primary sources were the abovementioned oeuvres of Beviláqua and its secondary sources were those of his main references.

Keywords: Clóvis Beviláqua. International justice. Rui Barbosa. Irenism.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto busca iluminar uma das facetas menos conhecidas do grande jurista da Escola do Recife: o seu pensamento jusinternacionalista, em especial no que tange à noção de uma justiça internacional. Beviláqua foi consultor jurídico do Itamaraty (o terceiro a ocupar este cargo) entre 1906 e 1934, quando foi aposentado, compulsoriamente, o mais longo consultor. Em virtude da redação do Código Civil de 1916, ele é renomado entre os civilistas, mas também apresenta um pensamento jurídico internacionalista bastante sofisticado. Além de quase trinta anos de pareceres, escreveu um manual de *Direito Público Internacional*, em dois volumes e outro de *Princípios Elementares do Direito Internacional Privado*, sem mencionar um livro de Direito Civil Comparado e a primeira lei brasileira de introdução ao Código Civil. Ademais, foi escolhido, entre dez juristas do mundo inteiro, a integrar uma comissão para elaborar o projeto de criação da Corte Permanente de Justiça Internacional. Esse esforço resultou num pequeno livro em francês, mas publicado em 1921 por editora fluminense, intitulado *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*, obra bastante rara.

O projeto de Clóvis Beviláqua se insere num momento bastante especial para o Brasil. A atuação – bem como o pensamento – internacionalista do País no início do século XX foi bastante prolífica. Na II Conferência de Paz da Haia de 1907, Rui Barbosa defendeu a tese da igualdade jurídica entre os Estados, com êxito inquestionável. O jurista baiano consagrou-se como a personalidade mais influente da conferência e é possível afirmar que, sem ele, seria outra a face da sociedade internacional nos cinquenta anos subsequentes. Mas Rui Barbosa não foi o único brasileiro de destaque nesse período. Também germinaram, no Brasil, as primeiras tentativas do movimento de codificação do Direito Internacional. Em 1911, Epitácio Pessoa, em resposta à semente lançada anos antes por outro brasileiro, José

Hygino, publicou o primeiro projeto de código de Direito Internacional Público do mundo e, em 1927, vem à lume o projeto de código de Direito Internacional Privado do Conselheiro Lafayette.

Também, para a organização da justiça internacional, os brasileiros deixaram a sua marca para a posteridade. Nos trabalhos preparatórios para a criação da Corte Permanente Internacional de Justiça de 1920, saiu da mente do diplomata brasileiro Raul Fernandes a famosa “cláusula facultativa da jurisdição obrigatória”, que foi aprovada como o artigo 36 (2) do estatuto deste tribunal. A ideia era que, com o tempo, os Estados fossem gradualmente aderindo a ela, e, assim, mesmo sem existir um Estado mundial – o que não parece desejável –, haveria um tribunal internacional de jurisdição obrigatória.

Cumprido salientar que o convite para integrar a comissão preparatória do estatuto da CPIJ foi para Clóvis Beviláqua. Raul Fernandes substituiu este na última hora, mas a proposta inicial submetida pelo Brasil tinha sido o projeto do jurista de Recife. Então, qual foi a concepção de Beviláqua sobre a justiça internacional? Apesar das rusgas com Rui Barbosa, ela seguia os princípios de Direito Internacional advogados pela Águia da Haia? E, mais importante, como deveria ser a jurisdição deste tribunal?

O presente texto buscou desvendar essas questões. Para tanto, foram empregadas algumas técnicas de análise. Primeiro, procurou contextualizar-se o pensamento jus internacionalista de Beviláqua tanto à luz da política externa brasileira da época, como, em especial, dos princípios de Direito Internacional defendidos pelo Brasil em 1907, na II Conferência da Haia. Depois, pretendeu interpretar-se o projeto de estatuto da CPIJ de Beviláqua com o restante da sua obra que versa sobre o tema, o que inclui os dois tomos do *Direito Público Internacional*, dois pareceres e uma palestra proferida no Instituto dos Advogados do Brasil sobre o projeto mesmo.

Por fim, cabe ressaltar que o início do século XX foi um período marcado pelo que se convencionou chamar de “idealismo”, um nome pouco feliz que reúne ideias que têm em comum a crítica tecida por sir Edward Hallet Carr.¹ São ideários bastante díspares como, por exemplo, os Quatorze Pontos do presidente Woodrow

1 CARR, Edward Hallet. *Vinte anos de crise: 1919-1939*. Brasília: UnB, 1981. p. 26.

Wilson – que possui uma difusa inspiração no texto *À Paz Perpétua* de Kant – e a obra *International Government* de Leonard Woolf, um socialista fabiano.² Em verdade, além da crítica de Carr, essas concepções comungam da mesma visão sobre o papel da justiça e do judiciário para organizar a sociedade internacional, e esta ótica foi denominada pelo primeiro a espôsa-la de “irenismo”. Por isso, chave para compreender o projeto de Beviláqua revela-se demonstrar o quanto este se aproxima e se distancia das teses irenistas.

2. CONTEXTO POLÍTICO E CULTURAL DAS CONCEPÇÕES INTERNACIONALISTAS DE CLÓVIS BEVILÁQUA

Clóvis Beviláqua foi um dos maiores juristas brasileiros, um “jurista filósofo”, da prestigiada Escola do Recife. Tornou-se conhecido pela redação do Código Civil de 1916, um diploma bastante à frente do seu tempo.³ Mas constitui um erro imaginar que o autor não se

2 Woolf foi servidor do Império nos domínios coloniais britânicos no Ceilão, eminência parda do *Bloomsbury Circle* e um dos mais prolíficos escritores europeus do início e meados do século XX. Casado com a não menos prolífica escritora Virginia Stephen Woolf, formava com ela um dos casais mais respeitados da intelectualidade britânica. O livro era originalmente um relatório para a *Fabian Society*, que a encomendou com o exposto propósito de investigar a viabilidade de uma autoridade supranacional. O texto teve uma repercussão muito grande e foi prefaciado por George Bernard Shaw. Nele, Woolf identificava a necessidade de uma instituição supranacional para ajustar as disputas entre as nações, evitando a guerra como solução provável do conflito de interesses. Seu projeto era criar um sistema coordenado de instâncias de decisão que pudessem reduzir a probabilidade de um conflito militar. Um governo mundial seria possível, mesmo sem a existência de um Estado (ou uma força coercitiva) acima dos demais. Procurou demonstrar, até mesmo, que as diversas organizações internacionais e não governamentais da época (anteriores à SDN) já estavam, ainda que de modo precário, desempenhando papéis relativos à competência dos governos. Diante do malogro da Liga das Nações, Woolf receberia a crítica de sir Edward Hallet Carr, no seu famoso *Vinte Anos de Crise*, e a alcunha pejorativa de “utopista”. Confira WOOLF, L. S. *International government*. Two reports prepared for the Fabian Research Department. Fabian Committee for a Supernational Authority that will prevent war. Introduction by G. Bernard Shaw. New York: Brentano's, 1916.

3 Vale salientar, como exemplo desse vanguardismo, a reparação por dano moral. Originalmente, o Código de 1916 previa a indenizibilidade do dano moral, no art. 159. Porém, somente na segunda metade do século XX, o STF passou a permitir a indenização desse dano, mas, desde que ficasse expressamente excluída a cumulação com o dano patrimonial. E o valor era apenas simbólico. Somente na década de 1990, o STJ passou a admitir a cumulatividade dos danos morais e patrimoniais. NERY JUNIOR, Nelson;

interessasse por outros temas. Sua extensa obra abrange o direito constitucional, a criminologia, o direito comparado, o direito internacional público e o privado, bem como a literatura e a filosofia.

Em especial, o Direito Internacional parece ter acompanhado Clóvis durante toda a sua vida. Mesmo antes de trabalhar no Ministério das Relações Exteriores, ele publicou *Guerras e Tractados do Brazil* em 1900, obra que escreve para as comemorações do quarto centenário do Descobrimento. O interesse pelo Direito Internacional Público de forma mais metódica e profissional provavelmente deve ter sido fruto do seu labor como professor de Direito Civil Comparado no Recife. Já em 1893, publicou *Resumo das lições de legislação comparada sobre o Direito Privado*, um trabalho destinado aos alunos. A partir do Direito Comparado, travou contato com os problemas de conflito de jurisdição, tema clássico do Direito Internacional Privado. Assim, não é de se estranhar que, no mesmo ano em que foi nomeado Consultor Jurídico do MRE, 1906, Beviláqua publicou o livro *Princípios elementares de direito internacional privado*. Depois disso, foram mais de 28 anos de pareceres consultivos sobre as mais variadas questões de Direito Internacional Público e Privado. Essa produção é entremeadada por alguns trabalhos de ainda maior fôlego intelectual como o livro *Direito Público Internacional* de 1910-11, em dois grossos volumes de 500 páginas cada e o texto *As Capitânicas Hereditárias perante o Tratado de Tordesilhas*, que publicou na Revista do IHGB, em 1915.

Durante o período em que esteve no Itamaraty, Beviláqua acompanhou uma das experiências mais importantes da organização da comunidade internacional: a criação da Sociedade das Nações, a saída do Brasil deste órgão e o seu malogro. A princípio, o Brasil foi um dos maiores entusiastas da nova organização. E por que não seria? Em 1920, dispunha de algumas credenciais internacionais relevantes: era a nona maior população do mundo, havia participado da Grande Guerra ao lado dos Aliados e era membro fundador da SDN. Esse sentimento de títulos permeava a atuação da nossa diplomacia. Logo na primeira reunião do Conselho da Liga, em janeiro daquele ano, o representante brasileiro, Gastão da Cunha, afirmava que o Brasil contava com a representação tácita do continente americano.⁴

BEVILAQUA, Clóvis. In: RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*. Livro II. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 45.

4 BARRETO, Fernando de Mello. O Brasil e a Liga das Nações.

Brasileiros ilustres também se destacavam no exterior e isso alimentava essa auto percepção de país relevante. Assim, na reunião de fevereiro do referido conselho, Clóvis Beviláqua foi escolhido para compor uma comissão especial de dez juristas do mundo inteiro para elaborar o estatuto da Corte Permanente Internacional de Justiça. Ele aceitou, mas com o pedido de que pudesse dar a sua contribuição da sua própria casa, no Rio de Janeiro, e envia Raul Fernandes como seu substituto. Essa informação é revelada no prefácio mesmo da obra que foi o resultado dessa contribuição.⁵ No ano seguinte, Rui Barbosa foi o candidato mais votado para juiz da Corte Permanente Internacional de Justiça, mas faleceu sem conseguir exercer o cargo. Foi substituído em 1923, por Epiácio Pessoa.⁶

O Brasil, porém, iria se desapontar em breve. Logo na I Assembleia da Liga, o Chanceler argentino Honório Pueyrredón propôs a admissão automática de membros, a jurisdição obrigatória da Corte e a eliminação da distinção entre membros permanentes e temporários nas eleições. Apesar da defesa brasileira da igualdade jurídica entre os Estados, Rodrigo Octávio se opôs à ideia da admissão automática e votou a favor da manutenção da diferença entre membros. Já se desenhava o interesse brasileiro em pleitear um assento permanente no Conselho. Essa pretensão não seria bem recebida. Na IV Assembleia, o Brasil apoiou a Itália no episódio da ocupação da ilha de Corfu, o que repercutiu muito mal, mas isso não impediu Mello Franco de enviar carta confidencial aos representantes do Reino Unido, França e Suécia com a defesa do pleito de um assento permanente. A proposta era que se aumentassem dois assentos permanentes no Conselho, os quais seriam destinados aos Estados Unidos e à Alemanha, mas seriam ocupados provisoriamente pelo Brasil e pela Espanha até aqueles países ingressarem na Liga. As cartas foram recebidas com frieza e o Presidente Bernardes não aprovou a ideia, pois desejava um assento permanente não provisório. Em 1926, a proposta brasileira já era defendida às claras, mas, novamente, era mal recebida. A França propôs o ingresso da Polônia e da Alemanha (que estavam para entrar na Sociedade) ao Conselho. O

Reino Unido se opôs a essa admissão conjunta e a própria Alemanha afirmou querer entrar sozinha. A Espanha, companheira da proposta brasileira, ameaçou vetar a entrada da Alemanha e a retirar-se da Liga – mais tarde, diante do inevitável, os espanhóis apenas se retiraram, sem exercer qualquer veto. O Chile se opunha a um assento permanente dos brasileiros e defendia um terceiro assento provisório para os hispano-americanos. O Uruguai declarou o seu voto pelo ingresso da Alemanha somente. Em 12 de março de 1926, o tema foi votado e, com a exceção do Brasil, todos se pronunciaram a favor da admissão da Alemanha. Mello Franco não chegou a exercer o veto, mas pediu prazo para consulta ao Rio de Janeiro. Contudo, a pressão se intensificou sobre o Brasil. Suécia e Tchecoslováquia anunciaram que estariam prontos para renunciar ao seu assento permanente em favor da Polônia de modo a permitir o ingresso da Alemanha, sem necessidade do aumento de lugares. No dia 18, o Brasil anunciou o veto e obteve reprovação generalizada. No dia 12 de junho, o Rio de Janeiro enviou um telegrama ao Secretário-Geral da Liga para anunciar a retirada brasileira do organismo.⁷

O triste desfecho não pôde ser contornado. O Brasil cometeu uma verdadeira *hybris*: havia investido demais numa proposta para poder voltar atrás. Protagonizou um episódio trágico, mas muito significativo: o desfecho de uma visão um tanto romântica e idílica da história das relações entre os países. O sistema da Liga das Nações foi a primeira tentativa de organização da sociedade internacional nos moldes de um verdadeiro “governo mundial”. Porém, essa ideia de uma autoridade internacional assentada sobre o Direito, não a força, já havia sido defendida pelo Brasil na II Conferência de Paz da Haia, em 1907.

3. OS PRINCÍPIOS DA DIPLOMACIA BRASILEIRA DO INÍCIO DO SÉCULO XX

Para melhor compreender a dimensão do que significou a concepção de Beviláqua sobre a justiça internacional, faz-se necessário explicar os principais momentos da política externa brasileira da época. No início do século XX, o Brasil se notabilizou no cenário interna-

In: SILVA, Raul Mendes; BRIGAGÃO, Clóvis (Org.). *História das Relações Internacionais do Brasil*. Rio de Janeiro: CEBRI, [s/d]. p. 519.

5 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 3.

6 BARRETO, Fernando de Mello. O Brasil e a Liga das Nações. In: SILVA, Raul Mendes; BRIGAGÃO, Clóvis (Org.). *História das Relações Internacionais do Brasil*. Rio de Janeiro: CEBRI, [s/d]. p. 520.

7 BARRETO, Fernando de Mello. O Brasil e a Liga das Nações. In: SILVA, Raul Mendes; BRIGAGÃO, Clóvis (Org.). *História das Relações Internacionais do Brasil*. Rio de Janeiro: CEBRI, [s/d]. p. 522.

cional pela defesa intransigente de dois princípios de Direito Internacional: a igualdade jurídica dos Estados e o primado do Direito sobre a força. Esses dois valores se tornaram basilares para a prática diplomática brasileira, e todo estudante de Direito Internacional e da história das relações exteriores do Brasil se orgulha do protagonismo brasileiro para consolidá-los no Direito Internacional. Ambos são associados à figura de Rui Barbosa e à sua participação na II Conferência de Paz da Haia de 1907. Em determinada medida, são os princípios que inauguram a tradição diplomática do nosso país. Segundo Cardim, o governo de Campos Salles cometeu um inequívoco “erro de política exterior” ao não aceitar o convite do czar russo para participar da I Conferência de Paz da Haia de 1899. O Brasil e o México foram os únicos países latino-americanos convidados, e o último marcou presença. “O Brasil retardou ainda mais, em quase uma década, sua entrada na política internacional.” Somente na II Conferência em 1907, o País daria a devida importância ao evento e enviaria um dos seus maiores juristas.

A tese da igualdade jurídica dos Estados é bastante conhecida e remonta a quase todos os pais fundadores do Direito Internacional. Mas é possível afirmar sem medo que, até 1907, circulava uma versão mais branda e bem anódina desse princípio. A partilha da África e da Ásia não foi feita ao arrepio do Direito Internacional, e a prática dos tratados desiguais não era considerada ilícita durante todo o século XIX. Os países eram considerados iguais apenas porque eram soberanos; tratava-se de uma igualdade na soberania, uma mera igualdade de vinculação que os Estados teriam *a priori* de se engajarem em acordos internacionais⁸: a igualdade se referia à capacidade dos Estados antes de ingressarem num compromisso internacional, mas nada influenciaria sobre o resultado mesmo desse compromisso, que poderia ser manifestamente desigual.

Em 1907, Rui Barbosa tinha a missão de impedir uma proposta norte-americana (que contava com o apoio do Reino Unido e da Alemanha) sobre a criação de uma Corte de Justiça Arbitral. Tratava-se de um projeto que procurava resolver algumas questões percebidas como mazelas da Corte Permanente de Arbitragem,

a qual havia sido criada na primeira conferência. Essa corte possuía um grande prestígio e era considerável o número de casos por ela resolvidos, com reconhecida eficácia. Ainda assim, parecia insuficiente. Não era uma verdadeira corte, visto que os árbitros não eram obrigatórios para as partes. Constituíam uma simples lista de juizes e os Estados litigantes poderiam escolher entre eles os membros do tribunal arbitral que fossem resolver o litígio. Salienta ainda Celso Mello que tampouco era permanente “porque não se reúne em momento algum, tendo apenas uma sede, que é em Haia. A sede tem uma Secretaria, que guarda os seus arquivos, mas isso não significa que ela seja permanente”. Além disso, ela não conseguiu desenvolver uma jurisprudência uniforme por causa da variabilidade dos árbitros. As suas decisões eram tendencialmente mais diplomáticas e conciliatórias do que propriamente jurídicas.

Ademais, havia uma percepção generalizada sobre o mau funcionamento do tribunal arbitral. Podiam participar de cada julgamento em concreto dois juizes indicados, respectivamente, por cada um dos Estados em conflito e o terceiro julgador seria escolhido pelos outros dois. A consequência prática desse fato foi a de que, em numerosos casos, o julgamento se resumiria ao voto de desempate do terceiro juiz componente do tribunal.¹⁰

A Rússia, país que convocou a II Conferência, queria solucionar o que considerava um problema de “fidelidade nacional”. Assim, propôs ampliar o tribunal já existente, com a possibilidade de os seus atuais membros nomearem outros três juizes, os quais deveriam residir na Haia, como árbitros permanentes. Desse modo, os juizes não seriam mais representantes dos Estados, mas órgãos de uma justiça internacional. Essa proposta foi vigorosamente apoiada pelos Países Baixos. Porém, a delegação norte-americana não se satisfez e apresentou um projeto ainda mais ousado que previa a criação de uma Corte Internacional de Justiça Arbitral, nos moldes do Supremo Tribunal do seu país. Ao contar com o apoio do Barão Marschall (ministro plenipotenciário da Alemanha), a proposta norte-americana ganhou mais força. O resultado imediato foi a retirada do projeto russo, com o assentimento dos próprios autores.¹¹

8 Confira a crítica que Kelsen faz a este princípio quando dos debates para a criação da Carta da ONU: KELSEN, Hans. The Principle of Sovereign Equality of States as a basis for International Organization. *The Yale Law Journal*, v. 53, n. 2, p. 207-220, mar. 1944. p. 209.

9 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v.2. p. 1368.

10 RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Estudos de direito internacional*. Porto Alegre: UFRGS, 1965. p. 129.

11 STEAD, William; BARBOSA, Rui. *O Brasil em Haia*. Belém:

Rui Barbosa foi um dos únicos delegados que alertou sobre os perigos para os pequenos países de semelhante concepção. O seu ataque foi tão vigoroso e convincente que os autores tiveram de formular outra proposta. Adiante, será visto o teor do discurso de Rui. Por ora, basta assinalar que a crítica brasileira angariou a adesão da grande maioria dos países da conferência, em especial a dos latino-americanos.

No novo projeto estadunidense, os países do mundo seriam divididos em cinco categorias, de acordo com critérios políticos. O organismo seria composto de dezessete juízes, entre os quais nove seriam indicados pelas oito maiores potências da época (Alemanha, Áustria-Hungria, Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália, Japão e Rússia) e pelos Países Baixos – uma homenagem ao país-sede da conferência. Essas cadeiras seriam permanentes. Os oito restantes seriam nomeados pelos demais grupos de nações (um destes seria formado pelas dez repúblicas da América do Sul), em regime rotativo. Assim, a cada doze anos, os países da última categoria poderiam indicar um nacional para ocupar uma cadeira pelo período de doze meses. Mais tarde, o chefe da delegação norte-americana propôs que, inobstante o sistema de grupos, o Brasil, por causa do seu prestígio no continente, deveria ter o direito de indicar um árbitro seu.¹² Era uma medida para cooptar o Brasil.

Rui Barbosa, porém, não se demoveu e cerrou fileiras na defesa da tese da igualdade jurídica das nações:

Por certo que entre os Estados, como entre os indivíduos, diversidades há de cultura, proibidade, riqueza e força. Mas disso derivará, com efeito, alguma diferença no que lhes entende com os direitos essenciais? Os direitos civis são idênticos para todos os homens. Os direitos políticos são os mesmos para todos os cidadãos. Na eleição desse augusto parlamento soberano da Grã-Bretanha Lord Kelvin ou Mr. John Morley não dispõe de outro sufrágio que o mesmo do operário embrutecido pelo trabalho e pela miséria. Acaso, entretanto, a capacidade intelectual e moral desse mecânico, aviltado pelo sofrer e labutar, emparelhará com a do sábio, ou com a do estadista? Pois bem; a soberania é o direito elementar por excelência dos Estados constituídos e independentes. Ora soberania importa igualdade, quer em abstrato, quer na prática, a soberania é absoluta: não admite graus. Mas a distribuição do direito é um dos ramos da soberania. Logo a ter de existir entre os Estados

um órgão comum de justiça, necessariamente nesse órgão todos os Estados hão de ter uma representação equivalente.¹³

Para Rui, a graduação entre os países para a constituição da corte obedece a nenhum outro critério senão o poderio militar de cada Estado. E isso constitui uma incoerência para uma assembleia cujo objetivo maior seria o de evitar a guerra. Se essa concepção fosse adotada pela II Conferência de Paz para medir a importância dos países, o resultado seria a inversão da corrente política do mundo para a guerra, pois induziria os Estados a buscar, nos grandes exércitos e nas grandes marinhas, o reconhecimento das suas posições reais, indicada, em vão, pela população, pela inteligência e pela riqueza.¹⁴

Outrossim, o primado do Direito sobre a força também se depreende da defesa que Rui Barbosa fez do princípio anterior. A defesa da igualdade jurídica dos Estados foi feita contra um critério de organização da sociedade internacional baseado no poder militar. De fato, depois de voltar ao continente americano, em 14 de julho de 1916, o autor proferiu uma conferência na Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Buenos Aires em que ele retomou as ideias que defendeu na Haia. Após expor o equívoco da moral daqueles que enaltecem a guerra, Rui Barbosa mostrou, claramente, a primazia do Direito sobre a força:

Quando se pretende que a civilização repousa, em última instância, na força policial ou militar, não se adverte que o exército e a polícia, eliminada a lei que os mantém, não existiriam, ou seriam ajuntamentos informes, anárquicos e ingovernáveis. Quem sujeita as fileiras à docilidade? Quem adscrive a oficialidade à hierarquia? Quem assegura a obediência das massas armadas ao mando supremo de um só homem? Qual é, em suma, o elemento compulsivo, segundo o qual se move o poder das armas? A fé jurada, os textos escritos, a certeza de um regime comum a todos, o contrato de associação, de organização, de sujeição, a que todos se sentem vinculados¹⁵

E, assim, os princípios da igualdade jurídica dos Estados e a primazia do Direito sobre a força são reverenciados por estudantes de Direito Internacional e

Livraria Bittencourt, 1912. p. 16.

12 ACCIOLY, Hildebrando. *O Barão do Rio Branco e a II Conferência da Haia*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1945. p. 23.

13 STEAD, William; BARBOSA, Rui. *O Brasil em Haya*. Belém: Livraria Bittencourt, 1912. p. 105.

14 STEAD, William; BARBOSA, Rui. *O Brasil em Haya*. Belém: Livraria Bittencourt, 1912. p. 112.

15 BARBOSA, Rui. *Os Conceitos Modernos do Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983. p. 56.

da história diplomática brasileira como o grande legado do País no início do século XX. Não causa estranheza alguma que, pouco tempo depois, o representante do Brasil, para elaborar o estatuto da Corte Permanente Internacional de Justiça, Raul Fernandes, tenha proposto a famosa cláusula que ganhou o seu nome, a cláusula facultativa da jurisdição obrigatória.¹⁶ Por meio desse dispositivo, os Estados, aos poucos, iriam, voluntariamente, tornar a CPIJ um juízo cuja regra seria a jurisdição obrigatória, tal como os tribunais nacionais, embora não exista um poder político acima dos Estados. Dessa maneira, mais uma vez, o Brasil teria dado uma contribuição crucial para o desenvolvimento da justiça internacional e desenvolvido aqueles princípios que defendeu tão vigorosamente em 1907.

Entretanto, essa noção de continuidade entre a II Conferência e a Cláusula Raul Fernandes não encontrou suporte fático. Rui Barbosa nunca sufragou a ideia de um poder judiciário internacional. Na Haia mesmo, quando criticava o primeiro projeto norte-americano, afirmou que o desejável para a sociedade internacional seria a arbitragem, não o judiciário. A citação é um pouco longa, mas vale a pena reproduzi-la:

Justiça e arbitramento são, pois, indispensáveis uma e outro. Ambas as instituições têm, cada qual, a sua legitimidade, a sua função, e o seu caráter. Onde é, pois, que divergem? Primeiro, quanto à fonte que procedem. Depois, quanto ao elemento social, que as mantém. Finalmente, quanto à forma jurídica, de que eles revestem.

A forma jurídica é permanente e inalterável no que toca a justiça. É a lei que a estabelece. Para o arbitramento a forma jurídica é variável e ocasional. A convenção das partes é que decide. O julgamento emana da soberania e se impõe a obediência. Os seus órgãos são criados pelo poder. Força é as partes que lhe submetem. O arbitramento, pelo contrário, deriva

16 Em princípio, a jurisdição da Corte Permanente Internacional de Justiça também seria facultativa, como na arbitragem. Era, portanto, também, um sistema voluntário. Mas essa voluntariedade iria ceder, gradativamente, pois os países poderiam emitir declarações unilaterais para aceitar a jurisdição obrigatória. Prescreve o art.36(2): Os Estados-partes, no presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto:

- a) a interpretação de um tratado;
- b) qualquer ponto de direito internacional;
- c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria a violação de um compromisso internacional;
- d) a natureza ou a extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

da liberdade, é obra de um ajuste; não tem outra autoridade que a admitida pelos contratantes; os seus magistrados são os que elas a seu talante eagem.

Aqui está porque, se a forma judiciária é a preferida no que respeita as relações entre indivíduos, a forma arbitral é a única aplicável entre as nações. Estas não se submetem senão às autoridades que hão por bem adotar. Substituir, para elas, o arbitramento pela justiça, significa trocar o arbitramento voluntário pela coação.

Criar-se-ia destarte o poder judiciário internacional. Mais um passo, e teríamos o executivo internacional, enquanto se não chegasse a uma legislatura para o mundo todo. Seria a constituição dos Estados Unidos do globo.

Toda a constituição, porém, pressupõe uma soberania superior aos que às suas leis se submetem. Se constituirdes poderes internacionais, teréis que os armar de instrumentos eficazes contra a revolta. Haveria então nações rebeldes, e teria que se dar a repressão. A quem incumbiria? Certo que a nação mais forte ou ao concerto das mais fortes. Qual seria ao cabo o resultado? Simplesmente legalizar-se o domínio da força, substituindo por este o do equilíbrio das soberanias. E eis como a paz a todo transe, cuidando abraçar a justiça em vez do arbitramento, acabaria por consagrar a força em lugar do direito.

Não é, pois, um progresso o que se nos sugere. É antes uma inovação perigosamente reacionária em suas tendências e na perspectiva de seus resultados. O progresso estará sempre no arbitramento. Cumpre desenvolvê-lo sempre. Mas para o desenvolver cada vez mais, essencial é não lhe alterar o caráter.¹⁷

Rui Barbosa não gostava da ideia de um judiciário internacional porque isso implicaria, inevitavelmente, um golpe à soberania dos Estados. A arbitragem, ao contrário, cuja jurisdição se baseia na vontade mesmo das partes e é, portanto, facultativa, seria a forma ideal de se organizar a justiça internacional.

Então, o que mudou? O que teria ocorrido em 13 anos para a posição brasileira mudar tanto? Certamente, um fator importante seria a opinião do Consultor Jurídico do Itamaraty à época, o jurista que foi convidado originalmente para ajudar na elaboração do estatuto da CPIJ. Nos comentários ao projeto do estatuto que redigiu, ao discorrer sobre a inamovibilidade dos juizes, Clóvis Beviláqua demonstrou uma posição bem diferente daquela da Águia de Haia:

En 1907, les plus hauts esprits hésitaient encore à accepter un tribunal judiciaire international composé

17 STEAD, William; BARBOSA, Rui. *O Brasil em Haia*. Belém: Livraria Bittencourt, 1912. p. 126-127.

de juges inamovibles. Ruy Barbosa objectait avec son éloquence habituelle: “Si la forme judiciaire est celle que l’on doit préférer en ce qui concerne les rapports entre individus, la forme arbitrale est la seule qui soit applicable entre les nations. Celles-ci ne se soumettent qu’aux autorités qu’elles veulent bien accepter. Remplacer, pour elles, la justice par l’arbitrage, ce serait changer l’assentiment volontaire en coaction.” Et il ajoutait: “Ce n’est pas un progrès ce que l’on nous suggère. C’est plutôt une innovation dangereusement réactionnaire dans ses tendances et dans la perspective de ses résultats.”

Mais, depuis 13 ans, la pensée humaine s’est développée d’une façon considérable, dans les sens d’assurer le droit parmi les peuples, de combattre l’arbitraire dans les relations internationales, de reconnaître non seulement les avantages d’un tribunal international, mais sa nécessité tout en maintenant le jugement arbitral, comme il existe pour les particuliers, à côté du pouvoir judiciaire commun. La pensée humaine a pris la ligne directrice prévue par Elihu Root, pour qui la tâche à accomplir, à La Haye, était de “remplacer l’action diplomatique par l’action judiciaire”, devant le tribunal qui serait constitué, s’inspirer de raisons juridiques et non pas de considérations politiques.¹⁸

Mesmo antes de Raul Fernandes substituir Beviláqua e propor a sua famosa cláusula, o MRE, por causa do seu consultor jurídico, já subscrevia a ideia de um judiciário internacional.

4. UM PROJETO FEITO CONTRA RUI BARBOSA

Em verdade, nesse lapso de treze anos entre as palavras desses dois grandes juristas, houve um grande acontecimento que, de fato, modificou muito: a Grande Guerra. O conflito, certamente, traumatizou diplomatas, historiadores, juristas – em geral, homens cultos das artes liberais – que julgavam que a civilização tinha atingido níveis de civilidade incompatíveis com tanta destruição. Assim, não causa estranheza que o Tratado de Versalhes (cuja primeira parte é o Pacto da Sociedade das Nações), em seu art. 14, previsse que a recém-criada Sociedade das Nações se apoiasse, também, sobre uma Corte Permanente Internacional de Justiça. Como se verá adiante, havia uma crença muito difundida que

uma boa parte das causas da guerra fossem questões jurídicas. O referido dispositivo incumbiu ao Conselho de preparar um projeto desse tribunal. Como quer que se considere esta liga de Estados – como uma conferência permanente, ou uma federação kantiana de Estados ou, ainda, o desenvolvimento “evolucionista” do Direito Internacional –, ela deveria contar com um organismo judiciário.

Parece possível que, após a Guerra, o próprio Rui Barbosa tivesse suavizado a sua resistência inicial acerca de um poder judiciário internacional: o jurista baiano foi escolhido na primeira eleição para juiz do novo organismo e aceitou a distinção, mas terminou por falecer antes de assumir. Todavia, a maneira como Clóvis Beviláqua passou a defender a criação de uma corte judicial internacional no seu projeto provocou assombro. Ela se apresentou “contra” Rui. Clóvis não expôs o projeto como alguém que foi gentilmente convencido nas suas concepções iniciais ou até mesmo vencido nos argumentos. Visto que ele era o consultor jurídico do Itamaraty, o que ocorreu foi uma verdadeira guinada na política externa brasileira.

Cabe ressaltar que Beviláqua também mudou de posição sobre a existência ou não de um judiciário internacional. Embora nunca tenha expressamente emitido uma opinião contrária, no seu livro publicado em 1910-11, portanto, antes da guerra, estabeleceu como órgão jurisdicional internacional somente a arbitragem e reproduziu a crítica que Rui havia tecido na Haia sobre a ideia de um judiciário internacional. E, para que a mensagem ficasse bastante esclarecida, ainda explicou a citação de Rui Barbosa nos seguintes termos:

Esta observação tendia a firmar o princípio pelo qual, tenazmente, se bateu o Brasil, isto é a **liberdade de escolha do árbitro** [...] [um tribunal assim] era de todo inadmissível porque eliminava inteiramente essa liberdade de escolha às partes, impondo-lhes juízes, como na organização da justiça interna, e tirava, assim, à justiça, o seu caráter arbitral.¹⁹ (grifo nosso).

Depois disso, ainda citou outro excerto da crítica de Rui feita em 1907 sobre a coatividade que um judiciário implicou. Encerrou o item com a lembrança de que a proposta norte-americana ainda feriria o princípio da igualdade dos Estados. De fato, nessa época, Beviláqua

18 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d’organisation d’une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 21-22.

19 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brazil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 192-193.

seguia a mesma opinião de Rui Barbosa e as referências a ele serviam de perfilhamento ideológico: um judiciário internacional iria ferir as teses da voluntariedade da jurisdição e da igualdade jurídica dos Estados.

Entretanto, nos comentários que seguem o seu projeto da CPIJ, Beviláqua não era mais o mesmo. Começou a justificar a existência da Corte porque ela realizou duas missões: a de resolver as controvérsias entre os Estados e a de tornar cada vez mais cristalino o sentimento de unidade do Direito Internacional. E essas duas funções tenderiam a eliminar as causas da guerra. O autor explicou essa afirmação. Ao declarar o direito entre dois Estados adversários, a sentença do tribunal retira de um deles a razão de combater, o que enfraquece moralmente a pretensão e subtrai o apoio de outros povos. Além disso, “*toute guerre doit avoir un de ces deux fondements d'ordre moral: la justice ou la nécessité*”.²⁰ A corte diz o Direito e a justiça, e não pode haver estado de necessidade num situação jurídica regulada por sentença. Por sua vez, ao proferir uma série de decisões, sempre com vistas à promoção do Direito, cria-se uma verdadeira jurisprudência internacional que deverá exercer uma poderosa e boa influência sobre a consciência das pessoas. A confiança inspirada pelo tribunal irá formar um ambiente moral refratário aos motivos que levam à guerra.

Portanto, segundo Clóvis, o judiciário internacional não é apenas um mero mecanismo de resolução de controvérsias. Se o fosse, a arbitragem talvez fosse preferível, pois é menos radical e ofensiva à soberania. Mas o judiciário serve, também, para evitar a guerra. Subjaz aqui a concepção de que a guerra tem predominantemente causas jurídicas. E não é só. Perceba-se que ele retoma o argumento utilizado na Haia em 1907 pelos proponentes da corte de justiça: promover uma uniformidade nas decisões, o que criaria uma verdadeira jurisprudência internacional. A Corte Permanente de Arbitragem havia malogrado nesse intento e não conseguia proporcionar previsibilidade ou segurança jurídica, valores necessários a um ambiente de paz.

A ideia de que a guerra possui causas jurídicas defluiu do idealismo wilsoniano do início do século XX e consistia num lugar-comum nas falas de vários plenipotenciários das duas conferências da Haia. Essa concepção fundamenta-se em noções centenárias sobre o papel do Direito em face da guerra. Já no ano de 1500, Erasmo

de Roterdã publicou em Paris uma seleção de oitocentos provérbios comentados com o título de *Adagiorum collectanea*. Essa obra foi objeto de sucessivas edições, as quais aumentaram o número de adágios para um total de 4151. O êxito foi imediato e Erasmo, ao longo do tempo, enriqueceu e alterou um dos adágios, o *Dulce bellum*, até que, em 1517, ele foi publicado com o simples título de *Bellum*. A *Queixa da Paz*, outro ensaio do autor, foi publicada, pela primeira vez, na Basileia, em dezembro de 1517. Com essas obras, Erasmo inaugurou o irenismo. O termo vem do grego *eirenè* ou “paz” e significa “a atitude que professa o repúdio por todo o tipo de beligerância e uma ilimitada confiança na eficácia do diálogo e do recurso à arbitragem para a resolução dos conflitos que opõem os homens”²¹.

Em ambos os textos, Erasmo procurou caracterizar a guerra como algo anticristão e antinatural. Logo no início do *A Guerra*, afirmou que a natureza humana se manifesta incompatível com o conflito. A todos os seres vivos, a natureza dotou de armas: garras, chifres, presas, peçonha etc. Porém, “só ao homem criou nu, fraco, delicado, desarmado, de carne tenríssima e de pele fina. Não tem em nenhuma parte dos membros nada que possa parecer ter sido dado para a luta ou para a violência [...]”. Pelo contrário, a natureza humana parece propensa à paz. Quando criança, o homem depende inteiramente da proteção alheia, não tem aparência assustadora, pode abraçar, beijar, rir e derramar lágrimas, “símbolos da clemência e da misericórdia”. A natureza, portanto, fez o homem inclinar-se para a benevolência, a amizade e o amor, que são sentimentos voltados à boa harmonia.²²

Como se não bastasse a natureza, a razão também aproxima o ser humano da paz. A razão, para Erasmo, é pressuposto da sociabilidade:

E não satisfeita com essas coisas, a natureza apenas ao homem concedeu o uso da linguagem e da razão, que são indisputáveis e sobremaneira servem para preparar e fomentar a benevolência, para que, absolutamente, nada entre os homens se resolva por meio da força. Inculcou nele o ódio pela solidão e o amor da convivência.²³

21 ROTERDÃO, Erasmo de. *A Guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 7.

22 ROTERDÃO, Erasmo de. *A Guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 28-29.

23 ROTERDÃO, Erasmo de. *A Guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 29.

20 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 18.

Entretanto, resta um problema: se tudo no homem o empurra para a paz, como se instalou no coração humano a guerra? No texto *A Guerra*, Erasmo apercebe-se desse problema e aponta primeiro para uma saída literária, bem a gosto de um homem do Renascimento: foram as Fúrias, as *Erínias*, que libertaram a guerra do inferno. No mesmo texto, em outra ocasião, ele conclui que em verdade foi o gosto pela disputa. Todo o mal se introduz aos poucos, de tão sutil modo que a pessoa nem percebe como começou até estar totalmente corrompida. “Portanto, primeiramente a erudição insinuou-se como atividade idônea para refutar os hereges, que se achavam aparelhados com as armas dos filósofos, dos poetas e dos oradores.”²⁴ Depois, sob o pretexto de combater os hereges, surge o gosto pela disputa e, com ele, a vaidade. Aristóteles, um pensador pagão, chegou a ser incorporado à teologia: o que seria unir “a água com o fogo”. A seguir, adotou-se o direito romano, que admite repelir a força pela força, permite a atividade mercantil e lega o instituto da guerra justa. Então, os bajuladores declaram “que é justo aquilo que é ordenado pelo príncipe, por mais moço ou louco que ele seja.”²⁵ O homem esqueceu Deus e passou a venerar as riquezas e o poder: “(...) chegou-se a um tal extremo que a um bispo não lhe parece que é bispo se não lhe tiver sido acrescentada alguma autoridade mundana”²⁶.

O autor, então, sugere que, em vez da guerra, os homens devem recorrer à decisão de um terceiro imparcial (arbitragem ou judiciário). Como a guerra, segundo Erasmo, é irracional, nada melhor que o remédio seja fornecido pela razão e a sabedoria.

O mundo tem tão grande quantidade de bispos sérios e eruditos, tem tão grande quantidade de abades, tão grande quantidade de nobres, carregados de anos e de saber por uma longa experiência, tão grande quantidade de concílios, tão grande quantidade de assembleias, não embalde instituída pelos antigos: por que é que não se recorre à arbitragem para se resolverem as fúteis quesílias dessa espécie que opõem os príncipes?²⁷

O elemento central dessa concepção é este: a guerra

consiste num erro da razão. Os homens só recorrem ao conflito por ignorância. Nas palavras de um autor do século XVI, o irenismo pode parecer um pouco ingênuo e impregnado de religiosidade, mas cabe ressaltar que ele vai sobreviver até o Pacto da Sociedade das Nações. O idealismo do entre guerras ou, na terminologia pejorativa de Edward Carr, o “utopismo”, tem muito do irenismo. A SDN era baseada no princípio da segurança coletiva: todos os Estados teriam o dever de zelar pela paz e segurança mundial, pois a agressão a um membro constituiria uma agressão a todos. Já no preâmbulo, as partes contratantes se dispunham a não recorrer à guerra. E, mesmo sem proibir diretamente a força, o Pacto previa que, quando os Estados se desentendessem, o recurso à arbitragem ou ao judiciário deveria substituir a contenda armada. Mas o instituto que mais desvela o irenismo se encontra no art. 12(1), que ficou conhecido como a “moratória da guerra”, porque submetia o recurso à força a um lapso de tempo:

Art. 12.1 Todos os membros da Sociedade concordam que, se entre eles surgir uma controvérsia suscetível de produzir uma ruptura, submeterão o caso seja ao processo da arbitragem ou a uma solução judiciária, seja ao exame do Conselho. Concordam, também, que não deverão, em caso algum, recorrer à guerra, antes da expiração do prazo de três meses após a decisão arbitral ou judiciária, ou o relatório do Conselho.

A noção subjacente era a de que o decurso do tempo deveria “acalmar os ânimos”. Uma vez que estes fossem serenados, os homens recobriam o uso da razão. Ora, isto pode aplicar-se a seres humanos, os quais podem agir movidos por instinto ou impulso, mas não faz o menor sentido em relação a Estados. O recurso à guerra é uma decisão tomada friamente em gabinete, num cálculo bastante utilitário de custos e benefícios, e passa pela deliberação de diversos homens.

O judiciário e a arbitragem, portanto, desempenhariam o papel fundamental de resolver os problemas que provocam as guerras.²⁸ E o judiciário ainda conseguiria

24 ROTERDÃO, Erasmo de. *A Guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 51.

25 ROTERDÃO, Erasmo de. *A Guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 52.

26 ROTERDÃO, Erasmo de. *A Guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 53.

27 ROTERDÃO, Erasmo de. *A Guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 66.

28 É interessante observar que a concepção se altera drasticamente na Carta da ONU. Nela, existe uma distinção entre conflitos jurídicos e conflitos políticos. Os primeiros seriam disputas intrasistêmicas, cuja solução já se encontra prevista no direito positivo vigente, e devem ser resolvidos pela Corte Internacional de Justiça. Já os últimos seriam controvérsias contra o próprio sistema vigente, e, pois, seria vã toda e qualquer tentativa de tentar resolvê-las pelo judiciário. Somente o Conselho de Segurança, órgão composto pelos Estados mais fortes e, assim, mais “sensíveis” a esse tipo de pleito, é que poderia solucionar um conflito dessa natureza. Sobre a artifi-

fazer isso melhor porque também promove uma jurisprudência uniforme, o que inspiraria um ambiente generalizado de previsibilidade e segurança. Conforme visto acima, esta última característica constituía precisamente a motivação das delegações russa e norte-americana, em 1907, para o projeto de um judiciário internacional. A Corte Permanente de Arbitragem parecia insuficiente porque não conseguia desenvolver uma verdadeira jurisprudência. Numa conferência feita no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 15 de outubro do mesmo ano – e reproduzida na obra que contém o projeto –, Beviláqua retoma a ideia de que a CPIJ teria essa dupla função e, logo em seguida, após se lembrar que o organismo também exerceria uma jurisdição consultiva, acrescenta uma terceira: “*portera la parole lumineuse du droit*”²⁹, para apoiar as resoluções dos demais órgãos da SDN. Esta última não difere em essência da anterior; ao “iluminar” as decisões dos demais organismos da sociedade internacional, a corte apenas consolida o reino do Direito sobre a Política.

Depois dessa explicação sobre as vantagens do judiciário – implicitamente sobre a arbitragem –, Clóvis Beviláqua faz uma citação extraída da *American Society for judicial settlements of international disputes* para mostrar que a experiência do judiciário norte-americano pode aproveitar ao judiciário internacional. Palavras como essas, alguns anos antes, poderiam ter perfeitamente saído da boca de um Elihu Root, o Secretário de Estado norte-americano que elaborou o projeto inicial de 1907. Explica que o Direito Internacional, diferentemente da maioria dos direitos nacionais ocidentais, não atingiu o seu “pleno desenvolvimento” e ainda se exprime de outros modos diversos da palavra escrita, a maneira mais segura e que melhor previne arbitrariedades. Ademais, naquele momento, a sociedade internacional assumia uma forma mais “definida” e “resistente”, e o seu poder judiciário pode adaptar melhor o Direito para os novos anseios.³⁰

A referência ao judiciário norte-americano aparece, mais uma vez, quando Beviláqua passa a explicar, pontualmente, os principais artigos do seu projeto. E, novamente, irá afirmar que a Suprema Corte norte-

-americana representa um paradigma para um tribunal internacional, tal como pensavam os delegados dos EUA em 1907: a Suprema Corte Americana possui nove membros, e o seu projeto também. O Supremo Tribunal Federal brasileiro contém quinze, mas, numa instituição judiciária, quinze membros não produzem “de uma maneira mais intensa” do que nove. E esse número consiste em um meio termo razoável entre uma assembleia numerosa e uma comissão tão reduzida que não possa conferir “amplitude” aos debates.³¹

Ademais, é nesse momento que ele cita a crítica de Rui Barbosa à ideia de um judiciário internacional apenas para salientar que, treze anos depois, o pensamento humano tomou outra direção. E para onde caminhou o pensamento humano? Se a referência à Suprema Corte ainda não foi o bastante, Beviláqua esclarece: “*La pensée humaine a pris la ligne directrice prévue par Elihu Root, pour qui la tâche à accomplir, à la Haye, éat de ‘remplacer l’action diplomatique par l’action judiciaire’*.”³²

Para o jurista de Recife, o desenvolvimento das ideias sobre justiça nas relações internacionais deu ganho de causa à proposta inicial norte-americana de 1907. Rui perdeu.

5. O JUDICIÁRIO INTERNACIONAL DE BEVILÁQUA

Prossegue Beviláqua na descrição da concepção que norteia o seu projeto. Para que uma instância de adjudicação cumpra aquela dupla função, ela precisa ter as seguintes características: 1) ser permanente; 2) não depender da escolha dos seus membros para realizar a justiça – deve ser antes um órgão da sociedade dos Estados do que um aparato posto em movimento pela vontade dos países em disputa; 3) deve ser composta de juristas e não políticos; 4) proferir sentenças definitivas, que sejam impostas pelo respeito universal devido à justiça que nelas se encerram, bem como pelo prestígio dos homens que a compõem.³³

Perceba-se que, no seu livro de 1910-11, a escolha dos árbitros foi erigida em verdadeiro princípio do Di-

cialidade dessa distinção, vide KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. New York: Praeger, 1950. p. 477-483. Confira também KELSEN, Hans. *Peace Through Law*. North Carolina: Chapel Hill, 1944. p. 23-31.

29 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d’organisation d’une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 47.

30 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d’organisation d’une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 20.

31 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d’organisation d’une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p.21.

32 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d’organisation d’une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 22.

33 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d’organisation d’une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 20.

reito Internacional, mas agora tinha se tornado um problema. A sociedade internacional, se quiser consolidar o domínio do Direito, deve eliminar toda espécie de arbitrariedades. Nesse momento, a defesa de um judiciário internacional se torna uma bandeira contra a Política. Não deve haver espaço para esta na escolha dos seus julgadores, as sentenças devem se sustentar pela justiça que lhes é inerente e pela respeitabilidade dos homens (todos juristas, não políticos – frise-se) que as proferem. Beviláqua se aproxima cada vez mais do irenismo. Não só todas as causas da guerra se reduzem a questões jurídicas, como também é preciso reduzir a margem de atuação da Política.

De onde vem essa aversão pela Política? Beviláqua não está a defender o seu projeto, bem como a ideia de um judiciário internacional, para uma audiência universal. Ele tem uma plateia bem específica em mente. O irenismo encontra detratores, em geral, nos escritores adeptos do realismo político, mas, sobretudo, naqueles que acreditam haver uma distinção entre conflitos de natureza jurídica e política. Também, no início do século XX, eclode um pensamento que constitui a verdadeira antítese do irenismo. A Grande Guerra exerceu um profundo impacto nos escritores alemães, que se dedicaram a redigir panegíricos de propaganda e elogios àquela que deveria ser “a guerra para acabar com todas as guerras”. Em 1915, movido por fervor patriótico, o filósofo Max Scheler escreveu uma obra intitulada *O gênio da guerra e a guerra alemã*. Não se trata de um mero panfleto; a densidade intelectual do autor produziu um livro de 486 páginas. O texto talvez houvesse passado despercebido se não tivesse merecido a atenção do espanhol José Ortega y Gasset, o qual publicou, no ano seguinte, uma resenha com o título homônimo.³⁴

Segundo o pensador alemão, a guerra é uma manifestação do espírito humano em busca do poder. Não se trata de uma manifestação do instinto de sobrevivência: não merecem o título de guerra aquelas lutas de extermínio conduzidas contra índios e negros, mas

34 Ortega decepiona-se com as tentativas de justificação da guerra por parte de alguns filósofos alemães e não poupa o seu colega de críticas: “Nada me parece, en efecto, tan frívolo y tan necio como esas gentes que lejos del combate adoptan posturas guerreras.” E, adiante: “Sabios y poetas tienen obligación de servir a su patria como ciudadanos anónimos; pero no tienen derecho a servirla como sabios y poetas. Además, no pueden: la ciencia y la arte gozan de un pudor tan acendrado que ante la más leve intención impura se evaporan.” ORTEGA Y GASSET, José. O Gênio da Guerra e a Guerra Alemã. In: _____. *El Espectador*. Madrid: Biblioteca Edef, 1998. p. 155 e 157.

genocídios. Na verdadeira guerra, não se busca o mero aniquilamento dos agrupamentos humanos naturais, mas uma nova repartição do poder espiritual entre os povos. Luta-se por algo superior à existência: o poder, o qual coincide com e é pressuposto da liberdade política. Ela é um ato de força, não de fraqueza. Certamente, a guerra tem uma origem vital, mas não de uma pulsão de falta, como a fome ou a carência. Ao contrário, é a abundância, a sobra de energias que suscita a guerra.³⁵

Scheler vai além. Na história humana, a guerra desempenha um princípio organizador: é o ato bélico que unifica em povo as hordas naturais e as transforma em uma estrutura política estável. Assim, os períodos de paz organizada somente tornam-se possíveis em razão dos períodos de guerra. A paz só existe em função da guerra. Ela é que consiste no momento dinâmico da história; ao passo que a paz se reduz a uma atividade de mera adaptação ao novo sistema de poderes determinado pela guerra precedente. Por isso, constitui uma impossibilidade racional tentar substituir a guerra por litígios jurídicos, os quais são pautados por normas de direito objetivo. A guerra é um conflito de poderes, não um conflito de interesses; ela, portanto, transcende o Direito, para o qual só há controvérsias estáticas e atuais, rigorosamente circunscritas e previstas.³⁶

A guerra é realizada para o futuro, em nome do advento de um novo rearranjo de poderes entre os povos. O que se visa numa guerra é uma nova ordem. Desse modo, ela cria novas realidades históricas e se torna fonte de todos os valores. Então, como é a guerra que produz o Direito e a Moral, toda guerra é justa; é ela que decide a sorte daqueles que têm direito ou não de estar no mundo. Assim – ironiza Ortega –, Scheler nos convida a nos sentirmos agradecidos se um Estado mais forte – e isto, em sua opinião, quer dizer mais digno – se apodera do nosso.³⁷ O fato da guerra é o mesmo que o direito à guerra.

Scheler subverte todas as bases do irenismo. A guerra constitui uma forma racional de solução de controvérsias. Revela-se, também, necessária porque ela resolve uma espécie de conflito que o Direito não consegue.

35 SCHELER, Max. *Der Genius des Krieges und der Deutsche Krieg*. Leipzig: Verlag der Weissen Bücher, 1915. p. 25.

36 SCHELER, Max. *Der Genius des Krieges und der Deutsche Krieg*. Leipzig: Verlag der Weissen Bücher, 1915. p. 121.

37 ORTEGA Y GASSET, José. O Gênio da Guerra e a Guerra Alemã. In: _____. *El Espectador*. Madrid: Biblioteca Edef, 1998. p. 167.

Mais do que isso, das guerras defluem todos os valores, e elas criam o Direito e a Moral.

Não há dúvidas de que a posição de Scheler é extrema – assim como a de Erasmo. Mas muitos plenipotenciários na Haia esposavam uma forma mais mitigada desse anti-irenismo. Léon Bourgeois, o respeitado plenipotenciário francês que havia participado das duas conferências da Haia, por exemplo, discursava o seguinte, em 1907, sobre o projeto norte-americano: “*Ici encore, nous sommes amenés à faire cette distinction entre les questions politiques et les questions juridiques, qui nous a, tout à l’heure, éclairés et guidés. [...] Pour les différends politiques, il ne paraît pas possible, en ce moment, de consacrer l’obligation par un traité universel.*”³⁸

E o representante alemão de 1907, o Barão Marschall von Bieberstein, depois que os EUA apresentam a segunda proposta (que recebe o apoio alemão), passou a polarizar os debates com Rui Barbosa exatamente porque este defendeu a igualdade entre todos os Estados, grandes ou pequenos. Não era propriamente contrário à noção do primado do Direito sobre a força, mas, para o Barão, o poder manifestado pelas nações mais fortes cria um direito que estaria acima de qualquer julgamento dos Estados mais fracos. Assim, esses países não deveriam oferecer restrições ao projeto. “Tenho um grande respeito ao poder e o quanto ele representa no mundo. Nunca consentirei que uma grande encarnação do poder como a Alemanha seja julgada por um juiz representante da Guatemala.”³⁹

O anti-irenismo dessa frase não podia ser mais contundente. Quando a vitória dos argumentos de Rui Barbosa se torna evidente, o Barão, num ato ofensivo, retirou-se de férias, e Bourgeois deixou a Haia, pois achava que não havia mais nada a ser feito.⁴⁰

Cumprido salientar que os anti-irenistas não desapareceram depois da vitória da Águia da Haia. Em 1920, Beviláqua também se deparou com visões bem divergentes de uma corte internacional. Mas, nesse caso, a apologia ao poder e o menosprezo pelo Direito dos anti-irenistas tornavam Rui e Clóvis aliados novamente. Se este havia

mudado de ideia em relação ao que tinha denominado de “princípio da livre escolha dos árbitros”, permanecera fiel às teses da igualdade jurídica das nações e do primado do Direito sobre a força, tradicionais da diplomacia brasileira. Rui não errou em 1907; apenas não era suficientemente irenista.

Clóvis Beviláqua faz referência a dois projetos com os quais não concorda: o do dinamarquês Didrik Nyholm (que depois se torna juiz da CPIJ) e o do seu colega da Escola do Recife, Alberto Torres. Essas concepções são contrastadas quando o jurista de Recife analisa o procedimento para a escolha dos juizes. Este constitui, talvez, o tema mais importante para a criação de um judiciário imparcial e independente. E a melhor forma seria deixar a escolha para os próprios juizes da Corte (art. 6º). Os nove juizes poderiam escolher seis suplentes, que deveriam substituir os titulares temporariamente em casos de impedimento e suspeição (art. 4º) e, em definitivo, quando ocorresse a vacância (art. 5º) – isto se daria quando os membros titulares falecessem ou se aposentassem, pois não haveria mandato. Assim, os próprios juizes escolheriam entre os juristas mais qualificados do mundo os seus suplentes que os substituiriam um dia eventualmente na Corte de vez. Para a primeira composição da CPIJ, os nove titulares e os seis suplentes seriam eleitos pela Assembleia da SDN entre internacionalistas e magistrados das mais altas cortes, com notório saber e reputação elevada (art. 3º).

Desse modo, Beviláqua procurou solucionar o problema da representação nacional: a corte seria, de fato, um organismo da sociedade internacional, que se reproduziria independente dos Estados. E não haveria ninguém melhor para escolher um magistrado do que os juristas mais dignos, probos e cultos do mundo. A proposta revela-se bastante fiel ao princípio da igualdade jurídica dos Estados e encontra-se em consonância com o legado brasileiro maior da Haia. A Corte constituiria um organismo formado pelos melhores internacionalistas do mundo que se ocupariam somente do desenvolvimento do Direito e não teriam de prestar contas a país algum. Havia, apenas, uma limitação para que nenhuma das cinco partes do mundo (os cinco continentes) contasse com mais de cinco juizes titulares, nem mais de três suplentes (art. 3º, parte final).

Para justificar essa aristocracia judicial, Beviláqua lembrou que o projeto rotativo dos EUA, Alemanha e Reino Unido não observava os princípios da igualdade

38 BOURGEOIS, Léon. *Pour la Société des Nations*. Paris: Bibliothèque-Charpentier, 1910. p. 101.

39 STEAD, William; BARBOSA, Rui. *O Brasil em Haya*. Belém: Livraria Bittencourt, 1912. p. 118.

40 ARAÚJO, Brenda Maria Ramos. *Contribuição de Rui Barbosa a uma ordem mundial democrática*. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2013. p. 61.

de dos Estados, era por demais complicado, subscrevia uma noção política de superioridade militar e, por fim, não consistia num verdadeiro poder judiciário internacional. Observa que, tampouco, o projeto brasileiro foi aceito. De acordo com este, cada potência poderia designar um árbitro, por um período de nove anos. Os árbitros formariam três grupos, conforme a ordem alfabética dos Estados signatários, e cada um desses grupos representaria o tribunal por um período de três anos.⁴¹ Esse projeto também encerrava falhas porque nada mais era do que uma mera reforma e ampliação da Corte Permanente de Arbitragem.

Consoante Beviláqua, Alberto Torres procurou conciliar o princípio da igualdade dos Estados com os interesses das grandes potências, com a “superioridade da força”. Em 1909, Alberto Torres se debruçou sobre o problema da guerra e publica o livro em francês *Vers la Paix*. Quatro anos depois, volta a se ocupar das questões internacionais e publica *Le Problème Mondial*. No primeiro, ele redige um projeto de organização para uma Corte Internacional de Justiça. Bastante coerentes entre si, na segunda obra, que é mais extensa e se ocupa de várias outras questões internacionais além de uma instância adjudicatória internacional, ele volta a justificar o projeto no final.

É curioso notar que a forma como Beviláqua principia a sua explanação faz eco com a de Alberto Torres. Em *Vers la Paix*, o autor começa a justificar o seu projeto com as malfadadas concepções germano-britânica-norte-americana e brasileira. Contudo,

as duas ideias eram igualmente inaceitáveis. Expressão confessa da supremacia da força, a primeira era a violação do princípio fundamental do Direito Internacional, de sua essência, de sua própria alma. Rigorosamente jurídica, indiscutível na aparência, a outra continha uma ofensa aos interesses da justiça, da ordem e da paz, em virtude da preponderância do número das pequenas potências, sobre uma minoria que representava, não unicamente a força material, mas ainda uma civilização e uma cultura mais elevada.

Nem uma nem outra das duas combinações era de natureza a garantir a imparcialidade que deve caracterizar a instituição sobre a qual repousam as esperanças da paz e da fraternidade humanas.

O problema que restava resolver, após o fechamento

41 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 23.

da conferência era, pois, conciliar os dois interesses em litígio [...].⁴²

De fato, a conciliação entre o que cada um tem de melhor é o que busca Alberto Torres. Cada Estado deveria indicar um delegado e um suplente. As potências seriam dívidas em três categorias, conforme o seu poder militar, e os julgamentos seriam feitos por comissões. Num litígio entre países do mesmo grupo, a comissão seria composta somente por juízes desse grupo. Se o litígio ocorresse entre países de grupos diferentes, seriam escolhidos juízes em igual número dos dois grupos.

Cumprido ressaltar que, mesmo assim, isso parece insuficiente para a paz.

Soluções jurídicas não curam tão grave mal com raízes nas camadas mais profundas da História. [...] A paz não será o resultado da criação de um corpo judiciário nem, ainda menos, da promulgação de códigos internacionais, pela mesma razão que a ordem interna não nasceu do estabelecimento da justiça. Os juízes foram, primitivamente, instrumentos do poder, e o poder surgiu da força.⁴³

Alberto Torres não acreditava que os conflitos que engendram as guerras fossem todos de natureza jurídica. Não há dúvidas de que uma corte desempenha um papel muito importante para a paz, mas não se pode olvidar da Política. Disso deriva a incompletude desse projeto.

Na obra de 1913, ele conclui o que parecia faltar. Explica que, desde que se começou a pensar na organização da paz, o espírito que move os homens pende para uma solução arbitral e judiciária. Encontra-se subjacente a noção de que a guerra decorre do problema que imediatamente a precedeu, e que o mesmo poderia ser resolvido como qualquer outro litígio judicial. O projeto para uma justiça internacional se revelaria como a única solução possível dos problemas políticos do mundo e o que se deveria fazer seria, apenas, aperfeiçoar essa justiça. “Esta maneira de encarar o problema da paz resulta, entretanto, de uma ilusão de julgamento histórico”⁴⁴.

Assevera o autor que as guerras provêm de causas muito profundas e longínquas, quase sempre indetec-

42 TORRES, Alberto. *A Caminho da Paz*. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1927.

43 TORRES, Alberto. *A Caminho da Paz*. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1927.

44 TORRES, Alberto. *O problema mundial*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913.

táveis. Os motivos ocasionais e mais imediatos não passam de meros pretextos. Para assegurar a paz, faz-se necessário criar, além da corte internacional, um corpo político, uma espécie de “anficionia mundial”⁴⁵, composta de uma elite de homens políticos, muito cultos e talentosos, que pudesse reunir a sutileza do diplomata, a acuidade do homem de Estado e a ciência do sociólogo, do economista e do jurista. Esse organismo teria funções executivas. Além dele, poderia criar-se um órgão consultivo, formado por intelectuais escolhidos em todos os países, para o estudo das questões internacionais, o qual se tornaria o “centro do trabalho intelectual de todo o mundo”.⁴⁶ Esse organismo exerceria uma função consultiva e outra apaziguadora como guias do progresso, como se fosse uma conferência científica bastante eficaz.

Parece bastante evidente porque Clóvis Beviláqua não poderia subscrever a proposta do seu colega da Escola de Recife: a distinção entre conflitos políticos e jurídicos, e a crença de que o Direito não pode resolver tudo. As premissas são outras; até antitéticas.

Em 1920, o juiz dinamarquês Didrik Nyholm não era, ainda, um renomado internacionalista. Em verdade, havia servido por 20 anos como juiz dos tribunais mistos no Cairo, mas só ganhou notoriedade quando publicou, em 1918, também no Cairo, o livro *Le Tribunal Mondial*, que explica a sua visão de como deveria ser a CPIJ, texto que lhe assegurou uma vaga na primeira formação da Corte.⁴⁷ Beviláqua não teve acesso à obra em si, mas a um excerto dela publicado pelo *Journal du Droit International* da editora Clunet de 1919.⁴⁸

Segundo esse projeto, os juízes deveriam ser eleitos por um colégio eleitoral – este composto pelos países da “Aliança Mundial”. Para formar esse corpo, os países seriam divididos em sete classes, conforme o regulamento da Convenção Postal Universal. Assim, cada classe conteria um determinado número de unidades (as classes com os países mais fortes teriam mais unidades, é claro), e cada país deveria propor eleitores em número corres-

pondente ao das suas unidades. Desse total, seriam sorteados vinte nomes, os quais comporiam esse colégio eleitoral e elegeriam os juízes e os seus suplentes. Cabe observar que, para esse autor, o tribunal deveria ter jurisdição obrigatória até mesmo para os países que não fossem membros da aliança.⁴⁹

A proposta, de fato, conseguia mitigar um pouco o problema da representação nacional por causa do corpo eleitoral escolhido por sorteio. Mas os países mais fortes ainda levavam bastante vantagem. O acaso e as eleições indiretas ocorriam dentro de um universo de possibilidades em que esses Estados possuíam mais representação, e não há dúvidas de que isso feria o princípio da igualdade jurídica das nações. Beviláqua, portanto, também não poderia aceitar essa ideia.

Segundo o jurista de Recife, a discussão provocada por esse tema teria atingido alguns consensos. Primeiro, os juízes da Corte não poderiam ser considerados representantes dos seus países. Mais uma vez, Beviláqua cita uma fala da *American Society for judicial settlements of international disputes* que credita à noção de representação nacional os fracassos pretéritos da criação de uma corte judicial permanente. Esta seria falsa; os Estados que se apresentam perante o tribunal estão na condição de litigantes e, portanto, não há lugar para os seus representantes. Os juízes não devem figurar na corte por causa da sua nacionalidade, mas pela sua cultura e capacidade. Segundo, a própria escolha dos juízes deve ser feita não por diplomatas e políticos, mas por delegados técnicos. Isso salvaguarda o princípio da igualdade jurídica dos Estados e conta com a credibilidade universal. Terceiro, a CPIJ deve ser um corpo pequeno para não se perder em debates demorados.⁵⁰

Beviláqua se detém um pouco mais na última conclusão: os membros do tribunal devem ser profissionais da mais alta responsabilidade. Aqui repousa o que o autor considera a maior vantagem da sua proposta sobre as demais: os juízes devem ser escolhidos por seus pares. A eleição, pois, não levará em consideração a nacionalidade ou outras questões políticas, mas somente o valor moral e intelectual da pessoa. É claro que a primeira seleção deverá ocorrer por meio de um procedimento especial, mas, uma vez constituída, a corte irá se desta-

45 Uma inspiração direta das ligas de cidades gregas da Antiguidade.

46 TORRES, Alberto. *O problema mundial*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913.

47 SPIERMANN, Ole. *International legal argument in the permanent Court of International Justice: the rise of the international judiciary*. New York: Cambridge University Press, 2004. p. 138.

48 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 21.

49 NYHOLM, Didrik G. *Le Tribunal Mondial*. Cairo: Whitehead, Morris & Company (Egypt) Limited, 1918. p. 29 e 37.

50 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 25-26.

car dos outros órgãos da SDN e se mover livremente a fim de melhor representar o “pensamento humano na sua aspiração por justiça”.⁵¹

O projeto de Beviláqua cumpre os três primeiros requisitos e passa nesse último com distinção. Ele não apenas elimina de vez o problema da representação nacional, como também assegura que os membros da corte sejam os mais qualificados porque são escolhidos pelos mais qualificados. Para os padrões contemporâneos, essa defesa tão desnuda de uma aristocracia intelectual pode parecer um tanto estranha, mas não havia nada de estranho nela para o autor. Quando Beviláqua se refere aos projetos de Alberto Torres e de Nyholm, ele quer mostrar propostas alternativas que continham defeitos, mas também méritos, conforme os quatro critérios mencionados. Assim, a ideia de Alberto Torres sobre um corpo de *savants* só não é melhor porque não se refere ao próprio tribunal. *Noblesse oblige!*

6. A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL, SEGUNDO CLÓVIS BEVILÁQUA

O problema da jurisdição da Corte era, de longe, o mais controverso. Havia um consenso de que a competência da CPIJ deveria limitar-se a disputas interestatais, mas a discordância residia se um país, uma vez membro do Estatuto, aceitaria automaticamente a jurisdição da corte em todas as controvérsias futuras, ou, ao menos, em algumas espécies de litígio (e quais seriam). A dúvida era se um Estado poderia trazer um caso para a Corte de forma unilateral. Esta constitui a principal diferença entre a arbitragem e o judiciário nacionais. Trata-se do instituto da jurisdição obrigatória, uma ideia bastante óbvia aos tribunais nacionais, mas que esbarra na ausência de uma autoridade central no Direito Internacional. Como visto, Rui Barbosa opôs-se firmemente a isso em 1907.

O comitê consultivo dos dez juristas parecia perplexo. O art. 14 do Pacto da SDN, fundamento da criação da CPIJ, havia estabelecido que o futuro organismo conheceria de “todas as controvérsias de caráter internacional que as partes lhe submetam”. A letra desse dispositivo não permite a leitura de que as partes poderiam

submeter um litígio unilateralmente; contudo, a corte que deveria ser criada é uma de justiça, não de arbitramento. Por isso, o comitê decidiu que o seu ponto de partida não deveria ser o art. 14, mas o momento em que os debates chegaram a um impasse na II Conferência da Haia de 1907.⁵²

O comitê, então, elaborou um projeto cujo art. 34 consagra a jurisdição obrigatória para todos os casos de “natureza legal”, mas não foi aprovado pelo Conselho por ser contrário ao art. 14 do Pacto. Apesar dos vários protestos de delegados como B. C. J. Loder e *lord* Phillimore, o ideal da jurisdição compulsória não voltaria às discussões.⁵³ Então, no Protocolo de 16 de dezembro de 1920, Parte B, sob proposta de Raul Fernandes, é aprovada a “Cláusula de Opção” ou “Cláusula Raul Fernandes” – como nós brasileiros a conhecemos –, que abre a possibilidade de um Estado emitir uma declaração pela qual aceita a jurisdição obrigatória da Corte. Essas declarações podem ser incondicionais ou condicionadas à reciprocidade ou a algum limite temporal (como foi o caso do Brasil).

Segundo Kelsen, não se trata de verdadeira jurisdição compulsória. Os Estados, de fato, possuem a possibilidade de aceitar ou recusar a jurisdição da Corte. A diferença é que, em vez de fazer essa escolha caso a caso, os Estados aceitam a jurisdição para uma série de casos futuros, resguardadas algumas condições.⁵⁴ Ainda assim, essa cláusula foi o resultado de uma reação enérgica do delegado brasileiro perante a não aprovação da jurisdição compulsória e consistiu na fórmula mais próxima de obrigatoriedade que se conseguiu chegar à época.

Cabe observar que a cláusula Raul Fernandes não estava na primeira proposta brasileira nos debates preparatórios do comitê consultivo dos dez juristas. O projeto de Clóvis Beviláqua, que foi o projeto inicial, encontra-se entre os documentos apresentados ao comitê (é o último da lista)⁵⁵ e não prevê esse instituto. Já

51 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 26.

52 COMITÉ CONSULTATIF DE JURISTES. *Procès-verbaux des séances du comité 16 Juin – 24 Juillet 1920*. France: CPIJ, 1920. p. 15-19 e COMITÉ CONSULTATIF DE JURISTES. *Documents présentés au comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour Permanent de Justice Internationale*. France: CPIJ, 1920. p. 7-23.

53 SPIERMANN, Ole. *International legal argument in the permanent Court of International Justice: the rise of the international judiciary*. New York: Cambridge University Press, 2004. p.10.

54 KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. New York: Praeger, 1950. p. 522.

55 COMITÉ CONSULTATIF DE JURISTES. *Documents présentés au comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour*

que a marcha do “pensamento humano” se afastou da arbitragem, era de se esperar que a proposta inicial brasileira previsse, como regra, a jurisdição compulsória. Mas não.

A forma como Beviláqua prevê a jurisdição da Corte revela-se tão sutil que pode induzir o leitor ao erro. Foi sutil o suficiente para gerar uma dúvida no próprio Raul Fernandes. Logo no art. 1º, Beviláqua estabelece que os juízes deverão ser inamovíveis. A crítica ao Rui Barbosa e à sua insistência com uma justiça arbitral treze anos antes aparecem na justificativa deste artigo. Apenas muito adiante, o art. 20, que versa sobre a competência da Corte, prescreve: “*La Cour Permanente de Justice Internationale est compétente pour connaître de tous différends d’un caractère international, qui lui seront soumis par des membres de la Société des Nations, ou par des États étrangers à la Société des Nations, qui accepteront la jurisdiction de la Cour.*” E, no artigo seguinte, Beviláqua define o que seria uma questão de caráter internacional. Desse modo, a ênfase do artigo parece se restringir à competência material da Corte, ou seja, a quais tipos de controvérsias ela poderia decidir, mas não à ideia de jurisdição facultativa ou obrigatória.

Raul Fernandes leu o projeto e também não entendeu. Quando as discussões no comitê de juristas já haviam iniciado, Fernandes consultou, formalmente, o senhor consultor jurídico do Itamaraty, e, em 19 de julho de 1920, Clóvis Beviláqua respondeu oficialmente. Principiou com a assertiva (que só poderia ser irônica) de que o “meu Projeto é muito claro sobre a questão [...]” e cita o art. 14 do Pacto da SDN, mas insere ênfase na expressão “*que les parties lui soumettront*”.⁵⁶

São, portanto, as partes que devem submeter a questão ao julgamento do tribunal. De fato, no art. 23, Beviláqua prevê que as partes devem fixar os pontos controvertidos, um procedimento que deve ser compreendido como a circunscrição dos limites fáticos e jurídicos da controvérsia, um instituto típico da arbitragem denominado de “termos de referência”. “Ainda que o Tribunal seja de justiça e não de arbitramento, é bem certo que não se impõe coativamente, aos Estados. Estes devem aceitar a sua jurisdição. [...] É pois muito claro que o Projeto é contrário à provocação unilateral do Tribunal

[...].”⁵⁷

Insta salientar que, à exceção da Corte Centro-Americana de Justiça de 1907 (e do Tribunal Internacional de Presas Marítimas também de 1907, que não chegou a sair do papel), ainda não havia a experiência de cortes verdadeiramente internacionais. A referência que se utilizava para pensar a adjudicação internacional eram mesmo as cortes nacionais. E a maior diferença entre estas e a arbitragem se resumia à voluntariedade da jurisdição. Por isso, Rui Barbosa tinha se mostrado tão refratário a um judiciário internacional, porque a jurisdição das cortes nacionais, no direito interno, só se impõe, coativamente, em razão da existência de um poder acima de todos.

Então, por que Clóvis faz questão de se distanciar da posição de Rui, se aqui se assemelham tanto? Conforme visto, a referência ao Rui Barbosa e à mudança do “pensamento humano” ocorrem quando Beviláqua começa a discorrer sobre a inamovibilidade dos juízes. Segundo o jurista de Recife, a grande diferença, portanto, entre a arbitragem e o judiciário internacional não se traduz na inafastabilidade da jurisdição, mas na impossibilidade de escolha do julgador. A Corte Permanente de Arbitragem constituía um órgão da justiça internacional, o tribunal mesmo, mas não os seus árbitros, que eram escolhidos numa base casuística. Mas cada juiz da nova Corte Permanente Internacional de Justiça, o indivíduo mesmo, correspondia a um órgão dessa justiça internacional, pois todos eles, salvo em casos de impedimento, deveriam se fazer presentes em todos os casos trazidos à corte. Essa liberdade os Estados não possuíam.

Ainda assim, não deixa de causar espanto o fato de que Beviláqua considere “óbvia” a facultatividade da jurisdição, enquanto, na comissão dos dez juristas, essa obviedade foi objeto de intensos debates e hesitações, sem mencionar a acalorada intervenção do delegado brasileiro que propõe a cláusula que hoje leva o seu nome como reação à não aprovação da jurisdição obrigatória. Essa diferença de percepção remete-se às concepções que Beviláqua esposava sobre o fundamento do Direito Internacional, as quais, em virtude da sua extensão, não podem ser objeto de análise do presente

Permanent de Justice Internationale. France: CPIJ, 1920. p. 349.

56 BEVILÁQUA, Clóvis. Parecer sobre a Liga das Nações. Organizações autônomas: Corte Permanente de Justiça Internacional. 19 de julho de 1920. In: MEDEIROS, Antônio Cachapuz de (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado Federal, FUNAG, 2000. p. 192.

57 BEVILÁQUA, Clóvis. Parecer sobre a Liga das Nações. Organizações autônomas: Corte Permanente de Justiça Internacional. 19 de julho de 1920. In: MEDEIROS, Antônio Cachapuz de (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado Federal, FUNAG, 2000. p. 192.

texto. Porém, importa ressaltar que o autor aceitava uma espécie de voluntarismo mitigado. O Direito Internacional provém da vontade dos Estados, mas a solidariedade internacional constitui o princípio maior:

Partindo da ideia da sociedade dos Estados, dá-se por fundamento ao direito público internacional, não a soberania, princípio de direito interno, mas a solidariedade, fenômeno social de alta relevância, pelo qual devemos entender: a consciência de que as nações cultas têm interesses comuns, que transbordam de suas fronteiras, e para a satisfação dos quais necessitam umas do concurso das outras; e, ainda, a consciência de que a ofensa desses interesses se reflete sobre todas elas, de onde a necessidade de garanti-los por um acordo comum.⁵⁸

Os Estados são soberanos, mas é a solidariedade, não a soberania, que impulsiona os países a formarem uma sociedade internacional. Há problemas e interesses que perpassam as fronteiras.

A soberania é um fato e Beviláqua não discute isso. Mas ela não entrava o Direito Internacional; pelo contrário, por causa dela, esse Direito existe.

A limitação que o Estado se impõe, por exemplo, na celebração de um tratado, é emanção de sua soberania, e não restrição a ela feita.

Quando o Estado cumpre um dever em relação a si mesmo, não o faz apesar da soberania, mas em virtude dela, isto é, de sua livre personalidade. A soberania não se opõe a que ele assim proceda; habilita-o, pelo contrário, a agir.⁵⁹

Beviláqua subscreve a Teoria da Autolimitação: o Direito Internacional se origina de uma restrição que o Estado mesmo se impõe. Como afirma claramente na conferência para o IAB, “*c’est en raison de leur souveraineté que les États peuvent s’associer librement. L’auto-limitation que l’admission à la Société des Nations impose, ne diffère pas de celle qui est exigée pour la célébration des autres traités*”⁶⁰. Assim, se o Direito Internacional constitui uma autolimitação, e visto que as restrições devem ser interpretadas

restritivamente, a CPIJ só poderia apresentar jurisdição facultativa. É por esse motivo que parecia óbvio para o autor: as restrições ao poder dos Estados não podem ser presumidas, mas expressas. Beviláqua sempre partiu da noção de que a jurisdição internacional, quer arbitral, quer judicial, seria voluntária.

Ainda resta analisar no que consistia uma controvérsia suscetível de ser apreciada pelo tribunal. A expressão empregada pelo autor é “*différends d’un caractère international*” (art. 20). O próprio projeto explica o que isso significa nos artigos seguintes: quando as partes são Estados, e o objeto é a aplicação ou interpretação de um tratado ou uma relação de direito (costumeiro) entre Estados não regulada por tratado (art. 21). Para não deixar dúvidas, o artigo 22 prescreve que a Corte não teria competência para conhecer as questões entre indivíduos, nem aquelas entre pessoas jurídicas de direito privado, de um lado, e pessoas de direito público, do outro.

Havia uma discussão muito grande, desde as conferências da Haia, sobre os limites da competência material da jurisdição internacional. Em 1899, a distinção entre conflitos políticos e jurídicos foi lembrada, de modo que os primeiros não pudessem ser objeto da arbitragem. Muitas vezes, utilizavam-se fórmulas vagas, como “questões sobre a honra e a dignidade nacionais”, ou, ainda, “interesses vitais”, para designar a mesma ideia. Indubitavelmente, Beviláqua critica isso.⁶¹ A competência do tribunal deveria ser a mais ampla possível e conhecer de todas as questões de Direito Internacional. Em seu apoio, Beviláqua chega a citar o art. 358 do Projeto de Código de Direito Internacional de Eptácio Pessoa, que também amplia (para a jurisdição de um tribunal arbitral) todas as controvérsias internacionais que não encontraram solução em outros meios pacíficos.⁶²

O autor, todavia, restringe os conflitos internacionais apenas aos conflitos interestatais. Nesse quesito, ele se mantém constante em todas as suas obras. Na justificativa do projeto, ele define conflitos internacionais como aqueles que ocorrem entre Estados e não pertencem nem ao direito privado, nem ao direito público

58 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 13.

59 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 72.

60 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d’organisation d’une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 42.

61 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. p. 214-216.

62 “Art. 358. Os Estados submeterão a arbitragem todas as controvérsias que não tenham podido resolver por negociações diretas ou outro meio pacífico, desde que não ponham em causa os seus princípios constitucionais.” PESSOA, Eptácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911.

interno. As questões de Direito Internacional Privado devem permanecer com os tribunais nacionais. Nesse caso, além de os conflitos envolverem pessoas e não Estados, não se pode imaginar que um tribunal internacional possa aplicar leis nacionais. E, no seu livro de 1910-11, o autor revela-se bem detalhista. Excluem-se os litígios de interesse privado, a coisa julgada nacional (o tribunal internacional não deve se tornar uma instância revisora das cortes nacionais) e as matérias relativas à organização constitucional do país.⁶³

Beviláqua também se pronuncia sobre os limites da jurisdição internacional em dois pareceres. Num parecer de 14 de novembro de 1923 sobre a competência do Conselho da SDN, ele afirma que se impõem a esse órgão os mesmos limites da arbitragem e reitera as três exceções expressas no seu livro. E, no parecer já mencionado acerca da consulta feita por Raul Fernandes, atento a todos os debates da Comissão, expressa o seu descontentamento com algumas conclusões parciais: o modo de eleição – que lhe pareceu “muito complicado” – e o que autoriza o tribunal a julgar litígios sobre direitos privados. Afirma o autor que “somente porque o Estado lhe assume a defesa, o interesse privado se transforma em interesse internacional?”⁶⁴ Beviláqua, portanto, mostra-se contrário até mesmo à ideia de um litígio de um particular receber a proteção diplomática.

Cumprido salientar que, à época, a noção de que a jurisdição internacional só deveria se ocupar de questões interestatais não era necessariamente natural. Tanto o Estatuto da Corte Centro-Americana, como o projeto do Tribunal de Presas, ambos de 1907, admitiam a petição de indivíduos. Mas Beviláqua parece desconhecer a experiência daquela e tinha muitas reticências em relação ao instituto da presa marítima, que ele qualificava como uma “forma autorizada de pirataria”.⁶⁵

Em verdade, essa concepção mais restrita de controvérsia internacional decorre, mais uma vez, dos seus fundamentos, da sua concepção de sociedade internacional. Novamente, não cabem considerações de maior

relevo neste artigo, mas deve ressaltar-se que Beviláqua subscrevia a um tipo de dualismo: o Direito Internacional e os direitos nacionais constituem ordens jurídicas distintas, e as relações que eles regulam são bem diferentes. Mesmo o Direito Internacional Privado vai regular relações de outra natureza, entre particulares, “*membres de la Société internationale des individus, laquelle diffère, essentiellement, de la Société des États, organisée par le Pacte des Nations*”⁶⁶.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que tenha se notabilizado como civilista, Clóvis Beviláqua sempre atuou com o Direito Internacional e foi muito reconhecido nessa área. Além de ter sido um longo Consultor Jurídico do Itamaraty, foi um dos dez juristas do mundo inteiro convidado a preparar o projeto do Estatuto da Corte Permanente Internacional de Justiça. Tratava-se de uma empreitada grandiosa que havia se iniciado na I Conferência da Haia de 1899 e só amadureceu vinte anos depois. Procurava realizar-se algo (praticamente) inédito, e o Brasil precisava também aqui mostrar ao mundo a sua liderança, como havia feito na Haia, em 1907. O grande jurista do Recife possuía as credenciais para tanto e sabia mensurar o tamanho da honraria. Embora ele mesmo não pudesse ir, redigiu um projeto de estatuto da CPIJ para que o seu substituto, Raul Fernandes, fosse apresentar na comissão especial.

O projeto foi escrito com bastante esmero e há nele um toque muito pessoal. Talvez ainda exaltado pela querela acerca da autoria do Código Civil⁶⁷, a qual havia posto Clóvis e Rui em rota de colisão, o tom com o qual Beviláqua inicia o seu projeto parece pretender distanciar-se da posição defendida pela Águia da Haia sobre o judiciário internacional. A afirmação de que o “pensamento humano” havia trilhado outro caminho e a deferência a autores norte-americanos que defendiam concepções assemelhadas – senão idênticas – à primeira proposta que os EUA apresentaram em 1907 integram essa estratégia de distanciamento. Mas, em verdade, o

63 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 210.

64 BEVILÁQUA, Clóvis. Parecer sobre a Liga das Nações. Organizações autônomas: Corte Permanente de Justiça Internacional. 19 de julho de 1920. In: MEDEIROS, Antônio Cachapuz de (Org). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado Federal, FUNAG, 2000. p. 193.

65 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 30.

66 BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921. p. 30.

67 Confira BARCELLOS, Daniela Fontoura de. *Código Civil*: professores entre a Faculdade de Direito e o governo federal. 2011. 371 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

irenismo de Beviláqua não podia afastá-lo demais. Os maiores opositores de Rui Barbosa queriam uma instância composta (e, outrossim, representativa) dos Estados mais fortes, e que só pudesse julgar controvérsias estritamente “jurídicas”. Essas teses não haviam desaparecido treze anos depois e Beviláqua não poderia comungar delas.

Ademais, as concepções de Beviláqua sobre jurisdição internacional reduzem ainda mais a distância. A maior diferença entre o judiciário e a arbitragem internacionais restringir-se-ia à inamovibilidade dos juizes e à consequente impossibilidade dos Estados de escolherem os seus julgadores em cada caso concreto. O instituto da inafastabilidade da jurisdição, que era o desejo de muitos dentro da comissão, inclusive o de Raul Fernandes, para Beviláqua, parecia muito estranho ao Direito Internacional, a ponto de a ideia oposta, a da voluntariedade da jurisdição, ser óbvia. Isso aproximava a sua ideia de judiciário internacional da arbitragem.

Clóvis e Rui, afinal, não eram tão diferentes. Ambos desejavam organizar a sociedade internacional em bases mais jurídicas do que políticas, com o primado do Direito sobre a força e acreditavam que a solução **jurisdicional** das controvérsias internacionais – com especial ênfase neste termo – constituísse uma medida essencial para a preservação da paz. Mas não se encontravam dispostos a radicalizar essa ideia até atingir a jurisdição compulsória, pois não aceitavam o consequente sacrifício da perda de soberania estatal. A sociedade internacional para os dois brasileiros era uma sociedade de Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *O Barão do Rio Branco e a II Conferência da Haia*. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1945.

ARAÚJO, Brenda Maria Ramos. *Contribuição de Rui Barbosa a uma ordem mundial democrática*. Monografia (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2013.

BARBOSA, Rui. *Os conceitos modernos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1983.

BARRETO, Fernando de Mello. O Brasil e a Liga das

Nações. In: SILVA, Raul Mendes; BRIGAGÃO, Clóvis (Org.). *História das Relações Internacionais do Brasil*. Rio de Janeiro: CEBRI, [s/d].

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito público internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Projet d'organisation d'une Cour Permanente de Justice Internationale*. Rio de Janeiro: B. Frères, 1921.

BEVILÁQUA, Clóvis. Parecer sobre a Liga das Nações. Organizações autônomas: Corte Permanente de Justiça Internacional. 19 de julho de 1920. In: MEDEIROS, Antônio Cachapuz de (Org.). *Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty*. Brasília: Senado Federal, FUNAG, 2000.

BOURGEOIS, Léon. *Pour la Société des Nations*. Paris: Bibliothèque-Charpentier, 1910.

CARR, Edward Hallet. *Vinte anos de crise: 1919-1939*. Brasília: UnB, 1981.

COMITÉ CONSULTATIF DE JURISTES. *Documents présentés au comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour Permanent de Justice Internationale*. France: CPIJ, 1920.

COMITÉ CONSULTATIF DE JURISTES. *Procès-verbaux des séances du comité 16 Juin – 24 Juillet 1920*. France: CPIJ, 1920.

ROTTERDÃO, Erasmo de. *A Guerra e a queixa da paz*. Lisboa: Edições 70, 1999.

BARCELLOS, Daniela Fontoura de. *Código Civil: professores entre a Faculdade de Direito e o governo federal*. 2011. 371 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

KELSEN, Hans. *Peace Through Law*. North Carolina: Chapel Hill, 1944.

KELSEN, Hans. *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*. New York: Praeger, 1950.

KELSEN, Hans. The Principle of Sovereign Equality of States as a basis for International Organization. *The Yale Law Journal*, v. 53, n. 2, p. 207-220, mar. 1944.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito inter-*

- nacional público*. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v.2.
- NERY JUNIOR, Nelson; BEVILAQUA, Clóvis. In: RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo. *Grandes Juristas Brasileiros*: Livro II. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NYHOLM, Didrik G. *Le Tribunal Mondial*. Cairo: Whitehead, Morris & Company (Egypt) Limited, 1918.
- ORTEGA Y GASSET, José. O Gênio da Guerra e a Guerra Alemã. In: _____. *El Espectador*. Madrid: Biblioteca Edaf, 1998.
- PESSOA, Epitácio. *Projeto de Código de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911.
- PIMENTEL, José Vicente de Sá. *Pensamento diplomático brasileiro*. Brasília: FUNAG, 2013, v. 2.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *Estudos de direito internacional*. Porto Alegre: UFRGS, 1965.
- SCHELER, Max. *Der Genius des Krieges und der Deutsche Krieg*. Leipzig: Verlag der Weissen Bücher, 1915.
- SPIERMANN, Ole. *International legal argument in the permanent Court of International Justice: the rise of the international judiciary*. New York: Cambridge University Press, 2004.
- STEAD, William; BARBOSA, Rui. *O Brasil em Haya*. Belém: Livraria Bittencourt, 1912.
- TORRES, Alberto. *A Caminho da Paz*. Rio de Janeiro: Graphica Ypiranga, 1927.
- TORRES, Alberto. *O problema mundial*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1913.
- WOOLF, L. S.. *International government*. Two reports prepared for the Fabian Research Department. Fabian Committee for a Supernational Authority that will prevent war. Introduction by G. Bernard Shaw. New York: Brentano's, 1916.
- Este artigo é parte de uma pesquisa de pós-doutoramento desenvolvida sob os auspícios do IHGB.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Possibilidade de delegação de atribuição para a celebração de Tratados pela República Federativa do Brasil: análise do artigo 84, VIII c/c parágrafo único da Constituição Federal

Possibility of delegating the power of concluding international treaties on behalf of the federative Republic of Brazil: analyses the article 84, subparagraph VIII combined with its sole paragraph, from Brazil's Constitution

Luciano Monti Favaro

Héctor Valverde Santana

Possibilidade de delegação de atribuição para a celebração de Tratados pela República Federativa do Brasil: análise do artigo 84, VIII c/c parágrafo único da Constituição Federal*

Possibility of delegating the power of concluding international treaties on behalf of the federative Republic of Brazil: analyses the article 84, subparagraph VIII combined with its sole paragraph, from Brazil's Constitution

Luciano Monti Favaro**

Héctor Valverde Santana***

RESUMO

O presente artigo analisa a possibilidade de delegação de atribuição para a celebração de tratados pela República Federativa do Brasil, considerando-se o disposto no art. 84, VIII c/c parágrafo único, da Constituição Federal. Extraí-se da interpretação literal da norma constitucional em referência que a competência para celebrar tratados é privativa do Presidente da República, não podendo ser delegada, uma vez que a delegação está restrita aos casos previstos no art. 84, incisos VI, XII e XXV, primeira parte, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo, da Constituição Federal. Ocorre que interpretação literal não se coaduna com a prática da diplomacia brasileira, segundo a qual não apenas o Presidente da República celebra tratados, mas pode-se valer, quando necessário, do Ministro das Relações Exteriores ou mesmo de outro agente público plenipotenciário. O estudo observa revisão bibliográfica e documental da doutrina brasileira sobre o tema e se vale de julgado do Supremo Tribunal Federal para concluir que a interpretação literal a ser dada ao art. 84, VIII, da Constituição Federal, segundo a qual apenas o Presidente da República poderia celebrar tratados, sem possibilidade de delegação, não é a interpretação adotada na rotina diplomática do Brasil, especialmente considerando-se o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). A importância do trabalho reside no fato de que a redação prevista no art. 84, VIII c/c parágrafo único, da Constituição Federal não corresponde à realidade observada na celebração de tratados pela República Federativa do Brasil, desconsiderando, portanto, a solução orientada à hipótese pelo Direito Internacional Público.

Palavras-chave: Tratado. Poder. Delegação. Interpretação. Constituição.

* Recebido em 06/06/2016
Aprovado em 07/06/2016

** FAVARO, Luciano Monti. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Professor de Direito Internacional da Faculdade Projeção. Advogado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Doutorando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. *E-mail:* lucianofav83@yahoo.com.br.

*** SANTANA, Héctor Valverde. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do UniCEUB. Juiz Substituto de Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *E-mail:* hectorvsantana@gmail.com

ABSTRACT

This paper analyses the possibility of delegating the power of concluding international treaties on behalf of the Federative Republic of Brazil, according to article 84, subparagraph VIII combined with its sole paragraph, from Brazil's Constitution. It can be understood by literal comprehension of that constitutional rule that the power to conclude treaties belongs exclusively to the President of the Republic and cannot be delegated. The cases of delegation are strictly expressed in article 84, subparagraphs VI, XII and XXV, first part, according to the terms of sole paragraph of the same article, of Brazil's Constitution. The strict literal interpretation is not coherent with Brazilians' diplomatic practices, according to which not only the President of the Brazilian Republic concludes international treaties, but can also, delegate powers to the Minister of Foreign Affairs or even to other plenipotentiaries. This study was developed after a bibliographic and documental review of Brazilian's doctrine about this issue and was based on a decision of the Supreme Federal Court to conclude that the literal interpretation of article 84, subparagraph VIII, of Brazil's Constitution, according to which the President of the Republic has the power to conclude international treaties, exclusively, is not the interpretation adopted in diplomatic daily basis in Brazil, especially obeying the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). The importance of this paper lies mainly in the fact that the terms of article 84, subparagraph VIII combined with its sole paragraph, of Brazil's Federative Constitution are not coherent with the reality of international treaties conclusions in the Federative Republic of Brazil, therefore, not considering the solution to the hypothesis suggested by International Law.

Keywords: Treaty. Power. Delegating. Interpretation. Constitution.

1. INTRODUÇÃO

É antiga e controversa a discussão acerca do poder de celebrar tratados no Brasil. O denominado *treaty-making power* advém da interpretação que se faz da norma constitucional a fim de se verificar a possibilidade de certos acordos internacionais prescindirem a aprovação

legislativa. Ao lado dessa discussão, mas inserida ainda no contexto do *treaty-making power*, surge outra que se refere à análise da autoridade competente para celebrar tratados no Brasil.

A interpretação literal do art. 84, VIII, da Constituição Federal, enseja a compreensão de que a competência para celebrar tratados é privativa do Presidente da República. No entanto, as diversas formas de interpretação constitucional conduzem a conclusões diversas, que são extraídas a partir de dois motivos principais. O primeiro motivo corresponde à ideia de que o vocábulo *celebrar* é amplo e deixa margem sobre a discussão de quais atos internacionais engloba, ou seja, se versa, apenas, sobre a negociação e a adoção do tratado, ou se incluiria, também, a assinatura e a consequente ratificação do acordo internacional. O segundo motivo está relacionado à conjugação do art. 84, *caput*, e o parágrafo único, da Constituição Federal, especificamente quanto à possibilidade ou não de delegação do ato de celebrar tratados a Ministros de Estado.

A resposta aos questionamentos acima referidos exige análise inicial acerca do direito dos tratados, em especial sobre a definição de tratados, bem como da competência negocial, no âmbito internacional, para se celebrar tratados. A análise da definição dos tratados se justifica na medida em que podem surgir determinados questionamentos sobre as terminologias adotadas na Constituição Federal brasileira. A questão relacionada à competência de negociar impõe análise do ponto de vista internacional com o propósito de cotejá-la com a norma constitucional brasileira. Após, passa-se à análise do procedimento de incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

Pretende-se adentrar, com base na doutrina de direito constitucional, o cerne das questões propostas, investigando a prática na celebração de tratados adotada pelo Poder Executivo Federal e sua subsunção à Constituição Federal. Ressalte-se que o tema é eminentemente de direito interno, uma vez que a competência para celebrar tratados é definida no âmbito das constituições ou de leis internas dos países.¹

Finalmente, entende-se que a interpretação do vocábulo *celebrar* constante no art. 84, VIII, da Constituição Federal, envolve a exegese de conceitos do direito

1 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 33-34.

internacional, razão pela qual se impõe a compreensão de definições extraídas do direito internacional.

2. TRATADOS

Os tratados são fontes do direito internacional, bem como os costumes internacionais e os princípios gerais do direito, conforme previsão no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.² Atualmente, o relacionamento entre os Estados se concretiza, na maioria das vezes, por intermédio da celebração de tratados. Chega-se a afirmar que seria impensável a realização de determinados atos cotidianos, não fosse a celebração de tratados entre os Estados, tais como fazer ligação telefônica, enviar correspondência ou utilizar o transporte aéreo de passageiros no âmbito internacional.³

2.1. Definição de tratados

O tratado é, nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT/1969), um acordo internacional, concluído por escrito, celebrado entre Estados e regido pelo Direito Internacional, independentemente de sua denominação específica.⁴ O âmbito de aplicação da CVDT/1969 recai sobre os tratados celebrados entre Estados. Isso não significa que as organizações internacionais não possam celebrar tratados. Há, inclusive, outra Convenção de Viena que se aplica aos tratados celebrados entre as organizações internacionais, que é a Convenção de Viena sobre Tratados de 1986.

A definição de tratado em ambas as Convenções se equivalem, razão pela qual se adota a definição constante na CVDT/1969, especialmente pelo fato de esta já ter sido ratificada pelo governo brasileiro, em 25 de setembro de 2009 e promulgada mediante o Decreto 7.030, de 14 de dezembro do mesmo ano. O tratado é um acordo concluído por escrito, diferenciando-se da norma consuetudinária. Esta, também, é uma fonte do

Direito Internacional, conforme se extrai da definição constante na CVDT/69. O tratado é, assim, um acordo formal repousando aí, por certo, a principal distinção entre tratado e o costume. O costume, também resultante de acordo entre sujeitos do Direito Internacional, e não menos propenso a produzir efeitos jurídicos internacionais, é forjado por meios bem diferentes dos que caracterizam a celebração de um tratado.⁵

Desde a Convenção de Havana, de 1928, a oralidade é destoante da própria noção histórica do tratado. Assim, o tratado não dispensa a forma escrita, de seu feito documental.⁶ Ressalta-se que o fato de o tratado ser na forma escrita não afasta a oralidade como meio de se criar obrigações entre os sujeitos de Direito das Gentes. O fato de a oralidade ser hostil à própria noção histórica do tratado não resulta, em absoluto, a negativa de sua serventia como expressão para a criação de obrigações.⁷ Extrai-se, ainda, da definição, que o tratado é um acordo internacional regulado pelo Direito Internacional. Inconcebível, desse modo, que existam tratados de direito interno de modo que a expressão “tratado internacional” resulta, por assim dizer, em um circunlóquio.

Verifica-se ser irrelevante para os efeitos e eficácia do tratado a denominação que ele irá receber. Os países não atribuem qualquer consequência jurídica em razão da denominação que os atos bilaterais ou multilaterais internacionais irão receber. Constata-se, na prática, que os termos tratados, convenções, acordos, atos internacionais, ajustes, pactos, ligas ou outras denominações têm sido utilizadas, sem qualquer critério.⁸ A própria jurisprudência internacional tem se valido das expressões tratados, convenções ou acordos internacionais como sinônimas.⁹ Isso, inclusive, tem refletido no próprio texto constitucional federal, no qual se verifica as expressões: tratados (art. 102, III, *b*); tratados internacionais (art. 5º, §§ 2º e 3º); acordos firmados pela União (art. 178, *caput*); tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VIII); e tratados, acordos ou atos internacionais

2 ESTATUTO da Corte Internacional de Justiça, 1945. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

3 SHAW, Malcom N. *Direito internacional*. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 75.

4 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. Artigo 1. “a”.

5 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 59-60.

6 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 22.

7 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 23.

8 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 59-60.

9 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 60-61.

(art. 49, I).¹⁰

Reitera-se, na prática, verifica-se a utilização livre e aleatória das variantes terminológicas de tratado, em que pese certas preferências extraídas de análises estatísticas.¹¹ Estudos relatam que, há pelos cem anos, a insinuação de que os termos tratado e convenção são, conceitualmente, algo distinto já não faz mais sentido,¹² uma vez que é comum as referidas denominações serem utilizadas no mesmo sentido jurídico. Excepciona a denominação *Concordata* a qual refere-se a tratado bilateral celebrado entre um Estado e a Santa Sé, *visando à regulação de matéria de interesse religioso*.¹³

Não são poucos os doutrinadores que optam, em suas obras, em discorrer acerca das terminologias dos tratados, a exemplo de Celso de Mello; Hee Moon Jo; Valerio Mazzuoli de Oliveira; Marcelo Dias Varela, entre outros.¹⁴ Em suma, acerca da definição de tratados e fazendo uma analogia ao direito interno, os tratados, por sua própria essência, nada mais são do que contratos que prescrevem várias obrigações as quais passam a vincular as partes signatárias.¹⁵

2.2. Competência negocial

O art. 6º da CVDT/69 dispõe que todos os Estados detêm capacidade para concluir tratados. Naturalmente que essa capacidade é exercida por um representante do Estado. Para fins de ser considerada representante, a pessoa designada deverá apresentar plenos poderes, que nada mais é do que uma carta expedida pela autoridade competente de um Estado e na qual é/são designada(s) uma ou várias pessoas com o intuito de representar esse Estado na celebração de uma convenção internacional.¹⁶

A CVDT/69 estabelece que a apresentação da carta de plenos poderes é excepcionada aos Chefes de Es-

tado e de governo e aos ministros das Relações Exteriores. Os representantes prescindem a apresentação da carta de plenos poderes para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado. No tocante ao chefe de Estado, a dispensabilidade da apresentação da carta de plenos poderes advém do fato de que dispõe de autoridade fluente de seu cargo. Até porque seria impossível alguém que tivesse semelhante credencial para conceder ao chefe de Estado uma carta de representação. Igual entendimento recai sobre representatividade do chefe de governo, quando essa função – assim como ocorre no parlamentarismo –, é distinta da do chefe de Estado.¹⁷

Verifica-se que o Chefe de Estado e o Chefe de Governo nos países parlamentaristas é a autoridade máxima no que tange à competência negocial para celebrar tratados. A autoridade do Chefe de Estado não conhece limites, ostentando, em razão do cargo, competência para negociar e assinar acordos internacionais, bem como exprimir o consentimento estatal definitivo,¹⁸ como, por exemplo, a ratificação do tratado.

Em relação ao Ministro das Relações Exteriores, que também detém qualidade representativa ampla, Francisco Rezek faz uma distinção. Enquanto as autoridades precedentes, chefe de Estado e de Governo, possuem representatividade originária, o ministro das Relações Exteriores possui representatividade derivada.¹⁹ Ressalte-se que Marcelo Dias Varela entende de modo diverso ao expor que tanto o Ministro das Relações Exteriores, quanto o Chefe de Estado e de Governo dispensam a apresentação da carta de plenos poderes, uma vez que se presume sua *legitimidade originária* na representação do país nas negociações internacionais e *não derivada*, tal qual a dos demais representantes.²⁰

Fato é que, conquanto essa divergência doutrinária, o Ministro das Relações Exteriores, assim como as outras pessoas as quais fazem jus à apresentação da carta de plenos poderes, é denominado de plenipotenciário dispensando-se, no caso deste, reitera-se, qualquer prova documental avulsa, enquanto estiver no exercício do

10 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 60-61.

11 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 15-16.

12 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 88.

13 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 48.

14 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

15 SHAW, Malcom N. *Direito internacional*. São Paulo: M. Fontes, 2010. p. 75.

16 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. Artigo 1 “c”.

17 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35.

18 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34-35.

19 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 34.

20 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 49-50.

cargo para fins da realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado.²¹

No tocante aos demais ministros de Estado, estes necessitam da referida carta para eventuais negociações de tratados, uma vez que a exceção constante na CVDT/69 recai, exclusivamente, sobre o Ministro das Relações Exteriores.²² De igual modo, dispensa-se a apresentação da carta de plenos poderes o chefe de missão diplomática, desde que se trate da *adoção* do texto de um tratado entre o Estado acreditante, Estado que enviou o chefe da missão diplomática, e o Estado junto ao qual o referido representante desempenha suas funções. Registra-se que a *adoção* do texto de um tratado será mais bem explanada no tópico seguinte atinente ao *iter* de incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

Outra excepcionalidade da apresentação dos plenos poderes recai sobre os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional para fins de adoção do texto de um tratado. Na hipótese em que os representantes estão acreditados perante referida organização, dispensável será a apresentação de plenos poderes para a adoção do texto de um tratado.

Em todos os demais casos de representação para a celebração de um tratado, mister a apresentação dos plenos poderes apropriados que se dará mediante a apresentação da carta de plenos poderes.²³ Excepciona-se, no entanto, a apresentação da referida carta se a prática dos Estados interessados indicarem que a intenção era considerar determinada pessoa como sua representante e, para esses fins, dispensarem os plenos poderes.²⁴

Por fim, no tocante à competência para emissão da carta de plenos poderes, esta recai sobre o chefe de Estado, ou Chefe de Governo no caso dos países parlamentarista, haja vista este deter, conforme já exposto, a representatividade originária.

3. *ITER* DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS NO

21 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35.

22 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

23 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35.

24 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. Artigo 7, 1, “a” e “b”.

ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O primeiro passo para a celebração de um tratado é a negociação. Em se tratando de uma negociação bilateral, esta se inicia, comumente, mediante o encaminhamento de nota diplomática, de caráter informal, de um Estado a outro.²⁵ Após, essa se desenvolve, em regra, no território de uma das partes pactuantes entre a chancelaria, assim denominado o Ministério das Relações Exteriores, Secretaria de Estado ou repartição governamental que tenha as funções atinentes às relações exteriores, e a embaixada do país co-pactuante, ou a delegação especialmente encaminhada para negociar o tratado.²⁶ A falta de relacionamento diplomático permanente, no entanto, não impede que os Estados possam negociar um tratado no território de um deles ou, até mesmo, no território de um terceiro Estado.

Como exemplo da negociação em território de um terceiro Estado, cita-se o acordo de Paris negociado na França, entre Vietnã e Estados Unidos da América, em que pese estar em curso, à época (1968-1973), um conflito armado entre os referidos países. Outro exemplo foi a negociação do o acordo internacional de Camp David, negociado nos Estados Unidos da América, em 26 de março de 1979, entre Egito e Israel.²⁷

No tocante aos negociadores em si, do tratado bilateral, verifica-se que a carta de plenos poderes não tem sido mais exigida neste tipo de negociação, uma vez que se supõe serem os agentes do Ministério das Relações Exteriores plenamente habilitados, pelo Chefe do Estado, para levar adiante as negociações com outro Estado.²⁸

Por outro lado, em se tratando da negociação de um tratado multilateral, é comum que haja a convocação de uma conferência diplomática internacional voltada, exclusivamente, à confecção de uma ou mais convenções internacionais, ou a uma pauta ampliada de discussão na qual se insere a negociação de um tratado.²⁹ Cite-

25 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 234.

26 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38.

27 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38-39.

28 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 234.

29 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41.

-se, como exemplo, as Conferências de Viena de 1961 e 1963 nas quais se negociaram, respectivamente, as convenções internacionais relativas às Relações Diplomáticas e Consulares.³⁰

Ainda acerca da realização de conferências para negociações de tratado multilateral, verifica-se ser comum convocar uma conferência ainda que não se trate de muitos Estados negociadores. Nesses casos, geralmente, um grupo de Estados, uma organização internacional, ou até mesmo um Estado isoladamente, com interesse especial na tratativa da matéria, assume a iniciativa e organização da conferência.³¹

Atinente aos negociadores, constata-se que, nessas conferências, os Estados são representados por delegados investidos dos plenos poderes para negociar e concluir o texto do acordo internacional³². Esses negociadores são, geralmente, acompanhados de especialistas, denominados de *experts*, na matéria objeto da negociação. A finalidade desses *experts* é fornecer subsídios indispensáveis à negociação e tomada de decisão dos Estados negociantes.³³

No caso do Brasil, toda negociação de um tratado deve ser acompanhada por funcionário do corpo diplomático. Posteriormente, o texto final da convenção internacional negociada deverá ser aprovado pela Consultoria Jurídica do Itamaraty, no que tange aos aspectos jurídicos, e pela Divisão de Atos Internacionais, no que concerne aos aspectos processuais.³⁴

Negociado o texto do tratado, tem-se o texto do tratado como concluído. Há, assim, um projeto de tratado composto por um preâmbulo, uma parte dispositiva e, eventualmente, um ou mais anexos. Ato contínuo, passa-se a adoção do texto do tratado que consiste no procedimento jurídico-diplomático mediante o qual representantes dos países negociadores chegam a um consenso sobre o texto negociado.³⁵

30 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41.

31 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41.

32 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 235.

33 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 236.

34 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 236.

35 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 237.

Guido Fernando Silva Soares entende a adoção como sinônimo de assinatura, conclusão ou firma os quais significam, do ponto de vista jurídico, o término da fase anterior das negociações e o momento na qual a convenção internacional negociada tem seu texto finalizado, não se permitindo mais nenhuma alteração.³⁶ As ponderações de Guido Fernando Silva Soares, especialmente no que concerne à relevância do momento da assinatura do texto de um tratado, são necessárias para aclarar o sentido de que a adoção é ato anterior a assinatura e com ela não se confunde, tal qual se depreende da própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

A adoção consiste no ato unilateral por meio do qual os Estados negociantes aprovam o texto final do tratado tal qual negociado.³⁷ Isso não significa que os Estados já aceitaram o tratado como norma jurídica vinculante, mas sim que concordaram com a redação definitiva do tratado estando apto a assinatura, que, conforme exposto, é ato posterior a adoção não sendo sinônimo a ela.

Conforme se extrai do art. 9º da CVDT, de 1969, a adoção do texto de um tratado se efetua pelo consentimento de todos os Estados que participam da sua elaboração ou, em se tratando de uma conferência internacional, pela maioria de dois terços dos Estados presentes e votantes, salvo se esses Estados, pela mesma maioria, decidirem aplicar uma regra diversa.

Ainda concernente à adoção, reitera-se, tal qual exposto no tópico anterior, que a apresentação da carta de plenos poderes é dispensável aos chefe de missão diplomática, desde que se trate da *adoção* do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual o referido representante desempenha suas funções. Após a adoção, tem-se a autenticação do texto do tratado momento no qual o texto adotado é considerado autêntico e definitivo. Isso, no entanto, não significa, em absoluto, que o tratado já se tornou obrigatório para os Estados negociantes, uma vez que necessitará de um ato posterior por meio do qual o Estado manifestará a sua intenção em se obrigar pelo tratado.³⁸

Ressalta-se que a autenticação do texto do trata-

36 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 67.

37 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 237.

38 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 239.

do não é, por assim dizer, um ato jurídico em sentido estrito tal qual a adoção. Trata-se, na verdade, de uma formalidade protocolar, a qual confere autenticidade e definitividade ao texto convencional adotado.³⁹ Ato contínuo à adoção e consequente autenticação, segue-se a assinatura do texto do tratado. Decorre da assinatura que o Estado negociador deve-se abster de praticar atos que frustem o objeto e a finalidade de um tratado (art. 18, da CVDT, de 1969).

No entanto, não decorre da assinatura, em regra, a obrigação de o Estado cumprir o texto do tratado, uma vez que deverá haver uma expressão de consentimento nesse sentido, a exemplo da ratificação que se traduz na confirmação da assinatura. O efeito mais evidente que resulta da assinatura é a imutabilidade do texto do tratado.⁴⁰ Em regra não gera obrigações, pois há acordos internacionais, a exemplo dos *Executives Agreements* (Acordos Executivos), cujo consentimento em obrigarse pelo tratado decorre da própria assinatura. Trata-se dos acordos em forma simplificada que não seguem o processo completo para celebração de tratados, mas sim um processo abreviado.

Enquanto o processo completo compreende as etapas da negociação, adoção, assinatura, mensagem ao Congresso, aprovação congressual, ratificação e posterior promulgação; o processo abreviado compreende as etapas de negociação, adoção assinatura ou troca de notas e, posteriormente, a publicação.⁴¹ Ressalta-se haver críticas quanto à celebração de acordos em forma simplificada, mormente considerando o disposto no art. 49, I, segundo o qual: é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Tendo em vista não haver exceção, no referido dispositivo constitucional, acerca de quais tratados poderiam deixar de passar pelo crivo parlamentar, parte da doutrina entende que todos os tratados devem ser submetidos à decisão do Congresso Nacional.⁴² O processo abreviado, no entanto, é admitido no ordenamento

jurídico brasileiro desde a vigência da Constituição Federal de 1946 não sendo interrompida pela Constituição Federal de 1988. A título exemplificativo, estudos indicam, inclusive, que, no período de promulgação da Constituição Federal até a data de 31 de dezembro de 1993, o Poder Executivo celebrou cento e oitenta e dois acordos internacionais pelo processo abreviado.⁴³

No que tange aos tratados em devida forma – que seguirão o denominado *processo completo* – tem-se que, com esses três atos: negociação, adoção (consequente autenticação) e assinatura, completa-se a primeira fase do processo de incorporação do tratado ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, aposta a assinatura, encerram-se as negociações expressando os Estados negociantes um mínimo de vontade em proceder ao exame da questão, a fim de, no futuro, por um dos meios de manifestar o consentimento em obrigar-se pelo tratado, aceitar, definitivamente, o pactuado.⁴⁴

Uma vez assinado o texto do tratado, em se tratando do processo completo, este é encaminhado ao Congresso Nacional para que este se manifeste sobre o texto do tratado, nos termos do art. 49, I, da Constituição Federal. O encaminhamento ao Congresso Nacional decorre do fato de que a posterior ratificação do tratado gerará obrigações ao Brasil. Desse modo, tendo em vista que do tratado decorrerão obrigações à soberania brasileira não pode este produzir efeitos se, no processo completo, não for aprovado pelo Congresso Nacional, o qual exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Poder Executivo.⁴⁵ O envio do texto do tratado ao Congresso Nacional se perfaz por mensagem do Presidente da República a qual é elaborada pelo Itamaraty.⁴⁶

No âmbito do Congresso, em sendo aprovado o tratado, a manifestação se dará mediante decreto legislativo. Caso haja rejeição do tratado, não muito comum, registre-se, apenas se comunica, mediante mensagem, a referida decisão ao Presidente da República. Exemplo de rejeição foi o tratado argentino-brasileiro de 25 de janeiro de 1890 que tinha por objeto a questão da fronteira das Missões. Esse tratado foi rejeitado pelo Plenário

39 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 238-239.

40 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 69.

41 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 479-480.

42 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: M. Limonad, 1953. v. 1. p. 332.

43 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 479-480.

44 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 243-244.

45 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional pública*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 382.

46 ARAÚJO, João Hermes Pereira. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958. p. 182.

do Congresso Nacional em 18 de agosto de 1891, por cento e quarenta e dois votos contra cinco favoráveis.⁴⁷

Ressalta-se que a competência *ad referendum* do Congresso constante no art. 84, VIII, da Constituição Federal, limita-se, apenas, à aprovação ou rejeição do tratado não se admitindo quaisquer interferências no seu texto.⁴⁸ Não detém o Congresso Nacional competência para propor emenda ao tratado, haja vista a negociação ser ato do Presidente da República. Uma vez encerrada a negociação, com a consequente assinatura do tratado, não haverá mais possibilidade de se proceder a emendas.⁴⁹ Uma emenda aposta pelo Congresso poderia, inclusive, representar ingerência indevida do Parlamento em assuntos do Executivo, ingerência essa que acabaria por violar a harmonia e independência dos Poderes previstas no art. 2º da Constituição Federal.⁵⁰

Diferentemente, no entanto, são os casos das reservas a um tratado as quais podem ser propostas pelo Congresso Nacional. Nos termos da CVDT/1969, a reserva é definida como uma declaração unilateral efetuada por um Estado no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão a um tratado, com a finalidade de excluir ou modificar o efeito jurídico de certos artigos do tratado em sua aplicação a esse Estado.⁵¹ Tendo em vista que a reserva pode ser efetuada até mesmo no momento da ratificação – caso permita a aposição de reserva no tratado ou pelo menos não as proibindo – admite-se que o Congresso Nacional aprove o texto de um tratado com restrições, o que, no momento da ratificação, se traduzirá como reserva.⁵²

Desse modo, é visto como legítima a recomendação, pelo Congresso Nacional no decreto legislativo aprobatório, do abandono de determinada reserva realizada pelo Governo brasileiro ao assinar certo um acordo internacional multilateral, expressa pelo Congresso no decreto legislativo aprobatório.⁵³

Aprovado o texto do tratado, o Congresso concede a faculdade de o Presidente da República ratificar o texto do tratado. Há críticas quanto ao dispositivo constitucional (art. 49, I) no que tange à expressão *resolver definitivamente*. Isso porque poderia conceder a ideia de que caberia a palavra final ao parlamento no que se refere à responsabilização do Brasil por um tratado, quando, na verdade, a manifestação definitiva incumbe ao Presidente da República de acordo com sua discricionariedade.

A interpretação a ser dada ao referido dispositivo constitucional é que o Congresso Nacional resolverá, definitivamente, apenas nos casos de desaprovação do texto convencional adotado e assinado, quando então o Presidente da República ficará impedido de proceder à ratificação.⁵⁴ Nesse caso, portanto, o ato do parlamento vinculará a decisão do Presidente da República.

O termo *resolver definitivamente* previsto no art. 49, I, da Constituição Federal não é dos mais apropriados, na medida em que a decisão, efetivamente, definitiva caberá ao Presidente da República, que poderá ou não ratificar as convenções internacionais, após a consequente aprovação pelo Congresso.⁵⁵ Aprovado pelo parlamento, o Presidente da República terá a faculdade de ratificar o tratado. Com a ratificação, resultará cumprida a terceira etapa do *iter* de incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Definindo-a, pode-se dizer que a ratificação consiste em ato unilateral por meio do qual um Estado reafirma perante os demais Estados coparticipantes num tratado a sua intenção de obrigar-se por ele.⁵⁶

Nos tratados bilaterais, a ratificação se perfaz perante o outro Estado-pactuante, por intermédio de nota diplomática endereçada à missão diplomática estrangeira, ou perante sua a Chancelaria. Já nos tratados multilaterais a ratificação se perfaz mediante nota diplomática endereçada: ao depositário do tratado; um dos Estados-pactuantes indicados no próprio tratado; ou, até mesmo, um alto funcionário representante de organização intergovernamental, a exemplo do Secretário Geral, no caso da Organização das Nações Unidas, caso esta seja

47 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 333.

48 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 383.

49 ARAÚJO, João Hermes Pereira. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958. p. 190.

50 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 275.

51 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. Artigo 1, “d”.

52 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 68.

53 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 68-69

54 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 388.

55 MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995. p. 117.

56 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 69; Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969. Artigo 1, “b”.

a depositária do tratado multilateral.⁵⁷

No caso do Brasil, a ratificação de um tratado se dá, conforme já exposto, pelo Presidente da República. Ao Congresso Nacional, reitera-se, cabe a aprovação, mas nunca a ratificação.⁵⁸ Verifica-se, no entanto, que alguns doutrinadores brasileiros, equivocadamente, têm atribuído a competência de ratificação ao Congresso Nacional. É o caso, por exemplo, de Alexandre de Moraes, que, ao explicar acerca das características de incorporação de atos internacionais ou tratados no plano interno, pondera ser de extrema importância a necessidade de sua ratificação pelo Congresso Nacional, conforme tendência do direito comparado.⁵⁹

Similar posição é verificada na obra de Paulo Carvalho que, ao explicar acerca do art. 98 do Código Tributário Nacional, expõe não serem os tratados e convenções internacionais que possuem o poder de revogar ou modificar a legislação interna, mas, sim, os decretos legislativos que os ratificam, e que os incorporando à ordem jurídica.⁶⁰

Não merecem guarida, no entanto, essas explicações acerca da ratificação do tratado, uma vez que este é um ato unilateral praticado no âmbito internacional – tal qual definição constante no próprio art. 2, §1º, “b”, da CVDT/1969. Cuida-se de ato unilateral praticado no âmbito internacional, razão pela qual o Congresso Nacional não praticá-lo, a teor do disposto no art. 84, VII, da Constituição Federal, segundo o qual é da competência do Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros e não do Congresso.

Além disso, se, na Constituição Federal, se previu a competência privativa para o Presidente da República celebrar tratados, sua também deverá ser a palavra derradeira no que concerne à ratificação de convenção internacional.⁶¹ Sem o ato presidencial, não haverá tratado válido a obrigar a República Federativa do Brasil, quer no âmbito internacional, quer no âmbito interno.⁶²

57 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 69-70.

58 SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 70.

59 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 692.

60 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79.

61 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 384.

62 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67-68.

Decorre dessa obrigação internacional uma das características da ratificação, qual seja, a irretroatividade. Em que pese ser um ato unilateral e discricionário do Estado, a ratificação é irretroativa, mesmo antes de o acordo internacional se tornar vigente, e, às vezes, até mesmo antes de a regra do *pacta sunt servanda* ter iniciado a operar em sua plenitude.⁶³ Após a ratificação, no caso do Brasil, para que o tratado possa ter validade no ordenamento jurídico brasileiro, mister a expedição de um decreto presidencial e sua consequente promulgação e publicação no Diário Oficial da União.⁶⁴

Trata-se, assim, da quarta e última fase do *iter* de incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro. Em síntese, no decreto, expõe-se acerca da data e local de conclusão do tratado, menciona-se as eventuais reservas, a aprovação pelo Congresso Nacional e a consequente ratificação, anexando-se o texto do tratado. Na prática, o referido Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Com a promulgação desse decreto e consequente publicação, tem-se a incorporação do tratado no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se que há críticas quanto à necessidade dessa promulgação, uma vez que não se extrai do texto constitucional brasileiro essa obrigatoriedade.

É o caso, por exemplo, de José Carlos de Magalhães para quem a promulgação executiva do tratado não está prevista na Constituição Federal, não sendo o Supremo Tribunal Federal, no entender desse doutrinador, capaz de indicar em qual dispositivo se fundamentou para interpretar acerca da necessidade da promulgação executiva do tratado.⁶⁵

No mesmo sentido, é o entendimento de Valerio Mazzuoli de Oliveira, para quem o silêncio da Constituição Federal traduz ser prescindível a promulgação interna do tratado mediante decreto executivo.⁶⁶ Ainda de acordo com esse doutrinador, não há de se falar que a falta do decreto de execução violaria o princípio da publicidade, tendo em vista que o tratado já é considerado público desde a data em que o Congresso Na-

63 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53-54.

64 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 78-79.

65 MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 74.

66 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 398.

cional o aprovou, por meio de decreto legislativo, este sim uma das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal.⁶⁷ A observância ao princípio da publicidade subsume-se na publicação no Diário Oficial da União do decreto legislativo pelo qual se aprovou o texto do tratado no Congresso Nacional.

No que se refere à vigência do tratado no âmbito interno, defende esse doutrinador, que ela já teria iniciado desde o momento em que o tratado entrasse em vigor no plano internacional, a partir da troca ou depósito de seus instrumentos de ratificação, caso outra data não seja estipulada no tratado.⁶⁸ Seria, desse modo, um contrassenso admitir que um Estado se obrigasse por um tratado no plano internacional, desde sua ratificação, e que, no plano interno, o referido tratado não pudesse ser aplicado por faltar-lhe a promulgação executiva.⁶⁹

A doutrina internacionalista majoritária, no entanto, entende que a necessidade de promulgação do decreto - no caso dos tratados aprovados pelo Congresso Nacional - decorre da praxe brasileira. Trata-se de uma praxe tão antiga quanto a Independência do Brasil e os primeiros trabalhos convencionais do Império.⁷⁰ Conquanto às divergências, no Brasil os tratados, após aprovação pelo Congresso Nacional, reclamam promulgação mediante decreto presidencial. Por outro lado, os *Executives Agreements* (Acordos Executivos) que dispensam a aprovação Congressional, apenas são publicados no Diário Oficial da União, dispensando-se, assim, a expedição de um decreto.⁷¹

Em verdade, trata-se de um decreto, tendo em vista que os atos do chefe de Estado são praticados por esse normativo, a teor do disposto no art. 84, IV, da Constituição Federal. O decreto vale como ato de publicidade da existência do acordo internacional, norma jurídica de vigência atual ou na sua iminência de vir a vigor. A sua publicidade, por conseguinte, decorre de sua posterior publicação no órgão oficial da União.⁷²

67 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 398.

68 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 399-400.

69 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 400.

70 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

71 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

72 REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 79.

Nesse sentido, inclusive, foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) – quando do julgamento da ADI 1.480-MC, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. Entendeu o STF, que, em relação ao exame da vigente Constituição Federal, pode-se constatar que a execução das convenções internacionais e a sua consequente incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato complexo, advindo da conjugação de duas vontades homogêneas, quais sejam: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I, Constituição Federal) e a do presidente da República, que, além de poder celebrar os atos de direito internacional (art. 84, VIII, Constituição Federal), também dispõe, na condição de chefe de Estado, da competência para promulgá-los mediante decreto.

Entende o Supremo Tribunal Federal que o *iter* procedimental de incorporação dos tratados se encerra com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto. Desse decreto, por sua vez, decorrerão três efeitos básicos: promulgação do tratado; publicação oficial; e executoriedade do tratado no âmbito interno, a partir do qual, e somente então, passará a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.⁷³

4. COMPETÊNCIA PARA CELEBRAR TRATADOS PELA

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1.480-MC. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional do Transporte – CNT; Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de setembro de 1997. Nesses termos, a referida decisão: O exame da vigente CF permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo chefe de Estado – concluiu-se com a expedição, pelo presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Um dos questionamentos levantados foi sobre o vocábulo *celebrar*. Dada a amplitude do termo e falta de definição constitucional, decorrem os questionamentos de se a expressão *celebrar* constante no art. 84, VIII, Constituição Federal englobaria, apenas, a negociação e a adoção do tratado ou nela estaria inclusa a assinatura do tratado e sua consequente ratificação.

Valerio Mazzuoli de Oliveira entende que a expressão *celebrar tratados* prevista no art. 84, VIII, da Constituição Federal, denota desde as negociações até a assinatura do tratado. Desse modo, não se trata da ratificação do texto convencional, uma vez que esse ato, por ser de âmbito internacional, não é matéria afeta à Constituição Federal.⁷⁴ Assim, de acordo com esse doutrinador, o vocábulo *celebrar* previsto no art. 84, VIII, da Constituição Federal, abarcaria unicamente a primeira fase do *iter* procedimental dos tratados.

Analisando o citado dispositivo constitucional, tem-se que a celebração está sujeita a referendo do Congresso Nacional. Disso decorre que após celebração do tratado – a qual é prévia, este terá de ser referendado pelo Congresso Nacional.

Conforme exposto no tópico anterior, somente após a análise congressual aprovando o tratado é que o Presidente estará apto a ratificar o tratado. Sendo assim, tem-se que a expressão *celebrar* constante no art. 84, VIII, da Constituição Federal inclui, exclusivamente, as negociações até a assinatura do tratado.

Somente após o referendo do Congresso Nacional, reitera-se, é que o Presidente da República estará apto a ratificar o tratado. Registra-se que nada se dispôs no texto constitucional acerca da competência para a ratificação do tratado. No entanto, tendo em vista que a competência para celebrar tratado é do Presidente da República a consequente ratificação será, também, de sua competência.

Exposto isso, discute-se a possibilidade ou não do Presidente da República delegar o ato de celebrar tratado a um Ministro de Estado. O art. 84, *caput*, da Constituição Federal traz a expressão *competência privativa*. Entende-se possível a delegação em caso de competência privativa. Essa, inclusive, é a diferença entre com-

petência privativa e exclusiva. Desse modo, enquanto a competência exclusiva é atribuída a um(a) Poder/entidade com exclusão de qualquer outro(a), a competência privativa, quando enumerada como própria de um(a) Poder/ entidade, admite a possibilidade de delegação.⁷⁵

Ocorre que, analisando-se o parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional constata-se a redação de que o Presidente da República somente poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte. A delegação somente poderá ser efetuada aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, os quais observarão os limites traçados nas respectivas delegações.⁷⁶

Desse dispositivo, extrai-se o princípio da delegação de competência presidencial.⁷⁷ Esse princípio, no entanto, traz limites: o primeiro no que se refere à discricionariedade concedida unicamente ao Presidente da República para, querendo, delegar a competência. Não se trata, assim, de um dever, mas de um poder, segundo sua própria conveniência e oportunidade.⁷⁸

A segunda limitação é no que tange a quais matérias pode haver a delegação. Assim, a matéria objeto de delegação está restrita aos incisos VI, XII e XXV [primeira parte] do art. 84 da Constituição Federal.⁷⁹

Registra-se que delegação somente pode ser outorgada às autoridades indicadas no citado parágrafo único: ministros de Estado, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral União.

A terceira limitação, exposta por José Afonso da Silva, é a de que essas autoridades “observarão os limites traçados nas respectivas delegações”.⁸⁰ Tem-se, desse modo, que as delegações possíveis indicadas no pará-

75 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 485.

76 Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [...] XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; [...] XXV - prover [...] os cargos públicos federais, na forma da lei.

77 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1018-1019.

78 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1019.

79 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1019.

80 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 487.

74 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 379.

grafo único do art. 84 são inerentes às atribuições como chefe de governo. Nenhuma delas, portanto, referem-se às atribuições do Presidente da República na condição de chefe de Estado, as quais são as previstas nos incisos VII, VIII, XIX, XX e XXII.⁸¹

A constante no inciso VIII – foco do estudo no presente trabalho – nos termos do art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal é, portanto, indelegável. No referido parágrafo único, inclusive, sequer se abarca a possibilidade de delegação da competência descrita no inciso XXVII, qual seja exercer outras atribuições previstas na Constituição Federal.⁸²

Desse modo, interpretando-se, literalmente, a Constituição Federal, tem-se que, conquanto art. 84, *caput*, da Constituição Federal, menciona-se *competência privativa*, a celebração de tratados é uma competência exclusiva do Presidente da República, haja vista a não possibilidade de delegação dessa competência, a teor do disposto art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal.

Explica-se a redação *privativa* constante no *caput* do referido dispositivo tendo em vista que se se tratasse de competência exclusiva, não haveria sequer possibilidade de delegação de nenhuma competência. O legislador originário, no entanto, tratou como competência privativa excepcionando, no parágrafo único, as competências possíveis de delegação.⁸³

O Presidente da República, no entanto, raramente, celebra tratados pessoalmente. A celebração se dá por intermédio de representantes devidamente credenciados. Esses representantes assinam o tratado em nome do Presidente da República que, após o referendo do

Congresso Nacional, o ratificará.⁸⁴ Em sendo assim a prática brasileira, pode-se afirmar que a melhor interpretação a ser dada ao referido dispositivo constitucional não é a literal. Registra-se que, em relação ao Manual de Procedimentos do Itamaraty, extrai-se a possibilidade de delegação de competência, a título excepcional, a qualquer autoridade – desde que munida da Carta de plenos poderes – para assinatura de atos internacionais. Prescindem, no entanto, da referida Carta, nos termos do Manual, o Ministro das Relações Exteriores, bem como o embaixador acreditado em posto no exterior, em sua qualidade de Plenipotenciário, para, igualmente, procederem à assinatura de tratados.⁸⁵

Em pesquisa a decisões do Supremo Tribunal Federal não se constatou posicionamento acerca da possibilidade de delegação da competência para celebração de tratado. No entanto, em caso análogo de delegação de competência, o STF – no HC 101.269, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia – entendeu não haver invalidade de um decreto de expulsão de estrangeiro subscrito por ministro de Estado da Justiça, por delegação do presidente da República.⁸⁶ Não obstante esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, registre-se que não há previsão constitucional ou legal para essa delegação.

84 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 487.

85 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Atos internacionais: prática diplomática brasileira: manual de procedimentos*. Brasília: MRE, 2008. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj54YXAvO_MAhUDHh4KHhA6A6UQFgggMAI&url=http%3A%2F%2Fsistemas.mre.gov.br%2Fkitweb%2Fdatafiles%2FIRBr%2Fpt-br%2Ffile%2FCAD%2FLXI%2520CAD%2FDireito%2FMANUAL%2520de%2520procedimentos%2520%2520atos%2520internacionais.pdf&usq=AFQjCNEzCtZxymOSB77LWNfDrCgclrnGig&bvm=bv.122676328,d.dmo>. Acesso em: 5 abr. 2016.

86 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 101.269*. Primeira Turma. Impetrante: Sônia Aparecida Pinheiro de Macedo. Paciente: Johannes Heinrich Mathias. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 03 de agosto de 2010. Nesses termos a referida decisão: Não implica disposição de competência legal a delegação pelo presidente da República do ato de expulsão de estrangeiro. O STF sempre reputou válido o decreto de expulsão de estrangeiro subscrito pelo ministro de Estado da Justiça por delegação do presidente da República. [...] Cabe ao Poder Judiciário apenas a análise da conformidade do ato de expulsão com a legislação em vigor, não podendo incorrer no exame da sua oportunidade e conveniência. Não estando o impetrante/paciente amparado por qualquer das circunstâncias excludentes de expulsabilidade, previstas no art. 75 da Lei 6.815/1980, e inexistindo a comprovação de qualquer ilegalidade no ato expulsório, não há que se falar em contrariedade ao princípio do devido processo legal.

81 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 989-990. Art. 84. Compete, privativamente, ao Presidente da República: [...] VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...] XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional; [...] XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente,

82 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1019.

83 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 555.

Os incisos excepcionados no art. 84, parágrafo único, da Constituição Federal não contemplam a delegação de atribuições inerentes a ato de expulsão de estrangeiro. De igual modo, não contempla delegação o art. 66 da Lei n. 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro. Ao contrário, do referido dispositivo legal extrai-se ser da competência exclusiva do Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão que se procederá mediante decreto. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela validade de decreto de expulsão de estrangeiro subscrito pelo ministro de Estado da Justiça por delegação do presidente da República.

Considera-se que o referido julgado do Supremo Tribunal Federal validou a delegação de competência do Presidente da República para celebração de tratados. Essa é, inclusive, reitera-se, a praxe na diplomacia brasileira. A título de exemplo registra-se a Carta de Plenos Poderes assinada por João Baptista de Oliveira Figueiredo, em 1982, no qual nomeou o então Ministro de Estado da Indústria e do Comércio, senhor João Camilo Penna, como seu plenipotenciário para assinar, na cidade de Assunção, o Convênio sobre Cooperação no campo da promoção do desenvolvimento industrial entre os Governos do Brasil e do Paraguai.⁸⁷

A Constituição Federal vigente à época, de 1969, trazia similar redação à Constituição Federal de 1988 no que tange à competência de celebrar tratados. Vislumbra-se, de igual modo, ser competência privativa do Presidente a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional. Por outro lado, extraia-se, pelo parágrafo único do art. 81 da Constituição Federal de 1969, que a delegação somente poderia recair sobre as atribuições mencionadas nos incisos V, VIII, primeira parte, XVIII e XXII não abrangendo, assim, a competência de celebrar tratados, prevista no inciso X.⁸⁸

A interpretação literal da Constituição Federal de 1969 conduz à conclusão de que a prática da diplomacia

brasileira, conforme se demonstrou, era a delegação de competência para a celebração de tratados. Essa prática, após o texto constitucional de 1988, permaneceu afastando, com isso, a interpretação literal do art. 84, VIII combinado com o seu parágrafo único da Constituição Federal.

A interpretação a ser dada ao referido dispositivo é a que coaduna com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, segundo a qual – ressalta-se novamente – qualquer pessoa será considerada representante de um Estado para a celebração de um tratado se apresentar a carta de plenos poderes apropriados.

Reitera-se – tal qual exposto no tópico 2.2 desse trabalho – que a referida carta é prescindível em se tratando do Presidente da República ou do Ministro das Relações Exteriores. De igual modo, prescindível a carta em se tratando da adoção do texto de um tratado, a ser celebrado entre o Estado acreditante e o Estado acreditado, pelo Chefe de missão diplomática.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das mais importantes fontes do Direito Internacional, na atualidade, são os tratados. Determinados atos do dia a dia seriam impensáveis não fosse a celebração de convenções internacionais entre os Estados.

Em vista da quantidade de tratados celebrados, vários questionamentos vêm à tona. Um desses questionamentos recai sobre a análise das autoridades competentes para a celebração dessa fonte do Direito das Gentes.

Internamente, o assunto é disciplinado no art. 84, VIII, da Constituição Federal, segundo o qual a competência para celebração de tratados é privativa do Presidente da República sendo que não há possibilidade de delegação dessa competência, nos termos da interpretação literal do parágrafo único do referido dispositivo constitucional.

No entanto, os diversos métodos de interpretação constitucional – mormente o método histórico – conduzem a conclusões diversas. Isso porque a praxe na diplomacia brasileira indica que não apenas o Presidente da República pode celebrar tratados podendo delegar essa competência a outra autoridade. A delegação ao denominado plenipotenciário, assim se procedendo, se dá mediante a expedição de carta de plenos poderes.

87 REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 209.

88 Art. 81. CF/69. Compete privativamente ao Presidente da República: X - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional; Parágrafo único. O Presidente da República poderá outorgar ou delegar as atribuições mencionadas nos itens V, VIII, primeira parte, XVIII e XXII deste artigo aos Ministros de Estado ou a outras autoridades, que observarão os limites traçados nas outorgas e delegações.

Interpretar de modo diverso o dispositivo constitucional poderia levar a inadmissível hipótese de que sequer o Ministro das Relações Exteriores poderia celebrar tratados em nome da República Federativa do Brasil. Ora, é inerente ao cargo do referido Ministro a representação do país. Essa representação subsume-se, em determinados casos, na celebração de convenções internacionais.

Esse é, inclusive, a hermenêutica extraída da própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, a qual foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. De acordo com o art. 7 dessa Convenção Internacional, qualquer pessoa será considerada representante de um Estado para a celebração do tratado caso apresente os plenos poderes apropriados.

A interpretação do texto constitucional de modo literal levaria a uma negação do previsto no citado dispositivo convencional não coadunando com a prática da diplomacia brasileira. Acrescenta-se que a competência do Presidente da República para celebrar tratados decorre de sua própria investidura no cargo que ocupa, de modo que é prescindível a carta de plenos poderes. De igual modo prescindível, e pela mesma razão, a carta ao Ministro das Relações Exteriores, bem como ao chefe de missão diplomática para a adoção do texto de um tratado.

Por fim, no que concerne à ratificação do texto convencional, entende-se ser essa da competência exclusiva do Presidente da República não comportando, por conseguinte, delegação de competência. Esse entendimento decorre, além da praxe, da própria interpretação do inciso VIII do art. 84 da Constituição Federal. Ora, se na Constituição Federal se previu a competência privativa para o Presidente da República celebrar tratados, sua também deverá ser a última palavra no que se refere à ratificação de um acordo internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.

ARAÚJO, João Hermes Pereira. *A processualística dos atos internacionais*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958.

BRASIL. Constituição (1969). *Constituição da República*

Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. *Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. *Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Atos internacionais: prática diplomática brasileira: manual de procedimentos*. Brasília: MRE, 2008. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj54YXAvO_MAhUDHh4KHAA6A6UQFggnMAI&url=http%3A%2F%2Fsistemas.mre.gov.br%2Fkitweb%2Fdatafiles%2FIRBr%2Fpt-br%2Ffile%2FCAD%2FLXI%2520CAD%2FDireito%2FMANUAL%2520de%2520procedimentos%2520-%2520atos%2520internacionais.pdf&usq=AFQjCNEzCtZxymOSB77LWNfDrCgclRnGig&bv=bv.122676328,d.dmo>. Acesso em: 5 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 1.480-MC*. Tribunal Pleno. Requerente: Confederação Nacional do Transporte – CNT; Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 04 de setembro de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 101.269*. Primeira Turma. Impetrante: Sônia Aparecida Pinheiro de Macedo. Paciente: Johannes Heinrich Mathias. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 03 de agosto de 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ESTATUTO da Corte Internacional de Justiça, 1945. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/es-tatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 29 mar. 2016.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. Rio de Janeiro: M. Limonad, 1953. v. 1.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.
- REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SHAW, Malcom N. *Direito internacional*. São Paulo: M. Fontes, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Dignity, ubuntu, humanity
and autonomous weapon
systems (AWS) debate: an African
perspective**

Thompson Chengeta

Dignity, ubuntu, humanity and autonomous weapon systems (AWS) debate: an African perspective

Dignidade, ubuntu, humanidade e o debate sobre o sistema de armas autônomas: uma perspectiva africana

Thompson Chengeta**

ABSTRACT

In this paper, I discuss the relevance of the African notion of 'ubuntu' or humanity to the on-going AWS debate. After tracing the notion of ubuntu back to the pre-colonial time in Zimbabwe and how it developed into a political and humanist philosophy, I discuss its relevance in international law by reference to the impact of its equivalent notion of humanity to international human rights, humanitarian and criminal law. I also note that scholars who argue for the exclusion of the notion of humanity from the AWS debate base the argument either on the idea that the notion is inadequately defined or that humanity as a notion is so vague to the extent that relying on it will have disastrous results. In response to this argument, I seek to define the term humanity and linking it to human dignity in a bid to show that the term is capable of meaning. After defining what ubuntu or humanity means as shaped by human dignity, I come to the conclusion that giving robots the power to decide who lives or dies is inconsistent with ubuntu and an affront to human dignity. I also emphasise that African states should more fully participate in the on-going debate on AWS and share their experience with the notion of ubuntu with the rest of the world.

Keywords: Autonomous Weapon Systems. Killer robots. Dignity. Ubuntu. Humanity. Martens Clause.

THE RELEVANCE OF THE NOTION OF UBUNTU/HUMANITY TO THE AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS DEBATE: AN AFRICAN PERSPECTIVE.

A person is a person through other people... Humanity is not embedded in my person solely as an individual; my humanity is co-substantively bestowed upon the other and me. Humanity is a quality we owe to each other. We create each other and need to sustain this otherness creation. And if we belong to each other, we participate in our creations: we are because you are, and since you are, definitely I am. The 'I am' is not a rigid subject, but a dynamic self-constitution dependent on this otherness creation of relation and distance.¹

* Recebido em 28/06/2016
Aprovado em 26/08/2016

** LL.D, University of Pretoria, LL.M, Harvard Law School, LL.M., University of Pretoria, LL.B., MSU e-mail: tchengeta@llm16.law.harvard.edu.

1 ONYEBUCHI, M. Eze. *Community of Life: ecological theology in african perspective*,

1. INTRODUCTION

The development of unmanned systems that are remotely controlled and those with increased autonomy in their critical functions has been a worry to the international community for more than a decade now. The idea to develop autonomous weapon systems with increased autonomy in their critical functions (AWS) – machines that once activated are able to make the decision to kill humans without further human intervention – has sparked heated debates across the globe. The old adage, ‘technology is a double-edged sword’² has never, in the history of weapon development, been more pertinent than it is with AWS. On one hand, AWS clearly promise a potential to save lives – to make a change to the unacceptable current state of affairs in armed conflict and elsewhere – where force is used. At the same time, AWS pose potential threats to the right to life, dignity and other important rights. With the technology still in the preliminaries of development and yet to be deployed, it is as difficult to ascertain whether AWS are legal or illegal weapons as it is to brand their deployment ethical or unethical, moral or immoral when they become available. It is these uncertainties that have left scholars, organisations, states and the international community at large divided on how to respond to AWS.

In this paper, I seek to discuss the relevance of the African notion of ‘ubuntu’ or humanity to the AWS debate. Ubuntu as an ideology and political philosophy has informed many African governments’ policies especially those that relate to human rights. I refer to the discussion on AWS from a humanist perspective as an African perspective on the technology generally because humanity – which is the equivalent of Ubuntu – on the African continent is not only a strong notion on the continent but it has served to shape many African communities and African government policies. This, of course, is not to say that the humanistic approach is exclusive to the African continent.

2008.

2 ‘We have to realize that science is a double-edged sword. One edge of the sword can cut against poverty, illness, disease and give us more democracies, and democracies never war with other democracies, but the other side of the sword could give us nuclear proliferation, bio-germs and even forces of darkness.’ See Michio Kaku available at: <<http://www.brainyquote.com/quotes/keywords/sword.html>>. Accessed: 2 Aug. 2015.

2. BACKGROUND

Before discussing how the African notion of ubuntu or humanity can impact on the AWS debate, it is important to give a background to this issue. Distancing oneself from harm, albeit being the projector of it, has been and remains an inherent attribute of human beings. The desire to project harm while being unsusceptible to it has largely shaped the development of weapons over the years. Currently, unmanned weapon systems are the epitome of that desire as states have been allocating huge budgets³ for the development of various sophisticated unmanned weapon systems and increasing their operational autonomy⁴.

An unmanned weapon system – which can be a ground or an aircraft system, remotely controlled or autonomous – is ‘a powered physical system with no human operator aboard the principal platform’ and is capable of carrying and delivering a lethal or non-lethal pay-load. Remotely controlled unmanned systems have no human physically on board although they are controlled by a human from a distance.

On the other hand, in the case of autonomous weapon systems, not only are humans not physically present but they are also psychologically absent as they are not in control of the critical functions of the system. Critical functions of an autonomous weapon system refer to the functions that relate to the selection, targeting and making the decision to kill a human being⁵.

The reason why states are developing autonomous weapon systems is because these systems are not only technically faster, smarter and better than humans, but they offer a number of military advantages like force multiplication and tremendous capacity to do the dirty, dull, dangerous work thereby reducing risk to the lives of one’s own soldiers. Further, since these robots will not act out of malice, they can potentially save the lives of civilians.

3 See: <<http://military.discovery.com/weapons-technology>>. Accessed: 29 Jan. 2015.

4 See *United States Air Force ‘UAS Flight Plan 2009-2047’*, 2009, 41. Available at: <<http://www.scribd.com/doc/17312080/United-States-Air-Force-Unmanned-Aircraft-Systems-Flight-Plan-20092047-Unclassified>>. Accessed: 29 Jan. 2015.

5 See Report of the ICRC Expert Meeting on ‘*Autonomous weapon systems: technical, military, legal and humanitarian aspects*’, 26-28 March 2014, Geneva, available at: <<http://www.icrc.org/eng/assets/files/2014/expert-meeting-autonomous-weapons-icrc-report-2014-05-09.pdf>>.

Notwithstanding these advantages, AWS also raise questions as to whether they can be able to comply with the law⁶. Further, scholars question the ethics and morality of deploying weapon systems that can make the decision to kill a human being without the assistance of a human⁷.

3. STATUS OF THE TECHNOLOGY

It is important to note, however, that at present AWS with full autonomy have not yet been deployed and do not exist. There are, however, advanced development of the technology. The US, the UK, Israel and North Korea possess robots that already function semi-autonomously⁸.

For many years, the idea of robots that have the ability to independently make decisions to kill without the help of humans has been restricted to the fictitious world of novels⁹ and movies¹⁰. Humans' wariness about lethal robots that can autonomously decide to kill is often depicted in story lines that involve terrifying situations where robots massacre humans or robots initially designed to assist humans end up turning against them.

6 See KRISHNAN, A. *Killer robots: legality and ethicality of autonomous weapons*. Ashgate Publishing, 2013; MARCHANT, G. et al. *International governance of autonomous military robots*. *Columbia Science and Technology Law Review*, v. 280, n. 12, 2011.

7 See ARKIN, R. *Governing lethal behaviour: embedding ethics in a hybrid deliberative/reactive robot architecture*. Technical Report GIT-GVU, 2011. FINN, A.; SCHEDING, S. *Developments and challenges for autonomous unmanned vehicles: a compendium*. Springer Science & Business Media, 2010.; LIN P. et. al. *Robot ethics: the ethical and social implications of robotics*. MIT Press, 2011.; SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. Penguin, 2009.; SPRINGER, P. J. *Military robots and drones*. ABC-CLIO, 2013.; ASARO, P. How just could a robot war be? In: BREY P. et. al. (Ed.). *Current issues in computing and philosophy*. IOS Press, 2008.; ANDERSON, K.; WAXMAN, M. Law and ethics for robot soldiers. *American University WCL Research*, v.32, iss. 18, 2012.; SHARKEY, N. The evitability of autonomous robot warfare. *International Review of the Red Cross*, 2012.

8 Semi-autonomous systems are defined as 'a weapon system that, once activated, is intended to only engage individual targets or specific target groups that have been selected by a human operator.'- US Department of Defense Autonomy in Weapon Systems. *Directive 3000.09*, 2012, 14 available at: <<http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/300009p.pdf>>. Accessed: 3 Jan. 2013.

9 See novels like *I, Robot* (1950), *The Caves of Steel* (1953), *The Naked Sun* (1955), *The Robots of Dawn* (1983) and *Robots and Empire* (1985).

10 See for example 'Star wars: a new hope', 'The Terminator', 'Robocop' and 'Forbidden Planet'.

Until in recent years, scholarly discussion on such kind of robots could not be taken seriously as many people believed and hoped that they would remain the art of fiction and never see the light of the day¹¹. That hope is, however, fading away since autonomous weapon systems are looming on the horizon of the real world. As noted above, military semi-autonomous robots are already in the employ of some states.

Malfunctioning of military robots and some turning against their own users has already been experienced in the real world¹². For example, in 2007, during a training session in South Africa, one of the robot cannons mysteriously started firing on its own, killing nine South African soldiers and wounding 14¹³. In the Iraq war in 2008, ground kill-droids were reported to have 'turned on their fleshy masters almost at once [leading to the] rebellious machine warriors [being] retired from combat pending upgrades.'¹⁴.

4. THE RESPONSE TO AWS TECHNOLOGY SO FAR – AN ABSENCE OF AFRICAN SCHOLARSHIP

In April 2013, Human Rights Watch and other human rights NGOs¹⁵ came together to form the 'Campaign to stop Killer robots' (CKR)¹⁶ – a non-governmental organisation whose mandate is to crusade 'for a pre-emptive and comprehensive ban on the development, production, and use of fully autonomous weapons, also known as lethal autonomous robots.'¹⁷ Human Rights Watch has also published a number of reports outlining the concerns in the ever increasing au-

11 KRISHNAN, A. *Killer robots: legality and ethicality of autonomous weapons*. Ashgate Publishing, 2013.

12 WEINBERGER, S. *Charity battles imaginary killing machines*, 2008. Available at: <<http://www.wired.com/2008/03/charity-will-ba/>>.

13 SHACHTMAN, N. *Robot cannon kills 9, wounds 14*, 2007. Available at: <<http://www.wired.com/dangerroom/2007/10/robot-cannon-ki/>>.

14 PAGE, L. *US war robots in Iraq 'turned guns' on fleshy comrades: kill-droid rebellion thwarted this time*, 2008. Available at: <http://www.theregister.co.uk/2008/04/11/us_war_robot_rebellion_iraq/>.

15 Article 36, Association for Aid and Relief Japan, International Committee for Robot Arms Control, Mines Action Canada, Nobel Women's Initiative, IKV Pax Christi Pugwash Conferences on Science & World Affairs, Women's International League for Peace and Freedom.

16 All the major activities of the CKR are available on their website, see: <<http://www.stopkillerrobots.org>>.

17 See: <<http://www.stopkillerrobots.org/call-to-action/>>. Accessed: 30 May 2013.

tonomy in weapon systems¹⁸.

The call to ban AWS has been supported by the European Parliament (EP). The EP adopted Resolution 2014/2567(RSP) which in part calls for a ban on 'the development, production and use of fully autonomous weapons which enable strikes to be carried out without human intervention.'¹⁹.

At the same time, there are other commentators who argue that there is no basis in terms of the law to ban AWS and, in fact, a ban may be prejudicial in light of the possible positive advantages that AWS may bring²⁰. Ron Arkin, for example, argues that 'a ban ignores the moral imperative to use technology to reduce the persistent atrocities and mistakes that human war fighters make.'²¹. To Arkin, a ban is, at the very least, premature²².

In May 2013, the United Nations Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, submitted a report on AWS to the Human Rights Council (HRC) wherein he noted the advantages and concerns on AWS. Heyns compiled his report after holding expert consultation meetings on AWS earlier in 2012 and 2013 with roboticists, military experts, philosophers and international lawyers²³. In his 2013 report, Heyns called for an international moratorium on 'the testing, production, assembly, transfer, acquisition, deployment and use of AWS until such time as an internationally agreed upon framework for the future of AWS has been established.'²⁴

Not only did Heyns' 2013 report on AWS introduce the subject matter in the HRC, but it sparked a serious

debate on the issue amongst states and has since become one of the basic references whenever and wherever the issue of AWS is discussed. Less than a month after Heyns' presentation in the Human Rights Council, on 17 June 2013; the United Kingdom's House of Commons tabled the issue of AWS²⁵. As will be discussed below and largely in response to Heyns report, states parties to the Convention on Conventional Weapons took up the matter in late 2013 and held a meeting on lethal autonomous weapon systems in May 2014 and subsequently in April 2015.

The International Committee of the Red Cross (ICRC) has also seized the matter of AWS. From 26 to 28 March 2014, the ICRC held an expert meeting on autonomous weapon systems. The meeting was attended by 21 states and 13 independent experts amongst them jurists, ethicists, roboticists, and representatives of non-governmental organisations and the United Nations. The major aim of the meeting was 'to better understand the issues raised by autonomous weapon systems and to share perspectives among government representatives, independent experts and the ICRC.'²⁶ This meeting followed the ICRC earlier publication titled 'New technologies and warfare' which discusses 'new weapons, means and methods of warfare to help governments fulfil their obligation to ensure that the use of new weapons, means or methods of warfare comply with the rules of [international humanitarian law]²⁷. The ICRC presented a report of the March meeting to the May 2014 CCW Meeting on Lethal Autonomous Weapon Systems²⁸.

In November 2013, at the 2013 Convention on Conventional Weapons (CCW) Meeting of High Contracting Parties, a new mandate on lethal autonomous weapons systems (LAWS) was agreed on.

18 HUMAN RIGHTS WATCH. *Losing Humanity: The case against killer robots*. 2012. Available at: <<http://www.hrw.org/reports/2012/11/19/losing-humanity-0>>.

19 Resolution available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+MOTION+P7-RC-2014-0201+0+DOC+PDF+V0//EN>. accessed 5 March 2014.

20 ANDERSON, K.; WAXMAN, M. Law and ethics for autonomous weapon systems: why a ban won't work and how the laws of war can. *American University Washington College of Law Research Paper*, v. 3, 2013.

21 ARKIN, R. C. Lethal autonomous systems and the plight of the non-combatant. *Ethics and Armed Forces*, v. 9, 2014.

22 ARKIN, R. C. Lethal autonomous systems and the plight of the non-combatant. *Ethics and Armed Forces*, v. 9, 2014.

23 The expert consultation meetings were held in South Africa, at the Institute for International and *Comparative Law in Africa of University of Pretoria and at the European University Institute in Florence, Italy, organised by the New York University Law School.*

24 See http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47_en.pdf. Accessed: 19 Mar. 2014.

25 See <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmhansrd/cm130617/debtext/130617-0004.htm>. Accessed: 23 Sept. 2013.

26 See: <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/report/05-13-autonomous-weapons-report.htm>>. Accessed: 27 Jun. 2014.

27 ICRC. Humanitarian debate: law, policy and action: new technologies and warfare. *International Review of the Red Cross*, v. 886, n.94, 2012.; ICRC. A guide to the legal review of new weapons, means and methods of warfare: measures to implement article 36 of additional protocol I of 1977. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 864, 2006.

28 See: <<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/report/05-13-autonomous-weapons-report.htm>>. Accessed 28 June 2014.

According to the mandate;

A Chairperson will convene in 2014 a four-day informal Meeting of Experts, from 13 to 16 May 2014, to discuss the questions related to emerging technologies in the area of lethal autonomous weapons systems, in the context of the objectives and purposes of the Convention. He will, under his own responsibility, submit a report to the 2014 Meeting of the High Contracting Parties to the Convention, objectively reflecting the discussions held²⁹.

From 13 to 17 May 2014, the CCW held an expert meeting on lethal autonomous weapon systems which was chaired by Ambassador Jean-Hugues Simon-Michel of France.³⁰ In the meeting, representatives of States parties to the CCW, non-governmental organisations, the European Union, United Nations Institute for Disarmament Research (UNIDIR), the United Nations Office of Disarmament Affairs (UNODA), International Committee of the Red Cross, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Institute of International and Comparative Law in Africa, International Institute of Humanitarian Law, International Studies Association (ISA), Nanzan University Japan, Graduate Institute of International Development Studies (IHEID), Peace Research Institute Frankfurt (PRIF), University of Strasbourg, New York University, University of St. Gallen and independent experts like jurists, ethicists and roboticists discussed the ‘technical issues; ethics and sociological issues; international humanitarian law (IHL); other areas of international law; and operational and military aspects’ of lethal autonomous weapon systems³¹.

At the end of the CCW meeting, delegations highlighted that although the meeting had to some extent formed common understandings in certain aspects, some of the important questions and concerns noted above still remained unanswered. It was therefore agreed that the issue must be taken further during the next meeting of High Contracting Parties to the CCW in 2014 and

the debate must be continued³². The material containing the positions of member states and the presentations of experts is available on the CCW website³³. A follow up meeting was recently held in April 2015 wherein various experts, organisations and states made their presentations on the issue of AWS³⁴.

What is striking is that in most of the UN meetings on AWS, a few African states participated. This is where I am arguing that participating of African states in some of these debates is fundamental. Certain African values, notions and perceptions need also to be filtered in whenever important issues are discussed and policies formulated. As will be argued below, some of these weapons and the regulation thereof end up affecting some African countries even if they did not participate in their development or formulation.

5. AFRICAN UBUNTUISM/HUMANISM AND AWS

Before articulating how the notion of *ubuntu* is impacted by the development and deployment of autonomous systems, it is important to briefly articulate what the term *ubuntu* means and also trace its origins. It should be stressed however, that the ultimate goal is to measure whether AWS without meaningful human control are in line with the African notion of Ubuntu or otherwise humanity. Expectedly, the discussion will not only focus on Ubuntu and humanity but also on the right to dignity which is an integral part of humanity.

In Africa, the roots of *ubuntu* as an ideology and a political philosophy can be traced back to Zimbabwe’s independence struggle against colonial domination. *Ubuntu* is a *Nguni* term which is equivalent to *unbu* or *hunbu*, which are words from the Shona language that is spoken by the majority of people in Zimbabwe. In 1980, just as Zimbabwe was gaining its independence, a Zimbabwean author, JWT Samkange, published the

29 See: <<http://www.unog.ch/80256EE600585943/%28httpPages%29/6CE049BE22EC75A2C1257C8D00513E26?OpenDocument>>. Accessed 27 June 2014.

30 See: <<http://www.unog.ch/80256EE600585943/%28httpPages%29/6CE049BE22EC75A2C1257C8D00513E26?OpenDocument>>. Accessed 27 June 2014.

31 See Report of the 2014 informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/350D9ABED1AFA515C1257CF30047A8C7/\\$file/Report_AdvancedVersion_10June.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/350D9ABED1AFA515C1257CF30047A8C7/$file/Report_AdvancedVersion_10June.pdf)>. Accessed: 27 Jun. 2014.

32 See Report of the 2014 informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), Available at <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/350D9ABED1AFA515C1257CF30047A8C7/\\$file/Report_AdvancedVersion_10June.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/350D9ABED1AFA515C1257CF30047A8C7/$file/Report_AdvancedVersion_10June.pdf)>. Accessed 27 Jun. 2014.

33 See: <<http://bit.ly/1jSlCro>>. Accessed: 27 Jun. 2014.

34 See: 2015 Expert Meeting on LAWS Available at: <<http://www.unog.ch/80256EE600585943/%28httpPages%29/6CE049BE22EC75A2C1257C8D00513E26?OpenDocument>>. Accessed: 20 May 2015.

first literature articulating *ubuntu* as a philosophical concept upon which governance must be based³⁵.

Literally understood, the word *ubuntu* is a combination of the root *-ntu* which means a person or human being with the prefix *ubu-* thereby forming abstract nouns³⁶. In this sense, the term *ubuntu* is the equivalent of 'humanity'. During the armed struggle against colonial domination in Zimbabwe, the term was understood to mean such things as 'human nature, humanness, humanity; virtue, goodness, kindness', virtues that were associated with those who supported the struggle of the black majority against white minority domination³⁷. Then, especially in the 1970s, the term 'ubuntu' denoted a special kind of 'African humanism' the kind only found in blacks but completely lacking in whites. Even in present day Zimbabwe, sometimes the term 'munhu' is used exclusively to refer to a black person.

However, by 1980, perceptions of what 'ubuntu' or 'hunhu' means gained a wide interpretation to include every human being. For example, Samkange espoused three factors that underlie Hunhuism or Ubuntuism:

'To be human is to affirm one's humanity by recognizing the humanity of others and, on that basis, establish respectful human relations with them.'

'If and when one is faced with a decisive choice between wealth and the preservation of the life of another human being, then one should opt for the preservation of life.'

'The king owes his status, including all the powers associated with it, to the will of the people under him'.³⁸

In the modern day Zimbabwe, virtues go into what constitutes 'unhu', these include but not limited to the following: respecting others, sharing provisions with others, dressing properly, respecting elders³⁹. Further-

more, in a cutting edge example against individualism, elderly people must be called by their surnames instead of their first names. In this sense, individualism is banished and replaced by a representative role, in other words, an individual stands for his relatives or those who share the same name with him⁴⁰. In such scenarios, it is observed that the 'individual identity is replaced with the larger societal identity within the individual' where 'families are portrayed or reflected in the individual and this phenomenon is extended to villages, districts, provinces and regions being portrayed in the individual'.⁴¹ The effect of this setup is that individuals are constantly forced to be in good behaviour since not only their name will be in jeopardy but the name of their family, village or whatever the case may be. It is in the same sense that the behaviour of daughters in law – known as varoora – is considered to be reflective of her family or the people who raised her. Ubuntu or 'hunhu' is the sacrosanct of togetherness, a notion under which there are no orphans since children belong to the whole village or community.

The notion of Ubuntu did not remain in Zimbabwe; it spilt across borders and spread across the African continent. For example, in South Africa, ubuntu was a guiding star during the transition from apartheid to majority rule. The South African legislature saw it fit to include the term in the Interim Constitution of South Africa where it categorically stated that 'there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for *ubuntu* but not for victimization'.⁴²

In South Africa and during Nelson Mandela's presidency, the notion of 'ubuntu' was popularised in English literature by Desmond Tutu who saw the ubuntu as 'the essence of being human' and 'the fact that you can't exist as a human being in isolation'.⁴³

The South African judiciary has also invoked the notion of ubuntu in the judgments of South African courts. For example, in the hate speech trial of Julius Malema, the court noted that ubuntu among other thin-

35 See SAMKANGE, J. W. T. *Hunhuism or Ubuntuism: a Zimbabwe indigenous political philosophy*, 1980.

36 See also Zulu noun classes on Wiktionary.

37 See SAMKANGE, J. W. T. *Hunhuism or Ubuntuism: a Zimbabwe indigenous political philosophy*, 1980.

38 See SAMKANGE, J. W. T. *Hunhuism or Ubuntuism: a Zimbabwe indigenous political philosophy*, 1980.

39 As far as sharing provisions is concerned, Nelson Mandela had this to say about Ubuntu: 'A traveller through a country would stop at a village and he didn't have to ask for food or for water. Once he stops, the people give him food and attend him. That is one aspect of Ubuntu, but it will have various aspects. Ubuntu does not mean that people should not enrich themselves. The question therefore is: Are you going to do so in order to enable the community around you to be able to improve?'

40 See: <https://en.wikipedia.org/wiki/Ubuntu_%28philosophy%29>. Accessed: 5 August 2015.

41 See: <https://en.wikipedia.org/wiki/Ubuntu_%28philosophy%29>. Accessed: 5 August 2015.

42 GADE, C. B. N. The historical development of the written discourses on ubuntu. *South African Journal of Philosophy*, v. 30, n.3, p. 303–329.

43 DESMOND, T. *No Future without forgiveness*. 1999.

gs denotes distaste for vengeance and promotion of reconciliation; a society where high and equal value is placed on every person; a society within which dignity is a right accorded to everyone; a community where members are compassionate, humane and respect each other; good attitude towards one another and shared concern; restorative rather than retributive justice and ‘favours civility and civilised dialogue premised on mutual tolerance.’⁴⁴ Along these lines, I will question whether giving a machine the power to decide who lives and who dies is in line with the Ubuntu notion that equal value must be placed on every human being and that every person must be treated not only with compassion but dignity.

Ubuntu philosophy was also further developed in Malawi where for example, Malawian author Thomas Msusa notes in Chichewa that ‘kali kokha nkanyama, tili awiri ntiwanthu’ – literally translated to mean ‘when you are on your own you are as good as an animal of the wild; when there are two of you, you form a community.’⁴⁵ To this end the notion of Ubuntu emphasise the idea of togetherness, of recognising the similarities and values we share as human beings. On account of those similarities and values, even when one is your enemy, at no point shall you treat that person like vermin, the kind upon which you can wantonly unleash some kind of mechanised pesticide!

At the regional level, the notion of Ubuntu, togetherness and importance of the group can even be noted where the African member states drafted the human rights Charter for the continent. The charter is uniquely styled ‘African Charter on Human and Peoples’ rights’, being the first to emphasise on ‘peoples’ – clearly upholding the ‘I am because we are’ notion. This notion of ubuntu has also found its way to other continents where it is repeatedly cited in diplomatic conferences including those that are organised by the UN.

Now that the African notion of Ubuntu is the equivalent of humanity, it is important to discuss what the place of humanity in international law. That discussion is important because it can help pinpoint where Ubuntu or humanity has already informed the formulation of

certain rules even at the international law. This helps to emphasise the relevance of Ubuntu or humanity to the debate on autonomous weapon systems.

6. UBUNTU/HUMANITY IN INTERNATIONAL LAW

The spirit of humanity gives international law its philosophical foundation⁴⁶.

For a very long time, lawyers, judges, special rapporteurs and policy makers have attempted to define what is meant by humanity or principles of humanity. At the international level, it is difficult to ascertain exactly when and where the concept of humanity originated. I have already pointed out above that on the African continent, the notion of Ubuntu or humanity as a philosophy can be traced to the colonial era in Zimbabwe. As for Europe, there is a number of scholars suggesting that it originated with Greek sophists where ‘humanitas’ was equated with the ability of man to reason as ‘mankind’s distinguishing feature.’⁴⁷ For example, according to Cicero, the only contrast among humans was not that of Romans and Barbarians but rather of ‘humanity and inhumanity.’⁴⁸

As I have already pointed out above in relation to the African continent where Ubuntu plays an important role in many government policies, trying to ascertain the definition of humanity or what it entails is not an ‘academic pursuit’ – it is important because the term plays an important role in the governance of armed conflict, law enforcement situations or wherever weapons are used⁴⁹. It is in this sense that Robin Coupland has noted that humanity governs the ‘abilities of humans to make and use weapons and, in parallel, to restrain the use thereof.’⁵⁰ From a humanitarian perspective, Robin

44 See *Afri-Forum and Another v Malema and others*, 23 (The Equality Court, Johannesburg 2011).

45 T Msusa: On Malawi’s 44th Independence Anniversary, Paulo Freire, *Critical Pedagogy, Urban Education, Media Literacy, Indigenous Knowledges, Social Justice*.

46 See Written Statement of the Government of Japan in the Nuclear Weapons case, at p2, available at: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/93/8768.pdf>>. Accessed: 29 Jan. 2015.

47 See BLONDEL, J. L. The meaning of the word ‘humanitarian’ in relation to the fundamental principles of the Red Cross and Red Crescent. *International Review of the Red Cross*, v. 273, p. 507-515, 1989.

48 BLONDEL, J. L. The meaning of the word ‘humanitarian’ in relation to the fundamental principles of the Red Cross and Red Crescent. *International Review of the Red Cross*, v. 273, p. 507-515, 1989.

49 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 972.

50 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 970.

Coupland observes that one of the defining characteristics of human existence has been the making of, threatening with or use of weapons.⁵¹ The only determinant factor as to whether use of weapons or threat is going to be humane or inhumane is the exercise of ‘restraint as to how, when and where weapons are used.’⁵² If the international community is going to let the use of weapons or violence ‘slip the leash of restraint’, the results may be catastrophic for humanity⁵³.

Notwithstanding that its meaning has not been expressly articulated, humanity has been invoked in different branches of international law like international humanitarian law, international human rights law and international criminal law. In the African Charter on Human and Peoples’ Rights, humanity or Ubuntu was a major consideration that shaped many sections in the Charter. There are also a number of international organisations that have expressly stated that the principle of humanity is their operative guideline.

6.1. Humanity and International humanitarian law

The demand for humanity on the battle field is evident in the history of mankind. For example, it can be found in many practices of ancient states in Africa, China, India and many other regions. The main purpose of most of the rules of the battlefield was to safeguard the survival of a particular group albeit it being viewed or declared an enemy. Fighters were forbidden from engaging in acts that would cause unnecessary suffering as that was considered to be contrary to the elementary principles of humanity. Most of those ancient rules are incorporated in the current rules of IHL on means and methods of warfare. Amongst these ancient rules, some of the most interesting comes from the ancient *Laws of Manu* where for example, use of barbed, poisoned and fire blazing weapons, deliberately attacking those not taking part in hostilities, killing a surrendering fighter or a grievously wounded fighter was prohibited as it was

51 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 971.

52 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 971.

53 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 971.

considered to be contrary to the dictates of humanity⁵⁴.

In 1864, Henry Dunant after witnessing the horrors of Solferino wrote a book titled *A Memory of Solferino*⁵⁵. In this book, he appealed to humanity and public conscience which resulted in the drafting and adoption of the First Geneva Convention⁵⁶. In the 1905 battle of Tsushima, the Japanese fleet was defeated by the Russian fleet and was left in a terrible shipwreck⁵⁷. It shocked the conscience of humanity to the extent that governments agreed to have another Geneva Convention for those wounded, sick and shipwrecked at sea⁵⁸.

Likewise, World War I and II saw many soldiers behind enemy lines and many were captured and millions suffered ill-treatment at the hands of their captors⁵⁹. Once again, conscience and humanity played a role in the drafting of the Third Geneva Convention on Prisoners of War to address situations like those of prisoners of war in World War I and II. It is not an untold story that civilians suffered the most in World War II that in 1949, another Geneva Convention was specifically drafted to deal with the protection of civilians in armed conflict⁶⁰.

The gruesome deliberate civilian attacks in the Vietnam War and rampant use of indiscriminate conventional weapons shock the conscience of the world community once again⁶¹. Added to this discourse was the quest for self-determination and wars that are fought for that right. This resulted in the two Additional Protocols to the Geneva Conventions in 1977 and the adoption of the Convention on Certain Conventional Weapons in 1980.

On account of these clear cut examples of the influence of humanity, a number of scholars note that

54 See the Laws of Manu, Rule 90-93 available at: <<http://www.sacred-texts.com/hin/manu.htm>>. Accessed: 31 Dec. 2014.

55 See DUNANT, J. H. *A memory of Solferino*: international committee of the red cross. 2006.

56 GARDAM, J. G. *Non-combatant immunity as a norm of international humanitarian law*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

57 See Out of My Past *Memoirs of Count Kokontsov*, 1935, p.50.

58 Geneva Convention III for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949.

59 See JONES, H. *Violence against prisoners of war in the First World War: Britain, France and Germany, 1914-1920*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 29-440

60 See Geneva Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949.

61 See BOGASKI, G. *American protestants and the debate over the Vietnam War: Evil was loose in the world*, 2014. p.12.

humanity is the core and basis of international humanitarian law. For example, Matthee has extrapolated and nuanced the foundational basis of the law of armed conflict as follows:

International humanitarian law is built on the recognition of two opposite sides of humanity. On the one hand, the term 'human' refers to the sympathetic kindness of members of the human race, for instance the human capacity for compassion, which is reflected in the protective scope of international humanitarian law; the protection of those not directly involved in the armed conflict. On the other hand, it refers to the fragility of the human race, its 'dark side' and capacity to destroy⁶².

To this end, Mariëlle Matthee has observed that the 'human face is the special character of international humanitarian law itself'.⁶³ Many of the treaties and conventions in international humanitarian law are argued to have been influenced or founded on the basis of the principle of humanity as already indicated above. For example, in recognising the importance of the Martens Clause and its principles of humanity and dictates of public conscience, Peter Asaro notes that in as much as it is true that many conventions and treaties codify customary law 'by putting into writing the norms of behavior already recognised and adopted by states', in the case of IHL treaties like the Geneva Conventions, 'written law emerged specifically because the widespread behavior of states ran counter to shared moral sensibilities and collective interests'.⁶⁴ Thus here, humanity is seen as influencing the adoption of certain laws even though it was not supported by state practice. To this end, the role of humanity in IHL as far as the making of laws and norms cannot be under-estimated.

In international humanitarian law treaties, the concept of humanity first appeared late in the 19th century specifically in the 1868 Saint Petersburg Declaration⁶⁵.

62 MATTHEE, M *et al.* *Armed conflict and international law: in search of the human face: Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, 2013. p. 16.

63 MATTHEE, M *et al.* *Armed conflict and international law: in search of the human face: Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald*, 2013. p. 16.

64 ASARO, P. *Jus nascendi, robotic weapons and the Martens Clause. Forthcoming*, v. 14, 2015. p.3.

65 The declaration stated that states 'having by common agreement fixed the technical limits at which the necessities of war ought to yield to the requirements of humanity, the undersigned are authorized by the orders of their Governments to declare as follows: Considering that the progress of civilization should have the effect of alleviating as much as possible the calamities of war: That the

Robin Coupland notes that it is surprising that states chose to invoke the concept of humanity and include it in the St Petersburg Declaration when its meaning was not ascertained⁶⁶. It was after 31 years later that humanity was expressly referred to again in the First Hague Peace Conference in 1899. From henceforth, almost all the treaties and legal documents relating to the laws of war contained the concept of humanity⁶⁷. JC Boogard has observed that the rules of international humanitarian law 'aim to preserve a sense of humanity in armed conflict'.⁶⁸ All other rules of international humanitarian law, observes Hanna Brollowski, 'merely function as means to actualise humanity'.⁶⁹

Before the inclusion of the term humanity in the laws of war, there was always an attempt by belligerents to treat their enemies as less human or 'outside the human race'.⁷⁰ Even after the emergence of the term humanity in the laws of war and human rights, perpetrators of heinous acts always seek to exclude the perceived enemy from the human race for the easiness of committing crimes. In Rwandese genocide for example, certain groups were called names such as *inyenzi* – meaning cockroach or *inzoka* – meaning snake in Kinyarwanda⁷¹. This was a clear attempt to dehumanise them

only legitimate object which States should endeavour to accomplish during war is to weaken the military forces of the enemy; That for this purpose it is sufficient to disable the greatest possible number of men; That this object would be exceeded by the employment of arms which uselessly aggravate the sufferings of disabled men, or render their death inevitable; That the employment of such arms would, therefore, be contrary to the laws of humanity; The Contracting Parties engage mutually to renounce, in case of war among themselves, the employment by their military or naval troops of any projectile of a weight below 400 grammes, which is either explosive or charged with fulminating or inflammable substances.

66 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 973.

67 See for example Article 76 of the Lieber Code (1863); Article 3 Common to the Geneva Conventions; Article 12 of Geneva Convention I; Article 12 of Geneva Convention II; Article 13 of Geneva Convention III; Article 27 of Geneva Convention IV; Article 75 (1) of Additional Protocol I; Article 4(1) of Additional Protocol II.

68 BOOGARD, J. C. Fighting by the principles: principles as a source of international humanitarian law. In: MATTHEE, M. et. al. (Ed.). *Armed conflict and international humanitarian law: in search for the human face*. Springer Science & Business Media, 2013. p. 4.

69 BROLLOWSKI, H. Military robots and the principle of humanity. In: MATTHEE, M. et. al. (Ed.). *Armed conflict and international humanitarian law: in search for the human face*. Springer Science & Business Media, 2013. p. 69.

70 See SCHMITT, C. *The concept of the political*. Chicago: University of Chicago Press, 2007. p. 54.

71 TIRRELL, L. *Genocidal language games*, 2009. p. 176. Available

or remove them from the humankind. To this, William Schabas observed that ‘the road to genocide in Rwanda was paved with hate speech’ – a clear lack of humanity and dehumanisation of another group⁷². This was also the same case in conflicts that are motivated by racial differences, for example, apartheid in South Africa. Parts of the infamous speech of Botha read as follows:

The fact that, blacks look like human beings and act like human beings do not necessarily make them human beings. Hedgehogs are not porcupines and lizards are not crocodiles because they look alike⁷³.

Likewise, Jan Joerden observes that after the Holocaust, the notion of human dignity was placed at the beginning of the new ‘German Constitution to underline its importance, especially after the Nazi era during which humanity, both of the individual and of mankind altogether, was completely set aside.⁷⁴ Humanity in this regard, is a concept ‘that excludes the concept of the enemy’; if there is an enemy for example in armed conflict, ‘the enemy does not cease to be a human being’ thus the need to treat them humanely⁷⁵.

It can also be deduced that the regulation of means and methods of warfare is greatly influenced by consideration of humanity. For example, Avril McDonald observes that the law of armed conflict is ‘called international humanitarian law not because it is obvious that humanity should exist in war but because it is not obvious at all to those who fight these wars.⁷⁶ Humanity in this sense is there to restrain the ‘most barbaric of human activities’ during a time when it seems there is a ‘natural human tendency to lose all inhibitions when fighting in armed conflict.⁷⁷

at: <https://www.academia.edu/905194/Genocidal_Language_Games>. Accessed: 4 Feb. 2015.

72 SCHABAS, W. Hate speech in Rwanda: the road to genocide. *McGill Law Journal*, v. 144, 2000.

73 See <<http://ireport.cnn.com/docs/DOC-813552>>. Accessed: 4 Feb. 2015.

74 JOERDEN, J. C. The promise of human dignity and some of its juridical consequences especially for medical criminal law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.) *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 217.

75 SCHMITT, C. *The concept of the political*. Chicago: University of Chicago Press, 2007. p. 54.

76 MCDONALD, A. Hors de combat: post-September 11 challenges to the rules. In: HENSEL, H. M. (Ed.). *The legitimate use of military force: the just war tradition and the customary law of armed conflict*. Ashgate Publishing, 2008. p. 244.

77 MCDONALD, A. Hors de combat: post-September 11 challenges to the rules. In: HENSEL, H. M. (Ed.). *The legitimate use of military force: the just war tradition and the customary law of armed conflict*. Ashgate Publishing, 2008. p. 244.

For humanitarian reasons, ‘international humanitarian law, as most particularly shown in its rules protecting persons *hors de combat*, is a statement of the extent, and limits, of our humanity in war.⁷⁸ In summary of the rules that govern the means and methods of warfare as contained in the Martens Clause, one United Nations Special Rapporteur on the situation in Kuwait noted as follows:

The right of parties to choose the means and methods of warfare is not unlimited, i.e the right of parties to choose the means of injuring the enemy, is not unlimited;

A distinction must be made between persons participating in military operations and those belonging to the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible;

It is prohibited to launch attacks against the civilian population as such⁷⁹.

Courts have also found violations of international humanitarian law on the basis that the conduct in question was inconsistent with the principles of humanity. For example, in the case of *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, the ICJ found that the conduct of the US was contrary to general principles of IHL since they violated ‘elementary considerations of humanity.⁸⁰ The ICJ had earlier noted that consideration of humanity as part of the general principles of international law was not only applicable to the conduct of hostilities⁸¹ but even in times of peace⁸². It was for that reason that in 1996 the United Nations Security Council censured the use of excessive force against civilian aircraft observing that the use of certain weapons against civilian aircraft is ‘incompatible with the elementary considerations of humanity.⁸³

It is in the same vein that Mr. Boutros Boutros-Gha-

78 MCDONALD, A. Hors de combat: post-September 11 challenges to the rules. In: HENSEL, H. M. (Ed.). *The legitimate use of military force: the just war tradition and the customary law of armed conflict*. Ashgate Publishing, 2008. p. 248.

79 E/CN.4/1992/26. Report of the United Nations Special Rapporteur on the situation of human rights in Kuwait under Iraq occupation, Walter Kälin, 1992.

80 MILITARY and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, *Nicaragua v the United States of America* ICJ Reports 1986

81 See the *Corfu Channel case, United Kingdom v Albania*, Merits, ICJ Reports (1949).

82 See the *Corfu Channel case, United Kingdom v Albania*, Merits, ICJ Reports (1949).

83 Security Council Resolution 1067, para 6, 28 July 1996.

li, the former United Nations Secretary General observed that it does not matter whether it is an international or non-international armed conflict; prohibitions that are in Common Article 3 to the Geneva Conventions resonate from those acts that are contrary to the 'elementary considerations of humanity'.⁸⁴

The ability to recognise and respect the human dignity and worthy of another person is the basis on which the society and international community can survive. As has been observed by Thomas Hobbes in the 17th century, that respect must continue even in time of war, governing the way humans conduct themselves and consequently the weapons they use.

Whatsoever therefore is the consequent to a time of war, where every man is enemy to every man [therefore no respect for humanity]...wherein men live without security, than what their own strength and their own *invention* shall furnish them withal [then]...there is no arts; no letters; no society; and which is worst of all, continual fear, and danger of violent death; and the life of man, solitary, poor, nasty, brutish and short⁸⁵.

From the foregoing, the United Nations, courts, commentators and treaty drafters believe in the importance of the principle of humanity in international humanitarian law albeit it not being specifically defined. This is the same under international human rights law.

6.2. Humanity and human rights law

Under human rights law, B Beers has observed that human rights only become meaningful if they are understood from a point of humanity⁸⁶. Peter Asaro has thus linked humanity to the Universal Declaration of Human Rights noting that many conventions on human rights are in essence influenced by the concept of humanity⁸⁷. He notes that the UDHR is underpinned by humanity, a 'set of moral principles' and 'a hybrid of shared beliefs, sentiments, and attempts to derive principles from norms of belief and behavior' common to all peoples that have been subsequently codified in

various human rights treaties and conventions⁸⁸. There are a number of human rights treaties that refer to either the principle of humanity or human dignity as part of humanity⁸⁹. Likewise, the United Nations Human Rights Committee has emphasised the importance of the principle of humanity in some of its General Comments⁹⁰. In General Comment 21 for example, it is categorically stated that:

Treating all persons deprived of their liberty with humanity and with respect for their dignity is a fundamental and universally applicable rule. Consequently, the application of this rule, as a minimum, cannot be dependent on the material resources available to the State party. This rule must be applied without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status⁹¹.

Thus in human rights law, it is considered settled practice that 'the treatment dispensed to human beings, in any circumstances, ought to abide by the principle of humanity which permeates the whole *corpus juris* of the international protection of the rights of the human person'.⁹² Nevertheless, just like in the case of international humanitarian law, there is no express definition of humanity in the human rights law regime.

6.3. Humanity and international criminal law

Again, a reference to humanity is present in international criminal law. The preamble of the Rome Statute states that the international community is 'mindful that during this century millions of children, women and men have been victims of unimaginable atrocities that deeply shock the *conscience of humanity*'.⁹³ To the same end, courts have considered principles of humanity in

84 Report of the UN Secretary General, Boutros Boutros-Ghali, UN Doc. S/25704 (1993) para 48.

85 See HOBBS, T. *Leviathan*. 2010. p. 56-57.

86 BEERS, B. et al. *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 177; See also TEITEL, R. G. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

87 ASARO, P. Jus nascendi, robotic weapons and the Martens Clause. *Forthcoming*, v. 14, 2015. p.5.

88 ASARO, P. Jus nascendi, robotic weapons and the Martens Clause. *Forthcoming*, v. 14, 2015. p.5.

89 Article 17(1) of the Convention on the Protection of Migrant Workers; Article 5 of the African Charter on human and Peoples' Rights; Article 37(b) of the Convention on the Rights of the Child; Article 5 of the American Convention on Human Rights.

90 UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, Human Rights Committee, General Comment 9, Article 10, para 3 stating in pat that 'allowing visits (for those deprived of liberty), in particular by family members, is normally also such a measure which is required for reasons of humanity.'

91 UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 33, Human Rights Committee, General Comment 21, Article 10, para 4.

92 KOLB, R.; GAGGIOLI, G. *Research handbook on human rights and humanitarian law*. Edward Elgar Publishing, 2013. p. 189.

93 Pre-ample of the Rome Statute.

the adjudication of some cases. In the case of *Furundziya*, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia stated that torture is not only contrary to customary international law but also principles of humanity as enshrined in the Martens Clause⁹⁴. The ICTY also observed that deliberate attacks on the civilian population are contrary to the elementary consideration of humanity as derived from the Martens Clause⁹⁵.

It is in the light of the concept of humanity that in international criminal law ‘crimes against humanity’ were coined⁹⁶. In this term, humanity is considered to be both the humankind and the ideologies and norms of the humankind⁹⁷. Thus a person committing crimes against humanity commits acts that shock the human conscience in that they are against the ideologies and universal or widely agreed norms of the humankind thereby offending both the descriptive understanding of humanity as mankind and the normative understanding of humanity as the value that is shared by all human beings⁹⁸.

In the same vein, in international criminal law, the application of statutory limitations to war crimes is considered to be an affront ‘to world public opinion’ and humanity since it fuels impunity⁹⁹. Likewise, emerging international norms such as the responsibility to protect (RtoP) are premised on humanity and public conscience—where governments, albeit human rights violations not occurring against their own citizens or within their territories, they reserve a right and obligation to intervene and protect civilians were the state responsible is either unwilling or unable to protect¹⁰⁰.

94 See PROSECUTOR v Furundziya (1998) Judgement No. IT-95-17/1-T para 137.

95 See PROSECUTOR v Martić (1996), Review of the Indictment Pursuant to Rule 61, No. IT-95-11-R61 para 48.

96 BASSIOUNI, M. C. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: University Press, 2011. p. 10.

97 See MACLEOD, C. Towards a philosophical account of crimes against humanity. *European Journal of International Law*, p. 281-302, 2010.

98 See MACLEOD, C. Towards a philosophical account of crimes against humanity. *European Journal of International Law*, p. 281-302, 2010.; URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

99 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, 26 November 1968

100 See PATTISON, J. *Humanitarian intervention and the responsibility to protect: who should intervene?* Oxford: Oxford University Press,

According to Michael Veuthey, humanity involves ‘demanding justice through criminal prosecution before national or international courts.’¹⁰¹. In other words, it is in line with humanity that that where a crime is committed, the perpetrator must be prosecuted and the victim remedied¹⁰². Now, this point is linked to the argument that AWS may create an accountability vacuum where it may be impossible to hold anyone responsible for a crime committed¹⁰³.

6.4. NGOs, international organisations and humanity

There are many international organisations who consider their work to be humanitarian, indeed, they see the number one objective of their work being to further and protect humanity. An example of such an organisation is the International Committee of the Red Cross which has humanity as one of its operating principles. Indeed, humanity is even the *raison d’être* of the ICRC if one considers the history of its foundation¹⁰⁴.

The principle of humanity stands out on its own in the doctrine of the Red Cross, and all the other principles hang from it. It is the fundamental basis of our institution, indicating both its ideal, the reason for its existence and its object. If the Red Cross were to have only one principle, this would be it¹⁰⁵.

Thus in its humanity principle, the ICRC considers that it was ‘born of a desire to bring assistance without discrimination to the wounded on the battlefield’, ‘alleviate human suffering’ by protecting lives and the health of those caught in the maelstrom of armed conflict and ‘ensure respect for the human being’ while promoting ‘mutual understanding, friendship, co-operation and

2010.

101 VEUTHEY, M. Public conscience in international humanitarian law today. In: HORST, F. et al. (Ed.). *Krisensicherung und humanitärer schutz: crisis management and humanitarian protection*. Berliner Wissenschaftsverlag, 2004. p. 626.

102 VEUTHEY, M. Public conscience in international humanitarian law today. In: HORST, F. et al. (Ed.). *Krisensicherung und humanitärer schutz: crisis management and humanitarian protection*. Berliner Wissenschaftsverlag, 2004. p. 626.

103 See GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW. Autonomous weapon systems under international law. *Academy Briefing Number*, v. 24, iss. 8, 2014.

104 See BROLLOWSKI, H. Military robots and the principle of humanity. In: MATTHEE, M. et al (Ed.). *Armed conflict and international humanitarian law: in search for the human face*. 2013. p. 69.

105 PICTET, J. S. Humanity. *International Review of the Red Cross*, v. 158, 1995.

lasting peace amongst all peoples.¹⁰⁶

Notwithstanding that humanity is provided for in international humanitarian law, UN law, human rights law, international criminal law and founding documents of important international organisations, there is no express definition of what it is. This has prompted some scholars to argue that it is a vague term and as such the Martens Clause which contains it cannot be relied upon in the AWS debate¹⁰⁷. Nevertheless, the fact that no express definition is provided does not necessarily mean that the term is incapable of meaning.

6.5. Definition of humanity

As already highlighted above, there is no single definition of what the term humanity means¹⁰⁸. B Beers has noted that an attempt to define humanity is usually characterised by a 'wide-spread tendency to translate particular and provisional moral convictions into universal truths and symbols by identifying one's own ways with the ways of humanity as a reified whole.'¹⁰⁹ According to Hanna Brollowski, 'to define the concept of humanity is in itself a daunting task.'¹¹⁰ In general, however, Avril McDonald has observed that humanity and international humanitarian law can be said to be summarised in the popular phrase 'do unto others as you would have them do unto you.'¹¹¹

6.6. Literal definition of humanity

The ordinary, literal or grammatical definition of humanity should be the first port of call¹¹². The literal and

descriptive meaning of humanity refers to 'humankind, that is, to the group of men and women who form the human race.'¹¹³ This literal understanding of humanity as meaning humankind is also present in case law. For example, in the *Nicaragua case*, the court noted that if certain rules of international law are not respected, it will 'lead to disastrous consequences causing untold misery to humanity.'¹¹⁴ In this sense, humanity is human kind. This literal understanding of the term humanity relevant to international law since international law, in the first place, 'is not made for anyone else but for the human race: international law is, in that sense, humanity's law.'¹¹⁵

Literally, humanity is also understood to refer to 'the character or quality of being humane; behaviour or disposition towards others such as befits a human being.'¹¹⁶ Jean Pictet has thus defined humanity as 'a sentiment of active goodwill towards mankind' that encompasses 'a complex motive in which kindred elements such as kindness, pity, gentleness, generosity, patience, and mercy, are present in varying degrees.'¹¹⁷ There is usually a link between these two literal definitions of humanity although it should be noted that 'human existence is not necessarily associated with humane behaviour of individuals.'¹¹⁸

6.7. Defining humanity as a normative standard

The more important definition of humanity as according to Rene Uruena, is to understand it 'as a normative

manity. In: MATTHEE, M. et al (Ed.). *Armed conflict and international humanitarian law: in search for the human face*. 2013. p. 68.

113 URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 180; R Coupland 'Humanity: What is it and how does it influence international law?' (2001) *International Review of the Red Cross* 969.

114 MILITARY and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, *Nicaragua v the United States of America* ICJ Reports 1986, pp. 143 and 146, Separate Opinion of President Nagendra Singh.

115 URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 180.

116 See COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001.

117 PICTET, J. S. Humanity. *International Review of the Red Cross*, v. 158, 1995.

118 See COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 972.

106 DURAND, A. *The International Committee of the Red Cross*. 1981. p. 54.

107 See EVANS, T. D. Note at war with the robots: autonomous weapon systems and the Martens Clause. *Hofstra Law Review*, v. 697, iss. 41, 2014.

108 URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 181.

109 BEERS, B. et al. *Humanity across international law and biolaw*. 2014. p. 177.

110 BROLLOWSKI, H. Military robots and the principle of humanity. In: MATTHEE, M. et al (Ed.). *Armed conflict and international humanitarian law: in search for the human face*. 2013. p. 68.

111 MCDONALD, A. Hors de combat: post-September 11 challenges to the rules. In: HENSEL, H. M. (Ed.). *The legitimate use of military force: the just war tradition and the customary law of armed conflict*. Ashgate Publishing, 2008. p. 243.

112 BROLLOWSKI, H. Military robots and the principle of hu-

standard' that presents a somewhat 'empty vessel that empowers humanitarian institutions and their expertise' to have the 'last word on what humane behaviour really is' in each particular circumstance¹¹⁹. This is where values that have been long accepted by humankind are of importance in shaping what is meant by humanity.

Thus when trying to find the meaning of what is meant by the term humanity in terms of the laws of armed conflict, it should be understood that 'humanity is linked to the idea of humane treatment – be it of the ill or the wounded, of non-combatants or of others whose protection is mandated.'¹²⁰ In this sense, a question on whether certain conduct is consistent with requirements of humanity is the equivalent of whether your conduct is humane¹²¹.

From the above understanding, humanity must be viewed as 'a standard that serves as a yardstick to evaluate a certain conduct.'¹²² In showing the close link between humanity, human dignity and other moral standards or yardsticks that appear to be universal to humankind, Coupland observes that:

Humanity-sentiment, limiting inhumanity, a collective human conscience, respecting human rights, the restraint of armed violence and ... morality are so closely knit within our psychology that they may only bear different names because of the poverty of language.¹²³

This view is supported by many scholars who postulate that human rights are born out of human dignity.¹²⁴ In other words, human dignity is the mother of all ri-

ghts.¹²⁵ Many human rights treaties refer to the right to dignity or the importance of the dignity of the human person.¹²⁶ McCrudden has observed that the importance of human dignity when human rights treaties were being negotiated and drafted as that of providing 'a theoretical basis for the human rights movement in the absence of any other basis for consensus.'¹²⁷

To this end, 'an individual is capable of having rights if and only if his well-being is of ultimate value.'¹²⁸ According to this view, humanity then is that which is consistent with human dignity¹²⁹. The only problem arise in that there is not much consensus in what exactly human dignity entails irrespective of the fact that many scholars emphasise its importance and it being the basis of other rights¹³⁰.

Nevertheless, the understanding of humanity as a normative standard that incorporate human dignity is that it is not only concerned with the protection of the individual but human kind as a whole. The Constitutional Court of German has articulated that 'human dignity means not only the individual dignity of the person but the dignity of man as a species.'¹³¹

The advantage of taking the principle of humanity as a normative standard is that it is not rigid; it 'allows a contextual assessment of situations, and permits flexibility while invoking a certain normative value.'¹³² From the view of international law which is ever changing, humanity and dignity, it is argued, must not be given a 'concrete meaning' since that would empower those

119 URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p.178.

120 URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p.180.

121 URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 180.

122 URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 181.

123 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 978.

124 MACCORMICK, N. *Legal right and social democracy: essays in legal and political philosophy*. Clarendon Press, 1982. p. 154.

125 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 104.

126 See for example Article 1 of UDHR; preamble to UN Charter; see also case of *Tyrer v UK ECHR* (1978)2.

127 MCCRUDDEN, C. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, v. 655, n. 19, 2008. p. 655-77.

128 RAZ, J. *The morality of freedom*. 1986. p. 166.

129 URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 184.

130 See generally KRETZMER, D.; KLEIN, E. *The concept of human dignity in human rights discourse*. Kluwer Law International, 2002.

131 See URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 188.

132 See URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p.189.

who seek to interpret it in a negative way that demean human rights when circumstances change¹³³. An example of such an interpretation is where Evans argues that Human Rights Watch missed the point on how to interpret humanity in its 2012 report titled *Losing Humanity: The case against killer robots*¹³⁴. He argues that ‘a literally inhuman weapon system may prove to be far more humane than human soldiers could ever be.’¹³⁵. Such an argument could be well supported if there was a rigid definition of what constitutes humanity. However, because the concept is flexible, Evans’ argument can be attacked from all angles, starting with the fact that the moment a weapon is termed to be inhuman, and then, the game is over.

As already noted above, Evans’s arguments seem to advocate for the strengthening of states’ powers to make decisions on the international level through exclusion of the Martens Clause and its humanity principles and dictates of public conscience. Schmitt has observed that in most cases where sovereigns or states invoke the principle of humanity to support their argument, it is not out of sincerity, thus in his opinion and as far as states are concerned, ‘whoever invokes humanity wants to cheat.’¹³⁶.

In the same vein, Erika de Wet has noted that one of the fundamental roles of humanity, understood as a normative standard, is that it provides ‘a constitutional limit’ to the powers of states at the global level¹³⁷. Such a constitutional limit is not rigid but flexible depending on the circumstances. In regards to flexibility of humanity and its importance, Uruena observes as follows:

When everything fails, when the Security Council or the legal departments of Foreign Offices are entangled in discussions of vetoes, or arcane treaty provisions, the ethical imperative of humanity

133 See URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 189.

134 EVANS, T. D. Note at war with the robots: autonomous weapon systems and the Martens Clause. *Hofstra Law Review*, v. 697, iss. 41, 2014.

135 EVANS, T. D. Note at war with the robots: autonomous weapon systems and the Martens Clause. *Hofstra Law Review*, v. 697, iss. 41, 2014.

136 SCHMITT, C. *The concept of the political: expanded edition*. 2008. p. 54. He notes for example that in the past states have used the principle of humanity to extend their borders while crushing the sovereignty of other states.

137 DE WET, E. The international constitutional order. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, 2006. p. 51.

seems to trump all discussions. Humanity is out there, not in an office in Geneva or New York – but in Colombia, or Sudan, or some other place where the dignity of human beings needs to be protected by the international community as a whole¹³⁸.

Thus while the literal meaning of humanity is important, when understood as a normative standard, humanity becomes clearer but at the same time flexible. Other commentators have suggested that humanity can be defined in terms of other disciplines other than law. In view of the multi-disciplinary nature of the AWS debate, such an approach is also welcome.

6.8. Defining humanity terms of other disciplines other than law

While Coupland recognises that there is much ambiguity as far as the term humanity is concerned in international law, he notes that in other disciplines such as security studies, health sciences like psychology, the meaning of humanity may be clear cut. To that end, he suggests that to find the meaning of humanity, one may resort to ‘interpreting humanity in terms of security and health.’¹³⁹. To justify why humanity must be interpreted in terms of health and security when it comes to weapons, Coupland argues that ‘weapons are the principal means by which personal security is eroded and therefore must be recognized as both security and health issues.’¹⁴⁰.

Humanity arises from and signifies restraining the capacity for armed violence and limiting its effects on security and health...Humanity interpreted in these terms encompasses humanitarianism, morality, development, human rights and human security[...] Humanity is not solely the domain of “humanitarian” agencies or international lawyers. Other disciplines, especially those based on life sciences, can be brought to bear[...] humanity is a universal ethic and should be shared between all

138 See URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p.189.

139 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 979.

140 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 982; See also ABASS, A. *Protecting human security in Africa*. 2010. p. 64; KALDOR, M. H.; BEEBE, S. *The ultimate weapon is no weapon: human security and the new rules of war and Peace*. PublicAffairs, 2010. KALDOR, M. *Human security*. 2013; CHANDLER, D.; HYNEK, N. *Critical perspectives on human security: rethinking emancipation and power in international relations*. Routledge, 2010.

people involved with the process of going to war¹⁴¹.

Thus, to determine whether a particular conduct or weapon is inhumane; one may assess it in terms of its impact on security and health. He adds that maintenance of peace and security and protection of health is the 'lowest common denominator' that can tell what is humane and what is inhuman¹⁴².

Security is the foundation on which all human relations are based. For this reason, the international community has never stopped in its quest to keep at bay all those who are viewed to be a menace to world peace and to keep in check all conduct that may disturb world peace. Establishment of methods such as the Congress System of 1815 and its principle of balance of power, the League of Nations and the current United Nations have all been efforts of humanity to ensure that there is peace and security.

To this end, the question may be asked whether development of AWS is in the interest of security for example. The debate on AWS is sometimes obscured by an over emphasis of the importance of this kind of technology to states. In this regard, it should be understood that there is a difference between state and individual security as has been observed by Robert Jackson:

We should distinguish between personal security and national security. Personal security is a basic value because it is an essential requirement, or condition, of a successful and fulfilling existence: it liberates people (both physically and mentally) to get on with the business of building their lives without undue fear of those around them. Personal security is our individual insulation from threat, danger, or harm the source of which is always *other people*. It is also peace of mind: liberation from the anxiety and apprehension associated with fear of those who are in a position to harm us¹⁴³.

There have been arguments by some commentators that AWS will lower the threshold on the use of force¹⁴⁴.

In this sense, the AWS may be seen to potentially threaten the security of humanity and of course associated health rights. However, this may not be straightforward as it may seem. This is so because weapons can be both a means to erode security and a means to guarantee it¹⁴⁵.

In terms of the protection of the right to life, Heyns has noted that one of the layers of protection of the right to life is through *jus ad bellum* – the law relating to the use of force which is directly linked to security issues.¹⁴⁶ Along the same lines, Pierre Perrin, a Chief Medical Officer with the ICRC has observed the importance of security for the safeguard of both public health and right to dignity as an element of humanity¹⁴⁷. He noted that the right to health, dignity of individuals may only be effectively protected if 'the security of victims of armed conflict is guaranteed' since 'security embraces the sustainable satisfaction of needs and respects basic rights of human beings¹⁴⁸.

If it is agreeable that 'the ultimate goal of humanity, human rights and humanitarian intervention' is to promote human security and health, then humanity can be interpreted in light of the concepts of security and health¹⁴⁹. Humanity, therefore, is 'people living together in a state of security and health.'¹⁵⁰ The overall consideration when interpreting and trying to find the definition of humanity is to remember that humanity must be 'interpreted in terms of people's security and well-being.'¹⁵¹

Both the literal and normative meaning of the term humanity – i.e. humanity as referring to mankind and

141 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 988-989.

142 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 979-988.

143 JACKSON, R. *The global covenant: human conduct in a world of states*. Oxford University Press, 2000. p. 186.

144 See ASARO, P. How just could a robot war be? In: BREY P. et. al. (Ed.). *Current issues in computing and philosophy*. IOS Press, 2008.; KHAN, P. W. The paradox of riskless warfare. *Faculty Scholarship Series*, v. 4, n. 326, 2002. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/326>.

145 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 980.

146 A/68/30532, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 12 August 2013, para 23.

147 PERRIN, P. *War and public health: extending the concept of public health for the victims of armed conflict*. 1998. Available at: <<http://www.who.int/hac/about/6676.pdf>>.

148 PERRIN, P. *War and public health: extending the concept of public health for the victims of armed conflict*. 1998. Available at: <<http://www.who.int/hac/about/6676.pdf>>.

149 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 984.

150 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p. 986.

151 COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001. p.

humanity as a quality of being humane – play an important role in international law – sometimes applying at the same time¹⁵². In the end, no matter the various views that may exist as far as the issue of humanity is concerned, no matter how one might feel about it being applied in the AWS debate, ‘we have to live with the fact that international law decided to invest all its capital in the empty [yet full] vessel of humanity as a normative concept – there is no changing that. Perhaps turning to the good sense of those defining humanity is the only road left.’¹⁵³ In this sense, humanity remains ‘a platform for emancipation and justice’ – more fully, in this AWS debate, it should be a guiding star¹⁵⁴.

In discussing the relevance of the notion of humanity to the AWS debate, reference has been given to human dignity which stands as a component of humanity. The fundamental question that I seek to answer now is what is meant by human dignity and how does AWS measure to it.

6.9. Human dignity

Human dignity is the humanity of a person. It is her humanity as a free being, with unbridled autonomy. It is her freedom to write her life story. This humanity expresses the conception of a person as an end and rejects viewing her as a mere means. This humanity is the framework of society.¹⁵⁵

There are a number of scholars who have written on dignity¹⁵⁶. Yale Law School Professor Aharon Barak has

152 See BROLOWSKI, H. Military robots and the principle of humanity. In: MATTHEE, M. et al (Ed.). *Armed conflict and international humanitarian law: in search for the human face*. 2013. p. 68.

153 See also URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p.195.

154 See also URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p.195.

155 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 24.

156 See for example EBERLE, E. J. *Dignity and liberty: constitutional visions in Germany and the United States*. Praeger, 2002. WALDRON, J. *Dignity, rank, and rights*. Oxford University Press, 2012.; MEYER, M.; PARENT, W. *The constitution of rights: human dignity and American values* London. Cornell University Press, 1992. KRETZMER, D.; KLEIN, E. *The concept of human dignity in human rights discourse*. Kluwer Law International, 2002. KRAYNAK, R. P.; TINDER, G. E. *In defense of human dignity: essays for our times*. Paris: University of Notre Dame Press, 2003.; KANFRANANN, P. et al. *Humiliation, degradation, dehumanisation: Human dignity violated*.

added to the literature on human dignity with his recent 2015 book titled *Human Dignity* wherein he comprehensively discuss the origins of human dignity, its development through generations up to the modern day where it serves as the foundation of society¹⁵⁷. In this section, I seek to discuss the relevance of human dignity in the AWS debate by considering first what human dignity entails and its status in international law. I then consider whether the use of autonomous weapon systems without meaningful human control is in line with human dignity.

It is important to seek to understand the content of human dignity because one of the challenges likely to be encountered when dignity is considered in the AWS debate is that there is no agreement as to what it entails¹⁵⁸. The concept of human dignity is very old and dates back as far as 2 500 years ago¹⁵⁹. It has appeared in many disciplines and has been the subject of debate in religion, theological teachings, philosophy, history and law only to mention a few¹⁶⁰.

After the international community witnessed historical catastrophes such as the world wars and the Holocaust, the concept of human dignity started gaining traction as a constitutional value and right¹⁶¹. Thus over the years, there have been what Aharon Barak calls ‘the constitutionalisation of human dignity as a value or as a right.’¹⁶² In the following paragraphs, I am going to discuss the concept of human dignity first as a social value that is influenced by religion and philosophy and second as a constitutional value and right.

6.10. Human dignity as a social value

The concept of dignity has been largely discussed and explained by theologians and philosophers. Accord-

Springer Science & Business Media, 2011. MCCRUDDEN, C. *Understanding human dignity*. 2003; DUWELL, M. et al. *The Cambridge handbook of human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

157 See BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

158 See DONNELLY, J. Human rights and human dignity: an analytic critique of non-western conceptions of human rights. *American Political Science Review*, v. 303, iss. 76, 1982. p. 132.

159 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 17.

160 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 17.

161 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 17.

162 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 17.

ding to these groups and disciplines, the concept of dignity is understood as a social value representing positive aspects of man such as respect, glory and honour¹⁶³. When theologian Thomas Aquinas discussed dignity, he perceived it as a social value that has roots in the religious dictates of a particular society¹⁶⁴. In this sense, dignity of the human person stems from the sacred nature of his creation by a supernatural being¹⁶⁵. The human body and soul must therefore not be transgressed on account of its sacredness; it is the image of God¹⁶⁶. There are Christian dictates for example stating that man must respect and handle their bodies in a dignified manner because it is a temple of God¹⁶⁷.

Courts have accepted the argument that dignity can in fact be understood from a religious or theologian point of view. The courts of Israel have referred many times to Bible verses when dealing with the issue of human dignity. For example, in the *Moshe Neiman case*, the court observed as follows:

A basic element in Judaism is the idea that man was created in the image of God. (Genesis 1: 27). From this (verse one) derives certain fundamental principles regarding the value of man – equality. There is also the crowning value in human relations: ‘And you shall love your neighbour as yourself.’ (Leviticus 9:18). The supreme value in human relations is love of one’s fellow man and the equality of man since every man was created in the image of God¹⁶⁸.

This perception of human dignity as a social value in the religious discourse has also been supported by a number of philosophers. Philosopher Immanuel Kant described dignity as a social value that demands that each person be respected in the interest of peace and co-existence of human beings¹⁶⁹. The difference be-

tween human beings and animals was thus highlighted as the ability of humans to treat each other with dignity, to recognise the worth of fellow human beings¹⁷⁰.

Likewise, as already pointed above, in pointing to the differences between humans and animals, Stoics and Cicero emphasise that it is the ability of humans to think and reason that separate them from all other creations¹⁷¹. In this sense, before a human engages in conduct that likely affects others; an average human being would seriously deliberate of their actions. That moment of deliberation, is the moment when homage is paid to human dignity. It may not even matter that the person may go ahead with the wrongful act; the fact that they morally know wrong from right and know when they are doing wrong is an acknowledgment of human dignity. Machines on the other hand, can never have such moral awareness. Thus the ability to think is important for the recognition of human dignity and humanity¹⁷².

Our being all alike is endowed with reason and with that superiority which lifts us above the brute. From this all morality and propriety are derived, and upon it depends the rational method of ascertaining our duty¹⁷³.

Now that AWS may not have this human quality, the question is whether allowing a machine to make the decision to kill in armed conflict or in law enforcement is in line with the right to human dignity. Aharon Barak has observed that ‘only humans have the ability to think and create concepts, be the subject to moral dictates and ethical responsibility.’¹⁷⁴ When making their decisions, humans take many things into consideration. This is due to the fact that humans, ‘not only live in the present but also in the past and in the future.’¹⁷⁵ Whether we like it or not and notwithstanding technological developments, ‘only human beings constitute an ethical community of rational beings’ who have the capacity to respect and preserve human dignity¹⁷⁶.

163 See CORNELL, D. Bridging the span towards justice: Laurie Ackermann and the on-going architectonic of dignity jurisprudence. *Acta Juridica*, v. 18, 2008.; BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 3.

164 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 21.

165 GARRY, P. *Conservatism redefined: a creed for the poor and disadvantaged*. Encounter Books, 2013. p. 28.

166 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 6.

167 See for example the Bible in 1 Corinthians 6:19 providing as follows: ‘Do you not know that your bodies are temples of the Holy Spirit, who is in you, whom you have received from God? You are not your own.’

168 See EA 2/84 *Moshe Neiman et al v Chairman of the Central Elections Committee for the 11th Knesset*, 8 Israel Law Reports 83, 148 (1985).

169 See MALPAS, J.; LICKISS, N. *Perspectives on human dignity: a conversation*. 2007. p. 95.

170 See ARPPE, T. *Affectivity and the social bond: transcendence, economy and violence in French social theory*. 2014. p. 165.

171 See STRANGE, S. K.; ZUPKO, J. *Stoicism: traditions and transformation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

172 See in general I Dennis & P Tapsfield *Human abilities: their nature and measurement* (2013).

173 See MT Cicero *De Officiis* (1975)107.

174 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 17.

175 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 17.

176 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University

There is thus a case why meaningful human control over weapon systems must be maintained: it is only humans who are able to see the results of their actions, understand the connections between cause and effect, and thus control their lives.¹⁷⁷ This is not the case with autonomous weapons systems. For this stronger reason, Peter Asaro has noted that robots cannot understand the meaning of their actions therefore making death at the hands of a robot a meaningless, undignified and arbitrary death¹⁷⁸.

Thus, if human dignity is understood from religious teachings such as those of Judaism, Christianity, Islam, social values of togetherness like the spirit of Ubuntu or humanity, letting a machine or robot decide who lives and who dies becomes unacceptable¹⁷⁹.

It is important to note that in the early days of discussion of the concept of human dignity, it was only understood as a social value and not a human right mainly because back then there were no constitutions to talk of¹⁸⁰. This is not to say, however, that the theological and religious understanding of human dignity as a social value is no longer important today in particular to this AWS debate. Both the theologian and philosophical understanding of human dignity is still relevant because even the constitutional understanding of human dignity that I discuss below gives reference to the social value of human dignity – human dignity is underpinned by morals and ethics that are ‘entrenched in the culture of a society.’¹⁸¹.

Of course there is a challenge in explaining dignity in terms of societal values that are influenced by different cultures, customs and belief. In this regard one commentator has observed that if human dignity is understood in terms of culture, ‘human dignity in a western culture may not be the same as human dignity in a non-western culture, human dignity in one western culture may not be the same as human dignity in another western culture.’¹⁸² It cannot be denied that the way one perceives human dignity is influenced by one’s background such as culture.

Another factor that also influences one’s perspective especially in relation to acceptability of certain weapons is the ‘age factor’ – the younger generation is inclined to accept high tech weapons even in circumstances where they may be viewed as immoral while the older generation may resist¹⁸³. This was particularly the case with drones – within the military, some younger soldiers or pilots seemed readily to accept the use of armed drones while the older generation of fighters seemed to have reservations over their use¹⁸⁴. In this sense, the content of human dignity when understood as a social value is ‘contextually dependent’; it is ‘a changing value in a changing world.’¹⁸⁵ Thus in view of these considerations, Barak argues that human dignity is not ‘an axiomatic universal concept’; rather, ‘it is a relative concept dependent upon historical, cultural, religious, social and political contexts.’¹⁸⁶.

Press, 2015. p. 17.

177 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 17.

178 ASARO, P. *Jus nascendi*, robotic weapons and the Martens Clause. *Forthcoming*, v. 14, 2015.

179 On the demands of the spirit of Ubuntu or humanity see ENGLISH, R. Ubuntu: The quest for an indigenous jurisprudence. *South African Journal of Human Rights*, v. 641, iss. 12, 1996.; KROEZE, I. Doing things with value: the case of Ubuntu. *Stellenbosch Law Review*, v. 252, n. 13, 2002.; MKOGORO, Y. Ubuntu and the law in South Africa. *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 15, n. 4, 1998.

180 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 4.

181 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 5; See also MORRIS, B. The dignity of man. *Ethics*, v. 57, 1946.; EDEL, A. Humanist ethics and the meaning of human dignity. In: KURTZ, P. (Ed.). *Moral problems in contemporary society: essays in humanistic ethics*. Prometheus Books Publishers, 1969.; BAYEFESKY, R. Dignity, honour and human rights: Kant’s perspective. *Political Theory*, v. 809, iss. 41, 2013.; PLATT, T. W. Human dignity and the conflict of rights. *Idealistic Studies*, v. 174, 1972; LICKISS, N. Human dignity and human being. In: J MALPAS, J.; LICKISS, N. (Ed.). *Perspectives on human dignity: a conversation*, 2007.

p. 19; CARBONARI, P. C. Human dignity as a basic concept of ethics and human rights. In: GOLDWEWIJK, B. K. et. al. *Dignity and human rights: the implementation of economic, social and cultural rights*. Intersentia nv, 2002. p. 35.

182 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 5; See also DONNELLY, J. Human rights and human dignity: an analytic critique of non-western conceptions of human rights. *American Political Science Review*, v. 303, iss. 76, 1982 ;MANG LAPUS, R. S. Human rights are not a western Discovery. *World View*, v. 4, n. 21, 1978; LEE, M. Y. K. Universal human dignity: some reflections in the Asian context. *Asian Journal of Comparative Law*, v. 1932, n. 3, 2008.; ANGLE, S. *Human rights and Chinese thought: a cross cultural inquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

183 See for example BERGEN, P.; ROTHENBERG, D. *Drone wars*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 233.

184 BERGEN, P.; ROTHENBERG, D. *Drone wars*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 233

185 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 6.

186 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 6; See also JONES, J. Common constitutional traditions: Can the meaning of human dignity under German law guide the European Court of Justice? *Public Law*, v. 167, 2004.; BOTHA, H. Human dignity in comparative perspective. *Stellenbosch Law Review*, v. 171, iss. 2, 2009. ; WEISSTUB, D. Honour, dignity and the

Nevertheless, even if human dignity is viewed as relative, the core of human dignity is similar across the globe. This is so because the factors that influence the content of human dignity are the same. Human dignity is shaped by rule of law, democracy and human rights. Many societies are thus built on common foundations which make the content of what is dignified and what is not more the same¹⁸⁷. This is even more the case if human dignity is understood as a constitutional value and a right¹⁸⁸.

The above is not to undermine the difficulties that are associated in unpacking the content of human dignity. It is surely a complex issue. However, its complexity does not mean that it is irrelevant to the AWS debate or wherever it is called for. In fact it is imperative that it be considered and given its due weight in this AWS debate. For that reason, Aharon Barak has categorically stated that ‘the complexity of human dignity is not sufficient reason to justify a negative approach toward human dignity.’¹⁸⁹ As already indicated above, many human rights are complex but that does not warrant their abandonment. Thus in emphasising the importance of human dignity as a basis of many aspects of international law and its interpretation, Aharon Barak states as follows:

This is the case regarding human dignity: Its complexity does not make it useless. Indeed, equality, liberty and life are concepts that have been with us for centuries, whereas human dignity is a new concept in constitutional law. This novelty passes quickly; society gets accustomed to the new

framing of multiculturalists values. In: KRETZMER, D.; KLEIN, E. (Ed.). *The concept of human dignity in human rights discourse*. Kluwer Law International, 2002.; HOWARD, R. E. Dignity, community and human rights. In: AHMED, A. (Ed.). *Human rights in cross-cultural perspectives: a quest for consensus*. 1992. p. 81; LEBECH, M. What is human dignity? In: LEBECH, M. (Ed.). *Maynooth philosophical papers*, 2004. p. 59.

187 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 7; See also WALDRON, J. The dignity of groups. *Acta Juridica*, v. 66, 2008. ; MCCRUDDEN, C. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, v. 655, n. 19, 2008.

188 See BOGNETTI, G. The concept of human dignity: European and US constitutionalism. In: NOLTE, G. (Ed.). *European and US constitutionalism*. 2005. p. 85; GEWIRTH, A. Human dignity as a basis of rights. In: MEYER, M. J.; PARENT, W. A. (Ed.). *The constitution of rights: human dignity and American values*. Cornell University Press, 1992. p. 10; MELDEN, A. Dignity, worth, and rights. In: MEYER, M. J. et. al. *The constitution of rights: human dignity and American values*. Cornell University Press, 1992. p. 29.

189 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 10.

concept, with all its problems. What in the past appeared vague and unclear becomes natural and accepted, what philosophers consider to be unclear and vague is not necessarily unclear and vague to jurists. Judges do not enjoy the extent of discretion granted to theologians and philosophers. They live in a legal framework, which determines rules on whose opinion is decisive and whose is not. The judge must give meaning to human dignity in a constitution does not have the freedom of the philosopher to agree with Kant or to reject his approach. The original complexity of the concept disappears, replaced by concepts that must be implemented¹⁹⁰.

This leads me to the next step, discussion of human dignity as a constitutional value and as right, the framework within which lawyers and judges may be confined.

6.11. Human dignity as a constitutional value and right

In recent years, human dignity has come to be understood not only as a social value but a protected right and of constitutional value¹⁹¹. Many constitutions across the globe contain the right to dignity¹⁹². In constitutions where the right to dignity is not specifically provided for in a constitution, it is implied in the constitutional value of human dignity¹⁹³. In this sense, the constitutional value of human dignity is understood to be broader than the right to dignity itself¹⁹⁴. In most cases, constitutions provide that every person has a right to dignity and no one shall be subjected to inhuman and degrading treatment. On the basis of this right, acts or conduct that is an outrage against personal dignity is unconstitutional¹⁹⁵. The right to dignity belongs both to the person and to the group¹⁹⁶.

The development of the concept of dignity and its transformation to a constitutional right can be traced

190 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 10.

191 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 12.

192 See for example the German Constitution; BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 12.

193 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 13.

194 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 13.

195 WOOLMAN, S. *Constitutional conversations*. PULP, 2008. p. 223.

196 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 301-303.

back to the pre-World war era¹⁹⁷. During and after the World Wars, the international community witnessed callous and horrendous outrages against human dignity¹⁹⁸. Since then, many constitutions and courts – in particular those of German – started taking seriously the protection of the right to dignity¹⁹⁹. In German, it is observed that the strong protection of the right to dignity was a response to the outrages committed by the Nazi regime during the Holocaust²⁰⁰. Thus in the German Constitution, the right to dignity is an absolute right²⁰¹.

In the 1950s up to the 1990s, the right to human dignity or dignity as an important part of the human rights discourse started appearing in many international human rights instruments and conventions²⁰². It was around the same time that many African states started gaining their independence and including the right to dignity in their constitutions as many viewed colonialism and slavery as some of the worst outrages upon personal dignity committed on the continent²⁰³.

When perceived as a constitutional value, human dignity plays an important role in the human rights discourse. According to Aharon Barak, human dignity can be perceived in three ways namely: human dignity as a tool for constitutional interpretation²⁰⁴, human dignity as a foundation for all rights²⁰⁵ and human dignity as a constitutional value in the limitation of constitutional rights²⁰⁶.

To start with, human dignity is an essential tool when interpreting other rights as provided in a constitution or laws that have an impact on human rights²⁰⁷. Now that the constitution is regarded as the supreme law of the land, the fact that human dignity is viewed as the ultimate tool of interpretation serves to highlight the importance of human dignity in our time²⁰⁸. When human dignity is used for purposes of constitutional interpretation, it is the interpretation that is in line with human dignity that should be adopted when interpreting human rights or other laws as it were.²⁰⁹ The ultimate objective of constitutions in this regard is understood to be the protection of individual persons²¹⁰.

When understood as a foundation of all other rights, human dignity becomes a source of limitation to other constitutionally protected rights such as the right to life. In that sense, the argument is that all other rights are protected for the purposes of furthering the protection of human dignity²¹¹. This would mean that in circumstances where dignity clashes with other rights, it is the preservation of human dignity that takes precedence²¹².

The above approach was taken by the German Constitutional Court when it considered the question of whether it would be constitutional to shoot down a civilian plane that is hijacked by terrorists to save the lives of people targeted.²¹³ In this scenario, one would assume that taking the right to life of those on board is proportional to saving the lives of those targeted yet the German Court found that such an approach is tantamount to violating the right to dignity of civilians on

197 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 49.

198 CRYER, R. et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. 2014. p. 254.

199 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 52.

200 RUBENFELD, S.; BENEDICT, S. *Human subjects research after the Holocaust*. 2014. p. 234.

201 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 227.

202 See for example the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; the ICCPR; Genocide Convention; CEDAW; CAT.

203 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 50-64; 139; 234. In South Africa, the right to dignity occupies a unique space as the South African Constitution was drafted after the Apartheid government where black people suffered much indignity.

204 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 105.

205 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 104.

206 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 112.

207 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 67.

208 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 69-84.

209 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 69.

210 See BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 98.

211 DALY, E. *Dignity rights: courts, constitutions, and the worth of the human person*. 2012. p. 18.

212 ALEXY, R.; RIVERS, J. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 64.

213 The 2005 German Aviation Security Act (*Luftsicherheitsgesetz*) Chapter 14 Section 3 authorised the Minister of Defense to order the shooting down of a civilian plane if the plane was being used 'against human life'. The Court found the law to be unconstitutional as it violated the right to dignity; Bundesverfassungsgericht (BVerfG – Federal Constitutional Court), 59 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 751 (2006); See also LEPSIUS, O. Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new Air-transport Security Act. *German Law Journal*, v. 761, 2006.

board of the plane²¹⁴.

In emphasising the right to dignity as a mother right that in certain circumstances takes precedence over other rights and legitimate concerns, the German Federal Constitutional Court observed as follows:

The hopelessness and inability to take evasive action which marks the situation of the passenger victims on the aircraft also extends to those who order and carry out the shooting down of the aircraft. The flight crew and passengers cannot evade this action by the state due to conditions outside their control but are helplessly at its mercy, with the consequence that they and the aircraft will be deliberately shot down and thus will almost certainly be killed. Such an action ignores the status of the persons affected as subjects endowed with dignity and inalienable rights. By virtue of their killing being used to save others they are treated as objects and at the same time deprived of their rights. Given that their lives are disposed of unilaterally by the state, the persons on board the aircraft who, as victims, are themselves in need of protection are denied the valuation which is due to a human being for his or her own sake²¹⁵.

There are real life situations where the state can lawfully take life but out of the considerations of human dignity, life is saved. For example, there are cases where convicts have been lawfully sentenced to death but stayed on death row for too long a time that it constituted an outrage upon dignity to the extent that the state was forced to change sentence from death sentence to life imprisonment²¹⁶.

When perceived as a right, human dignity has various interpretations. In some jurisdictions, it is interpreted narrowly while other jurisdictions permit wide interpretation of the right²¹⁷. German courts are largely

credited for developing and mapping out the content of the right to dignity²¹⁸. As already mentioned above, in terms of the German Basic Law, the right to dignity is considered an absolute right that cannot be subject to any limitation and any limitation by any means is considered unconstitutional²¹⁹. The right to dignity is seen to be violated whenever 'a person is seen as a mere means for fulfilling someone's ends.'²²⁰

Aharon Barak has emphasised that the right to dignity is an important right, it is 'a framework right and a mother right', and all the other rights are 'daughter rights that gather together under its wings.'²²¹ The right to dignity is also considered a gap-filler, where there are no specific provisions providing for lawful treatment of persons, the right to dignity serves as a fall back²²². Examples of human rights that are considered to be 'daughter rights' under the wings of dignity are the right to personality, dignified human existence and subsistence, reputation, family life, equality, freedom of expression, freedom of conscience and due process.

If due process is part of the daughter rights under human dignity, the question becomes whether allowing a machine to assess the need to use lethal or any force against a human being is in line with the demands of due process. Use of computers to decide the guilty or otherwise of accused persons in court has long been rejected²²³. By the same token, the use of an algorithm to decide whether a person lives or dies may as well be condemned.

As already noted above, a question may arise as to the correctness or efficacy of relying on the right to dignity in the AWS debate. This is mainly because many scholars argue that the right to dignity is not only fluid and flexible but vague²²⁴. On account of its flexibility and lack of precise definition, commentators may

214 Bundesverfassungsgericht (BVerfG – Federal Constitutional Court), 59 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 751 (2006); See also LEPSIUS, O. Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new Air-transport Security Act. *German Law Journal*, v. 761, 2006.

215 Bundesverfassungsgericht (BVerfG – Federal Constitutional Court), 59 Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 751 (2006); See also LEPSIUS, O. Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new Air-transport Security Act. *German Law Journal*, v. 761, 2006.

216 MCKENZIE v Jamaica, Case 12.023, Inter-American Commission on Human Rights, Report Number 41/00, OEA/Ser.L/V/II.106 doc.3 (2000). See also NOVAK, R. *The global decline of the mandatory death penalty: constitutional jurisprudence and legislative reform in Africa, Asia, and the Caribbean*. Ashgate Publishing, 2014. p. 62.

217 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University

Press, 2015. p. 20.

218 DALY, E. *Dignity rights: courts, constitutions, and the worth of the human person*. 2012. p. 178.

219 See Section 1(1) of *Grundgesetz*; See also BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 20.

220 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 20.

221 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 156; 160; 252.

222 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 21.

223 GERSTING, J. L.; GEMIGNANI, M. C. *The computer: history, workings, uses & limitations*. Ardsley House, 1988. p. 270.

224 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 21.

argue that the right to dignity gives judges too much power and discretion which is subject to abuse. More so, whoever wants to use the right to dignity may interpret it in a way that fits or support their argument. For that reason, the right to dignity has been perceived as a ‘conversation stopper.’²²⁵

However, it can be observed that the right to dignity is not the only right that is broad and vague. Other human rights such as the right to liberty and equality are equally broad if not vague yet this does not stop commentators and judges from relying on them. If anything, judges have experience and are accustomed to interpreting these rights as they are armed with many interpretation aids and tools. In this sense and with particular reference to the right to dignity, Aharon Barak has argued that ‘what appears to the theologian and the philosopher as a limitless right appears to the judge as a right that is hemmed in the rules of interpretation.’²²⁶ The essence of the argument is that the right to dignity is not incapable of meaning.

Aharon Barak has suggested three ways by which one can give content to the right to dignity: determining the content of human dignity through theological models, determination of the content through philosophical models and the constitutional models²²⁷. If all these models are considered, the idea of what is dignified and what is not, becomes clear. I have already given examples of Judaism, Christianity and Islam as religions that give content to human dignity. The human person is special, sacred and a living image of God and deserves the utmost respect²²⁸. To violate the dignity of the human person in this sense is to transgress against God himself²²⁹. When a human being is viewed as an end, respect continues even after the soul departs from the body, that is why acts that are outrages upon personal dignity can be committed even on a dead body²³⁰. It is for those reasons that there are laws in many jurisdictions giving relatives of condemned persons the right to

accord their relative a proper burial.

As already highlighted above, for dignity to be preserved, force must only be used against a person by a human being since it is the human alone who is capable of reasoning. This is the position of scholars such as Dworkin, Margalit, Statman and Kant only to mention a few.²³¹ Thus before taking someone’s life or using force against them – even legitimately so – there should be deliberation by a human being, assessment and evaluation of the reasons thereof²³². As I will discuss in Chapter 6, the content of human dignity is intrinsically linked to the notion of humanity. When viewed from the standpoint of humanity, dignity is where a person is seen as a human being, a being with ‘autonomy of will’; in this sense ‘humanity of the person is seen as the rejection of viewing a person as a mere means.’²³³ Something important is seen in every human being, something that deserves respect²³⁴.

6.12. Are AWS in line with human dignity?

Having discussed the notion of ubuntu or humanity by considering the role it has played in Africa and international, also how the concept is also based on the need to preserve human dignity, I emphasise that to allow AWS ‘the power to kill seems a bit too much like setting a mousetrap for human beings; to do so would be to treat our enemies like vermin.’²³⁵ The vivid mouse-analogy is fully expressed by Aaron Johnson who cites the fundamental right to dignity in objecting the idea of delegating the decision to kill to AWS.

A mouse can be caught in a mouse-trap, but a human must be treated with more dignity. A mouse-trap kills targets with certain characteristics based on certain behaviour, i.e. anything of sufficient mass eating or, at least, touching the bait. The trigger is designed to attack based on the mouse-trap’s perception of the target and its actions. The complexity of the trigger is not what we are concerned with – a mouse can

225 BARILAN, Y. M. *Human dignity, human rights, and responsibility: the new language of global bioethics and biolaw*. 2012. p. 2.

226 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 21.

227 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 114 -120.

228 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 114.

229 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 114.

230 See Practice relating to Rule 113 of ICRC Customary international humanitarian law on the treatment of the dead.

231 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 116 -119.

232 BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 116 -119.

233 See BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 130.

234 See BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 130.

235 SPARROW, R. Robotic weapons and the future of war. In: WOLFENDALE, J.; TRIPODI, P. (Ed.). *New wars and new soldiers: military ethics in the contemporary world*. Ashgate Publishing, 2011. p. 11.

be killed by a machine, as it has no inherent dignity. A robot is in a way like a high tech mouse-trap, it is not a soldier with concerns about human dignity or military honour. Therefore, a human should not be killed by a machine as it would be a violation of our inherent dignity²³⁶.

In furthering the dignity argument, Jay Strawser states that ‘the user [of AWS] fails to express his own dignity likely because he fails to respect the victims’ dignity²³⁷, ‘the idea that in turning these decisions over to machines, human persons fail to satisfy reflexive duties to respect their own rationality, autonomy or dignity, they fail to take responsibility for their own actions.’²³⁸.

Heyns echoes the same sentiments as he states that giving robots the power to decide who to kill paints an image of ‘AWS as some kind of mechanized pesticide.’²³⁹ To that end and notwithstanding whether robots can do better than humans, Heyns argues that the overriding consideration may be whether it is acceptable to let machines decide whom to kill. If it is unacceptable, then ‘no other consideration can justify deployment of AWS no matter the level of technical competence at which they operate.’²⁴⁰.

Further, Heyns succinctly summarises the impact and undesirability of taking humans out of the loop in the use of lethal force: now that AWS ‘lack morality and mortality’²⁴¹, ‘taking humans out of the loop risks taking humanity out of the loop.’²⁴² Given that humans not only have the capacity to adhere to the minimum set standard ‘but they also hold the potential to adhere to higher values’ unlike AWS ‘which lack the capacity to rise above minimum standards’, giving robots the power to make decisions on who to kill leads to ‘a vacuum of

moral responsibility²⁴³ which is tantamount to ‘giving up on hope for a better world.’²⁴⁴ To that end, Heyns postulates that allowing a machine to make a decision to take life may be ‘inherently arbitrary and all resulting deaths [constituting] arbitrary deprivations of life.’²⁴⁵.

Ron Arkin reflects that if taking a human out of the loop is the crux of the matter, then one question needs to be answered; ‘what level is the human in the loop?’²⁴⁶ He argues that several military robotics such as the Phalanx system for Aegis-class cruisers and the South Korean robot platform mentioned in Chapter 1 already operate with very limited human supervision²⁴⁷. In an attempt to answer that question, Arkin seems to contradict the proposed definition of AWS, a definition which points to the important aspect of the decision to kill being made by a machine without human intervention. A close reading of most of Arkin’s works suggests that in as much as AWS may have the capability to make the decision to kill, that decision will be monitored and supervised by the human operator. The issue, however, which has brought much concern is not whether it is possible for a human operator to supervisor AWS. The concern is of creating machines which, albeit the possibility of human supervision, have the capability to make a decision to kill and execute it without a human intervention or contribution to that decision. The international community, arguably, cannot take solace in the mere fact that it is technically possible for a human to monitor, a possibility which may dwindle to nothing once AWS become available and are deployed.

236 JOHNSON, A. M. The morality of autonomous robots. *Journal of Military Ethics*, v. 134, 2013.

237 STRAWSER, J. *Killing by remote control: the ethics of an unmanned military*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 239.

238 STRAWSER, J. *Killing by remote control: the ethics of an unmanned military*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 237.

239 A/HRC/23/47, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 9 April 2013, p 18 para 95.

240 A/HRC/23/47, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 9 April 2013p 17 para 93.

241 A/HRC/23/47, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 9 April 2013, p 17 para 94.

242 A/HRC/23/47, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 9 April 2013, p 16 para 89.

243 A/HRC/23/47, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 9 April 2013, p 17 para 93.

244 A/HRC/23/47, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 9 April 2013, p 18 para 97.

245 A/HRC/23/47, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 9 April 2013, p 17 para 90.

246 ARKIN, R. *Governing Lethal Behavior: embedding ethics. Hybrid Deliberative Reactive Robot Architecture*. Technical Report GIT-GVU-07-11. Available at: <<http://www.cc.gatech.edu/ai/robot-lab/online-publications/formalizationv35.pdf>>. p 4.

247 ARKIN, R. *Governing lethal behaviour: embedding ethics in a hybrid deliberative/reactive robot architecture*. *Technical Report GIT-GVU*, 2011.

7. CONCLUSIONS

In conclusion, it is noted that the African notion of ubuntu or humanity is relevant to the AWS debate. Of course, they may be scholars who argue that notions of humanity and dignity are incapable of meaning or that there are too vague to be relied on hence their irrelevance. However, as I have discussed in this paper, these terms are capable of meaning and have since been relied upon before in the formulation of laws and policies. I also emphasise that in this on-going debate on AWS, African states should more fully participate, not only because they may be affected by this kind of technology in the future but because African perspective on the notion of humanity or ubuntu should be heard in this debate. As regard how AWS without meaningful human control impact on the notion of ubuntu or humanity, I conclude that they are inconsistent with this notion and their use will violate the important right to dignity. This means that even if AWS were to be technically capable of using force against legitimate targets, it may still amount to an affront to human dignity since only humans must make the decision on the use of force.

REFERENCES

- A/68/382. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 13 September 2013.
- AARONSON, M. *Precision strike warfare and international intervention: strategic, ethico-legal and decisional implications*. Abingdon: Routledge, 2014.
- ABASS, A. *Protecting human security in Africa*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- ABASS, A. Proving State responsibility for genocide: the ICJ in *Bosnia v Serbia* and the International Commission of Inquiry for Darfur. *Fordham International Law Journal*, v. 31, iss. 4, 2008.
- ABI-SAAB, G. The specificities of humanitarian law?. In: AWINARSKI, C. (Ed.). *Studies and essays on international humanitarian law and the Red Cross principles*. Martinus Nijhoff, 1984.
- ADAMS, C. *A moment of peace amid Ferguson anger: cop hugs emotional protester after befriending him during march*, 2014. Available at: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2853823/The-hug-shared-round-world-touching-moment-cop-hugs-emotional-Ferguson-protester-gesture-peace.html>>.
- ADAMS, T. K. Future warfare and the decline of human decision making, parameters. *United States Army War College Quarterly*, p. 57-58, 2001
- AFFLERBACH, H.; STRACHAN, H. *How fighting ends: a history of surrender*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- ALEXY, R.; RIVERS, J. *A theory of constitutional rights*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- ALLEY, R. M. *Internal conflict and the international community: wars without end?* Farnham: Ashgate, 2004.
- ALMEIDA de Quinteros et al v Uruguay. 15 October 1982. CCPR/C/OP/2 paras 14, 16.
- ALSTON, P. The CIA and targeted killings beyond borders. *Harvard National Security Journal*, v. 2, 2011.
- ALSTON, P.; SHAMSI, H. *A killer above the law*. Available at: <<http://www.guardian.co.uk/profile/philip-alston>>.
- ALVAREZ, J. E. Alternatives to international criminal justice. *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, v. 33, 2009.
- ALVAREZ, J. E. Alternatives to international criminal justice. In: CASSESE, A. (Ed.). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- AMNESTY International United States of America targeted killing policies violate right to life, 2012. Available at:<<http://www.amnesty.org/en/library/info/AMR51/047/2012/en>>.
- ANDERSON, K.; WAXMAN, M. Law and ethics for autonomous weapon systems: why a ban won't work and how the laws of war can. *American University Washington College of Law Research Paper*, v. 3, 2013.
- ANDERSON, K.; WAXMAN, M. Law and ethics for robot soldiers. *American University WCL Research*, v.32, iss. 18, 2012.
- ANDERSON, K.; WAXMAN, M. Law and ethics for robot soldiers. *Policy Review*, v. 13, n. 176, 2012. Available at: <<http://www.hoover.org/publications/policy-review/article/135336>>.
- ANGLE, S. *Human rights and Chinese thought: a cross cul-*

- tural inquiry. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- ANNAN, K. Address to the UN Security Council meeting on counterterrorism measures, 2002. Available at: <<http://www.unis.unvienna.org/unis/pressrels/2002/sgsm8105.html>>.
- ARAI, Y. *The law of occupation: continuity and change of international humanitarian law, and its interaction with international human rights law*. BRILL, 2009.
- ARAJÄRVI, N. *The changing nature of customary international law: methods of interpreting the concept of custom in international criminal tribunals*. Abingdon: Routledge, 2014.
- ARKIN, R. C. Lethal autonomous systems and the plight of the non-combatant. *Ethics and Armed Forces*, v. 9, 2014.
- ARKIN, R. et al. Moral decision-making in autonomous systems: enforcement, moral emotions, dignity, trust and deception, 2011. Available at: <<https://smartech.gatech.edu/bitstream/handle/1853/40769/IEEE-ethicsv17.pdf?sequence=1>>.
- ARKIN, R. *Governing Lethal Behavior: embedding ethics. Hybrid Deliberative Reactive Robot Architecture*. Technical Report GIT-GVU-07-11. Available at: <<http://www.cc.gatech.edu/ai/robot-lab/online-publications/formalizationv35.pdf>>.
- ARKIN, R. *Governing lethal behaviour in autonomous robots*. CRC Press, 2009.
- ARKIN, R. Governing lethal behaviour in autonomous robots. *International Committee of the Red Cross Press*, v. 127, 2009.
- ARKIN, R. Governing lethal behaviour: embedding ethics in a hybrid deliberative/reactive robot architecture. *Technical Report GIT-GVU*, 2011.
- ARKIN, R. *Lethal Autonomous weapon systems and the plight of the non combatant*. 2014. Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/FD01CB0025020DDFC1257CD70060EA38/\\$file/Arkin_LAWS_technical_2014.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/FD01CB0025020DDFC1257CD70060EA38/$file/Arkin_LAWS_technical_2014.pdf)>.
- ARKIN, R. The Robot didn't do it'. *Anticipatory Ethics, Responsibility and Artificial Agents*, v. 1, 2013.
- ARKIN'S presentation at the CCW expert meeting on lethal autonomous weapon systems. Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/FD01CB0025020DDFC1257CD70060EA38/\\$file/Arkin_LAWS_technical_2014.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/FD01CB0025020DDFC1257CD70060EA38/$file/Arkin_LAWS_technical_2014.pdf)>.
- ARPPE, T. *Affectivity and the social bond: transcendence, economy and violence in French social theory*. Ashgate Publishing, 2014.
- ARTICLE 36 Key areas for debate on Autonomous Weapon Systems, 2014. Available at: <<http://www.article36.org/wp-content/uploads/2014/05/A36-CCW-May-2014.pdf>>.
- ARTICLE 36 statement by Laura Boillot to CCW informal meeting on lethal Autonomous Weapon Systems. Available at: <<http://www.article36.org/statements/remarks-to-the-ccw-on-autonomous-weapons-systems-13-may-2014/>>.
- ASARO, P. How just could a robot war be? In: BREY P. et. al. (Ed.). *Current issues in computing and philosophy*. IOS Press, 2008.
- ASARO, P. *Jus nascendi*, robotic weapons and the Martens Clause. *Forthcoming*, v. 14, 2015.
- ASARO, P. On banning autonomous weapon systems: human rights, automation, and the dehumanisation of lethal decision-making. *International Review of the Red Cross*, v. 11, iss. 94, 2012.
- ASARO, P. Presentation to the CCW meeting, 2014. Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/79F6199F74DC824CC1257CD8005DC92F/\\$file/Asaro_LAWS_ethical_2014.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/79F6199F74DC824CC1257CD8005DC92F/$file/Asaro_LAWS_ethical_2014.pdf)>.
- ASIMOV, I.; Shulman, J. A. Isaac Asimov's book of science and nature quotations. Weidenfeld & Nicolson, 1998.
- AVENA and other Mexican Nationals (Mexico v United States of America). Judgment of 31 March 2004, paras 131, 138 and the La Grand Case (*German v the United States of America*). Judgment of 27 June 2001, ICJ Reports 2001 p514 para 125.
- BABIKER, M. A. *Application of international humanitarian and human rights law to the armed conflicts of the Sudan: complementary or mutually exclusive regimes?* Intersentia, 2007.
- BADAR, M. E. *The concept of mens rea in international criminal law: the case for a unified approach*. 2013.
- BALITZKI, A. The Martens Clause: origin of new source of international law. 2009. Available at [http://](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/79F6199F74DC824CC1257CD8005DC92F/$file/Asaro_LAWS_ethical_2014.pdf)

- www.grin.com/en/e-book/133806/the-martens-clause
- BANKS, W. C. *New battlefields/old laws: critical debates on asymmetric warfare*. Columbia: Columbia University Press, 2013.
- BARAK, A. *Human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- BARBER, R. J. The proportionality equation: balancing military objectives with civilian lives in the armed conflict in Afghanistan. *Journal of Conflict and Security Law*, v. 467, iss. 15, 2010.
- BARBOERAM-ADHIN and Others v Suriname Communication Number 146/1983 and 148 to 154/1983 UN Doc Supp No 40 (A/40/40) at 187, 1985 14.3.
- BARILAN, Y. M. *Human dignity, human rights, and responsibility: the new language of global bioethics and biolaw*. MIT Press, 2012.
- BARNIDGE, R. P. A qualified defense of American drone attacks in Northwest Pakistan under international humanitarian law. *Boston University International Law Journal*, 2012.
- BARTOLINI, G. The civilianization of the contemporary armed conflicts. *Select Proceedings of the European Society of International Law*, v. 569, iss. 2, 2008.
- BASHI, S.; MANN, K. *Disengaged occupiers: the legal status of Gaza: gisha, legal center for freedom of movement*, 2007.
- BASIC Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, adopted by the UN GA in 2006.
- BASSIOUNI, M. C. *Crimes against humanity: historical evolution and contemporary application*. Cambridge: University Press, 2011.
- BAYEFSKY, R. Dignity, honour and human rights: Kant's perspective. *Political Theory*, v. 809, iss. 41, 2013.
- BEERS, B. et al. *Humanity across international law and bio-law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- BELLAMY, A. J. *The responsibility to protect: a defence*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BENJAMIN, M. *Drone warfare: killing by remote control*. Verso Books, 2013.
- BERGEN, P.; ROTHENBERG, D. *Drone wars*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- BERIĆ and Others v Bosnia and Herzegovina, application n. 36357/04 et al 2007.
- BESWICK, D.; JACKSON, P. *Conflict, security and development: an introduction*: Routledge, 2014.
- BIANCHI, A. State responsibility and criminal liability of individuals. In: CASSESE, A. (Ed.). *The Oxford companion to international criminal justice*: Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BIANCHI, A.; PETERS, A. *Transparency in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- BIERI, M.; DICKOW, M. Lethal 'Autonomous Weapon Systems: future challenges. *Center for Security Studies, Analysis in Security Policy*, v. 3, 2014. Available at: <<http://www.css.ethz.ch/publications/pdfs/CSSAnalyse164-EN.pdf>>.
- BIONTINO, M. *On behalf of the foreign office of Republic of Germany to the CCW expert meeting lethal autonomous weapon systems*. Available at: <[http://www.unog.ch/80256E/DD006B8954/%28httpAssets%29/6035B96DE2BE0C59C1257CDA00553F03/\\$file/Germany_LAWS_Technical_Summary_2014.pdf](http://www.unog.ch/80256E/DD006B8954/%28httpAssets%29/6035B96DE2BE0C59C1257CDA00553F03/$file/Germany_LAWS_Technical_Summary_2014.pdf)>.
- BLAKE, D.; IMBURGIA, J. S. Bloodless weapons? the need to conduct legal reviews of certain capabilities and the implications of defining them as weapons. *Air Force Law Review*, v. 163, iss. 66, 2010.
- BLONDEL, J. L. The meaning of the word 'humanitarian' in relation to the fundamental principles of the Red Cross and Red Crescent. *International Review of the Red Cross*, v. 273, p. 507-515, 1989.
- BOGASKI, G. *American protestants and the debate over the Vietnam War: evil was loose in the world*. Lexington Books, 2014.
- BOGNETTI, G. *The concept of human dignity: European and US constitutionalism*. In: NOLTE, G. (Ed.). *European and US constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- BOHOSLAVSKY, J. P.; CERNIC, J. L. *Making sovereign financing and human rights work*. Bloomsbury Publishing, 2014.
- BONAFÈ, B. I. *The relationship between state and individual responsibility for international crimes*. BRILL, 2009.
- BOOGARD, J. C. *Fighting by the principles: principles*

- as a source of international humanitarian law. In: MATTHEE, M. et. al. (Ed.). *Armed conflict and international humanitarian law: in search for the human face*. Springer Science & Business Media, 2013.
- BOON, K. et al. *The drone wars of the 21st century: costs and benefits*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BOOTHBY, B. And for such time as: the time dimension to direct participation in hostilities. *NYU Journal of International Law and Policy*, v. 758, iss. 42, 2010.
- BOOTHBY, H. W. *Weapons and the law of armed conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BOOTHBY, W. H. *Conflict law: the influence of new weapons technology, human rights and emerging actors*: Springer, 2014.
- BOSNIA and Herzegovina v Serbia and Montenegro (2007). Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.
- BOTHA, H. Human dignity in comparative perspective. *Stellenbosch Law Review*, v. 171, iss. 2, 2009.
- BOUCHET-SAULNIER, F. *The practical guide to humanitarian law*. Rowman & Littlefield Publishers, 2013.
- BREHMER, B. The dynamic OODA loop: amalgamating Boyd's OODA and the cybernetic approach to command and control. *Swedish National Defence College*, v. 2, 2005.
- BRENNER-BECK, D. et al. *The war on terror and the laws of war: a military perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- BROLLOWSKI, H. Military robots and the principle of humanity. In: MATTHEE, M. et. al. (Ed.). *Armed conflict and international humanitarian law: in search for the human face*. Springer Science & Business Media, 2013.
- BRZOSKA, M. *Putting teeth in the tiger: improving the effectiveness of arms embargoes*. Emerald Group Publishing, 2009.
- BUNNELL, T. et al. *Cleavage, connection and conflict in rural, urban and contemporary Asia*. Springer Science & Business Media, 2012.
- BURKE, M.; PERSI, Vicentic L. Remedies and Reparations. In: CASEY-MASLEN, S. (Ed.). *Weapons under international human rights law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- CALI, B. *International law for international relations*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- CAMERON, I. *National security and the European Convention on Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, 2000.
- CAMPAIGN to Stop killer robots statement by mary wareham. *Human Rights watch to the convention on conventional weapons meeting of experts*. Geneva, Switzerland, 2014. Available at: [http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/16B608BD428C6D17C1257CDA0056AA62/\\$file/NGO+Campaign+StopKillBots_FinalStatement.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/16B608BD428C6D17C1257CDA0056AA62/$file/NGO+Campaign+StopKillBots_FinalStatement.pdf)
- CARACAZO V Venezuela (Reparation). Judgement of 29 August 2002, Series C No 95, para 115.
- CARBONARI, P. C. Human dignity as a basic concept of ethics and human rights. In: GOLDWEWIJK, B. K. et. al. *Dignity and human rights: the implementation of economic, social and cultural rights*. Intersentia nv, 2002.
- CARMEN, R. V.; WALKER, J. T. *Briefs of leading cases in law enforcement*. Routledge, 2014.
- CARNAHAN, B. M. Unnecessary suffering, the Red Cross and tactical laser weapons. *Loyola International & Comparative Law Review*, v. 73, iss. 18, 1996.
- CARPENTER, C. *How scared are people of 'killer robots' and why does it matter?* 2013. Available at: <https://www.opendemocracy.net/charli-carpenter/how-scared-are-people-of-%E2%80%9Ckiller-robots%E2%80%9D-and-why-does-it-matter>.
- CARR, N. *The glass cage: where automation is taking us*. Random House, 2015.
- CARROLL, M.; ROSSON, M. B. Paradox of the Active User. In: CARROLL, J. M. (Ed.). *Interfacing thought: cognitive aspects of human-computer interaction*. Mit Press, 1987.
- CASEY-MASLEN, S. *The war report: armed conflict in 2013*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- CASSESE, A. *The human dimension of international law: selected papers of Antonio Cassese*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- CASSESE, A. The Martens Clause: Half a loaf or simply pie in the sky? *European Journal of International Law*, v. 187, 2000.
- CASSESE, A. The Nicaragua and Tadic tests revisited

- in light of the ICJ Judgment on genocide in Bosnia. *European Journal of International Law*, v. 653, iss. 18, 2007.
- CERETTI, A. Collective violence and international crimes. In: CASSESE, A. (Ed.). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- CHAIRMAN'S Report of the 2014 informal meeting of experts on lethal autonomous weapon systems (LAWS). Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/350D9ABED1AFA515C1257CF30047A8C7/\\$file/Report_AdvancedVersion_10June.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/350D9ABED1AFA515C1257CF30047A8C7/$file/Report_AdvancedVersion_10June.pdf)>.
- CHANDLER, D.; HYNEK, N. *Critical perspectives on human security: rethinking emancipation and power in international relations*. Routledge, 2010.
- CHARLES, J. D. *Retrieving the natural law: a return to moral first things*. Wm. B. Eerdmans Publishing, 2008.
- CHENWI, L. M. *Towards the abolition of the death penalty in Africa: a human rights perspective*. PULP, 2011.
- CHESNEY, R. Who may be killed? Anwar Al-Awlaki as a case study in the international legal regulation of lethal force. *Yearbook of International Humanitarian Law*, v. 26, 2011.
- CHONGWE v Zambia, Communication Number 821/1998, Views adopted on 25 October 2000. *Delgado Paez v Columbia UN Doc. Number 40 (A/45/40)*, Vol II, Annex IX, Sect D, Communication 195/1985, 12 July 1990.
- CHRISTENSEN, E. The dilemma of direct participation in hostilities. *Journal of Transnational Law and Policy*, v. 281, iss. 19, 2010.
- CLAPHAM, A.; GAETA, P. *The oxford handbook of international law in armed conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- CLARK, O. G. Mind and autonomy in engineered bio-systems. *Engineering Applications of Artificial Intelligence*, v. 12, 1999.
- COLE, G. et al. *Criminal justice in America*. Cengage Learning, 2015.
- COLLINS, A. *Shielded from justice: police brutality and accountability in the United States*. Human Rights Watch, 1998.
- COLUMBIA LAW SCHOOL HUMAN RIGHTS INSTITUTE. *Targeting operations with drone technology: Humanitarian law implications*. Available at: <http://www.law.columbia.edu/ipimages/Human_Rights_Institute/BackgroundNoteASILColumbia.pdf>.
- COMMISSION on the Responsibility of Authors of War and on Enforcement of Penalties 1919 Report. *American Journal of International Law*, v. 25, 1920.
- CONDĂ, H. V. *A handbook of international human rights terminology*. U of Nebraska Press, 2004.
- COOK, M. *The moral warrior: ethics and service in the US military*. SUNY Press, 2004.
- COPPIN, G.; LEGRAS, F. Autonomy spectrum and performance perception issues in swarm supervisory control. *Proceedings of the IEEE*, v. 12, p. 590-2, 2012.
- CORAM, R. *Boyd: the fighter pilot who changed the art of war*. Little, Brown and Company, 2002.
- CORN, G. S. et al. *Belligerent targeting and the invalidity of a least harmful means rule*. Maroon Ebooks, 2015.
- CORNELL, D. Bridging the span towards justice: Laurie Ackermann and the on-going architectonic of dignity jurisprudence. *Acta Juridica*, v. 18, 2008.
- COUPLAND, R. Humanity: what is it and how does it influence international law? *International Review of the Red Cross*, v. 969, 2001.
- COUPLAND, R. M. Towards a determination of which weapons cause superfluous injury or unnecessary suffering. *The SIrUS Project, ICRC*, v. 7, 1997.
- COUPLAND, R.; LOYE, D. The 1899 Hague Declaration concerning expanding bullets: a treaty effective for more than 100 years faces complex contemporary issues. *International Review of the Red Cross*, v. 135, iss. 849, 2003.
- Crawford, E. *The treatment of combatants and insurgents under the law of armed conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- CRAWSHAW, R. *Human rights and policing*. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- CRAWSHAW, R. *Police and human rights: a manual for teachers and resource persons and for participants in human rights programmes*. BRILL, 2009.
- CROWE, J.; WESTON-SCHEUBER, K. *Principles of international humanitarian law*. Edward Elgar Publishing, 2013.

- CRUFT, R. et al. *Philosophical foundations of human rights*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- CRYER, R et al. *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- DALY, E. *Dignity rights: courts, constitutions, and the worth of the human person*. 2012.
- DAVID, R. Victims on transitional justice. *Human Rights Quarterly* v. 393, iss. 27, 2005.
- DE GUZMAN, M. et al. *Strategic responses to crime: thinking locally, acting globally*. CRC Press, 2011.
- DE WET, E. The international constitutional order. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 51, iss. 55, 2006.
- DEHN, J. C.; HELLER, K. Targeted killing: the case of Anwar Al-Aulaqi. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 159, p. 90-191, 2011.
- DENNIS, I.; TAPSFIELD, P. *Human abilities: their nature and measurement*. Psychology Press, 2013.
- DINNISS, H. H. *Cyber warfare and the laws of war*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- DINSTEIN, Y. *Non-international armed conflicts in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- DINSTEIN, Y. Terrorism as an international crime. *Israel Yearbook of Human Rights*, v. 63, iss. 55, 1987.
- DINSTEIN, Y. *The defence of 'obedience to superior orders' in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DOARE, R et al. *Robots on the battlefield: contemporary issues and implications for the future*. Maroon Ebooks, 2014.
- DONNELLY, J. *International human rights boulder*. Westview Press, 2013.
- DONNELLY, J. Human rights and human dignity: an analytic critique of non-western conceptions of human rights. *American Political Science Review*, v. 303, iss. 76, 1982.
- DORIA, J. et al. *The Legal regime of the International Criminal Court: essays in honour of professor Igor Blishchenko [1930-2000]*: BRILL, 2009.
- DÖRMANN, K. *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- DÖRMANN, K. The legal situation of unlawful/unprivileged combatants. *International Law Review of the Red Cross*, v. 46, iss. 85, 2002.
- DOSWALD-BECK, L. *Human rights in times of conflict and terrorism*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- DUFFY, H. *The 'war on terror' and the framework of international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- DUNANT, J. H. *A memory of Solferino: international committee of the red cross*. 2006.
- DUWELL, M. et al. *The Cambridge handbook of human dignity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- DWORKIN, G. *The theory and practice of autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- E/CN.4/1992/26. Report of the United Nations Special Rapporteur on the situation of human rights in Kuwait under Iraq occupation, Walter Kälin, 1992.
- EBERLE, E. J. *Dignity and liberty: constitutional visions in Germany and the United States*. Praeger, 2002.
- EDEL, A. Humanist ethics and the meaning of human dignity. In: KURTZ, P. (Ed.). *Moral problems in contemporary society: essays in humanistic ethics*. Prometheus Books Publishers, 1969.
- EDMUND, C. *Sherman: merchant of terror, advocate of Peace*. Pelican Publishing, 1992.
- ENGELAND, A. *Civilian or combatant? a challenge for the twenty-first century*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- ENGLISH, J. A. *Surrender invites death: fighting the Waffen SS in Normandy*. Stackpole Books, 2014.
- ENGLISH, R. Ubuntu: The quest for an indigenous jurisprudence. *South African Journal of Human Rights*, v. 641, iss. 12, 1996.
- ERIN, C. A.; OST, S. *The criminal justice system and health care*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- ESCORIHUELA, A. L. Humanitarian law and human rights law: the politics of distinction. *Michigan State Journal of International Law*, v. 299, iss. 19, 2011.
- EVANGELISTA, M. *Law, ethics, and the war on terror*. John Wiley & Sons, 2013.

- EVANS, T. D. Note at war with the robots: autonomous weapon systems and the Martens Clause. *Hofstra Law Review*, v. 697, iss. 41, 2014.
- FAGOTHEY, A. *Right and Reason: ethics in theory and practice*. Tan books and publishers, 2000.
- FENRICK, W. J. ICRC guidance on direct participation in hostilities. *Yearbook of international humanitarian law*, v. 287, iss. 12, 2009.
- FENRICK, W. J. Some international law problems related to prosecution before the International Criminal Tribunal of the Former Yugoslavia. *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 103, iss. 6, 1995.
- FERRARI, G. F. The codification of human rights at national and international level. In: WANG, W. (Ed.) *Codification in international perspective: selected papers from the 2nd IACL thematic conference*. Springer Science & Business Media, 2014.
- FESCHUK, S. *The future and why we should avoid it: killer robots, the apocalypse and other topics of mild concern*. Douglas and McIntyre Limited, 2015.
- FINN, A.; SCHEDING, S. *Developments and challenges for autonomous unmanned vehicles: a compendium*. Springer Science & Business Media, 2010.
- FISHER, K. *Moral accountability and international criminal law: holding agents of atrocity accountable to the world*. Routledge, 2013.
- FLECK, D. International humanitarian law after September 11: challenges and the need to respond. In: MCCORMACK, T.; MCDONALD, A. (Ed.). *Yearbook of international humanitarian law 2003*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- FLECK, D.; BOTHE, M. *The handbook of international humanitarian law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- FORSYTHE, D. P. *The politics of prisoner abuse: the United States and enemy prisoners after 9/11*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- FRY, J. D. Contextualized legal reviews for the means and methods of warfare: Cave combat and international humanitarian law. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 453, iss. 44, 2006.
- FUNK, T. M. *Victims' rights and advocacy at the International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- GALLIOTT, J. *Military robots: mapping the moral landscape*. Ashgate Publishing, 2015.
- GARCIA, D. *Future arms: what international law?* (2014) 4 Paper Presented to the Cornell University Law School. Internal law and International Relations Colloquium. Available at: <<http://www.lawschool.cornell.edu/cornell-IL-IR/upload/New-Technologies-Intl-Law-Denise-Garcia-4.pdf>>.
- GARDAM, J. G. *Non-combatant immunity as a norm of international humanitarian law*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- GARDAM, J. Proportionality and force in international law. *American Journal of International Law*, v. 391, iss. 87, 1993.
- GARRY, P. *Conservatism redefined: a creed for the poor and disadvantaged*. Encounter Books, 2013.
- GEER, J. G. *Public opinion and polling around the world: a historical encyclopaedia*. ABC-CLIO, 2004.
- GEHRING, R. Loss of civilian protections under the Fourth Geneva Convention and Protocol I XIX-1-2. *Military Law and Law of War Review*, v. 19, 1980.
- GEISS, R.; SIEGRIST, M. Has the armed conflict in Afghanistan affected the rules on the conduct of hostilities? *International Review of the Red Cross*, v. 93, p. 11-46, 2011.
- GENEVA ACADEMY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW. Autonomous weapon systems under international law. *Academy Briefing Number*, v. 24, iss. 8, 2014.
- GERSTING, J. L.; GEMIGNANI, M. C. *The computer: history, workings, uses & limitations*. Ardsley House, 1988.
- GERTLER, J. *US unmanned aerial systems, congressional research service*. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2012.
- GEWIRTH, A. Human dignity as a basis of rights. In: MEYER, M. J.; PARENT, W. A. (Ed.). *The constitution of rights: human dignity and American values*. Cornell University Press, 1992.
- GOODMAN, R. The power to kill or capture enemy combatants. *European Journal of International Law*, v. 24, 2013.
- GOODMAN, R.; JINKS, D. The ICRC interpretive guidance on the notion of direct participation in hosti-

- lities under international humanitarian law: an introduction to the forum. *NYU Journal of International Law and Policy*, v. 640, iss. 42, 2010.
- GORDON, S. Civilian protection: what's left of the norm. In: PERRIGO, S.; WHITMAN, J. (Ed.). *The Geneva conventions under assault*. Pluto Press, 2010.
- GORMLEY, W. P. The right to life and the rule of non-derogability: peremptory norms of jus cogens. *The right to life in international law*, v. 128, 1985.
- GREENWOOD, C. Battlefield laser weapons in the context of the law on conventional weapons. *Blinding weapons, reports of the meetings of experts convened by the International Committee of the Red Cross on battlefield laser weapons 1989-1991*, v. 71, 1993.
- GREENWOOD, C. Historical development and legal basis. In: FLECK, D. (Ed.) *Handbook of international humanitarian law in armed conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- GROEBEN, C. The conflict in Colombia and the relationship between humanitarian law and human rights law in practice: analysis of the new operational law of the Colombian armed forces. *Journal of Conflict and Security Law*, v. 141, iss. 16, 2011.
- GROSSMAN, D. *On killing: the psychological cost of learning to kill in war and society*. Open Road Media, 2009.
- GROVER, S. C. *Schoolchildren as propaganda tools in the war on terror: violating the rights of Afghani children under international law*. Springer Science & Business Media, 2011.
- GROVER, S. C. *The torture of children during armed conflicts: the icc's failure to prosecute and the negation of children's human dignity*. Springer Science & Business Media, 2013.
- GUARINI, M.; BELLO, P. Robotic warfare: Some challenges in moving from non-civilian to civilian theatres. In: LIN, P. et. al. (Ed.). *Robot ethics: the ethical and social implications of robotics*: MIT Press, 2012.
- GULEC v Turkey, ECHR, (1968), *Application Number 21593/93*, 27 July 1998.
- HAGEDORN, A. *The invisible soldiers: how America outsourced our security*. Simon and Schuster, 2014.
- HAMMOND, G. T. *The mind of war: John Boyd and american security*. Smithsonian Institution Press, 2001.
- HAMPSON, F. The principle of proportionality in the law of armed conflict. In: PERRIGO, S.; WHITMAN, J. (Ed.). *The Geneva conventions under assault*. Pluto Press, 2010.
- HANSEN, M. A. Preventing the emasculation of warfare: halting the expansion of human rights law into armed conflict. *Military Law Review*, v. 19, 2007.
- HAREES, L. *The mirage of dignity on the highways of human 'progress': the bystanders' perspective*. AuthorHouse, 2012.
- HARVEY, C. et. al. *Contemporary challenges to the laws of war: essays in honour of Professor Peter Rowe*. Cambridge University Press, 2014.
- HASSING, R. F. *Final causality in nature and human affairs*. CUA Press, 1997.
- HAUG, H. et. al. *Humanity for all: the international red cross and red crescent movement*. P. Haupt, 1993.
- HELLER, K. One hell of a killing machine: signature strikes and international law. *Journal of International Criminal Justice*, v. 11, 2013.
- HENCKAERTS, J. et. al. *Customary international humanitarian law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- HENDERSON, I. *The contemporary law of targeting*. Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- HENSEL, H. M. *The law of armed conflict: constraints on the contemporary use of military force*. Ashgate Publishing, 2007.
- HENSEL, H. M. *The legitimate use of military force: the just war tradition and the customary law of armed conflict*. Ashgate Publishing, 2013.
- HERBACH, J. Into the caves of steel: precaution, cognition and robotic weapons systems under the international law of armed conflict. *Amsterdam Law Forum*, v. 14, iss. 4, 2012.
- HEYNS, C. *Autonomous Weapon Systems and human rights law*. Convention on Certain Conventional Weapons, Geneva, Switzerland, 2014. Available at: <<http://www.icla.up.ac.za/images/un/speeches/heyns%20ccw%20presentation%20aws%20and%20human%20rights.pdf>>.
- HEYNS, C.; KNUCKEY, S. The long term international law implications of targeted killing practices. *Har-*

vard International Law Journal, v. 54, 2013.

HIMMA, K. E. Artificial agency, consciousness, and the criteria for moral agency: what properties must an artificial agent have to be a moral agent? *7th International Computer Ethics Conference*, 2007.

HOOGH, A. Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State responsibility, the Tadić case and attribution of acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia. *British Year Book of International Law*, v. 255, n. 76, 2001.

HOWARD, R. E. Dignity, community and human rights. In: AHMED, A. (Ed.). *Human rights in cross-cultural perspectives: a quest for consensus*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1992.

HUMAN Rights Committee. General Comment 21.

HUMAN Rights Watch Losing Humanity: The case against killer robots. 2012. Available at: <<http://www.hrw.org/reports/2012/11/19/losing-humanity-0>>.

HUMAN Rights Watch Shaking the foundations: the human rights implications of killer robots. 2014. Available at: <<http://www.hrw.org/reports/2014/05/12/shaking-foundations>>.

HUMAN Rights Watch, statement to the Convention on Conventional Weapons Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapon Systems May 13, 2014. Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/6CF465B62841F177C1257CE8004F9E6B/\\$file/NGOHRW_LAWS_GenStatement_2014.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/6CF465B62841F177C1257CE8004F9E6B/$file/NGOHRW_LAWS_GenStatement_2014.pdf)>.

HUSBAND of Maria Fanny Suarez de Guerrero v Columbia Communication Number R 11/45.

ICRAC closing statement to the UN CCW Expert Meeting. 2014. Available at: <<http://icrac.net/2014/05/icrac-closing-statement-to-the-un-ccw-expert-meeting/>>.

ICRC intervention during the CCW Meeting. 2014. Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/3A14BC199AF51935C1257CDA0071994D/\\$file/ICRC+LAWS+2014+technical+aspects.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/3A14BC199AF51935C1257CDA0071994D/$file/ICRC+LAWS+2014+technical+aspects.pdf)>

ICRC statement to concluding session CCW expert meeting on lethal autonomous weapon systems. 2014. Available at: <<http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/8E6FED84C1D0308C>

C1257D1500522314/\$file/ICRC_LAWS_FinalStatement_2014.pdf>.

ICRC. A guide to the legal review of new weapons, means and methods of warfare: measures to implement article 36 of additional protocol I of 1977. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 864, 2006.

ICRC. Humanitarian debate: law, policy and action: new technologies and warfare. *International Review of the Red Cross*, v. 886, n.94, 2012.

ILAȘCU and Others v Moldova and Russia. Application No 48787/99 (2004)ECHR Reports 2004-VII, 179.

INSPECTOR-GENERAL of Police v All Nigeria Peoples Party and Others (2007) AHRLR 179 (NgCA 2007).

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Report on terrorism and human Rights. 2002. Available at: <<http://www.cidh.oas.org/Terrorism/Eng/part.c.htm>>.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Wounded childhood: the use of children in armed conflict in Central Africa. 2003. Available at: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/--ifp_crisis/documents/publication/wcms_116566.pdf>.

INTERNATIONAL legal protection of human rights in armed conflict. United Nations Publications. 2011. Available at: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_in_armed_conflict.pdf>.

ISSA and Others v Turkey, Application No 31821/96. Judgment of 16 Nov 2004.

JACKSON, R. *The global covenant: human conduct in a world of states*. Oxford University Press, 2000.

JACOBSON, M. Modern weaponry and warfare: The application of article 36 of Additional Protocol I by governments. In: HELM, A. M. (Ed.). *The law of war in the 21st century: weaponry and the use of force* International law studies. Government Printing Office, 2006.

JENKINS, J. A. *The American Courts: a procedural approach*. Jones & Bartlett Learning, 2011.

JENKS, C. Law from above: unmanned aerial systems, use of force, and the law of armed conflict. *North Dakota Law Review*, v. 665, n. 85, 2009.

JENNINGS, R. Y. The Caroline and McLeod cases.

- American Journal of International Law*, v. 92, n. 32, 1938.
- JOERDEN, J. C. The promise of human dignity and some of its juridical consequences especially for medical criminal law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.) *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- JOHN Khemraadi Baboeram et al v Suriname UN Official Records of the General Assembly, 40th Session, Supp. Number 40/(A/40/40) Annex X, Communications Number 146 – 154/1983.
- JOHNSON, A. M. The morality of autonomous robots. *Journal of Military Ethics*, v. 134, 2013.
- JONES, H. *Violence against prisoners of war in the First World War: Britain, France and Germany, 1914-1920*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- JONES, J. Common constitutional traditions: Can the meaning of human dignity under German law guide the European Court of Justice? *Public Law*, v. 167, 2004.
- JONES, T.; LEAMMUKDA, M. G. *Requirements-driven autonomous system test design: Building trust relationships*. 2011. Available at: <http://www.itea-wsmr.org/ITEA%20Papers%20Presentations/2010%20ITEA%20Papers%20and%20Presentations/itea_lvcc_2010_uast_track2_draper_jones_leammukda_paper.pdf>.
- KALDOR, M. H.; BEEBE, S. *The ultimate weapon is no weapon: human security and the new rules of war and Peace*. PublicAffairs, 2010.
- KALSHOVEN, F.; ZEGVELD, L. *Constraints on the waging of war: an introduction to international humanitarian law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- KANFRANANN, P. et. al. *Humiliation, degradation, dehumanisation: Human dignity violated*. Springer Science & Business Media, 2011.
- KAPITAN, T. *Philosophical perspectives on the Israeli-Palestinian conflict*. M.E. Sharpe, 1997.
- KASTAN, B. Autonomous Weapon Systems: a coming legal singularity? *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, v. 8, 2013.
- KHAN, P. W. The paradox of riskless warfare. *Faculty Scholarship Series*, v. 4, n. 326, 2002. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/326>.
- KINSELLA, H. *The image before the weapon: a critical history of the distinction between combatant and civilian*. Cornell: Cornell University Press, 2011.
- KLIP, A.; SLUTTE, G. Annotated leading cases of international criminal tribunals: the international criminal tribunal for the former Yugoslavia. Intersentia, 2001.
- KOLB, R.; GAGGIOLI, G. *Research handbook on human rights and humanitarian law*. Edward Elgar Publishing, 2013.
- KOLB, R.; HYDE, R. *An introduction to the international law of armed conflicts*. Bloomsbury Publishing, 2008.
- KRAYNAK, R. P.; TINDER, G. E. *In defense of human dignity: essays for our times*. Paris: University of Notre Dame Press, 2003.
- KRETZMER, D.; KLEIN, E. *The concept of human dignity in human rights discourse*. Kluwer Law International, 2002.
- KRISHNAN, A. *Killer robots: legality and ethicality of autonomous weapons*. Ashgate Publishing, 2013.
- KROEZE, I. Doing things with value: the case of Ubuntu. *Stellenbosch Law Review*, v. 252, n. 13, 2002.
- KUCURADI, I. *Human rights: concepts and problems*. LIT Verlag Münster, 2013.
- LAMP, N. Conceptions of war and paradigms of compliance: the new war challenge to international humanitarian law. *Journal of Conflict and Security law*, v. 225, n. 16, 2011.
- LARSEN, K. M. Attribution of conduct in peace operations: the ultimate authority and control test. *European Journal of International Law*, v. 522, n. 19, 2008.
- LAWAND, K. Reviewing the Legality of new weapons, means and methods of warfare. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 846, 2006.
- LEE, M. Universal human dignity: some reflections in the Asian context. *Asian Journal of Comparative Law*, v. 1932, n.3, 2008.
- LEGALITY of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion (1996) ICJ 226.
- LEPSIUS, O. Human dignity and the downing of aircraft: the German Federal Constitutional Court strikes down a prominent anti-terrorism provision in the new Air-transport Security Act. *German Law Journal*, v. 761, 2006.
- LEWIS, J. The case for regulating fully autonomous weapons. *Yale Law Journal*, v. 1311, 2015.

- Lickiss, N 'Human dignity and human being' in Malpas, J & Lickiss, N (eds) (2007) *Perspectives on human dignity: A conversation*: Springer Science & Business Media.
- LIETZAU, W. K. Combating terrorism: the consequences of moving from law enforcement to war. In: WIPPMAN, D.; EVANGELISTA, M. (Ed.). *New wars, new laws?* applying the laws of war in the 21st century conflicts. Transnational Publishers, 2005.
- LIN P. et. al. *Robot ethics: the ethical and social implications of robotics*. MIT Press, 2011.
- LIN, P. Could *human enhancement turn soldiers into weapons that violate international law?* 2013. Available at: <<http://www.theatlantic.com/technology/archive/2013/01/could-human-enhancement-turn-soldiers-into-weapons-that-violate-international-law-yes/266732/>>.
- LIN, P. et. al. Robots in war: issues of risk and ethics. In: CAPURRO, R.; NAGENBORG, M. (Ed.). *Ethics and Robotics*. AKA, 2009.
- LIN, P. Introduction to robot ethics. In: LIN, P. et. al. (Ed.). *Robot ethics: the ethical and social implications of robotics*. MIT Press, 2012.
- LIU, H. Categorization and legality of autonomous and remote weapons systems. *International Review of the Red Cross*, v. 629, n. 94, 2012.
- LOIZIDOU v Turkey (Merits). Application No 15318/89 (1996) ECHR Rep 1996-IV, 2216
- LORD, C. G. et al. Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. *The Journal of Personality and Social Psychology*, 1979.
- LUBELL, N. *Extraterritorial use of force against non-state actors*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- MACCORMICK, N. *Legal right and social democracy: essays in legal and political philosophy*. Clarendon Press, 1982.
- MACLEOD, C. Towards a philosophical account of crimes against humanity. *European Journal of International Law*, p. 281-302, 2010.
- MALAWI African Association et al v Mauritania, Communications (2000) AHRLR 149 (ACHPR 2000).
- MALPAS, J.; LICKISS, N. *Perspectives on human dignity: a conversation*. Springer Science & Business Media, 2007.
- MANGLAPUS, R. S. Human rights are not a western Discovery. *World View*, v. 4, n. 21, 1978.
- MAOGOTO, J. N.; MACCARRICK, G. Typology of conflict: terrorism and the ambiguation of the I of war. *Gujarat National Law University Law Review*, v. 303, n. 31, 2010.
- MARAUHN, T. *An analysis of the potential impact of lethal autonomous weapon systems on responsibility and accountability for violations of international law*. Geneva, 2014. Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/35FEA015C2466A57C1257CE4004BCA51/\\$file/Marauhn_MX_Laws_SpeakingNotes_2014.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/35FEA015C2466A57C1257CE4004BCA51/$file/Marauhn_MX_Laws_SpeakingNotes_2014.pdf)>.
- MARCHANT, G. et al. International governance of autonomous military robots. *Columbia Science and Technology Law Review*, v. 280, n. 12, 2011.
- MARCHU, I. *The fundamental concept of crime in international criminal law: a comparative law analysis*. Springer Science & Business Media, 2013.
- MARESCA, L.; MASLEN, S. *The banning of anti-personnel landmines: the legal contribution of the International Committee of the Red Cross 1955–1999*: Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- MARRA, W. C. Understanding 'the loop': regulating the next generation of war machines. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 1155, 36, 2013.
- MATHESON, M. J. The United States position on the relation of customary international law to the 1977 protocols additional to the 1949 Geneva Conventions. *Amsterdam University Journal of International Law and Policy*, v. 420, n. 2, 1987.
- MATTHEE, M. et. al. *Armed conflict and international law: in search of the human face: liber amicorum in memory of Avril McDonald*. Springer Science & Business Media, 2013.
- MAY, L. *Crimes against humanity: a normative account*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MAYER, J. *The predator war: what are the risks of the CIA's covert drone program?* 2009. Available at : <<http://faisalkutty.com/editors-picks/the-predator-war-what-are-the-risks-of-the-c-i-a-s-covert-drone-program/>>.
- MAZZESCHI, P. R. Reparation claims by individuals for state breaches of humanitarian law and human rights: an overview. *Journal of International Criminal Justice*, v. 344, n. 1, 2003.

- MCCANN v the United Kingdom, 21 ECHR Ser B 148-150.
- MCCLELLAND, J. The review of new weapons in accordance with Article 36 of Additional Protocol I. *ICRC*, v. 397, n. 850, 2003.
- MCCORMACK, T. et al. *Yearbook of international humanitarian law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- MCCORMACK, T.; MCDONALD. *A yearbook of international humanitarian law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- MCCRUDDEN, C. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, v. 655, n. 19, 2008.
- MCDONALD, A. *Hors de combat*: post-September 11 challenges to the rules. In: HENSEL, H. M. (Ed.). *The legitimate use of military force: the just war tradition and the customary law of armed conflict*. Ashgate Publishing, 2008.
- MCDUGAL, M. S.; FELICIANO, F. P. *Law and minimum world public order*. New Haven: Yale University Press, 1961.
- MCKENZIE v Jamaica, Case 12.023, Inter-American Commission on Human Rights, Report Number 41/00, OEA/Ser.L/V/II.106 doc.3 (2000).
- MCLINTOSH, S. The wingman-philosopher of MiG alley: John Boyd and the OODA loop. *Air Power History*, v. 26, n. 58, 2011.
- MELDEN, A. Dignity, worth, and rights. In: MEYER, M. J. et. al. *The constitution of rights: human dignity and American values*. Cornell University Press, 1992.
- MELZER, N. Human rights implications of the usage of drones and unmanned robots in warfare. *European Parliament Directorate-General for External Policies*, v. 39, 2013.
- MELZER, N. ICRC's interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian Law. *International Committee of the Red Cross*, v. 1.
- MELZER, N. Keeping the balance between military necessity and humanity: a response to four critiques on the ICRC's Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities. *NYU Journal of International Law and Policy*, v. 831, 42, 2010.
- MELZER, N. *Targeted killing in international law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- MENDES, E. P. *Global governance and international law: combating the tragic flaw*. Routledge, 2014.
- MERON, T. *Law crimes law comes of age*. Clarendon Press, 1998.
- MERON, T. The Martins Clause, principles of humanity, and dictates of public conscience. *American Journal of International Law*, v. 79, n. 94, 2000.
- METTRAUX, G. *The law of command responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- MEYER, M.; PARENT, W. *The constitution of rights: human dignity and American values* London. Cornell University Press, 1992.
- MICHALOWSKI, S. *Corporate accountability in the context of transitional justice*. Routledge, 2014.
- MIHR, A.; GIBNEY, M. *The SAGE handbook of human rights*. SAGE, 2014.
- MILANOVIC, M. *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- MILANOVIC, M. Norm conflicts, international humanitarian law, and human rights law. In: MILANOVIC, M (Ed.). *Extraterritorial application of human rights treaties: law, principles, and policy*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- MILANOVIC, M. State Responsibility for Genocide. *European Journal of International Law*, v. 577, n. 17, 2006.
- MILITARY and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v the United States of America ICJ Reports 1986
- MILITARY Junta case, Judgement, Argentina, National Court of Appeals.
- MKOGORO, Y. Ubuntu and the law in South Africa. *Buffalo Human Rights Law Review*, v. 15, n. 4, 1998.
- MOMČILO Mandić, Case No. X-KR-05/58, 2nd instance Verdict, 18 July 2007.
- MOORE, N. M. *The political roots of racial tracking in American criminal justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- MORLEY, J. Autonomous Weapons Stir Geneva Debate. 2014. Available at: <<https://www.armscontrol.org>>

- org/act/2014_06/news/Autonomous-Weapons-Stir-Geneva-Debate>.
- MORRIS, B. The dignity of man. *Ethics*, v. 57, 1946.
- MOSIER, K. L.; SKITKA, L. J. Human decision makers and automated decision aids: Made for each other? In: MOULOUA, M (Ed.). *Automation and human performance: theory and applications*. Taylor & Francis, 1996.
- MUGWANYA, G. W. The contribution of the International Criminal Tribunal of Rwanda to the development of international criminal law. In: MURUNGU, C.; BIEGON, J. (Ed.). *Prosecuting international crimes in Africa*. PULP, 2011.
- MURUNGU, C. Prosecution and punishment of international crimes by the Special Court for Sierra Leone. In: MURUNGU, C.; BIEGON, J. (Ed.). *Prosecuting international crimes in Africa*. PULP, 2011.
- NACHOVA v Bulgaria ECHR(16 June 2005) Ser A 42
- NASU, H.; MCLAUGHLIN, R. *New technologies and the law of armed conflict*. Springer Science & Business Media, 2013.
- NEIRA Allegria et al v Peru, IACHR, Series C, No. 20 (1995), 19 January 1995.
- NICKS, D. *US takes steps toward signing Landmine Ban Treaty*. 2014. Available at: <<http://time.com/2933269/us-landmine-treaty-ottawa/>>.
- NONAMI, K. et. al. *Autonomous control systems and vehicles: intelligent unmanned systems*. Springer Science & Business Media, 2013.
- NOVAK, R. *The global decline of the mandatory death penalty: constitutional jurisprudence and legislative reform in Africa, Asia, and the Caribbean*. Ashgate Publishing, 2014.
- O'CONNELL, M. E. Unlawful killing with combat drones a case study of Pakistan, 2004-2009. *Notre Dame Law School Legal Studies*, v. 2, 2010.
- O'GORMANN, R.; ABBOTT, C. Remote control war: unmanned combat air vehicles in China, India, Israel, Iran, Russia and Turkey. *Open Briefing*, v. 2, 2013. Available at: <http://issuu.com/openbriefing/docs/remote_control_war>.
- OBERLEITNER, G. *Human rights in armed conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- OBURA, K. Duty to prosecute international crimes under international law. In: MURUNGU, C.; BIEGON, J. (Ed.). *Prosecuting international crimes in Africa*. PULP, 2011.
- OKIMOTO, K. *The distinction and relationship between jus ad bellum and jus in bello*. Hart, 2011.
- ORAKHELASHVILI, A. *Research handbook on the theory and history of international law*. Edward Elgar Publishing, 2011.
- ORENTLICHER, D. F. *The law of universal conscience: genocide and crime against humanity*. Available at: <<http://www1.ushmm.org/conscience/analysis/details/1998-12-09/orentlicher.pdf>>.
- ORFORD. *A international law and its others*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- OSINGA, F. P. B. *Science, strategy and war: the strategic theory of John Boyd*. Routledge, 2006.
- OTTO, R. *Targeted killings and international law: with special regard to human rights and international humanitarian law*. Springer Science & Business Media, 2011.
- OWENS, E. *Religion and the death penalty: a call for reckoning*. Wm. B. Eerdmans Publishing, 2004.
- PAGE, L. *US war robots in Iraq 'turned guns' on fleshy comrades: kill-droid rebellion thwarted this time*. 2008. Available at <http://www.theregister.co.uk/2008/04/11/us_war_robot_rebellion_iraq/>.
- PARASURAMAN, R. et al. A model for types and levels of human interaction with automation. *IEEE Transactions on systems, man, and cybernetics*, v. 30, p. 286-288, 2000.
- PARASURAMAN, R. et al. A model for types and levels of human interaction with automation. *IEEE Transactions on systems, man, and cybernetics*, v. 30, p. 286-8, 2000. Available at: <<http://ieeexplore.ieee.org/>>.
- PARKS, H. W. Conventional weapons and weapons reviews. *Year Book of International Humanitarian Law*, v. 55, n. 8, 2005.
- PARKS, H. W. Joint service shotgun program. *Army Law*, v. 16, 1997.
- PATTISON, J. *Humanitarian intervention and the responsibility to protect: who should intervene?* Oxford: Oxford University Press, 2010.
- PAUMGARTEN, N. *'Here's looking at you: should we worry about the rise of drone?* 2012. Available at: <http://www.newyorker.com/reporting/2012/05/14/120514fa_fact_paumgarten>.

- PERRIGO, S.; WHITMAN, J. *The Geneva conventions under assault*. Pluto Press, 2010.
- PERRIN, P. *War and public health: extending the concept of public health for the victims of armed conflict*. 1998. Available at: <<http://www.who.int/hac/about/6676.pdf>>.
- PICTET, J. S. Humanity. *International Review of the Red Cross*, v. 158, 1995.
- PIETH, M.; IVORY, R. *Corporate criminal liability: emergence, convergence and risk*: Springer Science & Business Media, 2011.
- PINKER, S. *The blank slate: the modern denial of human nature*. Penguin UK, 2002.
- PLATT, P. W. Human dignity and the conflict of rights. *Idealistic Studies*, v. 174, n. 2, 1972.
- PLAW, A. *Targeting terrorists: a license to kill?* Ashgate Publishing, 2013.
- PRIMORATZ, I.; Lovell, D. W. *Protecting civilians during violent conflict: theoretical and practical issues for the 21st century*. Ashgate Publishing, 2013.
- PROSECUTOR v Aleksovski, Case No IT-95-14/1-T, Judgement, 25 June 1999.
- PROSECUTOR v Delalic and Others, Case No 96-21-T, Judgement, 16 Nov 1998, para 543; *Prosecutor v Blaskic*, Case No IT-95-14-T, Judgement, 3 Mar 2000, pars 154-155.
- PROSECUTOR v Jean-Pierre Bemba, Case No. ICC-01/05-01/08, Confirmation of Charges Decision, Pre-Trial Chambers, 12 January 200.
- PROSECUTOR v Kordić and Čerkez. Case No IT-95-14/2-T.
- PROSECUTOR v Milorac Krnojelac. Case No. IT-97-25-A, Trial Judgement.
- PROSECUTOR v Naletilic and Martinovic. Case No IT-98-34-T.
- PROSECUTOR v Naser Oric. Case No. IT-03-68-A, Appeal Judgement, 3 July 2008.
- PROSECUTOR v Rašević et al. Verdict at First Instance.
- PROSECUTOR v Stanislav Galic. Case No. IT-98-29-T, Trial Judgement, 5 Dec. 2003.
- PROSECUTOR v Stupar Milos et al. No. X-KRŽ-05/24-3, Verdict at Second Instance, 2010.
- PROSECUTOR v Tadić. Case No IT-94-1-A (1999) 38 ILM 1518.
- PROSECUTOR v Tadic. Case No IT-94-1-I Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, (ICTY) (2 October 1995).
- PROSECUTOR v Zejnil Delalic Čelebici. Case No. IT-96-21-T, Trial Judgement, 16 November 1998.
- PUNCH, M. *Shoot to kill: police accountability, firearms and fatal force*. Policy Press, 2010.
- QUENIVET, N.; DAVIS, S. S. *International law and armed conflict: challenges in the 21st century*. T.M.C. Asser Press, 2010.
- RAMCHARAN, B. G. *The right to life in international law*. Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- RAPPERT, B. *Non-lethal weapons as legitimising forces? technology, politics and the management of conflict*. Routledge, 2004.
- RATNER, R. T. et. al. *Accountability for human rights atrocities in international law: beyond the nuremburg legacy*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- RAYFUSE, R. *War and the environment: new approaches to protecting the environment in relation to armed conflict*. Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
- RAZ, J. *The morality of freedom*. Clarendon Press, 1986.
- REISMAN, W. *The quest for world order and human dignity in the twenty-first century: constitutive process and individual commitment*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- REISMAN, W. M.; STEVICK, D. The applicability of international law standards to United Nations Economic Sanctions Programmes. *European Journal of International Law*, v. 9, p. 94-95, 1998.
- REISMAN, W.; SILK, J. Which law applies to the Afghan conflict? *American Journal of International Law*, v. 465, n. 82, 1998.
- REPORT of the Secretary-General on the role of science and technology in the context of international security and disarmament A/53/202.
- REPORT of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 12 August 2013.
- REPORT of the UN Secretary General, Boutros Bou-

- tros-Ghali, UN Doc. S/25704 (1993) para 48.
- RIZA, M. S. *Killing without heart: limits on robotic warfare in an age of persistent conflict*. Potomac Books, 2013.
- ROBERTSON, H. B. The principle of the military objective in the law of armed conflict. *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies*, v. 8, p. 35-70, 1997.
- ROFF, H. M. killing in war: responsibility, liability and lethal autonomous robots. In: HENSCHKE, A. et. al. *Handbook of ethics and war: just war theory in the 21st century*. Routledge, 2013.
- ROFF, H. M. *killing in war: responsibility, liability and lethal autonomous robots*. 2014. Available at: <https://www.academia.edu/2606840/Killing_in_War_Responsibility_Liability_and_Lethal_Autonomous_Robots>.
- ROGERS, P. Unmanned Air Systems: the future of air & sea power? *Institut Français des Relations Internationales (IFRI) Focus Stratégique*, v. 49, 2014.
- ROSS, S. *The drone is the most feared and hated weapon in history*. 2013. Available at: <<http://beforeitsnews.com/eu/2013/05/the-drone-is-the-most-feared-and-hated-weapon-in-history-2520054.html>>.
- ROTHBART, D. et. al. *Civilians and modern war: armed conflict and the ideology of violence*. Routledge, 2012.
- RUBENFELD, S.; BENEDICT, S. *Human subjects research after the Holocaust*. Springer, 2014.
- RUIZ, J.; HUMMER, D. *Handbook of police administration*. CRC Press, 2007.
- SANDOZ, Y. et al. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. ICRC, Geneva, 1987.
- SASSÒLI, M. Autonomous weapons and international humanitarian law: Advantages, open technical questions and legal issues to be clarified. *International Law Studies Naval War College*, v. 324, n. 90, 2014.
- SASSOLI, M. Humanitarian law and international criminal law. In: CASSESE, A. (Ed.). *The Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SAXON, D. *International humanitarian law and the changing technology of war*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- SCHABAS, W. Hate speech in Rwanda: The road to genocide. *McGill Law Journal*, v. 144, 2000.
- SCHARRE, P. *Autonomy, 'killer robots and human control in the use of force: part II*, 2014. Available at: <<http://justsecurity.org/12712/autonomy-killer-robots-human-control-force-part-ii/>>.
- SCHMITT, C. *The concept of the political*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.
- SCHMITT, M. 'Humanitarian law and direct participation in hostilities by private contractors or civilian employees. *Chicago Journal of International Law*, v. 511, n. 379, 2005.
- SCHMITT, M. Autonomous weapon systems and international humanitarian law: a reply to the critics. *Harvard National Security Journal*, v. 33, 2013.
- SCHMITT, M. Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements. *NYU Journal of International Law and Policy*, v. 699, n. 42, 2010.
- SCHMITT, M. Deconstructing direct participation in hostilities: the constitutive elements. *NYU Journal of International Law and Policy*, v. 699, n. 42, 2010.
- SCHMITT, M. Precision attack and international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, v. 445, n. 87, 2005.
- SCHMITT, M. *Tallinn manual on the international law applicable to cyber warfare*. 2013.
- SCHMITT, M. The interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities: a critical analysis. *Harvard National Law and Security Journal*, v. 37, n. 1, 2010.
- SCHMITT, M. The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict. *International Institute of Humanitarian Law*, v. 12, 2006.
- SCHMITT, M.; THURNHER, J. S. Out of the loop: autonomous weapon systems and the law of armed conflict. *Harvard National Security Journal*, v. 258, 2013.
- SCHWARZENBERGER, G. *The legality of nuclear weapons*. Stevens, 1958.
- SEIBERT-FOHR, A. *Prosecuting serious human rights violations*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- SHACHTMAN, N. *Robot cannon kills 9, wounds 14*. 2007. Available at: <<http://www.wired.com/danger-room/2007/10/robot-cannon-ki/>>.
- SHAH, N. A. *Islamic law and the law of armed conflict: the conflict in Pakistan*. Taylor & Francis, 2011.
- SHAH, S. A. *International law and drone strikes in Pakistan*:

- the legal and socio-political aspects: Routledge, 2014.
- SHARKEY, N. Automated killers and the computing profession. *Computer*, v. 122, 40, 2007.
- SHARKEY, N. E.; SUCHMAN, L. Wishful mnemonics and autonomous killing machines. *Proceedings of the AISB*, n. 136, p. 14-22, 2013.
- SHARKEY, N. *Grounds for discrimination: autonomous robot weapons*. *RUSI Defence Systems*, p. 88-89, 2008. Available at: <<http://rusi.org/downloads/assets/23sharkey.pdf>>.
- SHARKEY, N. Killing made easy: From joysticks to politics. In: LIN, P. et. al. (Ed.). *Robot ethics: the ethical and social implications of robotics*: MIT Press, 2012.
- SHARKEY, N. *Presentation at the 2014 CCW Expert Meeting on Lethal Autonomous Weapon Systems audio*. Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/D11C3EF955B32937C1257CED0046204D/\\$file/1063.MP3](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/D11C3EF955B32937C1257CED0046204D/$file/1063.MP3)>.
- SHARKEY, N. The inevitability of autonomous robot warfare. *International Review of the Red Cross*, 2012.
- SHARKEY, N. Towards a principle for the human supervisory control of robot weapons. *Politica & Società*, n. 2, 2014.
- SHELTON, D. *Regional protection of human rights*. OUP USA, 2013.
- SHOHAM, S. G. *International handbook of penology and criminal justice*. CRC Press, 2007.
- SHOLES, E. Evolution of a UAV autonomy classification taxonomy' Remarks at the IEEE Aerospace Conference Digest. *Aviation and Missile Research, Development and Engineering Centre*.
- SIEGEL, L.; WORRALL, J. *Essentials of criminal justice*. Cengage Learning, 2014.
- SIMONS, P.; MACKLIN, A. *The governance gap: extractive industries, human rights, and the home state advantage*. Routledge, 2014.
- SINGER, P. W. *In the loop? armed robots and the future of war*, 2009. Available at: <<http://www.brookings.edu/research/articles/2009/01/28-robots-singer>>.
- SINGER, P. W. *The predator comes home: a primer on domestic drones, their huge business opportunities, and their deep political, moral, and legal challenges*, 2013. Available at: <<http://www.brookings.edu/research/papers/2013/03/08-drones-singer>>.
- SINGER, P. W. *Wired for war: the robotics revolution and conflict in the 21st century*. Penguin, 2009.
- SIVAKUMARAN, S. *The Law of non-international armed conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- SKLEROV, M. J. Solving the dilemma of state responses to cyber-attacks: a justification for the use of active defenses against states who neglect their duty to prevent. *Michigan International Law Review*, v. 14, n. 201, 2010.
- SLIM, J. Sharing a universal ethic: The principle of humanity in war. *International Journal of Human Rights*, v. 28, 1998.
- SMIDT, M. Yamahita, Medina, and beyond: Command responsibility in contemporary military operations. *Military Law Review*, v. 176, n. 164, 2000.
- SOLIS, G. D. *The law of armed conflict: international humanitarian law in war*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- SPARROW, R. Killer robots. *Journal of Applied Philosophy*, v. 73, n. 24, 2007.
- SPARROW, R. Robotic weapons and the future of war. In: WOLFENDALE, J.; TRIPODI, P. (Ed.). *New wars and new soldiers: military ethics in the contemporary world*. Ashgate Publishing, 2011.
- SPRINGER, P. J. *Military robots and drones*. ABC-CLIO, 2013.
- STARR-DEELEN, D. *Presidential policies on terrorism: from Ronald Reagan to Barack Obama*. Palgrave Macmillan, 2014.
- STATEMENT of the Croatia delegate to the CCW meeting of experts lethal autonomous weapon systems, 2014. Available at: <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2014/statements/16May_Croatia.pdf>.
- STATEMENT of the German delegate to the CCW meeting of experts lethal autonomous weapon systems, 2014. Available at: <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2014/statements/13May_Germany.pdf>.
- STATEMENT of the Norway delegate to the CCW meeting of experts lethal autonomous weapon systems, 2014. Available at: <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2014/statements/13May_Norway.pdf>.

- calwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2014/statements/13May_Norway.pdf>.
- STATEMENT of the Switzerland delegate to the CCW meeting of experts lethal autonomous weapon systems, 2014. Available at: <http://www.reachingcriticalwill.org/images/documents/Disarmament-fora/ccw/2014/statements/13May_Switzerland.pdf>.
- STEINHARDT, R. G. Weapons and the human rights responsibilities of multinational corporations. In: CASEY-MASLEN, S. (Ed.). *Weapons under international human rights law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- STRANGE, S. K.; ZUPKO, J. *Stoicism: traditions and transformation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- STRAWSER, J. *Killing by remote control: the ethics of an unmanned military*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- STRAWSER, J. *Opposing perspectives on the drone debate*. Palgrave Macmillan, 2014.
- SWART, B. Modes of international criminal liability. In: CASSESE, A. (Ed.). *Oxford companion to international criminal justice*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- TALMON, S. The various control tests in the law of state responsibility and the responsibility of outside powers for acts of secessionist. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 6, n. 58, 2009.
- TAMS, C. J.; SLOAN, J. *The development of international law by the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- TAN, A. *Responsibility and control in international law and beyond*. 2013. Available at: <http://www.thehagueinstituteforglobaljustice.org/index.php?page=News-News_ArticlesRecent_NewsResponsibility_and_Control_in_International_Law_and_Beyond&pid=138&id=108>.
- TAYLOR, G. *US intelligence warily watches for threats to US now that 87 nations possess drones*. Available at: <<http://www.washingtontimes.com/news/2013/nov/10/skys-the-limit-for-wide-wild-world-of-drones/?page=all>>.
- TEITEL, R. G. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- THÜRER, D. *International humanitarian law: theory, practice, contexto*. Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- THURMAN, Q. C.; JAMIESON, J. D. *Police problem solving*. Routledge, 2014.
- THURNHER, J. S. No one at the controls: legal implications of autonomous targeting. *Joint Force Q*, v. 80, n. 67, 2012.
- TICEHURST, R. The Martens Clause and the laws of armed conflict. *International Law Review of the Red Cross*, v. 126, n. 317, 1997.
- TODD, G. H. Armed attack in cyberspace: deterring asymmetric warfare with an asymmetric definition. *Air Force Law Review*, v. 65, n. 64, 2009.
- TOORN, D. *Direct participation in hostilities: a legal and practical road test of the International Committee of the Red Cross's guidance through Afghanistan*. *Australian international law journal*, v. 21, n. 17, 2010.
- TRINDADE, A. *The construction of a humanized international law: a collection of individual opinions 1991-2013*. Hotei Publishing, 2014.
- UN Human Rights Committee Comment Number 305/1988 UN Doc CCPR/C/39/D/305/1998, 15 August 1990.
- UN Human Rights Committee General Comment Number 6 HRI/GEN/1/Rev 6 1982.
- UN A/HRC/14/24/Add. 6 *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston.
- UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. 'Persons' referred in the definition of victims can be 'the immediate family or dependents of the direct victim or person who have suffered the harm.'
- UN General Assembly. *Resolution 1653 XVI*.
- UN Sub-Commission on Human Rights. *Resolution 1989/39*.
- UNITED NATIONS. *Good governance practices for the protection of human rights*. United Nations Publications, 2007.
- URUENA, R. Deciding what is humane: towards a critical reading of humanity as a normative standard in international law. In: BEERS, B. et. al. (Ed.). *Humanity across international law and biolaw*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- VEUTHEY, M. Public conscience in international humanitarian law today. In: HORST, F. et. al. (Ed.). *Krisen-*

- sicherung und humanitärer schutz: crisis management and humanitarian protection. Berliner Wissenschaftsverlag, 2004.
- VOGEL, R. J. Drone warfare and the law of armed conflict. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 122, n. 39, 2010.
- WAGNER, M. Taking humans out of the loop: implications for international humanitarian law. *Journal of Law Information and Science*, v. 5, n. 21, 2011.
- WAGNER, M. *The dehumanization of international humanitarian law: legal, ethical, and political implications of autonomous weapon systems*. 2012. Available at: <http://robots.law.miami.edu/wpcontent/uploads/2012/01/Wagner_Dehumanization_of_international_humanitarian_law.pdf>.
- WALDRON, J. *Dignity, rank, and rights*. Oxford University Press, 2012.
- WALDRON, J. The dignity of groups. *Acta Juridica*, v. 66, 2008.
- WALLACH, W. *A dangerous master: how to keep technology from slipping beyond our control*. Basic Books, 2015.
- WALLACH, W. From robots to techno sapiens: Ethics, law and public policy in the development of robotics and neurotechnologies. *Law, Innovation and Technology*, v. 194, n. 3, 2011.
- WALZER, M. *Just and unjust wars*. Basic Books, 1977.
- WATKIN, K. Controlling the use of force: a role of human rights norms in contemporary armed conflict. *The American Journal of International Law*, v. 98, p. 2-8, 2004.
- WATKIN, K. Humans in the cross-hairs: Targeting and assassination in contemporary armed conflict. In: WIPPMAN, D.; EVANGELISTA, M. (Ed.). *New wars, new laws? applying the laws of war in the 21st century conflicts*. Transnational Publishers, 2005.
- WATKIN, K. Opportunity lost: organized armed groups and the ICRC 'direct participation in hostilities' interpretive guidance. *Journal of International Law and Policy*, v. 692, n. 42, 2010.
- WATSON, S. *Riot control drone to shoot pepper spray bullets at protesters*. 2014. Available at: <<http://www.prisonplanet.com/riot-control-drone-to-shoot-pepper-spray-bullets-at-protesters.html>>.
- WEINBERG, L. *Global terrorismo*. The Rosen Publishing Group, 2009.
- WEINBERGER, S. *Charity battles imaginary killing machines*. 2008. Available at: <<http://www.wired.com/2008/03/charity-will-ba/>>.
- WEISSTUB, D. Honour, dignity and the framing of multiculturalists values. In: KRETZMER, D.; KLEIN, E. (Ed.). *The concept of human dignity in human rights discourse*. Kluwer Law International, 2002.
- WEISSTUB, D. N.; PINTOS, G. D. *Autonomy and human rights in health care: an international perspective*. Springer Science & Business Media, 2007.
- WELLS-GRECO, M. Operation Cast Lead: *jus in bello* proportionality. *Netherlands International Law Review*, v. 397, n. 57, 2010.
- WEMMERS, J. Victim reparation and the International Criminal Court. *International Review of Victimology*, v. 123, n. 16, 2009.
- WHITING, A. In International criminal prosecutions, justice delayed can be justice delivered. *Harvard International Law Journal*, v. 323, n. 50, 2009.
- WILLIAM, C. et al. Understanding 'the loop': regulating the next generation of war machines. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 1144, n. 36, 2013.
- WOLF, R. *In defence of anarchism*. University of California Press, 1970.
- WOOD, B. *Head of arms control and security trade*. International secretariat, amnesty international, statement to the 2014 CCW Meeting. 2014. Available at: <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/1E7C4FC2E94376D6C1257CD7006A8698/\\$file/NGOAmnesty_MX_LAWS_2014.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/%28httpAssets%29/1E7C4FC2E94376D6C1257CD7006A8698/$file/NGOAmnesty_MX_LAWS_2014.pdf)>.
- WOOLMAN, S. *Constitutional conversations*. PULP, 2008.
- ZASTROW, C.; KIRST-ASHMAN, K. *Understanding human behaviour and the social environment*. Cengage Learning, 2006.
- ZEGEVELD, L. 'Victims' reparations claims and International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, v. 79, n. 8, 2010.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia
Private international law and transnational law: between unification and anarchy

André De Carvalho Ramos

Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia

Private international law and transnational law: between unification and anarchy

André De Carvalho Ramos**

RESUMO

O presente artigo objetiva delinear as relações do Direito Transnacional com o Direito Internacional Privado contemporâneo, detectando dois modos de interação entre as respectivas normas, denominados neste artigo como abordagem de unificação e abordagem anárquica, que geram relações de cooperação e conflito. Para tanto, serão estudados dois feixes de normas transnacionais, a nova *lex mercatoria* e a *lex digitalis*, como exemplos de cada uma de tais abordagens, mostrando os limites e restrições estabelecidos pelo Direito Internacional Privado e seus valores contemporâneos. Conclui-se pugnando que a autonomia da vontade, elemento informador do Direito Transnacional, deve ser interpretada em conjunto com os demais direitos dos envolvidos nos fatos transfronteiriços, impondo condicionantes e respeito aos valores que o Direito Internacional Privado da atualidade alberga.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Direito Transnacional. Lex Mercatoria. Lex Digitalis. Autonomia da Vontade. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article outlines the relationship of Transnational Law and the contemporary Private International Law, recognizing two ways of this interaction that can generate cooperation or conflict, namely, the unifying approach and the anarchical approach. In this sense, in order to show the limits and restrictions that current state of Private International Law imposes to Transnational law, the emergence of two thematic transnational norms (*lex mercatoria* and *lex digitalis*) are examined. To conclude, the article focus on the interpretation of the freedom of choice, important element of Transnational Law, bearing in mind that it should be analyzed in light of the other rights involved in transnational facts and the values of contemporary Private International Law.

Keywords: Private International Law. Transnational Law. *Lex Mercatoria*. *Lex Digitalis*. Freedom of choice. Human Rights.

* Recebido em 28/07/2016
Aprovado em 27/08/2016

** Professor de Direito Internacional Privado e Direitos Humanos da Faculdade de Direito da USP. E-mail: carvalhoramos@usp.br.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Privado (DIPr) visa à gestão da diversidade normativa e jurisdicional regulatória dos fatos transnacionais, que são aqueles eventos sociais com vínculos (os elementos de estraneidade) com dois ou mais ordenamentos jurídicos.

Por sua vez, o termo “Direito Transnacional” é utilizado especialmente para designar a origem não etnocêntrica de determinado conjunto de normas ou decisões. Assim, o “direito transnacional” não seria nem nacional, nem internacional, mas fruto da ação concatenada de entes privados, com o apoio direto ou indireto dos Estados, sendo caracterizado (i) por ser composto por normas de origem não estatal, (ii) voltadas a eventos transfronteiriços, e (iii) por contar com a anuência dos Estados, quer por meio do reconhecimento da autonomia da vontade ou mesmo da execução de laudos arbitrais.¹

Os órgãos de produção dessas normas transnacionais podem ser privados, como a Câmara de Comércio Internacional, ou internacionais, como a UNIDROIT (Unificação do Direito Privado, que é uma organização internacional). Decisiva é a natureza da norma transnacional produzida, que não é doméstica (por exemplo, uma lei) ou internacional (um tratado), objetivando a regulação de fatos transfronteiriços².

A proliferação do Direito Transnacional consagra, assim, a existência de um verdadeiro pluralismo jurídico global, com normas oriundas dos Estados e, também, de agentes privados.³

As relações entre o Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional são próximas e intensas, pois, grosso modo, ambos regulam fatos sociais que escapam às fronteiras dos Estados. Por isso, o presente artigo

objetiva traçar as formas de influência do Direito Transnacional no Direito Internacional Privado contemporâneo e, simultaneamente, expor os limites e controles implementados pelo próprio DIPr diante do Direito Transnacional.

Demonstraremos a existência de dois modelos de relação entre o Direito Transnacional e o DIPr: (i) o “modelo da unificação”, pelo qual o Direito Transnacional pugna pelo tratamento homogêneo e hegemônico do fato transfronteiriço, buscando a unidade de tratamento; e (ii) o “modelo da anarquia”, pelo qual o Direito Transnacional estimula a fragmentação da regulação e o choque de decisões, buscando, justamente, a ausência de unidade de tratamento.

Apesar das distinções óbvias entre cada modelo, o seu substrato comum será analisado, *i.e.*, a afirmação de determinado grau de autonomia das normas transnacionais, que as imunizaria dos controles estatais em uma era de globalização. Por isso, veremos que a adoção de um dos dois modelos não elimina atritos e discussões sobre limites às normas transnacionais, gerando, também, debate sobre a autonomia ou subordinação do Direito Transnacional ao DIPr.

Como forma de demonstrar a prática desses dois modelos de relação entre o DIPr e o Direito Transnacional, abordaremos duas categorias de normas transnacionais que geram debate interpretativo nos tribunais brasileiros, a saber: (i) a nova *lex mercatoria* e os limites da autonomia da vontade; e, em seguida, (ii) a *lex digitalis*, com foco nos limites da jurisdição e da produção probatória em casos envolvendo a internet.

2. OS OBJETIVOS E VALORES DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: ACESSO À JUSTIÇA, IGUALDADE E TOLERÂNCIA

O objetivo do Direito Internacional Privado (DIPr) é gerir a forma pela qual a aplicação de lei estrangeira, escolha de jurisdição e cooperação jurídica internacional são realizadas pelos Estados diante dos fatos transfronteiriços ou transnacionais.⁴ Esse objetivo nunca foi de-

1 CALLIESS, Graf-Peter. The Making of Transnational Contract Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 469-484, p. 476. CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

2 COTTERREL, Roger. What is transnational law. *Law & Social Inquiry*, v. 37, Issue 2, p. 500-524, p. 501.

3 FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004. Ver também VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, jan./jun. 2009.

4 Para Strenger, o Direito Internacional Privado é um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflitos ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou in-

envolvido de modo neutro, sendo, sempre, orientado por valores dominantes pelos Estados que produziram normas (internas ou internacionais) sobre a disciplina.

Inicialmente, com a consolidação do DIPr no século XIX, os valores dominantes eram a previsibilidade e a segurança jurídica, típicos de uma fase na qual o capitalismo liberal consagrou a igualdade meramente formal entre os indivíduos. Assim, a escolha da lei e da jurisdição pouco consideravam o resultado atingido, salvo se houvesse violação de ordem pública ou outro fator impeditivo da aplicação da lei ou decisão estrangeiras⁵.

No século XX, o DIPr assumiu, também, outros valores, como: (i) o respeito à igualdade; (ii) o acesso à justiça; e (iii) a tolerância à diversidade. Esses valores foram introjetados no DIPr, também, pela ascensão da proteção internacional dos direitos humanos. De fato, seria incompatível com as normas imperativas de proteção de direitos humanos, a existência de um Direito Internacional Privado mecânico, que escolhesse uma lei ou aplicasse uma decisão judicial estrangeiras, sem qualquer análise do seu impacto sobre os direitos essenciais dos indivíduos.

O valor da igualdade impõe uma dimensão social do DIPr, exigindo a análise do impacto real da escolha da lei e da jurisdição especialmente sobre os vulneráveis, o que impede que o DIPr seja um vetor para tratamentos assimétricos e para o desrespeito à justiça material nos casos concretos.⁶

Por seu turno, o valor de acesso à justiça é indispensável para que o DIPr leve em consideração a importância da escolha da jurisdição e da cooperação jurídica internacional, dois segmentos tradicionais da disciplina. Por exemplo, o uso excessivo da cláusula de ordem pública, que impeça a cooperação jurídica internacional, pode representar denegação de justiça àquele que necessita da cooperação para a proteção de seus direitos.

O valor de tolerância à diversidade representa, tam-

bém, a essência do DIPr, uma vez que a possibilidade de uso de direito estrangeiro e implementação de decisões judiciais de outro Estado caracterizam a disciplina. Caso simplesmente o direito local repelisse o direito estrangeiro (xenofobia jurídica), não existiria o DIPr. O desafio do DIPr, então, é zelar pelo respeito à diversidade, aceitando aplicar, de modo direto ou indireto, o Direito estrangeiro, fundado no respeito aos direitos de todos os envolvidos.

Nesse contexto, entre os direitos dos envolvidos nos fatos tranfronteiriços, há o respeito à liberdade e à autonomia, que são os vetores fundadores do Direito Transnacional: afinal, com base na liberdade de agir, os entes privados estabeleceram regras de condutas e sistemas de solução de controvérsias para as condutas transnacionais.

Contudo, conforme visto, a liberdade e autonomia da vontade não estão sozinhas no cenário da proteção dos direitos e da dignidade humana, o que demanda o estudo das prevalências e compressões entre a liberdade de agir e os demais direitos protegidos de terceiros.

Por isso, estudaremos abaixo duas temáticas típicas de uso de fontes transnacionais calcadas na autonomia da vontade (a nova *lex mercatoria* e a *lex digitalis*), mostrando os limites de sua utilização na era do DIPr impregnado por valores e pelo vínculo à gramática dos direitos humanos.⁷

3. O DIREITO TRANSNACIONAL E OS DOIS MODOS DE INTERAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O termo “Direito Transnacional” admite diferentes concepções. Inicialmente, para Philip Jessup, ainda nos anos 50 do século passado, esse termo englobaria

terlocais. STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000. p.77.

5 RAMOS, André de Carvalho. Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, v. 1, p. 423-446, 2015.

6 Sobre a dimensão social do DIPr ver, BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois en droit international privé. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 239, p. 9-116, 1993; BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé: cours general. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 341, p. 9-526, 2009.

7 Sobre os direitos humanos e o vínculo do DIPr à proteção da pessoa humana, ver JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (Org.). *O novo Direito Internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 03-20. Ver também MARQUES, Cláudia Lima. Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market.” In: ARROYO, Diego P. Fernández; Marques, C. Lima (Org.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, 2011, p. 363-389.

o conjunto de normas (nacionais, internacionais e de outras fontes, especialmente de atores privados) que regula ações ou acontecimentos que transcendessem as fronteiras nacionais.⁸

Contudo, especialmente após a adoção de políticas públicas de desenvolvimento econômico intervencionistas e estatizantes em vários Estados na busca de alternativas à subordinação econômica, o termo passou a designar a produção de normas e, ainda, a criação de sistemas de solução de controvérsias de matriz *não estatal*, em geral de feição privada. Essa “natureza privada” do Direito Transnacional tinha como objetivo óbvio a busca de autonomia dos agentes econômicos privados diante de políticas (e regras) nacionais que lhes fossem desfavoráveis.

A dificuldade de obtenção dessa autonomia é notória, uma vez que o Direito Transnacional, no limite (por exemplo, na existência de controvérsia entre os agentes privados), deve ser respeitado e implementado pelo Direito estatal.⁹ Por isso, deve-se superar o debate entre a separação e a dependência, uma vez que os próprios gestores privados da produção do Direito Transnacional não desejam a sua segregação plena em relação ao Direito estatal, mas sim um espaço de maior respeito à autonomia dos agentes privados. Nessa segunda visão, o Direito Transnacional necessita da anuência do Estado (por leis nacionais ou tratados) para ter força vinculante e ainda deve respeito às restrições e limites eventualmente impostos, como veremos neste artigo.¹⁰

Assim, com o abandono da ideia de uma autonomia radical, o termo “Direito Transnacional” passou a englobar, também, os esforços de produção de normas não vinculantes no próprio plano internacional, fruto da ação de organizações internacionais, tais como “leis modelo”, “guias de conduta” e “princípios ou regras gerais”, que inspirariam os agentes privados e os próprios Estados.

8 JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2.

9 Como símbolo da crítica à autonomia dessas normas produzidas pelos agentes privados, ver SYMEONIDES, S. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the *lex mercatoria* that isn't. FESTSCHRIFT, Für K. Kerameus. Athens/Brussels: Sakkoulas-Bruylant Press, 2009. p. 1397-1423.

10 Expressando a visão moderada, pela qual o Direito Transnacional não deseja autonomia plena, ver CUNIBERTI, Giles. The merchant who would not be king: unreasoned fears about private lawmaking. In: WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. (Ed.). *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 141-155.

O novo Direito Transnacional não deseja, então, a ruptura com o Direito Estatal, mas somente a sua persuasão para a aceitar seus dispositivos e seus próprios mecanismos de solução de controvérsias. A lógica, portanto, não é mais vencer o Direito estatal, mas, sim, convencê-lo.

Nessa linha, é possível identificar dois modos de interação ou abordagens pelas quais o Direito Transnacional busca reger os fatos transfronteiriços e, com isso, interagir com o Direito Internacional Privado.

A primeira abordagem é a “abordagem da unificação”, pela qual o Direito Transnacional assume a tarefa de uniformizar o tratamento das condutas transfronteiriças, gerando segurança jurídica aos envolvidos. O grande exemplo dessa abordagem é a chamada *nova lex mercatoria*, pela qual as regras e decisões dos órgãos criados pelos agentes privados incidem diretamente sobre os fatos transnacionais, em nome da autonomia da vontade.

A abordagem de unificação é bem recepcionada pelo Direito Internacional Privado, pois cumpre uma de suas missões, qual seja a de assegurar a liberdade e a segurança jurídica aos envolvidos nos fatos transfronteiriços. Desse modo, percebe-se uma relação de cooperação entre o DIPr e o Direito Transnacional, que se reflete, inclusive, na atividade de organizações internacionais voltadas à produção de normas internacionais de Direito Internacional Privado, que adotam tratados internacionais valorizando a autonomia da vontade e a arbitragem comercial internacional.

A cooperação entre as disciplinas gerou avanços para o DIPr. O Direito Transnacional acelerou a *subs-tancialização* do Direito Internacional Privado, fenômeno que consiste na existência de regras materiais que regem diretamente os fatos transnacionais, em contraposição aos métodos indiretos tradicionais, de mera remissão à lei de regência. Além disso, o Direito Transnacional estimulou a *processualização* do DIPr, sendo parte importante de sua contribuição a existência de meios não estatais de solução de controvérsia, como a arbitragem, que exigem, após, o *enforcement*.

Ainda, a abordagem de unificação incrementou o processo de uso ampliado da *autonomia da vontade* como fator de regulação e decisão de conflitos, levando-a a temas não contratuais ou comerciais.¹¹ Nadia de Araujo,

11 Sobre a ampliação do uso da autonomia da vontade, ver PI-

por exemplo, aponta a importância do uso da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado das Famílias por meio dos acordos privados, salientando a interpretação que reconheça a autonomia dos pais para firmar tais entendimentos no âmbito do Direito de Família transnacional.¹²

Contudo, essa relação de cooperação não elimina atritos e imposição de limites: o Direito Internacional Privado alberga outros valores, que vão além da liberdade de agir e que devem ser ponderados no regramento dos fatos transfronteiriços, tais como a igualdade material, o acesso à justiça e o devido processo legal.

Por outro lado, a segunda abordagem (ou modo de interação) possível da relação entre Direito Transnacional e Direito Internacional Privado é a anarquia¹³. Nessa abordagem, o Direito Transnacional, inicialmente, pugna pela aplicação dos instrumentos tradicionais do Direito Internacional Privado, como o uso das regras de conexão para a escolha da lei, ou ainda das regras de fixação da jurisdição e cooperação jurídica internacional. Porém, esse uso não é feito com o intuito de preservar dos valores do DIPr, mas, ao contrário, visa contornar sua incidência, gerando um neoterritorialismo no trato de fatos transnacionais, com o uso das fronteiras políticas dos Estados para impulsionar a autonomia dos agentes econômicos privados e rechaçar qualquer forma de regulação.

O exemplo mais evidente do Direito Transnacional anárquico é retratado no campo da ordenação jurídica da internet, cujo ambiente virtual é cenário óbvio de fatos transfronteiriços. Em vez de unificação, os agentes econômicos privados mais ativos nesse espaço buscam apoiar-se em criações voluntárias de elementos de conexão ou fixação de jurisdição justamente para escapar à regulação nacional.

Na abordagem anárquica, os agentes econômicos privados almejam autonomia *sem* que sejam criadas regras próprias de regulação, utilizando-se, ao seu favor, dos institutos tradicionais do DIPr. Como o ambiente virtual é flexível ao extremo, basta a manipulação dos elementos de conexão ou de fixação de jurisdição (por exemplo, decidindo armazenar os dados coletados em um Estado em outro, de acordo com a proteção dos interesses das corporações empresariais da internet) para que suas atividades escapem à qualquer política de imposição de valores do DIPr.

A abordagem anárquica gera, portanto, uma relação de conflito do Direito Transnacional com o Direito Internacional Privado, que reage à manipulação de seus institutos, impondo limites e restrições a partir dos valores aqui já expostos, especialmente o do acesso à justiça. Nessa linha, o Direito Transnacional anárquico, ao estimular uma interpretação mecânica e falsamente neutra da escolha da lei, da determinação de jurisdição e da cooperação jurídica internacional acaba por reforçar, como reação, a consagração da gramática dos direitos como instrumento de interpretação dos institutos do Direito Internacional Privado.

Essas relações de cooperação e conflito entre o Direito Internacional Privado e o Direito Transnacional demonstram a complexidade do regramento dos fatos transfronteiriços, que conta com regras domésticas, internacionais estrito senso e, ainda, transnacionais, o que exige do intérprete a busca do “diálogo das fontes”, de modo a compreender as hipóteses de harmonia e dissenso.

Para Marques, o “diálogo das fontes” (expressão cunhada por Erik Jayme¹⁴) consiste na aplicação simultânea, coerente e coordenada de fontes normativas plúrimas, que possuem campos convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais.¹⁵ Por isso, o diálogo das fontes nacionais e internacionais (mesmo *soft law*) faz nascer o novo direito.¹⁶ Na construção, então, do novo

CONE, Paolo. Les Méthodes de Coordination entre Ordres juridiques en Droit international privé - Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 276, p. 9-288, 1999. p. 183.

12 ARAUJO, Nadia; VARGAS, Daniela. T. O Reconhecimento e Execução de Acordos Privados em Disputas Familiares Internacionais em Debate na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, v. 2, p. 108-121, 2014.

13 Usando o termo de Pollicino e Bassini, que o utilizam para debater a regulação na internet. POLLICINO, Orestes; BASSINI, Marco. *Internet Law in the Era of Transnational Law*. 2011. p. 1 - 31, especial p. 1. Disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16835/RSCAS_2011_24rev.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 jul. 2016.

14 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 251, p. 9-267, 1995. p. 259.

15 MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 19-20.

16 MARQUES, Cláudia Lima. Laudatio para Erik Jayme – memórias e utopia. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik*

Direito Internacional Privado da era contemporânea, as duas abordagens do Direito Transnacional (unificação e anarquia) devem ser levadas em consideração para que os fatos transnacionais possam ser regulados à luz dos direitos de todos os envolvidos, mesmo que isso acabe acarretando na imposição de limites e restrições.

Veremos, abaixo, dois exemplos dessas abordagens de unificação e de anarquia (a nova *lex mercatória* e a *lex digitalis*), com os respectivos limites e restrições impostos pelo Direito Internacional Privado contemporâneo.

4. A NOVA LEX MERCATORIA E A AUTONOMIA DA VONTADE

4.1. A ascensão da nova *lex mercatória*

A nova *lex mercatoria* consiste no conjunto de regras e instâncias de solução de controvérsias produzidas e geridas, em geral, por entes privados. Originalmente, a *lex mercatoria* consistia em normas e estruturas de regulação de contratos e temas de circulação de mercadorias, criadas por comerciantes marítimos e terrestres na Baixa Idade Média e parte da Idade Moderna europeia.¹⁷ Em um momento de busca de segurança jurídica e ausência de um poder estatal centralizado, a *lex mercatoria* medieval era formada pelos estatutos das corporações, costumes mercantis e decisões das jurisdições mercantis.¹⁸

Já na segunda metade do século XX, a doutrina adota o conceito de nova *lex mercatoria* para simbolizar a importância da prática dos negócios internacionais e da jurisprudência arbitral comercial para reger os negócios internacionais, justamente em um momento de crescente antagonismo entre Estados intervencionistas e capital estrangeiro (com nacionalizações de bens e busca de exploração estatal dos recursos naturais desses países).

Em 1964, Goldman publicou artigo denominado “Fronteira do direito e Lex Mercatoria”, no qual apontou a existência de normas produzidas por entes privados com vocação global apta a regular contratos internacionais, bem como a função de solução de conflitos entre agentes econômicos dos tribunais arbitrais privados, reforçando a força vinculante das normas previstas nesses contratos internacionais, desvinculadas de qualquer Direito estatal.¹⁹ Buscavam os agentes privados um ambiente negocial imune aos controles estatais, com regras e órgãos próprios de solução de controvérsias.

A nova *lex mercatoria* retoma o desejo de afastar o Estado (e suas políticas públicas de intervenção) das relações privadas, privilegiando os atores econômicos que podem influenciar tanto a edição das regras quanto das decisões arbitrais.²⁰

Esse direito uniforme desvinculado do Estado incide, especialmente, nos fatos com elementos de transnacionalidade, o que traz a nova *lex mercatoria* para a órbita do objeto do DIPr (gestão normativa e jurisdicional do fato transnacional). O método da nova *lex mercatoria* é próprio e consiste na prevalência das normas adotadas ou indicadas pelas partes nos contratos internacionais e na autoridade dos precedentes adotados por tribunais arbitrais internacionais. Com isso, os agentes econômicos privados evitam a incidência de lei nacional ou ainda da jurisdição estatal, que podem desfavorecê-los.

O cenário de globalização do final do século XX também favoreceu o protagonismo dos mercados, que buscaram regulamentação uniforme dos fluxos comerciais internacionais, com foco nos contratos de vendas internacionais, operações de crédito e transporte internacional.²¹ Após a onda neoliberal do final do século XX e início do século XXI, a nova *lex mercatoria* ganhou impulso, também, por fornecer segurança jurídica na regência de fatos transnacionais complexos, que, por envolverem diversos potenciais ordenamentos jurídicos, poderiam levar a intrincados (e demorados) debates de DIPr para que fosse definida a lei aplicável e

Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 22.

17 COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova *lex mercatoria* e a estabilização de relações comerciais internacionais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 6, p. 4783-4810, 2013. p. 4786.

18 STRENGER, Irineu. La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, v. 227, n. 2, p. 207-355, 1991. Ver também HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

19 GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. 1964. p. 171.

20 ARNAUD, André-Jean; ALMEIDA, José Gabriel Assis de; CAROCCIA, Francesca. “Lex Mercatoria” In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. (Org.). *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 290.

21 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012. p. 109.

acertada a jurisdição para a solução do litígio.

As fontes produtoras da nova *lex mercatoria* são plúreas, a saber: (i) a padronização de contratos internacionais e condições gerais de contratação, realizada por órgãos privados, como a Câmara Internacional de Comércio, situada em Paris (CCI); (ii) as regras e códigos de orientação (*guidelines*) editadas por associações profissionais; (iii) os princípios do comércio internacional, editados, por exemplo, pela UNIDROIT - Unificação do Direito Privado; e ainda, (iv) os precedentes arbitrais, que podem servir de orientação para a interpretação futura dessas regras e usos comerciais internacionais.²²

No Brasil, a Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/97, alterada pela Lei n. 13.129/2015) prevê, expressamente, que poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.²³ Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos (i) princípios gerais de direito, (ii) nos usos e costumes e (iii) nas regras internacionais de comércio (art. 2º, §§ 1º e 2º). Assim, a nova *lex mercatoria* pode ser utilizada, desde que não viole a ordem pública.

No mesmo sentido, a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (1994, ainda não ratificada pelo Brasil) dispõe, em seu artigo 10, que as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, podem incidir regeer os contratos internacionais com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto.

Em 2013, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que é conhecida como CISG (Convention on Contracts for the International Sale of Goods), elaborada em 1980 no seio da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law) e em vigor desde 1988. A autono-

mia da vontade foi expressamente prevista no artigo 6º da CISG, o qual prevê que as partes em um contrato podem excluir a aplicação da Convenção, derogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos. Quanto à interpretação, o art. 7º exige que se leve em conta o seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. As questões referentes às matérias reguladas pela CISG que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

Vê-se que a nova *lex mercatoria* consagra a autonomia da vontade no Direito Internacional Privado, valorizando o poder que as partes de um negócio jurídico têm de regular o conteúdo das relações nele inseridas. Para Luigi Ferri, essa autonomia privada consiste no poder, atribuído pelo ordenamento, de criação de normas jurídicas pelos próprios particulares²⁴. Assim, a autonomia da vontade é a autorregulamentação dos interesses particulares, mas só é legítima se realizada de acordo com os requisitos e condições exigidas pelo Direito. Assim, o poder privado não é absoluto, sendo limitado pelas normas jurídicas postas²⁵.

No caso dos fatos transnacionais, a autonomia da vontade deriva das normas do DIPr, sendo, então, um poder derivado (e assim, limitado) das normas nacionais ou internacionais da disciplina. Os limites da autonomia da vontade no campo das obrigações no DIPr envolvem o debate sobre a liberdade e igualdade formais das partes em contraponto à intervenção do Estado para combater as assimetrias reais de poder entre os agentes privados.

Além da permissão, pelo Estado - mediante lei ou tratado - do uso da autonomia da vontade, há, ainda, um segundo obstáculo, qual seja, o uso da gramática de direitos, que pode servir para comprimir a liberdade em favor de outros direitos, como o devido processo legal, igualdade etc.

A adoção ou não da *lex voluntatis* em determinado caso implica a tomada de posição — pelo DIPr, à luz dos valores nele defendidos - sobre esses dois pontos em debate.

22 MAGALHÃES, José Carlos; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. Fontes do direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 63-64.

23 Sobre a Lei de Arbitragem brasileira, conferir CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo: Ltr, 1997.

24 FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 259.

25 BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

4.2. Os limites: a autonomia da vontade e os demais direitos envolvidos em um fato transnacional

Um dos limites ao uso da *lex mercatoria* e sua robusta autonomia da vontade em contratos internacionais tem fundamento legal no Brasil. O artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dispõe que “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Para parte expressiva da doutrina brasileira, tal dispositivo é norma imperativa, uma vez que a determinação da lei aplicável é matéria que contém opção de Estado impossível de ser derogada pela vontade dos particulares. Seria, então, norma de ordem pública interna, que não pode ser afastada pela vontade das partes.²⁶

Dolinger, em estudo sobre essa posição doutrinária brasileira, critica-a, adotando a visão de Valladão, para quem a reforma de 1942 da então denominada Lei de Introdução ao Código Civil — LICC (eliminando-se a expressão “*salvo estipulação em contrário*”) não impediria o respeito à autonomia da vontade na escolha da lei para reger um contrato. Para Dolinger, “o artigo 9º da LICC [hoje LINDB] não impõe qualquer óbice à escolha de outra lei que a *lex contractus*”.²⁷ Digno de nota é o repúdio de Dolinger à eventual utilização do conceito de ordem pública como óbice à escolha da lei pelas partes, uma vez que cercear a autonomia da vontade das partes com fundamento na ordem pública seria antecipar um problema, que só existirá - eventualmente - no momento da execução do contrato, onde a ordem pública de um país pode impedir que uma lei de outro país (escolhida livremente pelas partes) possa ser aplicada por ser incompatível com o sistema jurídico da jurisdição.²⁸

26 Nessa linha, posicionam-se, entre outros: RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 63. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 53. BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr, 1994. p. 48.

27 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte especial: contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 458.

28 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Especial: Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 466-467.

De modo incisivo, posiciona-se Nadia de Araújo sustentando que “*a tendência mundial do princípio da autonomia da vontade não encontrou eco na nossa legislação. É preciso modificar a LICC [hoje LINDB] para adotá-la*”.²⁹ Atualmente, há em trâmite projeto de lei que altera o art. 9º, no bojo da atualização do Código de Defesa do Consumidor (Projeto nº 3.514/2015)³⁰, dispondo que “art. 9º - A. O contrato internacional entre profissionais, empresários e comerciantes reger-se-á pela lei escolhida pelas partes, devendo esta escolha referir-se à totalidade do contrato e ser efetuada mediante acordo expresso entre as partes”.

Para Nadia de Araújo, esse projeto de lei incorpora uma série de regras de *soft law* da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, os *Princípios sobre a lei aplicável aos contratos internacionais da Conferência da Haia* (“Princípios da Haia”)³¹, o que demonstra a influência do Direito Transnacional para persuadir os legisladores a transpor os limites impostos pelo Direito interno.

Contudo, mesmo que haja autorização legal clara a favor da autonomia da vontade, há outro limite ao seu uso que vem a ser a existência de outros direitos essenciais que podem vir a ser violados.

Inicialmente, a autonomia da vontade relaciona-se com a proteção de direitos humanos, uma vez que é reflexo do respeito ao livre-arbítrio e à tomada de decisão do indivíduo sobre a condução de sua vida. Esse respeito à autonomia individual vincula-se à dignidade humana, bem como com a liberdade, igualdade e privacidade.³² Em uma sociedade de indivíduos livres e iguais, não cabe ao Estado ferir a autonomia da condução da vida privada de um indivíduo.

Entretanto, há limites à autonomia individual, que se relacionam com o dever de proteção do Estado (dimensão objetiva dos direitos humanos) mesmo contra

29 Grifo nosso, não constante do original. ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 388.

30 Ver o teor do projeto aprovado no Senado Federal e o trâmite atual na Câmara dos Deputados em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

31 ARAUJO, Nadia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho. *Questões controvertidas de Direito Internacional Privado*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 307.

32 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 11.

a vontade do titular, o que implica reconhecer à indisponibilidade como parte do regime jurídico dos direitos humanos.³³

Inicialmente, a doutrina e a jurisprudência no Direito Internacional Privado inseriam os casos de limitação da liberdade do titular de um direito na cláusula geral de “violação da ordem pública”, da “moral” e “bons costumes”. Dolinger e Tiburcio definem ordem pública como sendo “o reflexo da filosofia sociopolítica-jurídica de toda a legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído”³⁴.

Dolinger apresenta a “ordem pública” como um “anjo da guarda do sistema jurídico de determinada sociedade. Sua aplicação varia de acordo com os graus de intensidade em que os princípios fundamentais do sistema venham a ser feridos”.³⁵ Para Valladão, a ordem pública contempla os princípios essenciais da ordem jurídica do foro, fundados nos conceitos de justiça, de moral, de religião, de economia e mesmo de política, que ali orientam a respectiva legislação.³⁶

Ora, a essencialidade dos direitos humanos habilita-os a serem considerados parte integrante dos valores protegidos pela ordem pública do DIPr no Brasil. Conforme Abade, a proteção de direitos humanos está entre os valores essenciais defendidos pelo Estado do foro ao invocar a cláusula de ordem pública.³⁷ Nesse sentido, há uma impregnação jusfundamentalista do conceito de ordem pública. Nessa linha, os novos artigos 216-F e 216-P do Regimento Interno do STJ estabelecem que não será concedido *exequatur* à carta rogatória ou não será homologada sentença estrangeira que ofender (i) a soberania nacional, (ii) a dignidade da pessoa humana

“e/ou” (iii) a ordem pública, o que reforça a importância da proteção de direitos humanos na cooperação jurídica internacional (parte integrante do DIPr).

Resta, então, uma espada de Dâmocles sobre a autonomia da vontade, porque qualquer interessado pode posteriormente alegar a indisponibilidade dos direitos humanos e defender a ofensa à ordem pública para impedir a aplicação direta ou indireta da nova *lex mercatoria*.

Como exemplo, cite-se o caso da “sentença arbitral estrangeira sem fundamentação”. Há debates no Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a (im)possibilidade de homologação desse tipo de sentença arbitral, por ofensa ao devido processo legal incrustado na ampla definição de ordem pública, mesmo se fosse de conhecimento prévio do impugnante o modo de proceder da Corte arbitral³⁸. Nesse tema, o STJ tem precedentes nos quais aceita a homologação caso haja “fundamentação concisa” inserida na sentença arbitral estrangeira³⁹. Já na Sentença Estrangeira Contestada nº 5.692, o STJ apontou que “[...] a motivação adotada pela sentença arbitral e seus aspectos formais seguem os padrões do país em que foi proferida, não podendo sua concisão servir de pretexto para inibir a homologação do *decisum*.”⁴⁰ Este último precedente insinua o respeito às leis do local da realização do ato, no caso as leis estrangeiras.

Assim, cabe enfrentar a seguinte indagação no tocante ao uso da gramática dos direitos humanos para comprimir a autonomia da vontade: qual deve ser o parâmetro de interpretação do conteúdo desses direitos? Há três respostas possíveis: (i) o parâmetro ou modelo da *lex fori*; (ii) o da *lex causae*; e o (iii) universalista ou da interpretação internacionalista.

O parâmetro da *lex fori* consiste em aferir o conteúdo e a delimitação dos direitos envolvidos de acordo com a visão de direitos humanos do Estado do foro. Essa opção é a mais acessível ao intérprete e tem ainda a seu favor o

33 Sobre a indisponibilidade dos direitos humanos, ver RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 234.

34 Continuam os autores afirmando que “a ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada época. Aquilo que for considerado chocante a esta média será rejeitado pela doutrina e repellido pelos tribunais. [...] Daí ter sido a ordem pública comparada à moral, aos bons costumes, ao direito natural e até à religião” DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*: parte geral. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 442.

35 DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979. p. 41

36 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1977. p. 496.

37 ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.104.

38 Na doutrina, conferir o estudo de PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 169, p. 203-232, jan./mar. 2006. Ver, ainda, o parecer de Nadia de Araujo a respeito do tema. ARAUJO, Nadia de. Parecer. Questões sobre a Motivação de Laudo Arbitral Estrangeiro e Sua Homologação no Brasil: SE 5692/US. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 21, n. 45, p. 18-56, 2015.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, SEC nº760/EUA, Rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, Data do Julgamento: 19/06/2006; Data da Publicação/Fonte: DJ 28/08/2006.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, SEC nº 5.692/EUA, Relator Min. Ari Pagendler, Corte Especial, Data do Julgamento: 20/08/2014; Data da Publicação/Fonte: DJe 01/09/2014.

seu uso tradicional quanto ao conteúdo da cláusula de “ordem pública”. Porém, há o evidente risco de xenofobia e chauvinismo jurídico, que pode ameaçar a tolerância e a diversidade que o DIPr almeja, levando a um esdrúxulo “Direito Internacional Privado narcísico”.

O parâmetro da *lex causae* consiste na aceitação da formatação da dignidade humana e dos consequentes direitos humanos de acordo com a concepção do Estado estrangeiro do qual o direito ou a sentença estrangeira emanam. Há, de um lado, grande confiança no ordenamento estrangeiro, que pode advir da existência consolidada do regime democrático maduro naquele Estado. Contudo, mesmo Estados democráticos podem desrespeitar direitos ou podem passar por momentos de histeria e pânico. Essa “cegueira deliberada” do Estado do foro pode prejudicar, em um caso concreto, determinado direito (por exemplo, o devido processo legal) em nome do respeito à autonomia da vontade, tal qual delineada no Estado estrangeiro.

Por fim, há o parâmetro *universalista* ou da interpretação internacionalista, que busca medir a ponderação e o conteúdo de direitos protegidos de acordo com parâmetros internacionais, aferidos de precedentes de órgãos internacionais de direitos humanos. Esse parâmetro é o que mais se aproxima da essência de tolerância e diversidade do Direito Internacional Privado, atendendo simultaneamente ao próprio desenho contemporâneo da proteção de direitos humanos, que não é mais localista e, sim, internacional.⁴¹

Com o uso da gramática universalista dos direitos humanos, há conciliação entre a autonomia da vontade (que é ancorada, também, na liberdade) e os demais direitos envolvidos na aplicação do DIPr.

5. A LEX DIGITALIS, A PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO DO ESTADO

5.1. Aspectos gerais da regulação da internet

A internet representa um ambiente global de inserção, manutenção e transmissão instantânea de informa-

ções, sendo palco para a realização de transações comerciais e não comerciais que não está limitado pelos Estados, oferecendo oportunidades para que as pessoas, independentemente de fronteiras políticas e barreiras das mais diversas origens, tenham acesso a bens e serviços, bem como à transmissão de ideias e representações sobre os mais variados temas.

O caráter mundial da internet acabou por revolucionar o mercado de consumo, que se tornou global. Atualmente, com *apenas um click*, é possível adquirir um produto fabricado do outro lado do mundo. Ao permitir interações instantâneas e ilimitadas ao redor do globo, a rede de computadores revolucionou a temática das marcas registradas, demandando a organização dos domínios da internet, de modo a criar identificações individuais e únicas, ao mesmo tempo que universais⁴².

Algumas das marcantes características do contexto globalizado contemporâneo, nomeadamente, a fluidez das fronteiras estatais e a hipermobilidade da sociedade são evidenciadas na rede mundial de computadores, cuja regulação representa óbvio desafio aos Estados isoladamente considerados ou mesmo ao próprio Direito Internacional, dada a diversidade de interesses entre os Estados que a utilizam e gerem.

Diferentemente do que ocorreu na temática do comércio internacional (a nova *lex mercatoria*), o Direito Transnacional na internet adotou aquilo que Pollicino e Bassini denominam de abordagem anárquica (*anarchic approach*)⁴³, composta por dois elementos: (i) existência de normas esparsas de regulação criadas por ente privado, que abordam pequena parcela dos temas possíveis de serem regrados; (ii) confiança na liberdade de atuação gerada pelo vácuo oriundo da insolúvel disputa entre jurisdições e regras domésticas, o que redundaria em ausência de regulação nacional. Assim, para a grande maioria dos temas, os agentes privados contam com a ineficácia da regulação estatal no ambiente da internet, o que imunizaria suas atividades da intervenção do Estado e de suas políticas públicas.

42 BERMAN, Paul Schiff. Choice of Law and Jurisdiction on the Internet. Towards a cosmopolitan vision of conflict of laws: redefining governmental interests in a global era. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, p. 1819-1882, 2005. p. 1823-1824.

43 POLLICINO, Orestes; BASSINI, Marco. *Internet Law in the Era of Transnational Law*. 2011. p. 1 - 31, especial p. 1. Disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16835/RSCAS_2011_24rev.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 jul. 2016.

41 Sobre esses três parâmetros (ou modelos), ver RAMOS, André de Carvalho. Dignidade humana como obstáculo à homologação de sentença estrangeira. *Revista de Processo*, v. 249, p. 31-55, 2015.

O primeiro elemento dessa abordagem anárquica consiste na atuação da Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers - ICANN), que foi criada nos Estados Unidos (berço tecnológico da internet), sendo entidade regulatória privada, com o poder de organizar e gerir os nomes e domínios da internet.

Apesar de ter sido criada com personalidade jurídica de entidade sem fins lucrativos de acordo com as leis do estado da Califórnia, a ICANN objetiva o estabelecimento de regras para o uso da internet não somente para os americanos, mas, dada a necessidade de uniformização nos domínios *online*, pretensamente para toda a comunidade global. Nesse sentido, a ICANN apresenta-se como órgão mundial responsável pela “*manutenção da estabilidade operacional da Internet, à promoção da concorrência, a obter uma ampla representação das comunidades globais congregadas na Internet*”⁴⁴.

A ICANN realiza a gestão dos principais elementos que garantem o funcionamento da internet, sendo responsável por estabelecer regras para coordenar as atribuições de protocolo e recursos de números (sistemas de endereçamento, mais conhecidos como endereços IP), além do gerenciamento de zonas raiz (atribuição de domínio, como “com” e “gov”; e os códigos de países, como “.br” e “.uk”). Tal órgão determina os identificadores únicos, ou seja, controla os elementos técnicos que dão segurança e estabilidade para que um usuário encontre um endereço desejado na internet⁴⁵.

Ainda, a ICANN possui uma política de solução de disputas no âmbito dos domínios (UDPR – sigla em inglês), nos casos de pedidos de cancelamento de registro, indenizações e banimento por uso de domínio violando marcas registradas (também conhecido, em inglês, como *cybersquatting*)⁴⁶. Em face disso, fica evidente que as regras e decisões da ICANN têm implicações em diversas áreas, tais como, comércio eletrônico, proprieda-

de intelectual, privacidade, proibição de conteúdo ilícito e prevenção de delitos⁴⁷.

Diante do poder regulamentar da ICANN sobre os domínios na internet, o qual se coloca, inclusive, acima dos Estados, surgiu a discussão sobre a existência de um direito transnacional da internet, ou seja, uma ordem legal autônoma, que normatiza as relações jurídicas entre atores privados e públicos, que transcendem as fronteiras. É a chamada *lex digitalis*⁴⁸.

O caso *GlobalSantaFe* exemplifica a complexidade na relação entre a *lex digitalis* e as leis internas dos Estados. No início dos anos 2000, as empresas Global Marine Inc. e Santa Fe International Corp. fundiram-se na GlobalSantaFe Corp. e, conseqüentemente, pleitearam, perante a VeriSign (uma das entidades de registro autorizadas pela ICANN nos Estados Unidos), a utilização do domínio GlobalSantaFe.com para representar a empresa na internet. Porém, tão logo foi anunciada a fusão, o cidadão sul-coreano Jongsun Park registrou o referido domínio na Hangang (também entidade de registro autorizada pela ICANN, na Coreia do Sul)⁴⁹.

A colisão de direitos e o conflito entre as ordens jurídicas é evidente. A empresa recorreu ao *anticybersquatting consumer protection act* americano perante tribunal do distrito de Virgínia, o qual decidiu pela transferência do domínio à empresa. Park, por sua vez, foi à corte distrital de Seul e conseguiu ordem impedindo a transferência do referido domínio. A empresa, então, retornou à corte americana, a qual, dada a indisponibilidade da Hangang em descumprir a decisão coreana, determinou o cancelamento do referido domínio.

O segundo elemento do conteúdo da *lex digitalis* e caracterizador da abordagem anárquica da matéria consiste na existência de pluralidade de jurisdições e de leis

44 ICANN. *The global Internet community working together to promote the stability and integrity of the Internet*. Disponível em: <<http://archive.icann.org/tr/english.html>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

45 Para mais informações sobre a ICANN, ver <https://www.icann.org/pt/system/files/files/iana-functions-18dec15-pt.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

46 TUORI, Kaarlo. The Law's Farewell to the Nation State?. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 19, p. 295-327, 2008. Especificamente sobre a solução de disputas na internet e seus métodos alternativos, ver PERRITT JUNIOR, Henry H. Dispute Resolution in cyberspace: Demand for new forms of ADR. *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, v. 15, p. 675-703, 2000.

47 No caso brasileiro, destaque para o Grupo de Combate aos crimes cibernéticos do Ministério Público Federal, que tem atuado no combate aos crimes de racismo e de divulgação de pornografia infantil realizados na internet, bem como na tutela dos interesses difusos e coletivos relacionados ao ambiente online. Mais informações disponíveis no site: <http://www.mpf.mp.br/atuaocometematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/combate-crimes-cirberneticos>. Acesso em: 14 jul. 2016.

48 Sobre a relação entre a ICANN e o direito transnacional, ver também, NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009. p. 206-213.

49 Para mais detalhes do caso GlobalSantaFe.com, ver BERMAN, Paul Schiff. Choice of Law and Jurisdiction on the Internet. Towards a cosmopolitan vision of conflict of laws: redefining governmental interests in a global era. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, p. 1819-1882, 2005. p. 1823-1829.

de regência sobre a matéria.

A característica de acessibilidade global da internet gera debates sobre qual é a jurisdição nacional apta a conhecer de litígios, bem como estimula discussões sobre as diferentes leis nacionais de regência e, ainda, suscita dúvidas sobre se um Estado deve cumprir ordem estrangeira de controle da internet em seu território (por exemplo, suspensão de um site, cujo funcionamento é ilícito no Estado requerente). Nessa hipótese, os agentes privados utilizam sua autonomia para efetuar o *forum shopping*, buscando o Estado mais protetivo (para armazenar dados, localizar seus provedores, hospedar seus sítios etc.) aproveitando-se da irradiação mundial do espaço virtual.

Dentre as proposições possíveis para a coexistência entre essas normas de múltiplos níveis, Teubner sugere que a *lex digitalis* adquira um caráter similar ao da *substantive law approach* de Direito Internacional Privado, mesclando elementos das ordens jurídicas envolvidas⁵⁰.

Até que isso ocorra, há conflitos entre as ordens jurídicas, impondo o DIPr limites ao Direito Transnacional de regulação autônoma da *internet*. Esses conflitos, em geral, correspondem a choques de direitos, como se viu no caso GlobalSantafe (direitos de propriedade colidentes) e se vê, atualmente, nos diversos litígios envolvendo condutas realizadas pela internet, focando tanto a (ausência) de jurisdição do Estado quanto aos limites territoriais dos poderes judiciais (fixada a jurisdição).

5.2. Internet, jurisdição e a obtenção de dados armazenados no exterior na era dos direitos humanos

Os agentes privados aproveitaram-se da (i) ausência de regulação internacional da internet e ainda da (ii) irradiação mundial do espaço virtual para afastar controles estatais desfavoráveis às estratégias corporativas de crescimento e otimização de lucros. Essa abordagem anárquica gerou reações dos Estados, com a imposição de limites no caso de ofensa a direitos albergados pelo DIPr.

50 TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. Two kinds of legal pluralism: collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society. In: YOUNG, Margaret A. (Ed). *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 38.

O caso Yahoo! v. Licra⁵¹ foi um dos mais célebres a demonstrar a possibilidade de choque de jurisdições. Na França, foi proposta ação judicial por parte de associação contra o racismo e antissemitismo para proibir a renomada empresa de provedora de serviços de internet de abrigar sites que vendiam itens de peças nazistas para colecionadores, uma vez que tal prática é ilícito criminal na França. Já, nos Estados Unidos, a Yahoo! processou a associação francesa, objetivando impedir eventual reconhecimento e execução da decisão francesa, sob a alegação que a ordem judicial francesa violava a liberdade de expressão garantida pela Constituição norte-americana (Primeira Emenda).

No Brasil, um caso famoso a respeito do uso de ordens nacionais para coibir divulgação de vídeos na internet ocorreu em relação à proibição judicial de divulgação de vídeo envolvendo apresentadora de televisão e seu namorado, na praia de Cádiz (Espanha) Esse caso redundou no bloqueio (por ordem judicial) de todo o acesso brasileiro a *site* mundialmente popular de exibição de vídeos (e não só o vídeo da cena envolvendo a apresentadora), uma vez que o citado vídeo lá era inserido.⁵²

Nesse cenário, é importante fixar dois pontos essenciais para entendermos a relação do Direito Internacional Privado e a anarquia proposital da internet: (i) qual é a jurisdição adequada para os litígios envolvendo a internet?; (ii) as ordens judiciais nacionais podem abranger grupos econômicos globais ou devem lançar mão da cooperação jurídica internacional?

Quanto à fixação da jurisdição, o Brasil possui importante precedente do Recurso Especial n. 1.168.547/RJ, no qual foi estabelecida a jurisdição brasileira em relação à violação a direito de imagem pela colocação de fotos sem autorização em site espanhol. O Min. Relator, Luis Felipe Salomão reconheceu justamente a inovação da *lex digitalis*, que leva à alteração de conceitos jurídicos até então sedimentados, como exemplo liberdade e espaço territorial, que refletem diretamente na aplicação do direito.

51 Ver *La Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme v. Yahoo! Inc.*, Tribunal de Grande Instance de Paris, julgamento de 22 de maio de 2000.

52 Conferir o caso em ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempo da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 283-319.

Decidiu o Relator que os indivíduos afetados pelas informações contidas em sítios eletrônicos ou por relações mantidas no ambiente virtual possuem o direito de acesso à justiça para combater violações a direitos, devendo ser reconhecida a jurisdição do domicílio dos usuários (no caso, o domicílio era no Brasil), pois este seria o local em que os danos poderiam ser sentidos com maior intensidade. O voto ainda sugeriu a prevalência do valor da efetividade dos direitos, sustentando que “[...] Não sendo assim, poder-se-ia colher a sensação incômoda de que a internet é um refúgio, uma zona franca, por meio da qual tudo seria permitido sem que daqueles atos adviessem responsabilidades”.⁵³

A posição do Superior Tribunal de Justiça é paradigmática, pois revela o desconforto do Estado diante da porosidade das fronteiras trazida pela internet. A reação, vista no precedente do Recurso Especial n. 1.168.547/RJ, consistiu em tornar fluida a definição de jurisdição internacional cível concorrente, prevista no Código de Processo Civil. Nessa linha, o art. 21 do novo CPC determina que compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que (i) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; (ii) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; (iii) o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil. A leitura do novo art. 21 demonstra que não houve substancial alteração do disposto no revogado art. 88 do CPC de 1973, utilizado no precedente citado. Com isso, concluiu o Relator no sentido de que, na internet, o dano ocorre não em qualquer lugar do *acesso* ao site (“fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”) e, assim, obviamente o Brasil teria jurisdição para o caso.⁵⁴

Quanto aos limites aos poderes judiciais na produção probatória, há diversos precedentes no Poder Judiciário brasileiro em que se discute o direito à privacidade em conflito com direitos difusos à segurança e acesso à justiça, nos quais há resistência de empresas de atuação na internet em fornecer, por ordem judicial, dados de

usuários que serviriam na defesa de direitos de outros indivíduos ou da coletividade (direito difuso à segurança em casos criminais).

É comum que as empresas que atuam na internet busquem armazenar dados em países que contam com legislação favorável, mas mantêm subsidiárias em outros, para a venda de serviços e obtenção de lucros relacionados com hospedagem de conteúdos, correio eletrônico e busca de sites.

Por exemplo, determinada empresa oferta serviço de correio eletrônico gratuito, conta com a expansão desse serviço para aferir lucros com atividades vinculadas no Brasil (venda de anúncios etc.), mas armazena as comunicações trocadas no Brasil (e entre domiciliados no país) em outro Estado, dificultando o acesso por parte de interessados (inclusive autoridades públicas) na defesa de direitos. A recusa em fornecer tais dados seria amparada no cumprimento das leis do Estado estrangeiro, sendo indisfarçável o desejo de oferecer aos usuários o “valor adicional de defesa da privacidade”, atraindo ou mantendo clientes em um mercado extremamente competitivo como o de serviços na internet.

Além disso, o controle dos dados é, em si, um instrumento de ganho, pois permite melhor identificar as necessidades e o perfil dos consumidores. A proteção de dados dos usuários e a recusa em fornecê-los – mesmo diante de ordens judiciais nacionais – é uma vantagem e diferencial competitivo, sendo assim, uma estratégia empresarial para manutenção de clientela e lucros.⁵⁵

Como parte dessa estratégia empresarial, é correto o uso de planejamento corporativo, com a separação de funções dentro do mesmo grupo econômico, criando-se pessoas jurídicas distintas: uma pessoa jurídica nacional (gestora interna, para realizar a venda dos serviços e obtenção de lucros) e uma pessoa jurídica estrangeira, situada em Estado com legislação protetiva,

53 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.168.547/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Data do Julgamento: 11/05/2010; Data da Publicação/Fonte: *DJe* 07/02/2011.

54 Conferir em Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.168.547/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Data do Julgamento: 11 de maio de 2010; Data da Publicação/Fonte: *DJe* 07 de fevereiro 2011. Saliente-se que o Min. Aldir Passarinho Filho acompanhou o voto do Ministro Luis Felipe Salomão exclusivamente pela circunstância de o domicílio da parte ser no Brasil e afastou o fundamento de que é o local de onde se fez o acesso ao site da internet que firma a jurisdição internacional cível brasileira.

55 Para Sombra, “O súbito redimensionamento do interesse pela proteção dos dados pessoais e da privacidade tem uma origem clara: o desenvolvimento vertiginoso da economia compartilhada. Na sociedade da informação, marcada pelos processos de disrupção, convergência e digitalização, cada indivíduo pode ser considerado um centro de produção de riquezas e os seus dados representam uma valiosa commodity. Dominar a arte da análise, do tratamento e do armazenamento de dados pode significar um diferencial competitivo para qualquer empresa do setor produtivo e de consumo”. SOMBRA, Thiago Luís. *Os rumos da agenda de proteção de dados e da privacidade na Internet*. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/os-rumos-da-agenda-de-protacao-de-dados-e-da-privacidade-na-internet>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

encarregada de armazenar os dados. Caso a lei doméstica (ou ordens judiciais) exija informações para amparar direitos violados, usa-se, como escudo, a impossibilidade da pessoa jurídica nacional responder por atos da pessoa jurídica estrangeira, pugnando-se, também, pelo cumprimento da ordem judicial pela via da cooperação jurídica internacional (mais morosa e sujeita aos condicionantes dos tratados, inclusive a previsão de recusa por cláusula de ordem pública).

Essa atuação de resistência é facilitada pela fluidez da internet e da *lex digitalis*, que permite - com velocidade - a transferência e ocultação de dados em um ambiente regulatório fraco, no qual inexistente tratado internacional geral que faça as ponderações entre, de um lado, a autonomia da vontade e o racional desejo de lucro das grandes corporações (em geral de países desenvolvidos) e, de outro, o acesso à justiça e promoção de direitos (individuais ou difusos, no caso do combate à criminalidade).

No Brasil, já há precedentes combatendo tais estratégias empresariais. No tocante à artificial separação de pessoas jurídicas, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 12.376/10) estabelece, em seu parágrafo único do art. 11, o princípio domiciliar: ao estabelecer filial, agência ou estabelecimento no Brasil, a sociedade estrangeira adquire o domicílio aqui e passa a ser regida pela lei brasileira, no tocante aos atos aqui realizados.

Essa opção da LINDB é importante para impedir que determinada subsidiária de empresa estrangeira possa descumprir a lei brasileira, por atos aqui realizados, alegando, por exemplo, obediência à lei estrangeira que rege a atuação da empresa-matriz.⁵⁶ Por sua vez, o parágrafo único do art. 21 do novo Código de Processo Civil (CPC) também considera domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça estendeu a jurisdição brasileira para admitir o julgamento de processo contra filial brasileira aqui domiciliada por ato no exterior realizado por empresa estrangeira distinta, mas pertencente ao *mesmo grupo econômico*, uma vez que houve o uso em proveito próprio da notoriedade da marca co-

mum (chamado “Caso Panasonic”).⁵⁷

Quanto à tese da indispensabilidade do uso dos canais diplomáticos ou convencionais, como determinado tratado de assistência jurídica, para a obtenção de dados que estariam armazenados em Estado estrangeiro em um mundo que já conhece o *armazenamento na nuvem*, o Superior Tribunal de Justiça possui precedente no sentido de que a ordem brasileira pode ser cumprida, em território brasileiro, pois não há impossibilidade técnica. Pelo contrário, o voto da Relatora do caso, Ministra Laurita Vaz, expressamente menciona que nenhum obstáculo material havia para que se viabilizasse o cumprimento de ordem judicial brasileira.

Além disso, a informação buscada – o teor das mensagens do investigado – não guardava nenhum vínculo com o Estado estrangeiro (o investigado era brasileiro e o teor das conversas, com destinatário também brasileira, tratavam de crimes nacionais), “a não ser pelo fato de, por questões estratégico-empresariais, estarem armazenadas nos Estados Unidos”⁵⁸. Ou seja, não se trata de se invocar a *lex diligentiae* e os limites da *lex fori* para reger a produção probatória (obtenção de dados) no exterior⁵⁹: teria havido uma artificial construção do vínculo (armazenamento dos dados) no Estado estrangeiro, em nome da estratégia empresarial daquele grupo econômico, o que, conforme a Teoria Geral do Direito Internacional Privado, concretiza a fraude à lei.

Caso vingasse a tese da necessidade do uso de canais diplomáticos ou convencionais para a obtenção da prova, desconsiderando seu armazenamento virtual e aceitando-se a ficção de que tais dados deveriam ser efetivamente produzidos no exterior (tal qual uma oitiva de testemunha), nada impediria que esses grupos econômicos armazenassem todos seus dados em um *paraíso cibernético*, solapando de vez os direitos das vítimas das ações cometidas no ambiente virtual (direito de acesso

56 Sobre o artigo 11 da LINDB, conferir em RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 63.981, Rel. p/ Acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 11 de abril de 2000, *DJ* 20/11/2000, p. 296.

58 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Inquérito n.º 784 - DF, Questão de Ordem, Corte Especial, Relatora Min. Laurita Vaz, julgamento de 7 de abril de 2013. Continua a Relatora, afirmando que “Remeter o Poder Judiciário Brasileiro à via diplomática para obter tais dados é afrontar a soberania nacional, sujeitando o Poder Estatal a inaceitável tentativa da empresa em questão de se sobrepor às leis pátrias, por meio de estratégias de política empresarial, sabe-se lá com qual intenção”.

59 RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *lex fori* e *lex diligentiae*. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 684-703, 2015.

à justiça, direito à privacidade, direito difuso à segurança etc.). Tais grupos econômicos seriam, então, os senhores da definição da lei aplicável à produção probatória no exterior por meio da mera instalação de um servidor em Estado estrangeiro.

Esse último precedente do STJ evidencia o limite imposto pelo Direito Internacional Privado aos entes privados, que vem a ser a vedação da manipulação das regras de conexão e dos princípios da disciplina, como o *lex loci regit actum*, visando suprimir direitos de terceiros. A autonomia da vontade, novamente, encontra limites na gramática de direitos.

Por fim, após esses precedentes, foi editada a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) que, seguindo a mesma linha dos julgados citados, determinou, em seu artigo 11, que, em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que, pelo menos, *um desses atos* ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

Além disso, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 11 previu que o disposto no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações desde que, *pelo menos, um dos terminais* esteja localizado no Brasil. Assim, segue-se o disposto no art. 21, III do novo CPC, que fixa a jurisdição brasileira para os casos em que o fundamento da ação seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil, na linha do que também foi decidido no Recurso Especial n. 1.168.547⁶⁰.

Já o parágrafo segundo do art. 11 da Lei 12.965/14, em clara ressonância do litígio Yahoo! vs. Licra visto acima, dispõe que o *caput* do citado artigo incide mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que (i) oferete *serviço ao público brasileiro* ou (ii) pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil⁶¹.

60 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.168.547/RJ, Relator Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, Data do Julgamento: 11 de maio de 2010. *DJe* 07 de fevereiro de 2011.

61 Vide art. 11 da Lei do Marco Civil da Internet: Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que, pelo menos, um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção

A oferta de “*serviço ao público brasileiro*” significa, no ambiente virtual, que seja acessível ao usuário da internet no Brasil.

Conseqüentemente, a sociedade estrangeira que, voluntariamente, criar subsidiária no Brasil deve estar ciente da necessidade do cumprimento da lei brasileira, que permite ordens judiciais de quebra de sigilo de dados (mesmo que armazenados no exterior por decisão gerencial da sociedade privada em questão), desde que a empresa ofereta serviço ao público brasileiro ou, pelo menos, uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

Assim, a *lex digitalis* e sua abordagem anárquica na escolha da lei, na determinação de jurisdição e na cooperação jurídica internacional, encontram forte resistência do DIPr baseado na gramática de direitos. Fica neste trabalho o exemplo da reação do DIPr ao uso da autonomia da vontade para impor a manipulação de regras de conexão e de fixação de jurisdição de modo a privilegiar a liberdade dos agentes econômicos e vulnerar direitos dos demais envolvidos. A autonomia da *lex digitalis*, até então ancorada na fragilidade das regulações nacionais e na imensa flexibilidade da internet, choca-se com os valores do DIPr contemporâneo, exigindo a sua subordinação.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre o Direito Transnacional e o Direito Internacional Privado (DIPr) é intensa, a partir da constatação da importância da autonomia da vontade para o DIPr do século XXI, tanto na seara da escolha da norma, quanto da determinação da jurisdição e da cooperação jurídica internacional.

No crescimento do número de temas regulados pelo Direito Transnacional (formando a *lex mercatoria*, a *lex digitalis*, a *lex sportiva* etc.), nota-se a ausência de uniformidade de abordagem diante dos fatos transfronteiriços: oscila-se entre a unificação, com a busca da unifor-

dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. § 1o O disposto no *caput* aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. § 2o O disposto no *caput* aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereta serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

mização e unidade de tratamento, contando com apoio do Direito Internacional Privado e a anarquia, na qual a globalização e porosidade das fronteiras políticas formam janela de oportunidade para determinados agentes econômicos buscarem autonomia plena.

Foram geradas, então, relações de cooperação e conflito entre o Direito Transnacional e o Direito Internacional Privado, com diferentes cenários de tensão impostos pela emergência de limites criados pelo DIPr no seu contemporâneo vínculo com a gramática de direitos. A autonomia da vontade não está isolada e o DIPr tem que proteger a igualdade, o acesso à justiça, a privacidade, entre outros direitos que podem se chocar com a liberdade dos agentes econômicos privados.

Em relação aos dois campos de profícuo crescimento do Direito Transnacional (*lex mercatoria* e *lex digitalis*) estudados, foi observada a resistência do DIPr em se deixar substituir por um Direito Transnacional autônomo e sem limites. Ao contrário, ao mesmo tempo em que reconhece e valoriza a autonomia da vontade (*alma mater* do Direito Transnacional), o DIPr zela por direitos diversos que impõem limites, gerando tensões e, conseqüentemente, subordinação das normas transnacionais aos valores adotados pelo DIPr.

Esse *Direito Internacional Privado de valores*, informado pelos direitos humanos, é fator chave para compreensão do papel futuro das novas regulações do Direito Transnacional na globalização do século XXI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAUJO, Nadia de. A necessária mudança do artigo 9º da LINDB: o avanço que faltava para a consagração da autonomia da vontade no DIPr brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho. *Questões controvertidas de Direito Internacional Privado*. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 289-309.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARAUJO, Nadia; VARGAS, Daniela. T. O Reconhecimento e Execução de Acordos Privados em Disputas Familiares Internacionais em Debate na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. *Anuário Brasileiro*

de Direito Internacional, v. 2, p. 108-121, 2014.

ARNAUD, André-Jean; ALMEIDA, José Gabriel Assis de; CAROCCIA, Francesca. "Lex Mercatoria" In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. (Org.). *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 289-293.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas - Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. São Paulo: Ltr, 1994. p. 42-66.

BERMAN, Paul Schiff. Choice of Law and Jurisdiction on the Internet. Towards a cosmopolitan vision of conflict of laws: redefining governmental interests in a global era. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, p. 1819-1882, 2005.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois en droit international privé. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 239, p. 9-116, 1993.

BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé: cours general. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 341, p. 9-526, 2009.

CALLIESS, Galf-Peter. The Making of Transnational Contract Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, p. 469-484.

CALLIESS, Galf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

CASELLA, Paulo Borba. *Arbitragem: a nova lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo: Ltr, 1997.

COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova *lex mercatoria* e a estabilização de relações comerciais internacionais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 6, p. 4783-4810, 2013.

COTTERREL, Roger. What is transnational law. *Law & Social Inquiry*, v. 37, Issue 2, p. 500-524.

- CUNIBERTI, Giles. The merchant who would not be king: unreasoned fears about private lawmaking. In: WATT, Horatia Muir; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. (Ed.). *Private International Law and Global Governance*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 141-155.
- DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: UERJ, 1979.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte Especial: Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regimes-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004.
- GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*, 1964.
- HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e lex mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 251, p. 9-267, 1995.
- JAYME, Erik. Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: la Protection de la Personne Humaine Face à la Globalisation. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 282, p. 09-40, 2000.
- JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado no novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. In: ARAUJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (Org.). *O novo Direito Internacional*. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 03-20.
- JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.
- LALIVE, Pierre. *Ordre public transnational et arbitrage international*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 599-611.
- MAGALHÃES, José Carlos; TAVOLARO, Agostinho Toffolli. Fontes do direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 57-68.
- MARQUES, Claudia Lima. Laudatio para Erik Jayme – memórias e utopia. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15-25.
- MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66.
- MARQUES, Cláudia Lima. Human Rights as a Bridge between Private International Law and Public International Law: the protection of Individuals (as Consumers) in the Global Market”. In: ARROYO, Diego P. Fernández; MARQUES, C. Lima (Org.). *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, 2011. p. 363-389.
- MUIR WATT, Horatia. Aspects économiques du droit international privé - Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, p. 29-383, 2004.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: M. Fontes, 2009.
- PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 169, p. 203-232, jan./mar. 2006.
- PERRITT JUNIOR, Henry H. Dispute Resolution in cyberspace: Demand for new forms of ADR. *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, v. 15, p. 675-703, 2000.
- PICONE, Paolo. Les Méthodes de Coordination entre Ordres juridiques en Droit international privé - Cours général de droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 276, p. 9-288, 1999.
- POLLICINO, Orestes; BASSINI, Marco. *Internet Law in the Era of Transnational Law*. 2011. p. 1 - 31, especial p. 1. Disponível em http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16835/RSCAS_2011_24rev.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 15 jul. 2016.

- RAMOS, André de Carvalho. Dignidade humana como obstáculo à homologação de sentença estrangeira. *Revista de Processo*, v. 249, p. 31-55, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado de matriz legal e sua evolução no Brasil. *Revista da AJURIS: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 42, p. 89-113, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, v. 1, p. 423-446, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. Obtenção de provas no exterior: para além da *lex fori* e *lex diligentiae*. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 684-703, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade de Ordens Jurídicas: a Relação do Direito Brasileiro com o Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 19-65.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 283-319.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- SOMBRA, Thiago Luís. *Os rumos da agenda de proteção de dados e da privacidade na Internet*. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/os-rumos-da-agenda-de-protECAo-de-dados-e-da-privacidade-na-internet>>. Acesso em: 15 jul. 2016.
- STRENGER, Irineu. La notion de *lex mercatoria* en droit du commerce international. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, v. 227, n. 2, p. 207-355, 1991.
- STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SYMEONIDES, S. Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: the *lex mercatoria* that isn't. In: FESTSCHRIFT, Für K. Kerameus. Athens/Brussels: Sakkoulas-Bruylant Press, 2009. p. 1397-1423.
- TEUBNER, Gunther; KORTH, Peter. Two kinds of legal pluralism: collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society. In: YOUNG, Margaret A. (Ed). *Regime Interaction in International Law. Facing Fragmentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 23-54.
- TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012.
- TUORI, Kaarlo. The Law's Farewell to the Nation State?. *Finnish Yearbook of International Law*, v. 19, p. 295-327, 2008.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1977.
- VARELLA, Marcelo D.; OLIVEIRA, Vitor Eduardo Tavares. Da unidade à fragmentação do Direito Internacional: o caso Mox Plant. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 119-140, jan./jun. 2009.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A ilusória ausência do termo
Dépeçage na jurisprudência
brasileira de contratos
internacionais**

**The illusory absence of the term
Dépeçage in the brazilian case
law of international contracts**

Gustavo Ferreira Ribeiro

A ilusória ausência do termo *Dépeçage* na jurisprudência brasileira de contratos internacionais

The illusory absence of the term *Dépeçage* in the brazilian case law of international contracts

Gustavo Ferreira Ribeiro**

RESUMO

O termo *dépeçage*, *scission*, *morcellement*, fracionamento, despedaçamento, desmembramento, entre outros, é mencionado, sem grande uniformidade, na doutrina de contratos internacionais. Refere-se à possibilidade de, em diferentes graus e amplitude, aplicarem-se normas de mais de um sistema legal ao contrato conectado a mais de uma jurisdição. Ao se pesquisar a jurisprudência, contudo, não se encontrou o uso do termo *dépeçage* nos tribunais brasileiros selecionados em um período recente (2006-2015). Diante do paradoxo, este artigo buscou revisitar a doutrina comparada (Francesa, Alemã, Norte-Americana) e pátria acerca do tema. Depreende-se significativa variação na definição do *dépeçage*. Sugiro, assim, que a ausência de resultados nas Cortes brasileiras é ilusória. Dependendo da definição, pode-se afirmar que o *dépeçage* é, de fato, parte do sistema brasileiro de conflito de leis em direito contratual, sem que seja expressamente mencionado. Corroborar-se assim uma maior utilidade da ideia de *espectros de dépeçage*, proposta por Friedrich Juenger, para análise do tópico.

Palavras-Chave: Contratos Internacionais. Doutrina do *Dépeçage*. Jurisprudência brasileira.

ABSTRACT

The term *dépeçage*, *scission*, *morcellement*, and *splitting*, among others, is mentioned, without more uniformity, in the international contracts doctrine. It refers to the possibility of, in different levels and amplitude, apply norms of more than one legal system to the contract connected to more than one jurisdiction. While searching legal cases, however, one cannot find the term *dépeçage* in selected Brazilian case law in a recent period (2006-2015). Confronted with this paradox, this paper revisited comparative (French, German and North-American) and domestic doctrine. It found significant variation in the definition of *dépeçage*. I suggest, thus, that the absence of results in the Brazilian case law is illusory. Depending on the definition, one can say that *dépeçage* is, in fact, part of the Brazilian system of conflicts of law concerning contracts, regardless of express reference. The paper there-

* Autor convidado

** Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito – UniCEUB, Brasília. E-mail: Gustavo.Ribeiro@uniceub.br.

fore corroborates that the idea of spectre of *dépeçage* is of better utility, as proposed by Friedrich Juenger, for the analysis of the topic.

Keywords: International Contracts. *Dépeçage* Doctrine. Brazilian Case Law.

1. INTRODUÇÃO

O termo *dépeçage* aparece com distintas variações na literatura jurídica. *Morcellement, découpage, scission, splitting, slicing*, e suas variações no vernáculo – fracionamento, despedaçamento, desmembramento, entre outras -, são mencionadas na doutrina doméstica e comparada abarcando contratos internacionais. Com pouca precisão e uniformidade.

Em versões mais restritas, identifica-se o instituto com a possibilidade de, em um contrato conectado a mais de uma jurisdição, reger-se seu direito substantivo - sua matéria ou o fundo do contrato - por mais de um sistema jurídico. Essa possibilidade decorreria, por exemplo, da autonomia das partes em escolher mais de um direito aplicável ao contrato. Nas versões mais amplas, a mera possibilidade de que a capacidade dos contratantes, forma e substância de um mesmo contrato estarem regidos por sistemas distintos aparece como uma ilustração do instituto. No limite, há autores que indicam que quando a lei processual aplicável ao contrato for uma (tradicionalmente, a *lex fori*) e qualquer outra lei aplicável ao contrato for outra (distinta da *lex fori*), tem-se um exemplo de *dépeçage*.

Tomemos o sistema jurídico brasileiro de conflito de leis no espaço como referência. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei 4.657/1942), sem maiores divergências, possui pontos de conexão que fazem com que a ideia de uma versão mais ampla do *dépeçage* possa ser subsumida. Em um contrato multiconectado, a capacidade, como se sabe, é regida pela lei de domicílio dos contratantes (*lex domicilis*, art. 7 da LINDB). A forma, pela lei do local do ato (*lex regit actum*), regra praticamente universal. Já a substância, pela lei do local de celebração (*lex loci celebrationis, caput* do art. 9 da LINDB), em regra, por três motivos. Primeiramente, porque é conhecida a divisão na doutrina brasileira sobre uma interpretação literal do *caput* do artigo 9 da LINDB e o princípio da autonomia da vontade quanto ao direito aplicável aos contratos. Não há

pronunciamento definitivo das cortes brasileiras sobre esse ponto¹. Em segundo lugar, pois a *lex loci celebrationis* é hipótese aceita para contratos entre pessoas presentes. Para contratos entre ausentes, como os por via eletrônica, a discussão é deslocada para o §2 do art. 9 da LINDB. Por fim, há sempre a possibilidade de que, ainda que a regra de remissão – ou de sobredireito - aponte para o direito estrangeiro, a eficácia daquele direito seja potencialmente restringida; por exemplo, por violação à ordem pública (art. 17 da LINDB).

Já versões mais restritas do *dépeçage* poderiam ser compreendidas em pelos menos duas hipóteses. Admitindo-se autonomia da vontade vis-à-vis o *caput* do artigo 9 da LINDB, as partes poderiam fracionar o direito aplicável à substância do contrato em quantas partes lhe convenham. Além disso, recentes desenvolvimentos normativos, como a internalização da Convenção da Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, no acrônimo mais conhecido em inglês), apontam para a possibilidade do *dépeçage*².

Nesse contexto, ao se buscar a jurisprudência correlata para maiores esclarecimentos, o investigador se frustra. Delimitando dez anos de jurisprudência (2006-2015) do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de seis Tribunais de Justiça relevantes, a pesquisa apontou para a não utilização do termo *dépeçage* no direito pátrio. Estaria então o *dépeçage* ausente de nosso sistema? Chegou mesmo a ser introduzido? Ou se trata apenas da não utilização de um termo específico, mas cuja razão subjacente possa ser extraída das decisões?

1 Como resumo, vejam-se VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional privado*: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados Americanos. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1980. p. 366-370; RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43-61.

2 Para desenvolvimentos recentes, veja-se Decreto n.º 8.327, de 16 de outubro de 2014 que internalizou a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Segundo o art. 6 da CISG: “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”. Sobre se tratar de uma hipótese do *dépeçage*: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Comentários à Convenção da Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias*: artigo 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 243. PIGNATTA, Francisco Augusto. *Comentários à Convenção de Viena de 1980: artigo 6*. 2012. p. 3-4. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art6.pdf>>.

Diante do paradoxo, este artigo revisitou a doutrina comparada (francesa, alemã, norte-Americana) e nacional. Depreendeu-se duas asserções: (i) há significativa amplitude na definição do instituto; e (ii) existem distintos cortes metodológicos na análise do *dépeçage*. Sugiro, assim, que a ausência de resultados contendo o termo nas cortes brasileiras é *ilusória*. Deve ser relativizada. Quer-se dizer que dependendo da amplitude e do corte metodológico, o *dépeçage* é parte do subsistema brasileiro de conflito de leis no direito contratual.

Para a demonstração do proposto, dividiu-se o artigo, além desta (1) introdução, nas seguintes partes. A seção (2) elucida a metodologia de pesquisa jurisprudencial, com a explicitação dos parâmetros de busca e a justificativa da seleção dos tribunais. A seção (3) analisa a doutrina selecionada. A escolha da doutrina francesa e alemã (3.1) decorre da origem etimológica do termo e da relevância dos estudos de Savigny - no conflito de leis de forma geral. A seção (3.2) recorre à doutrina norte-americana. Buscou-se, assim, ampliação do estudo da doutrina comparada, com base em um modelo não continental. Com base nessas considerações, a seção (3.3) traz, por sua vez, a doutrina nacional, revelando seu diálogo e posicionamento com as demais. Na sequência, a seção (4) agrupa os entendimentos, demarca as distintas concepções e corrobora a utilidade da posição conciliadora de espectros de *dépeçage*, de Juenger. Por fim, a seção conclusiva (5) arremata como ilusória a ausência do termo *dépeçage* quanto ao direito dos contratos internacionais, sob a ótica do sistema brasileiro.

2. OBSERVAÇÃO EMPÍRICA: AUSÊNCIA DO TERMO DÉPEÇAGE

A presente seção identifica os parâmetros e razões da delimitação da pesquisa jurisprudencial orientada para a busca do *dépeçage*. Entende-se que o devido detalhamento permite a reprodução da pesquisa e de seus resultados.

Poucos autores no Brasil atentaram, até o momento, a essa observação de uma forma minudenciada. Como exceção, Araujo menciona *vários casos* em que os tribunais brasileiros cuidaram do tema e, especificamente, um caso de 1986 no qual o extinto Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro fracionou um contrato por meio de duas leis regentes aplicáveis à mesma situação. Quanto à

substância do contrato e para fatos ocorridos no estrangeiro, aplicou-se a lei estrangeira. No mesmo contrato, para questões relativas a sua execução, a lei do local em que foi realizado (lei brasileira)³.

Com base nesses casos, é possível afirmar que as cortes brasileiras se valem do *dépeçage* em direito contratual?

Como ponto de partida na pesquisa, utilizou-se o termo, com variações, e a limitação temporal de dez anos (2006-2015) nos mecanismos de buscas de determinados sítios eletrônicos de tribunais. Não se fez qualquer limitação, em um primeiro momento, ao tema contratual como operador conjuntivo para a pesquisa, embora seja esse o eixo temático do artigo.

Optou-se pelos mecanismos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), dos cinco maiores Tribunais de Justiça das unidades da Federação (SP, RJ, MG, RS e PR), por porte, conforme dados do Conselho de Justiça Federal (2015). Além disso, pesquisou-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).⁴ A escolha não é aleatória. Primeiramente, tratando-se de tema infraconstitucional, deu-se prioridade na pesquisa pela jurisprudência do STJ, por seu papel uniformizador em matéria dessa natureza. Além disso, a opção pelos cinco maiores Tribunais de Justiça reflete, por óbvio, a expectativa de se cobrir uma extensa quantidade de casos. Finalmente, a pesquisa no TJDFT se justifica pela competência das cortes distritais em diversas situações.

Como ponto comum da pesquisa, excluíram-se decisões monocráticas e se indicou que o intervalo temporal fornecido se referia a data de publicação das decisões, quando existente esta opção.⁵

3 ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos Internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 208.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015. p. 61.

5 Em particular, é de se destacar que: (i) Superior Tribunal de Justiça: permite pesquisa por inteiro teor. Informa ser “indiferente a digitação de palavras com letras maiúsculas, minúsculas ou acentuadas. O sistema também não distingue o ‘c’ do ‘ç.’” Expressão utilizada: “*dépeçage*”. Mecanismo de busca: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>; (ii) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: permite pesquisa por inteiro teor. Não se encontrou informações sobre o uso de acentos. Assim, pesquisaram-se separadamente os termos: “*dépeçage*” e “*D?pe?age*”. Mecanismo de busca: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>; (iii) Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: informa o mecanismo ser indiferente

Os resultados da pesquisa indicaram, entretanto, *ausência* de casos. Teriam os tribunais alterado o entendimento sobre a possibilidade de aplicação do *dépeçage*?

Desde já, a insuficiência *deve ser mitigada* e compreendida. Primeiramente, porque, como explicado, existem inúmeras variações do termo. A pesquisa se concentrou em uma delas com variantes fonéticas nos acentos. Em segundo lugar, a carência de resultados não significa necessariamente que o *dépeçage* não tenha sido utilizado. Pode ter sido plenamente empregado sem que o(s) julgador(es) tenha(m) aludido ao termo. Além disso, como ponto fundamental deste artigo, as variações semânticas e de abrangência do instituto relativizam ainda mais o resultado da pesquisa, como se propõe a partir da próxima seção.

3. A PROBLEMÁTICA CONCEITUAL

A partir desta seção será apresentada a doutrina comparada do *dépeçage*. Buscou-se diversidade de concepções nas raízes continentais e anglo-saxã. A partir delas, traz-se seu diálogo com a doutrina brasileira. Jus-

o uso de acentos, letras maiúsculas ou minúsculas. Entende-se que o mecanismo de busca é apenas indexado na ementa. Mecanismo de busca: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&LAB=JURxWEB&PGM=WEBJRP101xPROD&PORTAL=1&ROTINA=WEBJRP102xPROD&FLAGCONTA=0>>; (iv) Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: permite pesquisa inteiro teor. Não se encontraram informações sobre o uso de acentos. Assim, pesquisaram-se separadamente os termos: “*dépeçage*” e “*D\$pe\$age*”. Mecanismo de busca: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>; (iv) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: permite pesquisa inteiro teor. Não se encontraram informações sobre o uso de acentos. Portanto, pesquisaram-se separadamente os termos: “*dépeçage*” e “*D\$pe\$age*”. No primeiro caso, a pesquisa resultou em seis (6) decisões. Porém, todas elas utilizam o termo de forma não técnica, sendo base comum das decisões a seguinte expressão “[...] um verdadeiro *dépeçage* de argumentos ventilados [...]”. Foram, conseqüentemente, descartados na análise. Mecanismo de busca: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/pesquisa_jurisprudencia/>; (v) Tribunal de Justiça do Paraná: permite pesquisa por inteiro teor. Não se encontraram informações sobre o uso de acentos. Assim, pesquisaram-se separadamente os termos: “*dépeçage*”, “*dépeçage*” e “*D\$pe\$age*”. Mecanismo de busca: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>>; (vi) Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: permite pesquisa por inteiro teor. Não se encontraram informações sobre o uso de acentos. Assim, pesquisaram-se separadamente os termos: “*dépeçage*” e “*D\$pe\$age*”. Apenas um acórdão encontrado, em matéria criminal, pelo uso da máscara “\$”, mas sem relação com o objeto deste artigo. Mecanismo de busca: <<http://pesquisajuris.tjdf.tj.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>.

tificativas específicas sobre a escolha de determinados autores igualmente são feitas. Como em qualquer trabalho comparativo, a designação de países e autores implica a exclusão de outros, reconhecendo-se limites ao esforço investigatório.

3.1. Doutrina Francesa e Alemã

Com etimologia francesa, tomou-se como marco inicial a doutrina do *dépeçage* naquele direito. No clássico de Batiffol, o instituto é tratado na seção dedicada ao “domínio da regra da autonomia”, sob o rótulo de *morcellement du contrat*. Segundo o autor, nem todas as *questões* relativas a um contrato seriam regidas pela regra de autonomia. Já seria de conhecimento que, pelo menos nos países de tradição continental, a capacidade seria regida pela lei pessoal (*loi personnelle*), a *forma* do contrato pela lei do local de conclusão e os contratos sobre direitos reais pela *lex rei sitae*. Sinaliza o autor certa tendência, à época, de se definir como *despedaçamento autêntico* (*véritable morcellement*) a regência do contrato pelo (i) direito derivado do acordo das partes e (ii) pelo direito da execução dessas obrigações. Entretanto, o autor *condena* essa tendência. Cita a existência de uma *unidade psicológica e econômica* no contrato. Refuta a análise alemã, de um *conglomerado* de obrigações submetidos a direitos próprios, malgrado a autoridade de Savigny na matéria. Conclui que o instituto requereria inúmeros esclarecimentos para ser aplicado.⁶

Parte da doutrina francesa contemporânea reproduz a crítica de Batiffol, mas indica disposição para acolher mudanças. Audit, por exemplo, na reprodução da crítica, relembra que as regras clássicas de conflito assegurariam implicitamente ao que se denomina na França o “cumprimento do conjunto legislativo”. Transposto para o conflito de normas, a ideia subjacente é a de que as regras aplicáveis a uma *situação* jurídica formem um *conjunto coerente*. Nesse sentido, *uma e apenas uma lei* deveria ser aplicada a uma *situação*, sob pena de se introduzir um desequilíbrio entre as partes. Regras de conflito, referidas pelo autor como muito específicas, poderiam se traduzir em um *dépeçage* de situações jurídicas gerador de incoerências. Não obstante, aponta que à medida que o direito de conflito francês passa a incorporar cada vez mais fontes do direito convencional (ex. Convenções de

6 BATTIFOL, Henri. *Traité élémentaire de droit international privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949. p. 612-613.

Haia e Direito Comunitário). Assim, em dinâmica similar a outros países europeus, podem se notar progressos e recuos. Progressos, no sentido de haver “filtragem” ou afinamento de regras com base em matérias muito específicas. Paradoxalmente, ocorreria uma atomização das questões em detrimento da coesão do conjunto, dogma caro à doutrina francesa⁷. Em obra mais recente, Audit reconhece, entretanto, que o *dépeçage* se justificaria em algumas situações. Por exemplo, em contratos complexos, formados por partes heterogêneas. Aduz o autor que a evolução contratual é insensível entre um contrato único, que comporta partes intelectualmente separáveis, ou um conjunto de contratos unidos por um vínculo estreito⁸.

Já Watt, ao discorrer sobre conflito de leis, sob a perspectiva de uma racionalidade econômica, constata situações de fracionamento, adicionando as variações terminológicas *bundling* e *paquets indépeçables* como *antônimos* do *dépeçage*⁹. A adição não representa uma posição necessariamente desfavorável ao instituto. Pelo contrário, a autora identifica situações favoráveis e desfavoráveis ao fracionamento em diversas áreas, extrapolando a discussão meramente do campo contratual (ex. arbitragem, mercado de capitais, falência e direito societário).¹⁰

Se se pode depreender vários elementos da análise do *dépeçage* na doutrina francesa, o mesmo pode ser feito por meio da doutrina alemã. Ao nos concentrarmos no clássico *savignyano*, *A Treatise on the Conflict of Law*, é curioso notar que o termo *dépeçage* não aparece destacado em seu índice. Tampouco é encontrado literalmente ao longo das seções dedicada aos direitos das obrigações. Não obstante, a ideia de se fracionar o direito em uma relação obrigacional multiconectada pode ser observada em determinadas passagens.¹¹

Para que melhor se compreenda, Savigny, como é amplamente discutido na literatura de direito interna-

cional privado, propõe como base para a solução de conflitos a regência da obrigação pela localização de sua *verdadeira sede* (*true seat*). A partir daí, já adverte sobre um dos problemas do direito obrigacional denominado *reciprocidade*. Quer dizer que, em obrigações mútuas, as duas partes da relação jurídica podem ser consideradas devedoras ao mesmo tempo. Onde estaria sua sede? Nesse caso, a regra de se aplicar a lei do devedor, uma das soluções possíveis, poderia ser *separada* de acordo com quem figura como devedor para cada uma das *duas metades* da obrigação. Trata-se da ideia contemporânea de bilateralidade obrigacional. Nela, Savigny sugere que a *divisão* pode resultar em direitos aplicáveis distintos. Deveria ser esse, inclusive, seu tratamento natural, uma vez que a combinação destas metades em apenas uma obrigação seria um artifício justificado pela conexão íntima entre cada metade. Corrobora sua visão com a prática ordinária romana de contratos de compra e venda. Duas *estipulações* eram utilizadas para se concluir o contrato¹².

Em uma perspectiva de fracionamento mais amplo, Savigny aduz que não se pode admitir que todas as *questões* possíveis decorrentes da obrigação devam ser determinadas por somente uma lei regente¹³. O autor ilustra a situação com o então *direito comum* germânico em títulos de crédito. A capacidade das partes seria regida de acordo com a lei do domicílio da parte emissora do título, sendo o direito aplicável a sua substância questão distinta. Savigny além disso distingue questões de validade formal, regida pela *locus regit actum*, das condições materiais de validade das obrigações. A última seria regida, de acordo com as circunstâncias do caso, pela lei do local de cumprimento das obrigações, do local de celebração ou pelo domicílio do devedor¹⁴.

Observa-se, de tal modo, diferentes níveis do que se pode convencionar como fracionamento na análise *savignyana*. O primeiro, mais restrito, aplicável às obrigações em um mesmo contrato. O segundo, mais amplo,

7 AUDIT, Bernard. Le droit international privé a fin du XXe siècle: progrès ou recul. *Revue Internationale de Droit Compare*, v. 50, n. 2, p. 421-422; 447-448, 1998. Veja-se também que Audit e D’Avout fazem referência às variações terminológicas *dépeçage* e *décomposition*, admitindo a possibilidade de sua utilização.

8 AUDIT, Bernard; D’AVOUT, Louis. *Droit international privé*. 7. ed. Paris: Economica, 2013. p. 811-812.

9 WATT, Horatia Muir. *Aspect économiques du droit international privé*. Leiden: M. Nijhoff, 2005. p. 74-242.

10 WATT, Horatia Muir. *Aspect Économiques du Droit International Privé*. Leiden: M. Nijhoff, 2005. p. 74-75; 91-93; 135-137.

11 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *A treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. London: Stevens and Sons, 1869. Seções XXVI-XXXI.

12 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *A treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. London: Stevens and Sons, 1869. p. 148-150.

13 “Although the seat of the obligation, and, at the same time, the local law that governs it, may upon the whole be determined with certainty by the rules here laid down, yet it must not be asserted that all possible questions of law occasioned by na obligation must be determined only by this local law.” SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *A treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. London: Stevens and Sons, 1869. p. 177

14 SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *A treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. London: Stevens and Sons, 1869. p. 199.

aplicável a questões separáveis como forma, substância e capacidade das partes em uma relação obrigacional, embora o autor não aluda expressamente ao termo.

Se até o momento, o artigo incursionou, como ponto de partida, na análise doutrinária na tradição continental, salutar verificar seu tratamento na raiz anglo-saxã. É o *dépeçage* pesquisado no contexto do conflito de leis, por exemplo, na doutrina norte-americana?

3.2. Doutrina Norte-Americana

Uma primeira observação a ser feita na pesquisa da doutrina norte-americana é o peculiar contexto do estudo de conflito de leis naquele país. Grande parte dos exemplos encontrados tem relação com conflitos privados intraestatais e não (privados) interestatais. A razão é que os Estados da federação norte-americana possuem autonomia para definir seus sistemas civis e processuais, embora com uniformizações ocorridas entre algumas de suas unidades. Assim, ocorrem conflitos dentro de uma mesma soberania em matérias que algumas tradições, como a brasileira, não se deparam. Não obstante, casos internacionais também são analisados à luz das mesmas regras do conflito de leis ou *conflict of laws*.

Reese, em artigo seminal, apontava o *dépeçage* como fenômeno *comum* e definia três versões possíveis. A primeira, mais ampla, cobriria todas as situações nas quais as normas de diferentes Estados são aplicadas para reger diferentes *questões* no mesmo *caso*. Estariam cobertos por sua definição *casos*, até mesmo, em que se fraciona o direito aplicável quanto às *questões* procedimentais e ao direito substantivo. Uma segunda perspectiva restringiria o alcance do instituto à aplicação das normas de diferentes Estados para *questões substantivas* no mesmo *caso*. A terceira definição, a mais restritiva, emergiria como uma solução pragmática. Confina-se às situações de fracionamento nas quais se chega a um resultado pela aplicação das normas de Estados distintos, que não poderia ser obtido pela aplicação exclusiva das normas de apenas um destes Estados¹⁵.

Juenger, tendo desenvolvido grande parte de sua docência nos Estados Unidos, e passados mais de um século da obra seminal de seu conterrâneo Savigny, confirma o quão problemático ainda restava uma teo-

ria consistente sobre o *dépeçage*. O autor chega mesmo a classificar como esotérico certos termos encontrados no conflito de leis, referindo-se, entre outros, ao *dépeçage*. Mesmo se escolhendo um determinado sistema jurídico, haveria amplas diferenças de opinião sobre seu significado, escopo e validade sob cada terminologia¹⁶. Avançando em sua crítica, Juenger localiza como uma das origens do problema conceitual a amplitude das categorias de Savigny. Uma análise mais refinada requeria a consideração se todos os *aspectos* de uma *transação* deveriam ser regidos pela mesma lei. Como parte da contribuição intelectual, oferece o autor a ideia do aparecimento de um *espectro de dépeçage* (*spectre of dépeçage*). Ele surgiria quando se admite que diferentes *questões* de um caso possam ser controladas por distintas leis; isto é, a confluência de regras decisórias de diferentes sistemas legais resultando em soluções compostas por diferentes elementos (*composite solutions*)¹⁷. Aponta, por fim, que acadêmicos dificilmente concordariam em quão *finas* devem ser as fatias das categorias no conflito de leis para efeitos de *dépeçage*, assim como na recombinação dessas fatias. O melhor que se poderia dizer sobre o instituto é que ele encoraja seletividade de resultados¹⁸.

Symeonides, em artigo mais recente, faz uma análise quantitativa e qualitativa do *dépeçage*. Quantitativamente, embora autores e cortes tomem o *dépeçage* como fenômeno comum e de ampla aplicação na realidade norte-americana, o instituto estaria mais presente nos exames da faculdade de direito do que na prática. Cinquenta anos após o paradigmático caso *Babcock*¹⁹, apenas 291 casos teriam sido identificados em uma pesquisa eletrônica. Qualitativamente, Symeonides justifica o baixo número de casos pelo simples fato de que nem todo caso multiconectado envolve mais que uma questão de escolha de lei aplicável. E mesmo casos que envolvessem várias *questões* não são necessariamente resolvidos pela aplicação de leis de diferentes Estado²⁰.

Explana ainda Symeonides que houve uma transi-

16 JUENGER, Friedrich K. *General course on private international law*. Haia: Hague Academy of International Law Courses, 1983. p. 134.

17 JUENGER, Friedrich K. *General course on private international law*. Haia: Hague Academy of International Law Courses, 1983. p. 196.

18 JUENGER, Friedrich K. *General course on private international law*. Haia: Hague Academy of International Law Courses, 1983. p. 187.

19 Caso paradigmático para o estudo do conflito de leis nos Estados Unidos, embora o autor reconheça que não se trate de um caso de *dépeçage*, tal qual pelo autor definido.

20 SYMEONIDES, Symeon C. Issue-by-issue analysis and *dépeçage* in choice of law: cause and effect. *The University of Toledo Law Review*, n. 45, p. 13, 2013.

15 REESE, Willis L. M. *Dépeçage: a common phenomenon in choice of law*. *Columbia Law Review*, n. 73, 1973. p. 58.

ção de modelos no direito norte-americano. Em um primeiro momento, representado pelas regras do *First Restatement*²¹, existiria excessiva amplitude nas *categorias* para efeito de conflito de leis. Por exemplo, no que tange contratos, o local da celebração regeria capacidade, necessidade de consenso ou “consideração”, fraude, ilegalidade e outras fontes de invalidade. O autor aponta a falta de flexibilidade daquele modelo levando a *escolha de leis por atacado* pelas cortes²². Essa abrasadora amplitude seria inclusive uma das razões para a tão conhecida *Revolução Norte-Americana* no conflito de leis, geralmente associada ao caso *Babcock*. Em um segundo momento, as cortes norte-americanas teriam evoluído para um modelo de *escolha no varejo*, utilizando uma análise de *questão-por-questão* (*issue-by-issue*). O *Second Restatement*, assim, reforçaria o tratamento por *questões particulares* e isso seria um dos poucos pontos nos quais haveria consenso nos Estados Unidos; isto é, uma análise mais restrita, por *questões*. Exemplifica o autor que duas unidades da federação teriam adotado, inclusive, esta orientação: Louisiana e Oregon²³. Nelas, em conflitos contratuais, as questões de forma, capacidade e consenso são tratadas por regras de conflito distintas - modelo próximo ao sistema brasileiro, previsto na LINDB, como já mencionado.

Já quanto a uma definição do instituto, Symeonides propõe que o *dépeçage* é a aplicação de leis substantiva de mais de um Estado para *diferentes questões* na mesma *causa de pedir* (*cause of action*). Não seria doutrina, teoria, abordagem, princípio, regra, técnica, processo, nem mesmo objetivo da escolha de leis; é, simplesmente, o potencial e ocasional resultado da análise de *questão-por-questão*. Ocorreria *dépeçage* somente quando uma corte aplica o direito material de diferentes Estados a diferentes questões na mesma causa de pedir. Oferece igualmente contraexemplos. Quando uma corte aplica seu próprio

direito processual (lei do foro) e um direito alheio à questão substantiva de uma obrigação, não haveria *dépeçage*. Igualmente, se em um mesmo caso existem duas causas de pedir, uma relativa ao contrato, com aplicação da lei do Estado A, e outra relativa a responsabilidade extracontratual, com a aplicação da lei do Estado B, não se estaria diante, propriamente, do *dépeçage*²⁴.

Resumidamente, de forma similar à doutrina francesa e alemã, observam-se variações quanto à abrangência e recepção do *dépeçage* na doutrina norte-americana selecionada. Juenger, entretanto, parece representar uma posição intermediária, ao se concentrar menos em uma definição e mais na observação de um *espectro de dépeçage*. As múltiplas formas de fatiamento dos casos multiconectados, que opõe doutrinadores, conduz ao respectivo espectro. Ademais, entre os doutrinadores perfilados até o momento, Symeonides é o único a deslocar a análise do *dépeçage* para conceitos próprios da teoria processual (*causa de pedir*).

Feitas essas considerações da doutrina comparada, avança-se neste artigo para a doutrina brasileira. Repetese a divergência conceitual? Em qual orientação ou forma de sistematização se pauta nossa doutrina?

3.3. Doutrina Doméstica

Similarmente às seções anteriores, procurou-se analisar parte da doutrina seminal e contemporânea do *dépeçage*. Nesse momento, porém, pela ótica de doutrinadores nacionais. Como esperado, observa-se interposição intelectual entre autores nacionais e estrangeiros, principalmente de tradição continental.

Oscar Tenório discorrendo sobre o direito das obrigações e a autonomia da vontade, admite noções do que alguns considerariam uma discussão sobre fracionamento, em seu sentido mais amplo. Aduz que a liberdade convencional é mitigada por noções de leis imperativas. Em matéria de contratos, questões de capacidade e licitude do objeto lícito estariam disciplinadas por leis dessa natureza. E questiona, sem se utilizar do termo *dépeçage* ou qualquer terminologia próxima, como saber qual a norma imperativa aplicável²⁵. Em breve

21 Embora pouco estudados no Brasil, os *Restatements* são produzidos pelo American Law Institute (ALI), organização privada e independente que agrega juízes, docentes e advogados com o intuito de aprimoramento e orientação interpretativa do *common law* norte-americano. Não há congênere no Brasil. Em nosso sistema, entendo que as Jornadas de Direito, sob a égide do Conselho da Justiça Federal, com a produção de enunciados não vinculativos, aproximam-se da dinâmica citada.

22 SYMEONIDES, Symeon C. Issue-by-issue analysis and dépeçage in choice of law: cause and effect. *The University of Toledo Law Review*, n. 45, p. 1-2, 2013.

23 SYMEONIDES, Symeon C. Issue-by-issue analysis and dépeçage in choice of law: cause and effect. *The University of Toledo Law Review*, n. 45, p. 4-5, 2013.

24 SYMEONIDES, Symeon C. Issue-by-issue analysis and dépeçage in choice of law: cause and effect. *The University of Toledo Law Review*, n. 45, p. 9, 2013.

25 TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1976. p. 174.

passagem, o autor levanta, ademais, o questionamento acerca do que se poderia convencionar como um fracionamento mais restrito. Explica que, nesse caso, “a preocupação está no estabelecimento da *lei única para as obrigações*”, reconhecendo divergências no plano internacional. A ideia encontraria amparo no já exposto na obra de Savigny. Nela, segundo o autor, aplicar-se-ia, às *obrigações de cada parte*, seu próprio direito, i.e., para *cada uma das obrigações* sua própria *lex loci solutionis*. A técnica é mencionada como método – sem o uso da expressão *dépeçage* – e classificada como *incômoda*, mas que conduziria a resultados práticos e corresponderia a olhar “as coisas como elas são”²⁶.

Valladão, novamente versando sobre autonomia da vontade na escolha da lei aplicável, e igualmente sem mencionar o termo *dépeçage*, admite a possibilidade de que a referência à *lex fori* ou à lei estrangeira possa ser feita total ou parcialmente “*para cada parte do contrato*”²⁷. Menciona, ademais, curioso estudo em que o fracionamento poderia se estabelecer até mesmo em matérias procedimentais nas quais, tradicionalmente, toma-se como dado a aplicação de somente uma lei - a do foro (*ordinatorium litis*). A hipótese, embora não detalhada, seria encontrada em estudo do Professor Szászy em que se advoga não mais a aplicação integral da *ordinatorium litis* mas o critério *das matérias mais ligadas ao processo* (que normalmente coincidem, mas não necessariamente o são). Nesse caso, aplicar-se-ia a norma processual da lei própria do contrato ou da *lex civilis causae*²⁸.

Já Dolinger, ao incursionar por seis séculos na obra de Bártolo, utiliza expressões como *bifurcação* e *cisão* para lembrar que o clássico autor italiano já havia cindido o direito aplicável aos contratos internacionais. Bártolo teria se utilizado de em um critério temporal para aplicar regras de conflito distintas. O *momento de assinatura do contrato* faz com que *questões* relativas à sua validade, substância, interpretação e efeitos fossem regidas pela lei de feitura do contrato. Já o *momento das consequências finais* do contrato faz com que questões como negligência, inadimplemento e forma de execução fossem regidos pela lei de local do cumprimento (se fixado pelas

partes) ou pela *lex fori* (se não fixado)²⁹. Ademais, em concisa passagem, acena o autor que a distinção entre a lei que rege a capacidade e a lei que rege o contrato estaria contida em uma teoria do *dépeçage*. Nela se aceitaria o desmembramento dos vários aspectos de uma relação jurídica transnacional, embora o autor também não a detalhe³⁰.

Contemporaneamente, autores oscilam entre versões mais amplas e mais restritas do instituto. Nadia de Araujo, aludindo à complexidade dos contratos internacionais e aos ensinamentos de Savigny, define o instituto como “mecanismo pelo qual um *contrato* ou uma *instituição* é dividida em diferentes *partes*, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes”. Explica sua ocorrência em dois níveis: (i) derivado do próprio sistema de direito internacional privado que, por exemplo, faz com que a substância de um contrato seja regida por uma lei e a capacidade, forma e execução por outra; e (ii) derivado e resultado do desdobramento da autonomia das partes, em função da faculdade delas determinarem mais de uma lei aplicável ao contrato. Reforça sua posição com a doutrina de Maria Helena Diniz e Grandino Rodas que, respectivamente, teriam se referido ao *dépeçage* como (i) “método analítico mais profundo de todos os elementos de conexão” e (ii) “opção realista pela aceitação de que [a relação de contratos internacionais] seja regida por mais de um sistema jurídico, aplicando-se o *morvellement*, com a consequente aplicação de vários direitos”³¹.

Basso, por sua vez, no que toca ao *dépeçage* decorrente da autonomia da vontade das partes, define-o como a “divisão do contrato de forma que cada *sessão* ou *segmento* seja submetido a sistemas nacionais diversos”. Condiciona-o, entretanto, à ausência de resultados contraditórios quando da escolha de diversos direitos aplicáveis.

29 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): direito civil internacional: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 235-237; p. 486-489.

30 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): direito civil internacional: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 446.

31 ARAUJO, Nadia de. A autonomia da vontade nos contratos internacionais: situação atual no Brasil e no Mercosul. *Revista do Ministério Público*, n. 6, p. 156-157, 1997. ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. in: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207-208. De forma similar, na edição mais recente: ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016. Item 19.3 com notas de rodapé.

26 TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1976. p. 176 e nota de rodapé 14.

27 VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1980. p. 369.

28 VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1980. p. 378.

Conclui, assim, não ser de *fácil* aplicação, compartilhando a visão de que o contrato deve ser regido por uma única lei. Abre, porém, exceção à hipótese de um *grande contrato* que possa ser decomposto em outros separáveis e independentes³².

Como sinopse, mais uma vez se observam versões abertas e contidas do instituto. É de se notar a possível identificação do *dépeçage*, por Dolinger, já na longínqua doutrina de Bártolo, por meio das expressões *bifurcação* e *cisão*. Chama à atenção, igualmente, a possibilidade do *dépeçage* em questões de direito processual em tese que, embora mencionada por Valladão, encontra-se pouco desenvolvida. Além disso, é importante notar as visões contemporâneas que, pragmaticamente, apontam como fonte do instituto o próprio sistema de direito internacional privado ou a autonomia das partes, conforme Nadia de Araujo.

A próxima seção evolui para: (i) agrupar argumentos lógicos encontrados nas doutrinas expostas; (ii) e reconhecer diferentes níveis de *dépeçage* que, em algumas situações, confundem-se com outros conceitos jurídicos. Com isso, permitir-se-á que se desmistifique e se relativize o resultado da pesquisa engendrada.

4. AGRUPANDO OS ENTENDIMENTOS SOBRE O DÉPEÇAGE

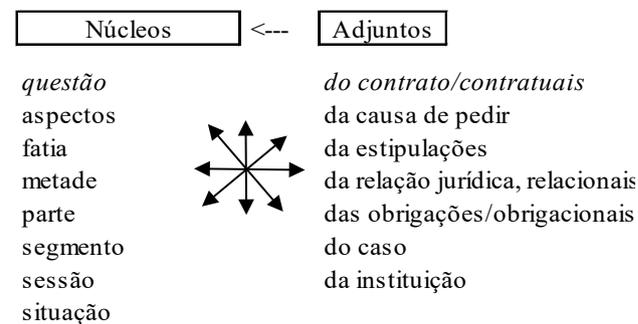
Do exposto das fontes doutrinárias comparadas e nacionais, é possível agrupar entendimentos comuns e demarcar diferenças na análise do *dépeçage*. Decerto, outros agrupamentos poderiam ser feitos. A análise poderia se desenrolar em torno das fontes do *dépeçage* (volitiva ou sistêmica); ainda, pelo desenvolvimento dos argumentos consequencialistas, revelando-se visões sobre os potenciais benefícios e custos do *dépeçage*³³. O foco, entretanto, é o contraponto entre variações conceituais e ausência da observação jurisprudencial.

Como visto, as distintas narrativas doutrinárias giraram em torno de um padrão de sintaxe relativamente

determinável. Em linguagem formal, a sintaxe se concentrava em determinados núcleos nominais complementados por adjuntos. Especificamente, observou-se predominância do núcleo “questão” e do adjunto – ou locução – “do contrato/contratual”.

A figura seguinte representa o sugerido, sendo que núcleos e adjuntos possuem mais de uma combinação.

Figura 1 – Núcleos e Adjuntos do *Dépeçage*



Fonte:

A diversidade de definições doutrinárias, entretanto, não pode ser caracterizada precipuamente pelas possíveis combinações entre núcleos e adjuntos. Sugiro que, muito mais, em função do que cada autor considera como *uma questão, uma situação, uma metade, uma parte, uma fatia* etc. do contrato; em termos sintáticos, o tipo de *aposto* que esclareceria cada núcleo.

Nas concepções mais restritas que expressamente mencionam o termo *dépeçage* - admitidas em Batiffol, Audit, Reese e Symeonides, e, na doutrina nacional, em Nadia de Araujo e Basso -, o que se entende por *questão*, ou por seus núcleos equivalentes, orbita em torno da substância ou do fundo contratual³⁴. Nas acepções mais amplas que manifestamente usaram o termo *dépeçage* - Batiffol, Reese e Symeonides, e, na doutrina pátria, Dolinger e Nadia de Araujo -, o termo é utilizado com outro propósito. Isto é, quando a capacidade dos contratantes, a forma do contrato e a sua substância são regidos por leis de distintos sistemas ocorreria o *dépeçage*.

Por isso, bem empregada por Juenger a expressão *espectro de dépeçage*. Ao invés de se concentrar em uma definição consistente, reconhece o autor variações, o que corresponde ao que sugerimos ser mutações no conteúdo de cada núcleo.

32 BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais de comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas*. São Paulo: LTR, 1994. p. 53.

33 Notadamente, quanto à fonte, Batiffol e, no caso brasileiro – Tenório e Nadia de Araujo. Já quanto ao consequencialismo, vejamos o já referido em Batiffol, Audit e Juenger. No caso brasileiro, Tenório e Basso, sendo ponto comum uma visão pouco otimista quanto ao *dépeçage*.

34 Se não levarmos em conta a expressa menção ao termo, mas apenas a ideia do *dépeçage* que pode ser subsumida de forma mais restrita, adicionaríamos: Savigny, na doutrina comparada, e Tenório, Valladão e Dolinger, na nacional.

Ademais, no limite, as versões demasiadamente dilatadas como ilustração do *dépeçage* encontram menor guarida doutrinária. Por exemplo, apenas Reese, em sua versão amplíssima do conceito, sugere que quando, em um caso, a lei processual (*lex fori*) e a lei da substância do contrato não coincidem, tem-se uma espécie de *dépeçage*. E são também essas situações que atraem manifestações diretamente opostas do que *não é dépeçage*, como sugerido por Symeonides. Este autor, inclusive, ao contrário de todos, é o único que desloca o *dépeçage* para uma questão processual: a causa de pedir. Entretanto, não resolve o dilema do conceito - aliás parece não ser esse o seu propósito. Simplesmente, entendemos que a discussão é transposta para mais um tipo de núcleo, pertencente ao direito processual.

Procuremos ilustrar as ideias acima expostas. Como ponto de partida, tomemos um contrato celebrado presencialmente entre duas partes nas seguintes circunstâncias: (i) a parte “P1” possui domicílio no Estado “E1”, a outra “P2”, no Estado “E2”; (ii) o contrato, celebrado presencialmente entre “P1” e “P2”, em “E2”, estabelecia que, quanto ao direito aplicável, aplicar-se-ia o direito de “E2”, para o inadimplemento do contrato, e o direito de “E1”, em relação a sua extinção; e (iii) em um eventual litígio, a controvérsia foi trazida à apreciação da jurisdição “E1” em função, por exemplo, da escolha de foro entre as partes.

Espectros do dépeçage surgem ao se considerar que:

Na versão mais restrita do espectro: assumindo-se uma regra de conflito pró-autonomia da vontade para contratos internacionais na jurisdição “E1”, o contrato seria regido, em sua substância, por pelo menos dois corpos de normas: a do Estado “E2” (para inadimplemento) e a do Estado “E1” (para sua extinção)³⁵;

Na versão mais ampla do espectro: assumindo-se uma regra de conflito, na jurisdição “E1”, remetendo a capacidade do contratante à lei de seu domicílio, a capacidade de “P2” seria regida pela lei do Estado “E2”, ao passo que questões substantivas do contrato seriam regidas, potencialmente, por outro corpo de normas: “E1” para, por exemplo, a extinção do contrato. Também não parece improvável admitir que, nessa mesma lógica, devido

ao fato da capacidade do contratante “P1” se reger pela lei de “E1” e a do contratante “P2” se reger pela lei de “E2” haveria *dépeçage*. O problema, naturalmente, é que estaríamos diante do fracionamento em praticamente todo contrato em que qualquer elemento de conexão remeta à aplicação potencial de mais de um direito. O *dépeçage* passa a se confundir com as inúmeras possibilidades ou a própria disciplina do conflito de leis;

No limite da amplitude do espectro: ao processo submetido à jurisdição “E1”, aplicar-se-á o direito processual do “E1” (*lex fori*), ao passo que a capacidade da parte “P2” e o inadimplemento do contrato terão a regência orientadas pelas normas de “E2”. Como já proposto, este limite avança ainda mais a hipótese do *dépeçage*. É pertinente se questionar, contudo, se se chega a alterar as unidades de análise ou, em última instância, hipóteses de incidência de normas de distintas naturezas. Nos dois primeiros espectros estamos diante de questões resolvíveis, após a incidência das normas conflitivas, por normas pertencentes ao que denominamos direito civil. No último caso, alcançaríamos normas concernentes aos ramos do direito processual civil e civil.

Embora factível o exercício do espectro, deve-se admitir que as dificuldades não desaparecem por completo. Há mesmo um problema de definição recursiva ou tautologia. Em última análise, deve-se lembrar a problemática da “qualificação” ou “classificação” no direito internacional privado. Explica-se. Uma determinada ordem jurídica pode classificar como substância algo que é considerado como matéria processual em outra jurisdição. Apenas para que fiquemos em um exemplo, prescrição obrigacional é tema que envolve visões distintas sobre sua natureza – ora processual, ora material - a depender da jurisdição em foco. Igualmente, um sistema jurídico pode classificar como matéria de fundo do contrato a questão da capacidade das partes contratantes. Por isso, reforça-se uma visão de que mais do que uma definição, a ideia de Juenger de *espectros de dépeçage*, ainda que imperfeita, orienta-se para uma observação sobre distintos graus e amplitudes do termo. Ao mesmo tempo permite que se sejam críticas sobre a localização das faixas de cada espectro em relação a outros conceitos encontrados na matéria.

A partir destas considerações, pode-se entender como *ilusória* a ausência do *dépeçage* na pesquisa empreendida na jurisprudência brasileira. Se consideramos os espectros do *dépeçage* sugeridos para as versões mais

35 O exemplo se baseia em regras de origem estatal “E1” e “E2”, mas é de se questionar se o mesmo raciocínio seria aplicável caso a menção do direito aplicável tivesse sido feita a regras uniformes ou costumeiras não-estatal (ex. *lex mercatoria*, INCOTERMS, princípios da UNIDROIT etc.).

amplas e no limite do termo, poderíamos concluir por sua existência em nosso modelo. Afinal, a versão mais ampla representa o que atualmente já são as disposições da LINDB para o direito aplicável à capacidade e substância. A crítica é que, nesse caso, *dépeçage* se entrelaçaria com as próprias possibilidades e dinâmica do conflito de leis. No limite do espectro, teríamos um nível de fracionamento envolvendo regra de direito civil e processual civil, também retrato de como funciona atualmente nosso sistema. Por fim, entendemos que a versão mais restrita do *dépeçage*, para ser reconhecida como parte de nosso sistema, muito dependeria da aceitabilidade da autonomia da vontade em matéria contratual internacional³⁶. É de se salientar, apenas, que regras específicas aplicáveis aos contratos cobertos pela CISG, brevemente notadas, possuem o condão de alterar entendimentos, merecendo pesquisa continuada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciarmos essa pesquisa partimos de um paradoxo gerador de uma inquietação. A doutrina selecionada - comparada e nacional -, de um lado, fazia menção ao termo *dépeçage* como algo presente no conflito de leis envolvendo contratos internacionais. Por outro lado, a jurisprudência brasileira recente (2006-2015), quando pesquisada, não revelava o uso do termo.

A primeira reação poderia ser a de que não se utiliza o *dépeçage* no sistema de conflito de leis brasileiro. Concluímos, entretanto, o quão ilusório seria essa afirmação.

Do ponto de vista de uma metodologia de busca de jurisprudência, inúmeras variações do termo, e o mero fato de que cortes podem estar se orientando pela ideia de fracionamento sem expressamente aludir a uma expressão pré-determinada, mitigam a falta de resultados. Além disso, do ponto de vista da concepção do que seja *dépeçage*, variações de sua semântica e abrangência relativizam ainda mais o resultado da pesquisa.

Se uma pretensa precisão do *dépeçage* não foi contornável, reforçamos a sugestão de Juenger no sentido de se observarem *espectros do dépeçage*. Ao propormos o agrupamento de núcleos e seus respectivos adjuntos, podemos melhor identificar três desses espectros, em linha com o que, parcialmente, a doutrina sugeria: mais

restrito, mais amplo e no limite da amplitude, com críticas a cada uma destas faixas do espectro.

O primeiro espectro representa um maior desafio de observação em casos práticos no Brasil, em função da aceitabilidade ou não da autonomia da vontade quanto ao direito aplicável, face à LINDB. As outras duas faixas de espectro, entretanto, correspondem atualmente ao *modus operandi* da LINDB sendo observadas, sem maiores esforços, no sistema brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Nadia de. A autonomia da vontade nos contratos internacionais – situação atual no Brasil e no Mercosul. *Revista do Ministério Público*, n. 6, 1997.

ARAUJO, Nadia de. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 195-229.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

AUDIT, Bernard. Le droit international privé a fin du XXe siècle: progrès ou recul. *Revue Internationale de Droit Compare*, v. 50, n. 2, 1998.

AUDIT, Bernard; D'AVOUT, Louis. *Droit international Privé*. 7. ed. Paris: Economica, 2013.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais de comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas*. São Paulo: LTR, 1994.

BATTIFOL, Henri. *Traité élémentaire de droit international privé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2015.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte especial): direito civil internacional: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

36 Veja-se nota de rodapé 2.

- JUENGER, Friedrich K. *General course on private international law*. Haia: Hague Academy of International Law Courses, 1983.
- PIGNATTA, Francisco Augusto. *Comentários à Convenção de Viena de 1980: artigo 6*. 2012. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art6.pdf>.
- REESE, Willis L. M. Dépeçage: a common phenomenon in choice of law. *Columbia Law Review*, n. 73, 1973.
- RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19-65.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *A treatise on the conflict of laws and the limits of their operation in respect of place and time*. London: Stevens and Sons, 1869.
- SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Comentários à Convenção da Nações Unidas sobre Contratos de compra e venda internacional de mercadorias: artigo 6*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SYMEONIDES, Symeon C. Issue-by-issue analysis and dépeçage in choice of law: cause and effect. *The University of Toledo Law Review*, n. 45, 2013.
- TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1976.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1980.
- WATT, Horatia Muir. *Aspect Économiques du droit international privé*. Leiden: M. Nijhoff, 2005.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais
The direct effect of directives and fundamental rights

Lucas Fonseca e Melo

José Levi Mello do Amaral Júnior

O efeito direto das diretivas e os direitos fundamentais

The direct effect of directives and fundamental rights

Lucas Fonseca e Melo**

José Levi Mello do Amaral Júnior***

RESUMO

O artigo analisa quais são os efeitos de uma diretiva e, a partir de quando, uma diretiva produz efeito jurídico. A metodologia utilizada no presente trabalho é a qualitativa, na modalidade estudo de caso, uma vez que o trabalho é focado na evolução da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre o tema. O objetivo específico é aprofundar no efeito direto horizontal das diretivas, tendo em vista as novas jurisprudências que reforçaram a invocabilidade direta dessas normas por particulares perante tribunais nacionais, nos casos em que elas concretizam direitos fundamentais. Ao final, conclui-se que uma diretiva pode ter efeito direto, em determinadas situações excepcionais.

Palavras-Chave: Diretivas. Direitos fundamentais. Efeito direto. Evolução jurisprudencial. Tribunal de Justiça da União Europeia.

ABSTRACT

The article aims to analyze what are the effects of a directive and when a directive produces legal effect. A qualitative case study methodology is used since this study focuses on the evolution of the Court of Justice of the European Union's jurisprudence concerning directives. More specifically, it aims to look more closely and in depth the horizontal direct effect of directives in view of the new jurisprudence that allows for the direct application of directives by private citizens in national courts when directives embody fundamental rights. It is concluded that a directive may have a direct effect in certain exceptional situations.

Keywords: Directives. Direct effect. Evolution of jurisprudence. Court of Justice of the European Union.

1. INTRODUÇÃO

Determinar o efeito jurídico de uma diretiva não tem sido tarefa fácil, não pela simplicidade das suas disposições, no ordenamento jurídico da União Europeia, que regulam a matéria, mas pela evolução jurisprudencial que o

* Autores convidados

O presente artigo é a versão revisada, corrigida e reduzida, pelo coorientador brasileiro, de relatório apresentado na disciplina de Direitos Fundamentais, sob a regência da Professora Doutora Maria Luísa Duarte, no curso de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2013

** Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas em cotutela na Universidade de São Paulo e na Universidade de Lisboa. Assessor Especial do Ministro de Estado da Justiça e Cidadania. Procurador da Fazenda Nacional

*** Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Professor do Doutorado e Mestrado em Direito do Uni-CEUB. Secretário-Executivo do Ministério da Justiça e Cidadania. Procurador da Fazenda Nacional. E-mail: jose.levi@uol.com.br

tema sofreu e vem sofrendo no Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Essas alterações geram dúvidas, muitas ainda não completamente resolvidas. Não é a toa que Maria Luísa Duarte aduz que “a diretiva é o ato jurídico que exhibe um maior grau de originalidade entre as formas jurídicas do querer normativo¹.”

A complexidade do tema refere-se, especificamente, quanto aos verdadeiros destinatários da norma e a sua eficácia jurídica. Porém, o assunto ganha maior relevo quando essas diretivas concretizam direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais alçaram, no decorrer da história, diferentes níveis hierárquicos no direito da União Europeia. Essa alternância ocorreu em vista da evolução jurisprudencial e das revisões formais nos Tratados Instituidores. Fato é que os efeitos jurídicos decorrentes dos atos que concretizam direitos fundamentais foram alterados, uma vez que os direitos fundamentais, após o Tratado de Lisboa, foram equiparados às demais fontes originárias do direito da União Europeia.

O presente trabalho enfrenta os seguintes problemas: quais são os efeitos de uma diretiva e a partir de quando uma diretiva produz efeito jurídico? As análises desses problemas são feitas a partir da evolução do tema na jurisprudência do TJUE.

O objetivo específico é aprofundar no efeito direto horizontal das diretivas, tendo em vista as novas jurisprudências que reforçaram a invocabilidade direta dessas normas por particulares perante tribunais nacionais, nos casos em que elas concretizam direitos fundamentais.

2. FONTES DA UNIÃO EUROPEIA

O direito da União Europeia forma um sistema jurídico autônomo, não se confundindo com o direito internacional ou com o direito interno de um Estado-membro. É composto por um conjunto de normas ordenadas hierarquicamente. Tem como característica singular a supranacionalidade. Na União Europeia, as Constituições dos Estados-membros permitem a delegação de competência a um Poder Supranacional. Assim, diferentemente do que ocorre na ordem jurídica

internacional clássica, a ordem jurídica da União Europeia pressupõe a partilha da soberania dos Estados-membros, que se submetem a uma ordem jurídica superior de caráter supranacional².

O direito da União modifica e integra, direta ou indiretamente, o ordenamento dos Estados-membros, por meio das fontes secundárias. Percebe-se, assim, uma grande diferença entre a União Europeia e as obrigações oriundas de tratados internacionais, reguladas pelo direito internacional, uma vez que esse último pressupõe a autonomia dos ordenamentos nacionais frente às demais entidades internacionais e os outros países, sendo que qualquer alteração nos ordenamentos internos só é possível de ser concretizada pela via da ratificação.

As fontes do direito da União Europeia são o direito originário (fontes primárias), o direito derivado (fontes secundárias) e as fontes complementares³.

2.1. Fontes Primárias

As fontes primárias são atos jurídicos que contêm dispositivos inovadores, desvinculados de qualquer fundamento existente anteriormente. Denomina-se direito originário porque sobrevive aos acordos internacionais celebrados entre os Estados-membros, constituindo o fundamento dos atos jurídicos posteriores a serem expedidos pelos órgãos da União⁴.

O Direito primário ou originário integra o bloco de constitucionalidade da União Europeia (UE). Com-

2 FERREIRA, Lier Pires; FRAGOSO, Geraldo. O direito comunitário na União Europeia. *VoxJuris*, ano 1, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2008. Disponível em: <<https://ugf.br/files/stricto/direito/revista/14.artigo.07.pdf>> Acesso em: 05 ago. 2013.

3 As fontes complementares não serão objeto do presente trabalho, elas são compostas pelos seguintes institutos: a jurisprudência, a doutrina, o direito internacional, os tratados internacionais celebrados pela União e pelas comunidades com terceiro, os acordos mistos, os tratados internacionais concluídos pelos Estados membros com terceiros, os Tratados internacionais concluídos pelos Estados membros entre si, os atos unilaterais de organizações internacionais, acordos interinstitucionais, os atos atípicos e as conclusões e resoluções do conselho. Sobre o tema Cf. QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 343-394; MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p.373-420; CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da União Europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 295-352.

4 FORTE, Umberto. *União Europeia: Comunidade Económica Europeia: direito das Comunidades Europeias e harmonização fiscal*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 31.

1 DUARTE, Maria Luísa. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 423-439.

preende um conjunto de instrumentos e princípios dotados de idêntica natureza e colocados no mesmo plano hierárquico normativo. O direito primário é “composto pelos tratados comunitários, isto é, pelos Tratados que instituíram as Comunidades Europeias e pelos Tratados, ou outros actos, que os modificaram”⁵ e pelos princípios gerais do direito⁶, definidos como “regras jurídicas não escritas, comuns e aceitas pelos sistemas jurídicos dos Estados-membros, constituindo os suportes estruturais do sistema normativo”⁷. Dele fazem parte os Tratados instituidores, os protocolos adicionais, os atos de complementação e atos de adesão. Todos esses componentes formam um todo unitário que devem ser analisados em conjunto.

Os três tratados que estabeleceram a comunidade europeia são nomeados de Tratados instituidores. São os seguintes: o da CEEA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço), também conhecido como Tratado de Paris⁸, celebrado em 18 de abril de 1951; o da CEE (Comunidade Econômica Europeia) e o da CEEA (Comunidade Europeia de Energia Atômica ou EURATOM). Os dois últimos compõem o Tratado de Roma⁹, de 25 de março de 1957. Esses Tratados, suas alterações e complementações são considerados fontes originárias do Direito da União Europeia¹⁰.

Outras fontes originárias da União Europeia são: 1) o Tratado de Bruxelas; 2) O Ato Único Europeu; 3) o Tratado de Maastrich ou Tratado da União Europeia; 4) o Tratado de Amsterdã, 5) o Tratado de Nice e 6) o Tratado de Lisboa.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados, de 1969, determina, em seu art. 31º, que, para efeitos de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto: 1) o preâmbulo e anexos incluídos, 2) qualquer acordo relativo ao tratado e que tenham sido celebrados entre as Partes quando da con-

clusão dos tratados, 3) qualquer instrumento estabelecido por uma ou mais Partes quando da conclusão do tratado e aceito pelas outras Partes como instrumento relativo ao tratado. Logo, todas essas partes dos tratados compõem o direito originário¹¹.

Rui Manoel Moura Ramos explica que diversos outros tratados que fazem referência aos Tratados mencionados, sejam modificando-os ou complementando-os, também são considerados fontes primárias¹².

A semelhança do que ocorre nos ordenamentos jurídicos nacionais, a União Europeia apresenta-se hierarquicamente estruturada. As fontes primárias constituem parâmetro material e formal de controle do direito secundário.

2.1.1. Os direitos fundamentais como fonte primária

Os Tratados Instituidores da União Europeia foram silentes quanto à proteção dos direitos fundamentais. Embora a inclusão desses direitos tenha sido objeto de discussão na fase de elaboração dos projetos de Tratados Instituidores¹³, a versão final aprovada não consagrou esses direitos nos atos jurídicos constitutivos das Comunidades Europeias.

Porém, fato é que o direito da União Europeia nunca passou ao largo dos direitos fundamentais, tanto assim o é que o Ato Único Europeu “inscreveu no preâmbulo da matriz institutiva das Comunidades Europeias¹⁴, uma fórmula genérica de declaração de direitos¹⁵”, ao subscrever que os Estados-membros comprometem-se:

A promover conjuntamente a democracia, com base nos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção de proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente, a liberdade, a igualdade e a justiça social.

5 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 343.

6 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 184-186.

7 DROMI, José Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel Angel; RIVERA, Julio César. *Derecho comunitario: sistemas de integración, régimen del Mercosur*. Ciudad Argentina, 1995. p. 44.

8 Caducou em 23 de julho de 2002.

9 Atualmente conhecido como Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.

10 Sobre a criação da comunidade Europeia, Cf. DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: estática e dinâmica da ordem jurídica Eurocomunitária*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 40-111.

11 CAMPOS, João da Mota. *Manual de direito comunitário*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 183.

12 RAMOS, Rui Manoel Moura. *Das comunidades à União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 72-73

13 ZULEEG, Manfred. Fundamental rights and the law of the European Communities. *Common Mkt. L. Rev.* v. 8, p. 446 et seq. 1971.

14 DUARTE, Maria Luísa. *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias, II*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 210

15 DUARTE, Maria Luísa. *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias, II*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 210.

Porém, apesar disso, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), numa primeira fase, foi positivista, no que se refere às normas que deveria aplicar e dogmático na defesa do primado do direito comunitário em situação de conflito com o direito nacional, fase essa que Maria Luísa Duarte designa como “agnosticismo valorativo”¹⁶. Nessa fase, o Tribunal de Justiça compreendia que se o direito comunitário prevalecia sobre o direito nacional, isso implicava a prevalência sobre todas as normas constitucionais, mesmo as relativas aos direitos fundamentais. Durante o período agnóstico, o Tribunal de Justiça elege a “natureza absoluta e incondicional do primado sobre qualquer norma constitucional ou internacional garantidora de direitos fundamentais”,¹⁷ sendo uma referência para esse período os casos Stork¹⁸ e o Consórcio de Carvão do Ruhr¹⁹. Nessa fase, os valores pelos quais o TJUE se orientou foram apenas o da liberdade de mercado e o da concorrência.

Fato é que o não-reconhecimento dos direitos fundamentais como fonte do direito da Comunidade Europeia suscitou nos tribunais constitucionais, nomeadamente, o alemão e o italiano, uma legitimidade para submeter os atos comunitários, a serem aplicados em seu território, a um controle de constitucionalidade no qual prevaleciam os direitos fundamentais, sob a justificativa de que a transferência de soberania para a União Europeia não podia configurar em diminuição dos direitos dos particulares.

O Tribunal de Justiça viu-se confrontado por alguns tribunais constitucionais e percebeu o risco do agnosticismo valorativo para a supremacia do direito da União Europeia, uma vez que os atos comunitários para serem aplicados nos territórios nacionais estavam sendo submetidos, quando do controle dos tribunais nacionais, ao parâmetro dos direitos fundamentais. Assim, o Tribunal de Justiça viu-se na necessidade “de enunciar um princípio geral de submissão das instituições comunitárias aos direitos fundamentais”²⁰.

O acórdão Stauder²¹ foi o marco inicial dessa segunda fase da jurisprudência do Tribunal de Justiça, pois, a partir desse caso, o Tribunal de Justiça integra os direitos fundamentais aos princípios gerais de Direito Comunitário, cujo respeito passa a ser observado pelo próprio Tribunal.

O caso Stauder refere-se a um beneficiário de uma pensão de guerra que considerou um atentado à sua dignidade pessoal e ao princípio da igualdade o fato de ter de se identificar para poder comprar manteiga a preço reduzido. Embora o Tribunal de Justiça tenha começado por considerar que, de acordo com as disposições comunitárias, não era obrigatória a identificação e que por isso se tornava desnecessário examinar o modo como o direito fora violado, acabou por reconhecer que o respeito pelos direitos fundamentais fazia parte dos princípios gerais da ordem jurídica comunitária e que lhe competia fazê-los respeitar. O Tribunal reconheceu assim, pela primeira vez, a existência de um regime autônomo de direitos fundamentais na União Europeia.

A jurisprudência iniciada no acórdão Stauder foi confirmada no caso Internationale Handelsgesellschaft²². Nesse Acórdão, o TJUE afirma que “a salvaguarda dos direitos fundamentais, inspirando-se nas tradições comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no quadro, na estrutura e nos objetivos da Comunidade”²³.

A primeira fonte invocada para esse novo princípio geral de direito comunitário foram as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros. Porém, em 1974, o Tribunal de Justiça inaugurou uma nova fase e acrescentou às fontes os instrumentos internacionais de direitos humanos de que os Estados-membros eram partes, sendo que os Estados-membros eram partes da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem. No ano seguinte, o TJUE incluiu a Convenção de Roma de 1950²⁴.

16 DUARTE, Maria Luísa. *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias*, II. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 196.

17 DUARTE, Maria Luísa. *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias*, II. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 37.

18 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 04 de Fevereiro de 1959*, Stork, Proc 01/58, Col. 1959, p. 293.

19 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 13 de Maio de 1962*, Consórcio de Carvão do Ruhr, Proc 13/60, Col. 1962, p. 307.

20 MOREIRA, Vital. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 717-745.

21 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 12 de Novembro de 1960*, Stauder, Proc 26/69, Rec 1969, p. 419.

22 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 12 de Dezembro de 1970*, Internationale Handelsgesellschaft, Proc 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

23 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 12 de Dezembro de 1970*, Internationale Handelsgesellschaft, Proc 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

24 MOREIRA, Vital. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 717-745.

O caso Nold II²⁵ inaugura essa terceira fase supra-mencionada na jurisprudência comunitária, que se qualifica pela determinação de um critério materialmente amplo de direitos fundamentais²⁶. Assim, passam a integrar o bloco normativo da União Europeia os direitos fundamentais consagrados nas tradições constitucionais comuns, nas constituições dos Estados-membros e nos instrumentos internacionais relativos aos Direitos do Homem, aos quais os Estados-membros tenham aderido ou cooperado. Esses direitos devem ser garantidos pelo Juiz comunitário em cooperação com os tribunais nacionais²⁷.

Nessa fase, os direitos fundamentais, com especial destaque para os previstos na Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, devem ser compatibilizados ao direito da União Europeia. Porém, não compete à União Europeia examinar a compatibilidade de uma lei nacional, que se situa num âmbito da competência do legislador nacional, com a Convenção Europeia.²⁸ Dessa forma, o Tribunal de Justiça passa a resolver seus casos interpretando o direito comunitário à luz das disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos, chegando até mesmo a anular atos comunitários com fundamento na violação de normas da CEDH.

Nessa nova fase, o Tribunal de Justiça considera-se competente para apreciar a compatibilidade com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de quaisquer atos normativos dos Estados-membros que apresentem um elemento de conexão com o direito Comunitário²⁹. Assim, ganha relevo o critério da “adequação funcional”, uma vez que a União Europeia, por força do princípio da atribuição, encontra-se limitada no seu âmbito de atuação. Sobre o tema discorre Maria Luísa Duarte:

O critério da “adequação funcional” tem, quanto a nós, um duplo alcance: 1) determinados direitos não integram o bloco de supra-legalidade comunitária e não são invocáveis como parâmetro de apreciação da validade dos actos comunitários pela razão singela que as Comunidades Europeias

não poderão, no quadro dos seus poderes, adoptar comportamentos potencialmente contrários a tais direitos – *u.g.*, o direito à vida ou o direito de contrair casamento. A integração material do direito fundamental invocado na ordem jurídica comunitária pressupõe uma avaliação de seu conteúdo garantístico à luz dos fins e objectivos das Comunidades; 2) por outro lado, a invocação de certos direitos, junto dos tribunais nacionais ou junto dos tribunais comunitários, a título de princípios gerais do Direito como fundamento de um juízo de desvalor sobre a legislação nacional aplicável só é procedente na exacta medida em que a matéria regulada pelo decisor nacional integra o âmbito material de aplicação do direito Comunitário³⁰.

Na verdade, a invocação da CEDH tornou-se tão frequente e dominante na jurisprudência do TJUE que “o Tribunal passou a invocar diretamente os diversos direitos da Convenção como se fossem fonte direta³¹”. Maria Luísa Duarte³² aduz que o Tribunal de Justiça literalmente “apropriou-se” do direito da Convenção. O seu entendimento é reforçado por Luís Pedro Cunha,³³ que segundo ele, para o Tribunal, as disposições da Convenção, no âmbito do Direito Comunitário, fazem parte do ordenamento jurídico comunitário. Em suma, como sintetiza Vital Moreira, “muito antes da adesão formal verificou-se uma adesão jurisprudencial”³⁴.

Essa jurisprudência foi sendo sucessivamente confirmada e desenvolvida pelo TJUE. Os princípios nela consagrados foram, posteriormente, incluídos nos Tratados pela via da revisão³⁵. Como explica Maria Luísa Duarte, o grande salto para a consagração dos direitos fundamentais ocorreu com o Tratado de Maastricht, em virtude de duas declarações fundamentais: a vinculação da União Europeia aos direitos fundamentais (art. 6º) e

25 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Maio de 1974*, Nold II, Processo 4/73, Rec. 1974, p. 491.

26 DUARTE, Maria Luísa. *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias, II*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 213.

27 DUARTE, Maria Luísa. *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias, II*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 213.

28 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 11 de Julho de 1985*, Cinètheque, Procs. 60 e 61/84, Col. 1985, p. 2605.

29 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 25 de Outubro de 1975*, Rutili, Processo 36/75, Col. 1975, p. 415.

30 DUARTE, Maria Luísa. *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias, II*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 214.

31 MOREIRA, Vital. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 717-745.

32 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais*. Lisboa, 2006. p. 106.

33 CUNHA, Luís Pedro. Considerações sobre a possibilidade de adesão da comunidade à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. *Gestão e Desenvolvimento*, v. 2, p. 35-52, 1993. Disponível em: <http://www.estig.ipeja.pt/~ac_direito/gestaododesenvolvimento2_35.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

34 MOREIRA, Vital. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1.

35 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Constitucionalismo Europeu e direitos fundamentais após o Tratado de Lisboa*. Instituto de Ciência Jurídico-Políticas. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/822-1351.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

a previsão de um estatuto da cidadania da União, reconhecido a todos os cidadãos dos Estados-membros³⁶. O Tratado de Amsterdã, de 1997, complementou o Tratado da União Europeia e conferiu ao TJUE o poder de fiscalizar a ação das instituições comunitárias à luz dos direitos fundamentais³⁷. Como esclarece Vital Moreira³⁸, o mesmo Tratado garantiu ainda que os direitos e liberdades fundamentais descritos no Tratado de Maastricht fossem critério de conduta dos Estados-membros, podendo o Estado ser sancionado em caso de “violação grave e persistente³⁹”.

Contudo, essas modificações, uma vez que não dotaram a União Europeia de um catálogo de Direitos Fundamentais, não foram suficientes para garantir a aplicação do instituto, cabendo ao Juiz da União Europeia a definição de um modelo de tutela dos direitos fundamentais⁴⁰.

O Tratado de Lisboa representou um novo passo para a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia. O novo artigo sobre os direitos fundamentais (artigo 6º) inscrito no TUE dispõe que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é vinculativa na atuação dos órgãos e Estados-Membros da UE, desde que estes apliquem e executem o direito da União. No entender de Ana Maria Guerra Martins⁴¹ duas são as principais inovações do Tratado: 1) a equiparação do valor jurídico da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) ao dos Tratados; e 2) a atribuição de competência da União Europeia para aderir à CEDH. Assim, a partir desse momento, a União Europeia passa a gozar de um catálogo de direitos fundamentais, o que contribui para o reforço da vertente constitucional da União Europeia.

Assim, em matéria de direitos fundamentais, a União Europeia passa a estar vinculada, formalmente, à Carta de Direitos Fundamentais, que é equiparada à mes-

ma força jurídica dos Tratados. Além disso, o Tratado de Lisboa possibilitou que a União Europeia venha a aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e ao sistema de garantia assegurado pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem⁴². Porém, fato é que essas alterações não acarretaram maiores alterações na jurisprudência do Tribunal de Justiça, pelo menos no curto prazo, pois, como aqui demonstrado, o Tribunal já reconhecia o status de fonte primária aos direitos fundamentais, antes mesmo da sua formalização.

2.2. Fontes secundárias

As fontes secundárias são constituídas pelas normas criadas pelos órgãos da União Europeia, de acordo com os respectivos parâmetros materiais e formais descritos no direito originário. As fontes do direito secundário estão positivadas no art. 288º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), são elas: os regulamentos, as diretivas, as decisões, as recomendações e os pareceres.

Os três primeiros podem ser atos legislativos ou não legislativos, atos delegados e de execução. Na verdade, enquanto atos jurídicos vinculativos, esses três atos podem referir-se às disposições jurídicas de carácter geral e abstrato, bem como medidas concretas e individuais. Significa isto que esses atos suportam, formalmente, o exercício de funções materialmente legislativas ou executivas.

Assim, para o desempenho das suas atribuições e nos termos do TFUE, o Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adotam regulamentos e diretivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres.

As instituições da União apenas podem adotar as fontes secundárias se uma disposição dos Tratados lhes conferir poder para tanto. O princípio da atribuição, que rege a delimitação das competências da UE, está expressamente consagrado no artigo 5º, nº 1, do Tratado da União Europeia (TUE). Todavia, o princípio da atribuição encontra exceção no art. 352 do TFUE que prevê cláusula de competência subsidiária⁴³.

36 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais*. Lisboa, 2006. p. 211.

37 TCE, art. 46, d.

38 MOREIRA, Vital. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1.

39 Art. 7º do TUE.

40 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais*. Lisboa, 2006. p. 211.

41 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Constitucionalismo Europeu e direitos fundamentais após o Tratado de Lisboa*. Instituto de Ciência Jurídico-Políticas. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/822-1351.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

42 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: estática e dinâmica da ordem jurídica Eurocomunitária*. Coimbra: Almedina, 2011. p.80.

43 O artigo 352.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) prevê uma cláusula de flexibilidade relativa aos domínios de competência da União Europeia. Esta cláusula permite

Os processos legislativos (fonte secundária) podem ser ordinários ou especiais. Por meio desses processos legislativos são aprovados regulamentos, diretivas e decisões. São os tratados que determinam os casos que serão regulamentados pelo processo legislativo ordinário e especial.

Além disso, o Tratado de Lisboa introduz “cláusulas-ponte”. Essas cláusulas permitem generalizar, em determinadas condições, o processo legislativo ordinário a domínios inicialmente não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação⁴⁴.

2.2.1. Os regulamentos

Os regulamentos têm caráter geral e são diretamente aplicáveis e obrigatórios em todos os Estados-membros, sem a necessidade de expedição de atos de transposição para que produzam efeitos no ordenamento jurídico nacional de determinado Estado-membro. Calogero Pizzolo ressalta o alcance geral desses atos, ou seja, sua capacidade de gerar direitos e obrigações aos Estados-membros e aos particulares, bem como a sua aplicabilidade direta, que constitui a possibilidade desses direitos e obrigações serem garantidos pelas jurisdições nacionais.⁴⁵

Os regulamentos estabelecem regras, impõem obrigações ou conferem direitos a todos que se incluam ou passem a incluir na categoria de seus destinatários.⁴⁶ As características gerais dos regulamentos são: o caráter geral; a natureza obrigatória; e o fato de gozarem de aplicabilidade direta na ordem interna dos Estados-

-membros⁴⁷.

Embora Fausto de Quadros conceitue o regulamento como ato legislativo, ele próprio chama a atenção para o fato de que existem outras modalidades de regulamento que não se enquadram nessa categoria, é o caso do regulamento de execução ou de aplicação, que é hierarquicamente subordinado ao regulamento de base (ato legislativo).

Desta forma, claro está que os regulamentos da União Europeia gozam de efeito direto vertical, uma vez que podem ser invocados nas relações entre particulares e Estado, bem como de efeito direto horizontal, na medida em que podem ser invocadas nas relações de paridade jurídica entre os particulares.

2.2.2. A decisão

A decisão é ato vinculativo, logo, é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar, está prevista no art. 288, § 4º do TFUE. Caso a decisão se dirija aos particulares, implicará direitos e obrigações relativamente a seus destinatários e constituirá título executivo, aplicando-se diretamente na ordem interna, uma vez que não requer legislação de transposição para vigerem no ordenamento jurídico de um Estado-membro. “A decision of the Council or Commission, being an individual act, is addressed to specified persons, either states or individuals. As it is legally binding, it requires no further implementation”⁴⁸.

João Mota de Campos ensina que a decisão é ato unilateral da Comunidade, é emanada de autoridade supranacional e é obrigatória para os destinatários nela designados. Tem, em regra, o objetivo de prescrever condutas a Estado-membro, indivíduo ou empresa em torno de determinado caso particular⁴⁹.

A decisão que se dirige aos particulares ou às empresas pode ser invocada diretamente pelo favorecido, uma vez que não é necessário recorrer à teoria do efeito direto. A mesma solução já encontra alguma dificuldade

ajustar as competências da União aos objetivos previstos pelos Tratados, sempre que estes últimos não prevejam os poderes necessários para atingir os referidos objetivos.

44 “Por seu lado, uma certa rigidez do princípio da tipicidade poderá ser compensada pela via da activação das cláusulas-passarela. Em vez de uma revisão formal dos Tratados, bastará uma decisão do Conselho Europeu, adoptada por unanimidade, sem oposição dos parlamentos nacionais, para adaptar a fórmula procedimental de decisão em certo domínio, no sentido de passar a decidir por maioria qualificada onde antes se exigia a unanimidade ou no sentido de aplicar o procedimento legislativo ordinário em substituição do procedimento legislativo especial (v. artigo 48º, nº 7, UE).” DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: estática e dinâmica da ordem jurídica Eurocomunitária*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 296.

45 PIZZOLO, Calogero. *Globalización e integración: integración: ensayo de una teoría general: Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, SICA*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 117

46 CAMPOS, João da Mota. *Manual de direito comunitário*. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2002. p. 303.

47 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 354.

48 A decisão do Conselho ou da Comissão, quando for um ato individual, é dirigida a determinadas pessoas, sejam elas estados ou indivíduos. Como é juridicamente vinculativa, não requer atos de transposição. KENT, Penelope. *Law of the European Union*. 2. ed. London: M&E Pitman Publshion, 1996. p. 27, tradução nossa.

49 CAMPOS, João da Mota. *Manual de direito comunitário*. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2002. p. 305.

de ser aplicada quando a decisão se dirigir aos Estados-membros, pois, nesse caso, poder-se-ia defender que só as medidas nacionais seriam susceptíveis de modificar a situação jurídica dos particulares⁵⁰.

Porém, apesar do art. 288º do TFUE não prever o efeito direto para as decisões, fato é que mesmo quando dirigidas aos Estados-membros elas gozam de aplicabilidade direta. Nem poderia ser de outra forma, uma vez que a medida é necessária para garantir a sua eficácia no cumprimento das funções referidas. Por isso, o TJUE, desde o Acórdão Franz Grad⁵¹, entende que as decisões não carecem de qualquer ato de transposição nacional, valendo por si mesmas no ordenamento jurídico interno dos Estados-membros, como título executivo⁵².

2.2.3. Recomendações e Pareceres

Já as recomendações e pareceres não são vinculativos, o que, entretanto, não os torna irrelevantes ou desprovidos de efeitos jurídicos. Os pareceres são “declarações unilaterais manifestadas de forma interna ou entre os órgãos comunitários, no exercício de funções administrativas, produzindo efeitos de forma indireta⁵³”. Possuem, assim, uma função de orientar comportamentos.

As recomendações podem ser dirigidas para uma autoridade da União Europeia ou aos Estados-membros. Elas refletem opiniões sobre determinados assuntos e podem prescrever procedimentos que os Estados-membros devem observar. Assim, o juiz nacional deve levar a recomendação em consideração no momento de decidir sobre norma afeta ao direito da União Europeia, dada a sua função hermenêutica.

Os pareceres não são vinculantes, mas podem criar condições prévias à formulação de atos jurídicos vinculantes. Têm também valor interpretativo na leitura de atos vinculantes, como aliás, reconheceu o TJUE no Acórdão Salvatore Grimaldi⁵⁴. Além disso, podem

constituir pressuposto prévio necessário à propositura de uma ação no TJUE. Por outro lado, o eventual não acatamento das recomendações poderá determinar a adoção de um ato vinculativo, produzindo, por isso, um efeito jurídico mesmo que não vinculativo⁵⁵.

2.2.4 Diretivas

As diretivas⁵⁶ vinculam os Estados-Membros quanto aos objetivos a serem alcançados dentro de um determinado prazo, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios a utilizar. As diretivas têm de ser transpostas para o direito interno de cada país de acordo com os seus procedimentos específicos. São atribuídas às diretivas quatro qualidades jurídicas, segundo Calogero Pizzolo⁵⁷: 1) não têm alcance geral; 2) obrigam quanto ao seu resultado; 3) os Estados-membros têm liberdade para eleger os meios de alcançá-los e 4) não possuem efeito direto.

Segundo Penelope Kent, A diretiva vincula o resultado a ser obtido pelo Estado-membro destinatário, porém, ela permite que os Estados-membros escolham, livremente, a forma que os atos serão implementados no direito interno, seja por meio de alterações legislativas ou administrativas. A diretiva pode ser dirigida a alguns ou a todos os Estados-membros e é utilizada como medida de harmonização⁵⁸.

Rosemiro Pereira Leal ensina que a diretiva é considerada meio de produção normativa ontologicamente incompleta, pelo fato de apenas determinar resultados, sem especificar os meios. Por isso, estabelecem uma cooperação entre a Comunidade e os Estados-membros, ao permitir certa autonomia para que seja atingido o resultado pretendido⁵⁹.

50 CUNHA, Ricardo Sousa da. *Introdução diacrónica e incrónica ao direito da União Europeia*. Disponível em: <<https://woc.ipca.pt/esg/getFile.do?tipo=2&id=7633>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

51 Sobre o tema, Cf. BARRIONUEVO, María Bellido. *La directiva comunitária*. Madrid: Dykinson, 2003; e PRECHAL, Sacha. *Directives in European Community law*. Oxford: Clarendon, 1995.

52 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 398.

50 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 398.

51 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 06 de Outubro de 1970*, Franz Grad, Proc. 9/70, Rec. 1970, p. 825.

52 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 398.

53 ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Europeia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 96

54 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 13 de Dezembro de 1988*, proferido no Proc. 322/88, Salvatore Grimaldi v. Fonds, Col. 1989, p. 4407.

56 Sobre o tema, Cf. BARRIONUEVO, María Bellido. *La directiva comunitária*. Madrid: Dykinson, 2003; e PRECHAL, Sacha. *Directives in European Community law*. Oxford: Clarendon, 1995.

57 PIZZOLO, Calogero. *Globalización e integración: integración: ensayo de una teoría general*: Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, SICA. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 136

58 KENT, Penelope. *Law of the European Union*. 2. ed. London: M&E Pitman Publishion, 1996. p. 26-27, tradução nossa. No mesmo sentido: QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 354, e CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da União Europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 325.

59 LEAL, Rosemiro Pereira. *Curso de direito económico comunitário*.

Excepcionalmente, a jurisprudência da União Europeia admite a aplicação direta da diretiva, desde que alguns requisitos sejam cumpridos, o assunto será aprofundando nos próximos capítulos, mas essa possibilidade de aplicação direta decorre do fato de que se os Estados-membros não transpuserem a diretiva nos prazos nela previstos, ou na inexistência de prazo, em tempo útil, os particulares ficarão desprovidos e em desigualdade de circunstância, por força de um descumprimento imputável ao Estado-membro. Assim, para impedir essa situação no qual o Estado estaria prejudicando os particulares e, muitas vezes, impedindo que esses particulares invocassem os direitos consagrados nas diretivas em face desse mesmo Estado que se encontra em mora, a diretiva pode ser diretamente aplicável, com o intuito de proteger o cidadão contra a inércia estatal⁶⁰.

A diretiva da União é oriunda da diretiva do Direito Administrativo francês, onde ela serve de instrumento para o superior hierárquico orientar o subalterno no exercício de poderes discricionários⁶¹. Não é um ato de alcance geral, uma vez que obriga apenas os destinatários que ela própria designa. Esses destinatários são: o Estado, todos os Estados-membros, alguns deles ou um único⁶².

São duas as finalidades predominantes de uma diretiva: a primeira está prevista nos Tratados, refere-se à concretização do programa de liberalização da circulação; a segunda é a harmonização das ordens jurídicas nacionais com o direito da União⁶³. É justamente essa última finalidade que lhe confere a natureza de norma, similar ao regulamento, como já foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça⁶⁴. Além disso, o fato de os destinatários serem determináveis, por si só, não lhe retira o caráter geral e abstrato⁶⁵.

A diretiva é vista como instrumento de harmonização de legislações pelo fato da realização dos objetivos

atribuídos à União implicar, muitas vezes, que ela tenha que intervir, legislando, de maneira acessória, nos temas que considera indispensáveis. Quando a matéria a ser legislada necessitar ser uniforme, a União atua por meio dos regulamentos. Porém, nos demais casos, quer por limitação explícita imposta pelo Tratado, quer em respeito ao princípio da proporcionalidade, a União atua por meio das diretivas⁶⁶.

As diretivas proporcionam às instituições da União uma maior flexibilidade, ao contrário do que ocorre com os regulamentos que são um rígido instrumento de uniformização jurídica. As diretivas atendem às particularidades nacionais, uma vez que deixam aos Estados-membros uma certa margem de manobra para a implementação das regras adotadas pela União, pelo fato de referirem-se a objetivos menos ambiciosos de aproximação das legislações⁶⁷.

As diretivas são balizadas pelo princípio da subsidiariedade. O resultado, a finalidade ou o objetivo comum a atingir pelos Estados-membros deverá ser determinado pela União, pois nenhum Estado está em posição superior aos demais, logo, não será possível que os resultados sejam impostos unilateralmente por um determinado Estado aos demais Estados-membros. Porém, a realização desses objetivos deverá ser alcançada, em cada um, mediante a utilização das formas e dos meios que considerem mais convenientes e conforme a sua situação interna, econômica, social e jurídica⁶⁸.

Ao contrário do regulamento, a diretiva não substitui qualquer ato normativo nacional, mas, sim, vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando para as autoridades nacionais o dever de estabelecer as formas e os meios para a norma vigor. Percebe-se que a diretiva estabelece objetivos que deverão ser cumpridos pelo Estado destinatário no prazo estipulado⁶⁹.

Da mesma forma que ocorre com os regulamentos, as diretivas também se dividem em diretivas de base e

Porto Alegre: Síntese, 2002. p. 57

60 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 397.

61 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 358.

62 CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da união europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 326.

63 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Almedina, 2004. p. 358.

64 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 22 de fevereiro de 1984*, Kloppenburg, Proc. 70/83, Col., p. 1075.

65 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 27 de abril de 1989*, Comissão c. Itália, Proc. 324/87, Col., p. 1013 e ss.

66 GOMES, José Caramelo. *Lições de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 161.

67 CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da União Europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 325.

68 CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da União Europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 326.

69 GOMES, José Caramelo. *Lições de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 161.

de execução, sendo que as de execução estão hierarquicamente subordinadas às de base.

2.2.4.1 *Transposição e efeitos jurídicos das diretivas*

Uma diretiva só vige na ordem interna dos Estados, após a sua transposição para o direito interno, no prazo por ela fixado. O ato de transposição não se assemelha ao de recepção⁷⁰. A transposição de uma diretiva para ordem interna constitui uma obrigação dos Estados destinatários, devendo ela ser realizada no prazo e nos termos estipulados na própria diretiva. É necessário, ainda, que o Estado destinatário comunique, periodicamente, à Comissão as medidas que vão sendo adotadas para a execução das diretivas na ordem interna⁷¹.

O primeiro e mais evidente dos efeitos jurídicos produzidos por uma diretiva é a obrigação resultante para os Estados-membros de concretizarem, no prazo nela estipulado, todas as medidas necessárias para assegurar a plena transposição dos seus comandos na ordem jurídica interna⁷².

Essa obrigação de transposição tem sido interpretada rigorosamente pelo Tribunal de Justiça, conforme jurisprudência uniforme oriunda da obrigação de cooperação. Assim, “cada Estado-membro destinatário de uma directiva deve tomar, no quadro da sua ordem jurídica nacional, todas as medidas necessárias para assegurar o pleno efeito da directiva, em conformidade com o objectivo geral por ela perseguido⁷³”.

O fato de uma diretiva se dirigir apenas aos Estados destinatários e depender de um ato de transposição para produzir efeitos no ordenamento jurídico interno de um Estado-membro, caracteriza uma distinção fundamental entre as diretivas e os regulamentos. Os regulamentos são atos supranacionais, exprimem uma relação de supremacia do direito da União sobre o direito interno. Ao contrário, as diretivas, por sua vez, carecem dessa supremacia, sendo um ato eminentemente de coope-

ração entre a União e a ordem interna, sem prejuízo do princípio geral do primado do direito da União sobre o direito nacional⁷⁴. Porém, apesar dessa ausência de subordinação, o Tribunal de Justiça já anotou que, durante o período de transposição, “os Estados devem abster-se de adoptar quaisquer medidas que possam comprometer o resultado prescrito pela respectiva directiva⁷⁵”, competindo aos tribunais nacionais controlar a legalidade das disposições nacionais⁷⁶. Assim, percebe-se que a transposição não só obriga os Estados a aprovar todas as medidas internas que sejam necessárias para a implementação de uma diretiva, como também devem divulgar os direitos que elas conferem aos particulares e eliminar do direito interno todas as disposições que se mostrem incompatíveis com a aplicação da diretiva⁷⁷.

As medidas internas de transposição de uma diretiva devem ter força jurídica suficiente para revogar as disposições nacionais incompatíveis com a diretiva⁷⁸. Isso quer dizer que, uma vez que é de exclusiva responsabilidade do Estado escolher a forma do ato que irá transpor o conteúdo de uma diretiva para o direito interno, o Estado-membro não poderá, futuramente, esconder-se no grau hierárquico do ato de transposição, seja ele administrativo ou legislativo, com intuito de recusar o primado da diretiva transposta sobre o direito interno.

Caso o Estado destinatário não transponha a diretiva no prazo estipulado, ou caso os seus órgãos não cumpram o disposto na diretiva, ou mesmo nos casos de errada e insuficiente transposição, o Estado incorre em situação de não cumprimento, que pode resultar na abertura de processo, isso porque o prazo para a transposição tem caráter imperativo⁷⁹.

É possível que o processo por não cumprimento seja substituído por uma ação de responsabilidade civil extracontratual a ser proposta contra o Estado faltoso

74 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 359.

75 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 18 de Dezembro de 1997*, Inter-Environnement, Proc. C-129/96, Col., p. I-411.

76 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 25 de Maio de 1982*, Comissão c. Países Baixos, Proc. 96/81, Col., p. 1791.

77 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 360.

78 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 17 de Novembro de 1992*, Comissão c. Irlanda, Proc. C-235/91, Col., p. I-5.917.

79 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 6 de outubro de 1970*, Franz Grad, Proc. 09/70, Rec. 1970, p. 825.

70 Cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Direito internacional público*. 3. ed. Coimbra, 1993. p. 81-94.

71 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 359.

72 CRUZ VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das diretivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, p. 3-19, nov./dez. 2001.

73 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Junho de 2001*, Comissão/Itália, C-207/2000 *apud* CRUZ VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, p. 3-19, nov./dez. 2001.

nos seus tribunais nacionais, segundo as regras processuais próprias de cada Estado⁸⁰. Porém, uma vez que se trata de responsabilidade pela não implementação de uma diretiva, os critérios para a reparação do dano são os determinados pelo direito da União. O regime aplicável nesse caso é o definido pelo Tribunal de Justiça na jurisprudência iniciada no caso *Francovich*⁸¹.

Depois de esgotado o prazo para a transposição de uma diretiva e, ainda assim, caso o Estado destinatário tenha permanecido inerte, a diretiva goza de efeito direto (caso reúna os requisitos necessários). Ou seja, ela pode ser invocada diretamente por um particular perante o Estado faltoso. O efeito direto afigura-se como uma sanção para o Estado pelo fato dele não ter cumprido a sua obrigação em tempo hábil ou a tenha feito de maneira incorreta, isso ocorre quando o Estado transpõe mal uma diretiva.

Fausto de Quadros⁸² chama atenção para o fato de que o efeito direto não afasta a responsabilidade extrac contratual do Estado pelos prejuízos causados aos particulares, pela não transposição de uma diretiva dentro do prazo determinado ou, mesmo, pela sua transposição incorreta e indevida. Não afasta ainda o dever de o Estado efetivar a transposição da diretiva, mesmo que fora do prazo.

Existe uma relação direta entre a diretiva e o tempo⁸³. É a própria diretiva que disporá a partir de quando ela deve ser aplicada na ordem jurídica dos Estados-membros. A implementação de uma diretiva no direito interno de um Estado-membro ocorrerá, como ensina Maria Luísa Duarte⁸⁴, por meio da “forma (por exemplo, ato legislativo ou ato regulamentar) e dos meios (por exemplo, aprovação de um quadro normativo específico ou revisão e adaptação de um quadro normativo avulso previgente) que o Estado-membro considerar mais adequado”.

80 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 361.

81 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 362.

82 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 362.

83 Como observa Maria Luísa Duarte em: DUARTE, Maria Luísa. O tempo e a transposição de diretivas no direito da união europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 423-439.

84 DUARTE, Maria Luísa. O Tempo e a Transposição de Diretivas no Direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1.

O prazo de transposição é fixado pela própria diretiva e começa a contar da entrada em vigor do ato (ou vigésimo dia seguinte ao da publicação, nos casos em que a diretiva for omissa⁸⁵). Essa regra se aplica tanto para as diretivas que sejam atos não legislativos (de natureza delegada⁸⁶ ou de execução),⁸⁷ dirigidos a todos os Estados-membros. Contudo, caso a diretiva seja dirigida a um Estado-membro ou a determinado grupo de Estados-membros, a produção de efeitos inicia-se com a notificação dos Estados-membros destinatários da norma⁸⁸.

Além disso, o Tribunal de Justiça já parametrizou⁸⁹ os termos a ser seguidos pelas medidas nacionais de transposição, a fim de que o Tratado seja respeitado. Em síntese: “As disposições de uma directiva devem ser postas em prática com uma eficácia vinculativa incontestável, com a especificidade, a exactidão e a clareza requeridas para que seja satisfeita a exigência de segurança jurídica.”⁹⁰

Portanto, o principal efeito de uma diretiva é gerar uma obrigação de transposição para o Estado-membro destinatário, sendo que os efeitos mediatos, por mais importantes que sejam, são acessórios. Disso decorre que, na eventualidade de uma diretiva produzir efeito direto, isso por si só, não possibilita, de modo algum, que o Estado-membro se exima à sua obrigação primordial de assegurar a transposição da respectiva diretiva. Caso assim não aja, a Comissão fica legitimada para intentar a ação de não cumprimento descrita no

85 Art. 297, nº 1, c/c 289º, nº 1, ambos do TFUE

86 Art. 290, nº1 do TFUE.

87 Art. 291, nº 4 do TFUE.

88 Art. 297º, nº 2, parágrafo terceiro, do TFUE.

89 Cf. TJUE. *Acórdão TJUE de 23 Abril de 1995*, Comissão/Grécia, Proc. C-365/93, Col. 1995, p. I-499, nº 9. “Se é verdade que a transposição de uma directiva não exige necessariamente uma acção legislativa de cada Estado-membro, é contudo indispensável que o direito nacional em causa garanta efectivamente a plena aplicação da directiva, que a situação jurídica decorrente deste direito seja suficientemente precisa e clara e que aos beneficiários seja dada a possibilidade de conhecerem a plenitude dos seus direitos e, sendo o caso disso, de os invocarem perante os tribunais nacionais. Ver ainda UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão de 21 de Junho de 2001*, Comissão/Luxemburgo, C-119/2000 *apud* CRUZ VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, p. 3-19, nov./dez. 2001. “Nenhum Estado-membro pode invocar disposições, práticas ou situações da sua ordem jurídica interna para justificar a inobservância das obrigações e dos prazos prescritos por uma directiva”.

90 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 19 de maio de 1999*, Comissão/França, C-225/97, Rec. I-3011, nº 37.

art. 226º do Tratado⁹¹.

Na expressão do Tribunal de Justiça, o direito de invocar o efeito direto constitui apenas uma garantia mínima para os particulares, decorrentes do caráter vinculativo das obrigações impostas aos Estados-membros por força das diretivas⁹².

O Tribunal de Justiça, ainda, tem decidido que, desde o momento da entrada em vigor da diretiva, nasce uma obrigação para os Estados de coibirem-se de praticar qualquer ato que possa prejudicar a plena transposição da diretiva e a entrada em vigor do regime por ela pretendido⁹³.

Todavia, a questão que permanece em discussão é o alcance desta obrigação de boa-fé, isto é, qual é o limite dessa proibição? Em suma: o Estado-membro está proibido de aprovar qualquer ato que seja contrário ao regime pretendido pela diretiva, durante o período de transposição ou se a boa-fé apenas limita o direito de o Estado de criar regimes que impeçam em absoluto a entrada em vigor do regime pretendido pela diretiva?

Uma possível resposta às questões acima descritas surgiu no caso *Wallonie*⁹⁴. O Tribunal de Justiça, ao analisar o princípio da lealdade combinado com o art. 18º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluiu que durante o período de transposição o Estado-membro está vedado de “adotar disposições suscetíveis de comprometer seriamente o resultado prescrito na diretiva,”⁹⁵ ou seja, o Estado-membro não pode agir de forma contrária à diretiva, emitindo atos legislativos ou regulatórios que dificultem ou contrariem a diretiva que se encontra em período de transposição, ou seja, não é que os particulares tenham direito à aplicação direta e imediata de uma diretiva no período de transposição, mas, sim, que o Estado-membro não pode efetivar atos contrários à diretiva durante esse período. É o que bem esclarece Maria Luísa Duarte: “os Estados-membros não estão obrigados a adotar as medidas de trans-

posição, mas estão impedidos de usar esse período de tempo para, por exemplo, aprovar legislação em sentido contrário ao programa de harmonização que resulta do texto da diretiva”. Assim, caso o Estado-membro não observe essa obrigação de não fazer, Maria Luísa Duarte admite que os particulares exijam dos tribunais nacionais a não-aplicação da norma ou, em pedido alternativo, que o Estado seja condenado a indenizar por violação do princípio da confiança legítima.

Nesse ponto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça reforça a doutrina que defende que a obrigação de interpretação conforme existe desde a data de entrada em vigor da diretiva e não apenas a partir da data de expiração do prazo de transposição⁹⁶.

Como elucida José Luis da Cruz Vilaça, o Tribunal de Justiça⁹⁷, inclusive, já admitiu que uma diretiva que não havia sequer entrado em vigor pudesse ser tida em consideração para a definição dos critérios a serem aplicados pelas autoridades competentes na interpretação do direito nacional. Isso ocorre quando uma diretiva dispõe sobre princípios gerais que já fazem parte, na matéria em causa, do direito dos Estados-membros⁹⁸. Essa possibilidade de aplicação direta de uma diretiva antes de findo o período de transposição, será objeto de análise no decorrer deste trabalho.

3. CONFLITO ENTRE O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL

As relações entre o direito da União Europeia e o direito nacional caracterizam-se também pelo fato de ambas, por vezes, regularem a mesma situação fática. Esse

91 CRUZ VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das diretivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, p. 3-19, nov./dez. 2001.

92 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 21 de Março de 1997*, Comissão/Bélgica, 102/79, Rec. 1473, n° 12.

93 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 18 de Dezembro de 1997*, Inter-Environnement, Proc. C-129/96, Col. p. I-411

94 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 18 de Dezembro de 1997*, Proc. C-129/96, Col. 1997, p. I-7411, n° 45.

95 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 18 de Dezembro de 1997*, Proc. C-129/96, Col. 1997, p. I-7411, n° 45.

96 CRUZ VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das diretivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, p. 3-19, nov./dez. 2001. No mesmo sentido, Cf. VAN GERVEN, Walter. *The horizontal effect of directive provisions revisited: the reality of Catchwords*. University of Hull, Institute of European Public Law, 1993.

97 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Setembro de 2000*, Trevor and Penny Fisher, Proc. C-369/98, Col. 2000, p. I-6751, principalmente n° 33-34. Estava em causa, neste acórdão, a aplicação da diretiva n° 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24/10/1995, relativa a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. CRUZ VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das diretivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, p. 3-19, nov./dez. 2001.

98 CRUZ VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das diretivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, p. 3-19, nov./dez. 2001.

espaço internormativo, “caracterizado pelo dualismo de ordens jurídicas distintas a operar no mesmo território e sobre os mesmos sujeitos, em diferentes domínios”⁹⁹, possibilita a existência de conflitos normativos.

O espaço internormativo é uma das principais características da nova ordem jurídica da União Europeia. O principal problema de uma pluralidade normativa é resolver os conflitos oriundos das antinomias. A solução dos conflitos entre o direito interno e a União Europeia foi construída por meio de dois institutos: o efeito direto e o primado do direito comunitário sobre o direito nacional que lhe é contrário.

3.1. O princípio do primado

Uma vez que uma das características da União Europeia é a existência do espaço internormativo, surge a seguinte questão: como lidar com as antinomias, ou seja, como resolver os conflitos normativos entre o direito da União Europeia e o direito nacional?

Embora não exista previsão expressa em nenhum dos Tratados instituidores da União Europeia sobre como resolver os conflitos normativos dentro dos espaços internormativos, o Tribunal de Justiça reconheceu o primado como princípio implícito e afirmou o seu caráter essencial, enquanto decorrência dos seguintes institutos: 1) do efeito direto e 2) dos pressupostos dos princípios da interpretação e da interpretação conforme do direito da União Europeia.

Com efeito, o conflito entre o direito nacional e o direito da União Europeia só pode ser resolvido na medida em que seja dado ao direito da União Europeia o primado sobre o direito nacional. Caso contrário, o direito da União Europeia já teria se dissipado perante o direito nacional, uma vez que as disposições da União Europeia poderiam ser anuladas por qualquer lei nacional e, assim, estaria excluída a sua aplicação uniforme nos vários Estados-membros¹⁰⁰.

No bojo do Acórdão *Costa/Enel* o Tribunal de Justiça formulou duas considerações fundamentais em face

das relações entre o direito comunitário e direito nacional, são elas:

- 1) Os Estados-membros transferiram de forma definitiva para uma Comunidade por eles criadas certos direitos soberanos. Os referidos Estados não podem voltar atrás em relação a essa transferência, através de medidas unilaterais incompatíveis com o conceito de “comunidade”.
- 2) O tratado estabelece como princípio fundamental que um Estado-membro não pode pôr em causa a particularidade que tem o direito comunitário de se impor uniforme e completamente no conjunto da comunidade¹⁰¹.

No âmbito do processo *Simmenthal*¹⁰², o Tribunal de Justiça analisou as consequências da aplicação direta de norma de direito da União Europeia incompatível com uma norma interna. O Tribunal entendeu que as normas de direito da União produzem todos os seus efeitos “de modo uniforme em todos os Estados-membros, a partir da sua entrada em vigor”¹⁰³. O mencionado Acórdão consignou ainda que em caso de antinomia entre as normas da União e as de direito interno prevalecem as primeiras.

O direito da União Europeia tem o primado sobre toda e qualquer norma jurídica de direito nacional a ele contrário. Prevalece não só sobre a legislação anterior, mas também sobre todos os atos legislativos posteriores. A consequência jurídica do princípio do primado é que em caso de antinomia predomina a disposição da União Europeia em face do direito interno, além de não poder ser introduzida, futuramente, nenhuma norma de direito interno que seja incompatível com a legislação da União Europeia¹⁰⁴.

Ana Maria Guerra Martins¹⁰⁵ sintetiza as obrigações decorrentes do princípio do primado do direito da União Europeia e os seus efeitos no ordenamento jurídico de um Estado-membro:

1. a não aplicação do Direito nacional incompatível, imposta a todas as autoridades nacionais;

99 DUARTE, Maria Luísa. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 423-439.

100 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito comunitário*. 1986. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013. p. 100.

101 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 15 de Julho de 1964*, Costa c. Enel, Proc. 06/64, Col. 1964, p. 549.

102 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 09 de Março de 1978*, Simmenthal, Proc. 106/77, Col. 1978, p. 629.

103 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 09 de Março de 1978*, Simmenthal, Proc. 106/77, Col. 1978, p. 629.

104 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito comunitário*. 1986. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013. p. 101.

105 MARTINS, Ana Maria Guerra. *Op. cit.*, p. 431 e ss.

2. a interpretação do direito nacional conforme o Direito da União Europeia;
3. a supressão de qualquer acto de Direito nacional incompatível com as disposições do Direito da União Europeia;
4. o controle jurisdicional efectivo do Direito da União Europeia;
5. a obrigação imposta aos Estados-membros de fazer os seus nacionais respeitar o Direito da União Europeia, em especial à luz do princípio da leal cooperação.

O primado completa o efeito direto, pois, nada adiantaria que uma norma da União Europeia tivesse efeito direto e não pudesse contrariar o ordenamento jurídico nacional. Da mesma forma, o primado é completado pelo efeito direto, pois, também seria inócuo que as normas da União Europeia prevalessem sobre o direito interno se, porém, fosse necessário que o Estado-membro efetuasse algum ato interno para que as normas da União pudessem ser invocadas pelos sujeitos nacionais titulares dos direitos garantidos pela União Europeia, uma vez que a inércia do Estado acabaria com a efetividade do direito da União Europeia.

3.2. O efeito direto

Muitas vezes o efeito direto é conceituado como sinónimo de aplicabilidade imediata¹⁰⁶. Com isso surge a questão: justifica-se ou não distinguir entre efeito direto e aplicabilidade imediata?

José Luis da Cruz Vilaça¹⁰⁷ identifica que grande parte da responsabilidade por esta imprecisão terminológica existente é oriunda de noções de direito internacional público, desenvolvidas, em especial, pela jurisprudência americana e pelo Tribunal de Justiça, que confrontadas com a crescente autonomização do direito comunitário, foram revelando-se menos apropriadas para captar a complexidade inerente às relações entre União Euro-

peia e direito nacional dos Estados-membros¹⁰⁸.

Porém, a aplicabilidade imediata é um dos principais critérios distintivos entre os regulamentos e as diretivas, por essa razão, a diferenciação entre os dois institutos (aplicabilidade imediata e efeito direto) ainda é útil.

A aplicabilidade imediata é um efeito das normas da União Europeia que entram em vigor nos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, independentemente de qualquer ato de transposição. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça assim se manifestou: “a aplicabilidade directa de um regulamento exige a sua entrada em vigor e a sua aplicação em favor ou a cargo dos sujeitos de direito se realizem sem qualquer medida de recepção no direito nacional”¹⁰⁹.

Enquanto o efeito direto se caracteriza pelo fato de tornar possível a invocação de normas expedidas pela União Europeia, que contenham direitos e/ou obrigações para particulares perante os tribunais nacionais. Efeito direto¹¹⁰ significa, assim, que o ordenamento jurídico da União Europeia cria obrigações e confere direitos, não só para as instituições da União Europeia e os Estados-membros, mas também para os cidadãos da União Europeia.

A aplicabilidade imediata é um princípio por força do qual o direito da União Europeia aplica-se na ordem interna sem que se torne necessário assegurar o seu reconhecimento ou a sua transposição para o direito nacional. O direito da União Europeia é, assim, integrado de pleno direito no ordenamento nacional. Enquanto o efeito direto permite aos particulares invocar normas da União, junto aos tribunais nacionais, sem depender de textos nacionais que se destinem a concretizá-las¹¹¹. Este princípio reforça a eficácia do direito da União e a salvaguarda dos direitos dos particulares, permitindo que uma norma da União Europeia vija, independente-

108 Cf. MÉGRET, Jacques. *Le droit de la Communauté économique européenne*: pt. 1-2. La cour de justice, les actes des institutions. Bruxelles: Universitaires de Bruxelles, 1983. p. 543.

109 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 10 de Outubro 1973*, Variola, 34/73, Col. 1973, p. 365.

110 Cf. UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 10 de Outubro 1973*, Variola, 34/73, Col. 1973, p. 365; Leonesio, de 17 de maio de 1992, Proc. 93/71, Rec. 1992, p. 287, nº 22 e 23; Politi, Proc. 43/71, de 14 de Dezembro de 1971, Col. 1971, p. 419.

111 Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de. A transposição das directivas comunitárias para a ordem jurídica nacional. *INA*, Oeiras, v. 4/5, p. 69-94, abr./dez. 1992 e WINTER, Jan A. Direct applicability and direct effect: Two distinct and different concepts in Community law. *Common Market Law Review*, v. 9, n. s. 425, 1972.

106 Ao enunciar o programa decisório do Acórdão, o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal parece aceitar a equivalência dentre os dois conceitos. Com efeito, ele consigna que “interessará, assim, de forma, sucinta, apreciar a questão da aplicabilidade directa ou do efeito directo na ordem jurídica interna das normas ou actos comunitários”. STA – JOCE L 185, de 16/08/1971, p. 5. Na doutrina, Cf. CAMPOS, João da Mota. *Manual de direito comunitário*. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2002. p. 361 e ss.

107 CRUZ VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das directivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, p. 3-19, nov./dez. 2001.

mente da existência de textos de origem nacional. Cláudia Lyra Nascimento sintetiza a distinção:

Por eficácia direta entende-se a possibilidade de serem essas normas invocadas pelos particulares, quanto aos direitos e obrigações judiciais, quando houver sua violação; e, por aplicabilidade imediata, a efetiva aplicação da norma, logo após sua publicação, sem necessidade de processo de reconhecimento ou incorporação no ordenamento jurídico nacional¹¹².

Desta feita, o que se observa é que a aplicabilidade direta tem um caráter mais formal, de dispensa da adoção de atos procedimentais, ao passo que o efeito direto apresenta caráter nitidamente material, criando direitos e obrigações aos destinatários.

Embora o efeito direto não tenha sido expressamente consagrados nos Tratados da União Europeia, a Jurisprudência do Tribunal de Justiça os reconheceu¹¹³, apesar da resistência inicial de determinados Estados-membros¹¹⁴.

O *leading case* ocorreu no caso *Van Gend en Loos*¹¹⁵. Refere-se a uma empresa holandesa que ajuizou ação contra a administração fiscal de seu país, pelo fato de a Administração pretender cobrar um montante maior de tributo relativo à importação de um produto químico da Alemanha¹¹⁶.

A questão apreciada pelo Tribunal de Justiça foi se o art. 12º do Tratado da CEE¹¹⁷, que proíbe expressamente a introdução de novos direitos aduaneiros ou o aumento dos existentes, produz efeito direto no território dos Estados-Membros¹¹⁸.

Em suma, o Tribunal holandês (Tarief Commissie) suscitou ao Tribunal de Justiça se uma norma do Tratado de Roma, claramente dirigida aos Estados-membros, é susceptível de garantir aos particulares o direito de respeito pelos Estados da cláusula “stand Still”¹¹⁹, cláusula essa que foi estabelecida para o período transitório até a abolição dos direitos aduaneiros entre os Estados-membros.

O Tribunal de Justiça pronunciou-se em sentido contrário ao disposto em pareceres de vários governos e do seu advogado-geral¹²⁰ e reconheceu o efeito direto, tendo em conta a natureza e os objetivos da União Europeia, conforme se verifica no seguinte trecho¹²¹. Assim, o Tribunal garantiu que a empresa *Van Gend & Loos* poderia basear-se no art. 12º do Tratado CEE. Logo, o Tribunal holandês deveria considerar ilícito o aumento do tributo de importação, porque contrário às disposições do Tratado.

Nesse mesmo Acórdão, o Tribunal de Justiça fixou requisitos mínimos para uma norma produzir efeito direto, a saber: 1) que a norma fosse clara e sem elevado grau de ambiguidade, 2) que a norma fosse incondicional, 3) que a respectiva operacionalidade não dependesse de normas posteriores comunitárias ou nacionais, ou seja, que vinculasse obrigações negativas.

Porém, alguns dos requisitos inicialmente fixados foram alterados com a evolução jurisprudencial sobre o tema. O requisito da clareza foi derogado pelo argumento de que a falta deste requisito caracteriza normas de complexo normativo de qualquer ordem jurídica, permitindo interpretações diversas. No direito comunitário, compete ao Tribunal de Justiça a interpretação de normas complexas, logo, o Tribunal, ao exigir a clareza da norma, para possibilitar que a mesma tivesse efeito direto, na verdade estava omitindo-se, logo, denegando a justiça. Pela atividade interpretativa do Tribunal chega-se à clareza da norma, pois resulta apreciação clara

112 NASCIMENTO, Cláudia Lyra. O dilema da incorporação das normas do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/93272>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

113 Sobre as normas da União Europeia terem o efeito direto como regra, Cf. PESCATORE, Pierre. The Doctrine of ‘Direct Effect’: An Infant Disease of Community Law. *Euro-pean Law Review*, n. 8, p. 155, 1983.

114 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito comunitário*. 1986. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013. p. 97.

115 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 5 de Fevereiro de 1963*, Van Gend en Loos, Proc 26/62, Col. 1963, p. 00205.

116 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito comunitário*. 1986. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013. p. 97.

117 Antigo art. 25º do Tratado CE e atual art. 30 do TFUE.

118 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito comunitário*.

1986. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013. p. 97

119 Em sede tributária, essa cláusula obriga que seja aplicada as alíquotas dos impostos preferenciais, quando estas, calculadas nos termos da legislação da União Europeia proporcionarem uma redução mais elevada no total a pagar do tributo.

120 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito comunitário*. 1986. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013. p. 97

121 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 5 de Fevereiro de 1963*, Van Gend en Loos, Proc 26/62, Col. 1963, p. 00205.

quanto ao sentido, ao alcance e à extensão da norma¹²².

O terceiro requisito também foi relativizado no julgamento do caso *Defrenne v. Sabena*¹²³, em que o Tribunal pronunciou-se sobre o efeito direto do art. 119 do Tratado CEE¹²⁴, cuja redação determinava uma obrigação positiva aos Estados-membros a ser cumprida dentro de um determinado lapso temporal. O Tribunal de Justiça entendeu que o efeito direto não deixa de ser qualidade da norma, apesar das exigências de uma ação nacional posterior. Significa apenas que o efeito direto é diferido no tempo sempre que a norma estabelecer um prazo limite¹²⁵.

A jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça sobre o tema, que perdura até o momento, firmou-se na determinação de dois requisitos da norma para condição de efeito direto: a precisão e a incondicionalidade.

O Tribunal de Justiça, posteriormente, estendeu a interpretação do efeito direto construída em face do art. 12º do Tratado da CEE para outras disposições do Tratado, por exemplo, o art. 39º (livre circulação)¹²⁶, o art. 43º (liberdade de estabelecimento)¹²⁷ e o art. 49º (livre prestação de serviço)¹²⁸ do Tratado da CEE¹²⁹.

3.2.1. O efeito direto das disposições do direito derivado

O processo legislativo ordinário consiste na adoção de um regulamento, de uma diretiva ou de uma decisão. Esses institutos da União Europeia contêm particulari-

dades quanto ao efeito direto das normas por eles concretizadas.

Com efeito, o art. 288º do TFUE dispõe que os regulamentos são “diretamente aplicáveis em todos os Estados-membros”. O Tribunal de Justiça reconheceu, ainda, para os regulamentos, o efeito direto completo no caso *Politi*¹³⁰.

É fácil ver que é o próprio Tratado de Roma que atribui efeito direto e aplicabilidade imediata ao regulamento da União. Porém, nada impede que o próprio regulamento estabeleça condições para a sua aplicação. Nesse caso, explica João Mota de Campos que a aplicabilidade direta do regulamento não deve ser confundida com a sua aplicabilidade imediata, uma vez que é o próprio regulamento que subordina a sua aplicação à intervenção de medidas posteriores de execução a serem adotadas pelas instituições da União Europeia ou pelos Estados-membros. Nesses casos, somente após a efetivação de tais medidas é que as disposições dos regulamentos poderão ser aplicadas pelos tribunais nacionais¹³¹.

As decisões dirigidas a particulares, indivíduos ou empresas, resultam direitos ou obrigações a favor ou a cargo de seus destinatários, o que implica sua aplicabilidade direta na ordem dos Estados-membros. O ato da União Europeia constitui título executivo contra o destinatário, nos casos em que ele determina uma obrigação pecuniária¹³².

Porém, mesmo as decisões dirigidas a pessoas privadas individualmente identificadas são capazes de gerar, por si próprias, direitos a favor de terceiros. O exemplo citado por João Mota de Campos para elucidar a questão refere-se a uma decisão da Comissão que declare a ilegalidade de um cartel ou reconhece a existência de uma situação de abuso de posição dominante. Nesses casos, as vítimas eventuais dessas situações violadoras dos arts. 101º e 102º do TFUE estão habilitadas a requerer uma indenização diretamente ao juiz nacional, com fulcro na mencionada decisão¹³³.

122 COELHO, Teresa Leal. *A jurisprudência do Tribunal de Justiça das comunidades relativa ao efeito directo da directiva comunitária*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/caracterizacao_oj_comunitaria.pdf>. Acesso em: 04 maio 2013.

123 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 08 de Abril de 1976, Defrenne v. Sabena*, Proc. 43/75, Col. 1976, p. 193.

124 Atual art. 157 do TFUE.

125 COELHO, Teresa Leal. *A jurisprudência do Tribunal de Justiça das comunidades relativa ao efeito directo da directiva comunitária*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/caracterizacao_oj_comunitaria.pdf>. Acesso em: 04 maio 2013.

126 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 04 de Dezembro de 1974, Van Duyn*, Proc. 41/74, Col. 1974, p. 567.

127 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 21 de Junho de 1974, Reyners*, Proc. C-2/74, Col. 1974, p. 325.

128 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 03 de Dezembro de 1974, Van binsbergen*, Proc. C- 33/74. Col. 1974, p. 543.

129 BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito comunitário*. 1986. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013.

130 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Dezembro de 1971, Politi*, Proc. 43/71, Col. 1971, p. 419.

131 CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu. o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da União Europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 374.

132 CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu. o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da União Europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 375.

133 CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu. o sistema*

O Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o efeito direto das decisões dirigidas aos Estados-membros e, segundo a sua jurisprudência iniciada no caso *Franz Grad*¹³⁴, não é pelo fato do art. 288º do TFUE determinar que os regulamentos tenham efeito direto que todos os demais instrumentos do direito derivado não o têm. Não resulta desse dispositivo, pelo argumento “a contrário”, que os demais atos descritos no mesmo artigo não possam em nenhum caso produzir efeitos diretos. Assim, o Tribunal de Justiça ao efetuar uma interpretação teleológica da norma entendeu que se a decisão impuser ao Estado-membro uma obrigação incondicional e suficientemente precisa para poder ser aplicada por si própria, essa decisão é susceptível de produzir efeito direto nas relações entre Estado-membro e particular¹³⁵. Porém, no âmbito das decisões individuais em que o Estado-membro é o único destinatário, o Tribunal de Justiça aceitou unicamente o efeito direto vertical¹³⁶.

O efeito direto dos regulamentos distingue-se do efeito direto das diretivas porque essas últimas, segundo o disposto no art. 288º do TFUE, apenas vinculam o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Porém, essa liberdade não é absoluta, ela é restringida pelos princípios da lealdade, da proteção e da vedação do abuso de direito. Assim, a transposição tem que ser feita de forma que garanta a eficácia da norma dentro do Estado-membro. Caso a transposição não seja realizada ou seja feita de forma insuficiente ou errada, o Estado-membro estará em mora e terá agido de forma ilícita. Com intuito de não permitir que o Estado infrator seja beneficiado pela própria torpeza, o Tribunal de Justiça evoluiu a sua jurisprudência para admitir, desde que cumpridos alguns requisitos, o efeito direto da diretiva. Porém, não é a diretiva que vige diretamente, mas são as normas que estão contidas na diretiva que passam a vigor. Assim sendo, percebe-se que a eficácia vertical de

uma Diretiva decorre da infração cometida pelo Estado.

Diferentemente é a fundamentação para que uma diretiva possa vigor horizontalmente, ou seja, entre particulares, uma vez que nesse caso não há ato ilícito perpetrado pela outra parte. Nesse caso, para aqueles que defendem essa possibilidade, o fundamento seria o intuito de garantir plenamente que os titulares de um direito, concedido por normas da União Europeia, venham a exercê-los. A questão será melhor aprofundada no próximo tópico, mas, por enquanto, já é possível apontar algumas diferenças entre o efeito direto de uma diretiva e o de um regulamento:

- 1) O efeito direto da diretiva só ocorre após transcorrido o prazo de transposição da diretiva, caso o Estado tenha permanecido inerte; e nos casos em que há não cumprimento defeituoso da diretiva pelo Estado destinatário. Enquanto o regulamento produz efeito direto a partir do seu respectivo início de vigência (art. 297º do TFUE).
- 2) Nas diretivas cabem aos Estados-membros a escolha da forma e dos meios que considerem adequados à prossecução dos objetivos por ela fixados, enquanto nos regulamentos, o Estado-membro não está autorizado a intermediar a produção do efeito direto.
- 3) Nos regulamentos, o efeito direto é inerente à sua natureza e função, já nas diretivas o efeito direto é excepcional.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça firmou-se numa concepção restritiva quanto ao efeito direto da diretiva, seus efeitos são mais restritos do que os regulamentos.

Em face dessa concepção mais restritiva, o Tribunal consagrou um conjunto de outros princípios para colmatar essa distorção, fornecendo aos particulares outros instrumentos e/ou meios de ressarcimento pela não efetivação direta dos direitos consagrados nas diretivas, tais como: o princípio da interpretação conforme e o instituto da responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos provocados em face da violação do direito da União Europeia.

3.2.2. Evolução jurisprudencial do efeito direto das diretivas

Embora não seja objeto do presente trabalho verificar se a jurisprudência é ou não uma fonte secundária do direito da União Europeia, o fato é que ela vem desempenhando papel fundamental na integração da União Europeia em prol de uma unidade política.

institucional, a ordem jurídica e ordenamento econômico da União Europeia. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 375.

134 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 06 de Outubro de 1970*, Franz Grad, Proc. 9/70, Rec. 1970, p. 825.

135 CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento econômico da União Europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 376.

136 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 10 de Novembro de 1992*, Hansa Fleisch, Proc. C-156/91, Col. 1992, p. I-05567.

João Mota de Campos esclarece, a esse respeito, que o Tribunal de Justiça tem superado o silêncio e as insuficiências dos Tratados por meio de acórdãos sucessivos e imposto o princípio da autonomia do direito da União Europeia, o princípio da aplicabilidade direta das normas comunitárias e o princípio da sua primazia absoluta sobre o direito interno, além de ter, em certos casos, “criado” o direito e orientado seu desenvolvimento por meio da obediência aos princípios gerais do direito¹³⁷.

Realmente não existe um rol escrito de fontes do direito da União Europeia. A jurisprudência, assim, não está inserida em nenhuma declaração expressa. Porém, fato é que as decisões do Tribunal de Justiça moldaram os princípios e as regras de direito da União Europeia, inclusive dotando-os de normatividade, mesmo quando não expressamente prevista. O Tribunal de Justiça caracteriza-se por ser um tribunal ativista, que tem, nas palavras de Pierre Pescatore, um papel muito maior que o de mero aplicador das normas: “os juízes tinham seu próprio entendimento sobre a Europa, e este entendimento foi decisivo, e não os argumentos baseados na técnica jurídica da matéria.”¹³⁸ Essa ideia de integração política da Europa é que impulsiona o Tribunal, sendo que as questões relacionadas com as ferramentas jurídicas não são óbices para que o Tribunal crie a sua jurisprudência em direção à integração almejada, logo, nesse cenário, a jurisprudência passa a ter uma posição de destaque. Sobre o tema, esclarece Maria Luísa Duarte:

A permanente e fecunda representação de “uma certa ideia da Europa” pelo Tribunal de Justiça levou-o a reservar a mais empenhada prioridade interpretativa ao espírito dos Tratados em detrimento da letra dos Tratados. Foi essa visão reconstrutiva dos textos normativos – que alguns verberam como manifestações de “ativismo judicial” – que tornou possível ao Tribunal de Justiça, sempre inspirado no chamado “espírito do sistema”, extrair do silêncio dos Tratados princípios fundamentais como o do primado e o do efeito directo, garantir a protecção comunitária dos Direitos Fundamentais, impor aos Estados-membros o dever de indemnizar os prejuízos resultantes de violação do Direito Comunitário, adaptar a extensão das competências das Comunidades ao escopo integracionista da actuação das instituições comunitárias¹³⁹.

Por essa razão, percebe-se que para compreender o real efeito das diretivas é fundamental analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o tema, uma vez que ela há muito tempo superou a letra fria da lei.

As disposições de uma diretiva não vigem, como regra, diretamente no ordenamento jurídico nacional. No caso de Portugal, especificamente, elas são recebidas nos termos do art. 8º da Constituição da República Portuguesa. Porém, os Estados-membros estão obrigados a efetuar a transposição para o seu ordenamento nacional. Diante disso, “não se pode dizer que as diretivas criam direitos e obrigações directos para os cidadãos da UE: os cidadãos da UE só ficam sujeitos a direitos e obrigações quando as autoridades competentes dos Estados-membros executam a directiva”¹⁴⁰. Apenas com a transposição da diretiva é que o cidadão poderá exercer plenamente os direitos nela contidos.

Contudo, diante da possibilidade de os Estados-membros, arbitrariamente, não procederem à transposição devida, o que implicaria perda de eficácia dos direitos e objetivos da União Europeia, o Tribunal de Justiça possibilitou que as diretivas produzam alguns efeitos, a fim de proteger os cidadãos da inércia estatal e garantir que os titulares dos direitos consagrados nas diretivas não ficassem prejudicados pela mora do Estado-membro, ou mesmo pela insuficiente ou indevida transposição de uma diretiva para o ordenamento nacional.

Assim, justamente com o intuito de evitar o perecimento de direitos pelos cidadãos nacionais em virtude das diretivas não transpostas em tempo hábil e, ainda, a fim de evitar que a conduta omissiva estatal permaneça sem sanção, o Tribunal de Justiça tem reiteradamente afirmado que os cidadãos podem invocar diretamente uma diretiva, desde que preenchidas algumas condições¹⁴¹.

A evolução dessa construção iniciou-se a partir do acórdão *Franz Grad*¹⁴², em que o Governo Federal da Alemanha sustentava que apenas os regulamentos tinham efeito direto, enquanto as diretivas e os pareceres,

137 CAMPOS, João da Mota. *Direito Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. v. 2. p. 181

138 PESCATORE, Pierre. The doctrine of ‘direct effect’: an infant disease of community law. *Euro-pean Law Review*, n. 8, p. 157, 1983.

139 DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: estática e dinâmica da ordem jurídica Eurocomunitária*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 242.

140 CUNHA, Ricardo Sousa da. *Introdução diacrónica e incrónica ao direito da União Europeia*. Disponível em: <<https://woc.ipca.pt/esg/getFile.do?tipo=2&id=7633>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

141 CUNHA, Ricardo Sousa da. *Introdução diacrónica e incrónica ao direito da união europeia*. Disponível em: <<https://woc.ipca.pt/esg/getFile.do?tipo=2&id=7633>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

142 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 06 de Outubro de 1970, Franz Grad, Proc. 9/70, Rec. 1970, p. 511.*

com fulcro no Tratado de Roma, teriam sido excluídos do efeito acima mencionado. Porém, o Tribunal de Justiça entendeu que embora a disposição do art. 288º do TFUE afirme que os regulamentos são diretamente aplicáveis e, conseqüentemente, “susceptíveis de produzir efeitos diretos, isto não implica que outras categorias de actos referidos por aquele artigo não possam produzir efeitos análogos”.

O efeito direto das diretivas foi reforçado no Acórdão *Sace*¹⁴³, em que o Tribunal de Justiça, referindo-se à Diretiva 68/31 da Comissão, manifestou-se no sentido de que uma diretiva produz “consequências jurídicas de que se podem prevalecer tanto os outros Estados-membros, eles próprios interessados no cumprimento, como os particulares, quando pela sua própria natureza a disposição que estabelece essa obrigação seja diretamente aplicável”. Em suma, a interpretação do Tribunal de Justiça supera em muito a literalidade do art. 288º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

No entanto, essa aplicação direta ascendente acabou por firmar-se no Tribunal no acórdão *Van Duyn*¹⁴⁴. Yvonne Van Duyn, cidadã holandesa, decidiu emigrar para Inglaterra, a fim de ocupar um posto de trabalho na Igreja Cientológica. Porém, o serviço de imigração, com fulcro no ato do Secretário de Estado, decretou a sua imediata expulsão para os Países Baixos. O ato de expulsão foi motivado por razões de ordem pública.

Em face da negativa obtida, Yvonne Van Duyn recorreu aos tribunais ingleses, invocando o direito de permanecer em território britânico, com fulcro no regime da livre circulação de trabalhadores, inserido no art. 48 do Tratado da CEE¹⁴⁵ (atual art. 45º do TFUE)

143 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 17 de Dezembro de 1970*, Sace, Proc. 33/70, Col. 1969/1970, p. 685.

144 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 04 de Dezembro de 1974*, Van Duyn, Proc. 41/74, Col. 1974, p. 567.

145 Artigo 48º - 1. A livre circulação dos trabalhadores deve ficar assegurada, na comunidade, o mais tardar no termo do período de transição.

2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-membros, no diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

3. A livre circulação dos trabalhadores compreende, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, o direito de: a) Responder a ofertas de emprego efectivamente feitas;

b) Deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-membros; c) Residir num dos Estados-membros a fim de nele ex-

ercer uma actividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais; d) Permanecer no território de um Estado-membro depois de nele ter exercido uma actividade laboral, nas condições que serão objectivo de regulamentos de execução a estabelecer pela Comissão.

e, ainda, no nº 1, do art. 3º da Diretiva 64/221/CEE¹⁴⁶ para a coordenação das medidas especiais relativas a estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razão de ordem, segurança e saúde públicas.

Assim, a Câmara dos Lordes, a que subiu o processo em recurso, submeteu ao TJUE, pela primeira vez, a questão prejudicial da interpretação do direito comunitário.

O Tribunal de Justiça pronunciou-se no sentido apontado pelo Advogado-Geral:

1. O art. 48 (atual 45º do TFUE) do Tratado CEE tem efeito directo nas ordens jurídicas dos Estados-membros e confere aos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar.
2. O art. 3º, nº 1, da Directiva 64/221/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1964, para coordenação das medidas especiais relativas a estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, confere aos particulares direitos que estes podem invocar em juízo e que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar.
3. O art. 48 (atual 45º do TFUE) do Tratado CEE e o art. 3º da Directiva 64/221 devem ser interpretados no sentido de que, ao impor restrições justificadas por razões de ordem pública, é legítimo que um Estado-membro tome em consideração, como relevante o comportamento pessoal do indivíduo em causa, o facto de este pertencer a um grupo ou organização cujas actividades são consideradas pelo Estado-membro como um perigo social, sem todavia serem proibidas e sem que sejam impostas quaisquer restrições aos nacionais desse Estado que desejem exercer uma actividade análoga ao serviço desses mesmos grupos ou organizações.

ercer uma actividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais; d) Permanecer no território de um Estado-membro depois de nele ter exercido uma actividade laboral, nas condições que serão objectivo de regulamentos de execução a estabelecer pela Comissão.

146 Artigo 3º - 1. As medidas de ordem pública ou de segurança pública devem fundamentar-se, exclusivamente, no comportamento pessoal do indivíduo em causa.

Desta forma, o Tribunal de Justiça declarou o efeito direto das diretivas, desde que as disposições dela determinem direitos aos cidadãos da União de forma suficientemente clara e precisa; a invocação desses direitos não deve estar sujeita a qualquer condição ou obrigação; o legislador nacional não disponha de qualquer margem de apreciação acerca do conteúdo desses direitos; e o prazo de transposição da diretiva para o direito interno já tenha expirado.

Todavia, o caso é paradigmático apenas para o efeito direto em sentido vertical ascendente, ou seja, que um particular oponha a diretiva ao Estado incumpridor, jamais no sentido vertical descendente, que possibilitaria que o Estado aproveitasse da própria torpeza para opor a norma constante na diretiva não cumprida a um particular.

A jurisprudência coincidente com a do Acórdão *Van Duyn* foi, posteriormente, confirmada em numerosos acórdãos que contribuíram para clarificar a noção de efeito direto não apenas das diretivas, mas de todas as disposições do direito da União Europeia em geral.

O Tribunal de Justiça, contudo, não permitiu aplicação de efeitos diretos horizontais à diretiva, conforme constata-se do caso *Marshall v. Southampton West Hampshire Area Health Authority*¹⁴⁷: “A diretiva não pode, por si, impor obrigações a um particular e a norma da diretiva não pode ser invocada por um particular contra outro particular”. Essa jurisprudência foi confirmada nos Acórdãos *Vaneetveld*¹⁴⁸ e *Faccini Dori*¹⁴⁹. Ao assim agir, o Tribunal de Justiça foi de encontro ao pensamento da doutrina qualificada¹⁵⁰ e dos pareceres emitidos por Advogados-Gerais que defendem justamente o contrário.

Isso porque o efeito direto vertical é visto como uma sanção ao Estado-membro pelo fato dele se manter não cumpridor de uma obrigação de transpor os direitos assegurados em determinada diretiva para o direito interno ou transpor, erroneamente, as disposições de uma diretiva. Contudo, na visão do Tribunal de Justiça, seria um ônus demasiadamente gravoso a recair sobre todos

os particulares o dever de conhecer, em detalhe, a disposição de uma diretiva e decidir não cumprir as disposições do direito nacional naquilo que ele seja contrário ao disposto na diretiva.

O Tribunal fundamentou-se na interpretação do art. 288º do TFUE para justificar a restrição de efeitos horizontais, uma vez que a diretiva “apenas admite a invocabilidade perante o tribunal nacional contra o Estado-membro destinatário.”

Contudo, posteriormente, o Tribunal de Justiça alargou o entendimento de Estado-membro, com o fito de abarcar também o Estado-administração, o Estado-empregador e todas as pessoas coletivas públicas, incluindo, autarquias locais e os municípios, “assim como os organismos e as entidades que estejam sujeitas à autoridade e ao controle do Estado, ou que disponham de poderes exorbitantes em relação aos que resultam das regras aplicáveis às relações entre particulares, o que engloba as empresas públicas”¹⁵¹.

Esse entendimento foi reforçado no caso *Nijmegen*¹⁵². O Tribunal de Justiça expressou a necessidade da interpretação conforme do direito nacional em face das diretivas, dos regulamentos e dos Tratados e ainda aduziu que sempre que “as disposições de uma diretiva se revelem, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas” os particulares poderão invocá-las contra o Estado, após transcorrido o prazo de transposição e o Estado-membro destinatário tiver mantido-se inerte ou tenha efetuado uma transposição incorreta da diretiva. Afirmou ainda que diretivas não podem, por si próprias, “criar obrigações para os particulares e, deste modo, não podem ser invocadas enquanto tais contra eles, perante um órgão jurisdicional nacional”¹⁵³.

Desta forma, o acórdão *Nijmegen* reafirma a proibição relativa ao efeito direto horizontal da diretiva, já decretado pelo acórdão *Marshall*, bem como determina a obrigação da observância do princípio da interpretação conforme, já enunciado pelo acórdão *Von Colson*¹⁵⁴. O Tribunal de Justiça afirma que é dever dos tribunais

147 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall v. Southampton West Hampshire Area Health Authority*, Proc. 152/84, Col. 1986, p. 0073.

148 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 3 de Abril de 1994, Vaneetveld*, Proc. C-316/93, Col. 1994, pgs. I-763.

149 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori*, Proc. C-91/92, Col. 1994, p. I-3.325.

150 Cf. MANIN, Ph. L’invocabilité des directives: quelques interrogations. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, p. 669.

151 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 436.

152 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 08 de Outubro de 1987, Nijmegen*, Proc. 80/86, Col. 1987, p. 3969.

153 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 08 de Outubro de 1987, Nijmegen*, Proc. 80/86, Col. 1987, p. 3969.

154 UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 10 Abril de 1984, Von Colson*, Proc. 14/83, Col. 1984, p. 00515.

nacionais ao utilizar-se do princípio da interpretação conforme de uma diretiva, alcançar o resultado referido no terceiro parágrafo do art. 189¹⁵⁵ (atual 288º). Porém introduziu alguns limitadores para essa obrigação, são eles: os princípios gerais do direito comunitário, o princípio da segurança jurídica e o da não-retroatividade, impedindo, desta forma, que uma diretiva, por si só, gere obrigações aos particulares.

O entendimento esposado nos casos *Marshall* e *Nimjungen*, sobre a vedação de efeito direto horizontal, foi reforçado no caso *Faccini Dori v. Recreb*¹⁵⁶, conforme ex-certo abaixo:

A possibilidade de invocação de direitos contra entidades estatais assenta no caráter obrigatório que o art. 189, lhes reconhece, e que só existe para o Estado-membro destinatário e visa evitar que um Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito comunitário. Com efeito, seria inaceitável que o Estado, a que o legislador comunitário impôs a adoção de determinadas regras destinadas a reger as suas relações ou as das entidades estatais com os particulares, e a conferir a estes o benefício de certos direitos, possa invocar a inexecução dos seus deveres para privar os particulares do benefício desses direitos. Alargar este princípio ao domínio das relações entre os particulares equivaleria a reconhecer à comunidade o poder de criar, com efeito directo, deveres na esfera jurídica dos particulares quando ela só tem essa competência nas áreas em que lhe é atribuído o poder de adoptar regulamentos. Daqui resulta que, na falta de medidas de transposição nos prazos prescritos, um particular não pode basear-se numa directiva para pretender invocar um direito contra outro particular e invocar esse direito perante uma jurisdição nacional.

Embora o Tribunal de Justiça negue a possibilidade de efeito direto horizontal, ele declara a responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos causados ao particular, por violação ao direito da União. Contudo, existem exceções aos posicionamentos aqui descritos, sendo que, em alguns casos particulares, o Tribunal de Justiça admite o efeito direto horizontal.

3.2.2.1 Efeito direto triangular

O efeito direto de uma diretiva também foi reconhecido nos casos de relação triangular. Contudo, di-

ferentemente dos acórdãos até então expostos, o efeito direto triangular implica o efeito direto horizontal de uma diretiva, ou seja, a sua aplicação entre particulares.

O efeito direto triangular consiste na possibilidade de um particular invocar atos da União Europeia (o que abarca as diretivas) perante os tribunais nacionais em face não apenas dos Estados, mas também contra outros particulares, toda vez que um Estado-membro efetuar uma regulamentação interna diferente dos moldes determinados por um ato comunitário ou sem observar as disposições procedimentais contida nesses atos, e causar prejuízos a algum particular. Nesse caso específico, os particulares prejudicados poderão valer-se diretamente da norma contida na diretiva para afastar a aplicabilidade da norma nacional, mesmo que isso acarrete efeitos para outros particulares.

Um exemplo da situação triangular ocorreu no caso *Arcor AG & Co. KG*¹⁵⁷. O Tribunal de Justiça declarou que os operadores privados de telecomunicação podem invocar a legislação comunitária perante o tribunal nacional alemão, a fim de impugnar uma decisão da autoridade reguladora nacional. No caso em tela, a autoridade reguladora autorizou um encargo adicional sobre o preço das telecomunicações com origem na rede telefônica da Deutsche Telekom, a ser suportado pelos operadores concorrentes.

O Tribunal de Justiça manifestou-se no mesmo sentido em outros casos como *Unilever Itália v. Central Food*¹⁵⁸. Nele, o Tribunal de Justiça manteve o entendi-

155 § 3º do art. 189 do Tratado da CEE - A directiva vincula o Estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

156 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Julho de 1994, Faccini Dori v. Recreb*, Proc. C-91/92, Col. 1994, p. I – 3325.

157 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 17 de Julho de 2008, Arcor AG & Co. KG*, Proc 152/07, Col. 2008, p. I-05959. Pedido de decisão prejudicial — Bundesverwaltungsgericht — Interpretação da Directiva 90/388/CEE da Comissão, de 28 de Junho de 1990, relativa à concorrência nos mercados de serviços de telecomunicações (JO L 192, p. 10), e da Directiva 97/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 30 de Junho de 1997 relativa à interligação no sector das telecomunicações com o objectivo de assegurar o serviço universal e a interoperabilidade através da aplicação dos princípios da oferta de rede aberta (ORA) (JO L 199, p. 32) — Regulamentação nacional que prevê, além das tarifas de interligação calculadas em função do custo deste serviço, uma contribuição financeira dos outros operadores para cobrir o «défice no acesso» em que o operador estabelecido incorre pela oferta da linha de assinantes — Obrigação dos Estados-Membros suprimirem os obstáculos ao reajuste das tarifas pelos organismos históricos de telecomunicação na sequência da interligação de redes — Possibilidade de um particular invocar o efeito directo de uma directiva num tribunal de um Estado-Membro para obter a anulação de uma decisão administrativa que prevê uma obrigação financeira a favor de outro particular.

158 O caso refere-se a a lei interna, promulgada e que entrou em vigor no Estado-membro (Lei nº 313 de 03 de agosto de 1998),

mento esposado no caso *Cia. Security International*, declarando que o objetivo da Diretiva 83/189 não é simplesmente informar a Comissão, mas sim eliminar ou restringir os entraves às trocas comerciais, informar os outros Estados das regulamentações técnicas projetadas por um Estado, “dar à Comissão e aos outros Estados-membros o tempo necessário para reagir e propor alterações que permitam atenuar as restrições à livre circulação de mercadorias decorrentes da medida prevista e deixar à Comissão o tempo necessário para propor uma diretiva de harmonização”¹⁵⁹.

Por essa razão, o Tribunal de Justiça entendeu que embora uma diretiva não deva produzir efeito direto entre os particulares, essa regra não se aplica numa situação em que o Estado-membro desrespeitou o disposto na Diretiva 83/189, esse fato constitui um vício processual essencial, razão pela qual implica a inaplicabilidade da norma técnica adotada com inobservância da Diretiva.

3.2.2.2 Efeito direto da diretiva que concretiza direitos fundamentais e princípios gerais do direito

No caso *Marleasing*,¹⁶⁰ o Tribunal de Justiça confirma a tese clássica esposada no acórdão *Marshall* e apenas reconhece à diretiva efeito direto vertical. Porém, Fausto de Quadros chama a atenção para o fato de que algumas vezes na doutrina têm interpretado este Acórdão “como parecendo ele admitir, ainda que de forma tímida, e sempre por via indireta, o efeito direto horizontal de disposições de diretiva nas condições específicas deste caso concreto”¹⁶¹. Em suma, embora o Acórdão defende que a diretiva só possa ser invocada pelo Es-

tado, ele exige que os tribunais nacionais interpretem o direito nacional em conformidade com o texto e a finalidade da diretiva, esse fenômeno foi nomeado de efeito horizontal indireto. Além disso, no caso *Smith and Nephew*¹⁶², o tribunal de Justiça admitiu a invocação das disposições de uma diretiva contra uma decisão administrativa, quando sabia que essa invocação produziria efeitos diretos horizontais para um único particular, no caso uma empresa que participava de um concurso público¹⁶³.

Porém, em dois casos paradigmáticos, envolvendo direitos sociais do trabalhador, o Tribunal de Justiça concedeu a uma diretiva efeito direto horizontal, sendo que em um deles o prazo de transposição da diretiva não tinha sequer transcorrido, contrariando, assim, toda a jurisprudência firmada até então sobre o tema.

Em verdade, essa compreensão complementa a jurisprudência atual, sim, cria exceção à regra, mas de nenhum modo revoga as posições anteriores já firmadas pelo Tribunal de Justiça. Tudo o que foi dito sobre o efeito direto das diretivas ainda se encontra em vigor, mas há situações em que a regra pode ser excepcionada. A propósito, importa seguir na análise jurisprudencial.

No caso *Mangold*¹⁶⁴, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre a relação entre o princípio geral da não-discriminação em razão da idade e a Diretiva 2000/78, cujo prazo de transposição ainda decorria, e uma norma nacional alemã que contrariava a mencionada Diretiva. O Tribunal acabou por reconhecer a violação da proibição da não-discriminação em razão da idade, justificando que “a circunstância de, à data da celebração do contrato, o prazo de transposição da Diretiva 2000/78 ainda não ter expirado, não pode por em causa esta conclusão”.

Fato é que aplicação da diretiva não é imediata, deve ser certa e incondicional. Porém, a incondicionalidade, é interpretada com frequência, nos casos da diretiva, como sendo o transcurso do prazo de transposição. Isso passa a ser relativizado para os casos em que uma diretiva consagra direitos fundamentais ou princípios

pode não ser aplicada pelo juiz nacional chamado a proferir uma injunção para pagamento relativamente ao fornecimento de azeite extra-virgem rotulado de modo não conforme com as disposições nacionais da referida Lei, considerando que, após a notificação e consequente análise de um projeto de lei nacional relativo a rotulagem de origem do azeite extra virgem, do azeite virgem e do azeite, a Comissão Europeia procedeu ao envio formal de um convite ao Estado em causa para não adotar, num prazo determinado, até 14 de setembro de 1999, normas relativas a comercialização do azeite. A não aplicabilidade da norma nacional decorreria da violação a obrigação de notificação prevista no art. 8º da Diretiva 83/189.

159 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 26 de Setembro de 2000, Unilever Itália*, Proc. C-443/98, Col. 2000, p. I-07535.

160 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 13 de Novembro de 1990, Marleasing*, Proc. C-106/89, Col.1990, p. I-4.135.

161 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 437.

162 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 12 de Novembro de 1996, Smith and Nephew*, Proc. C-201/94, Col. 1996, p. I-05819.

163 QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 438.

164 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 22 de Novembro de 2005, Mangold*, Proc C-144/04, Col. 2005, p. I-9981.

gerais do direito. Essa relativização não é a derrogação do requisito de incondicionalidade da diretiva para os casos específicos descritos, mas, sim, sua flexibilização em prol do princípio da proporcionalidade, quando a diretiva se referir às matérias ora discutidas.

Maria Luísa Duarte equaciona a diretiva, em período de transposição, que consagra direitos fundamentais ou princípios gerais do direito, com efeito de excluir a aplicação da legislação nacional, da seguinte forma:

- 1) O Estado-membro adotou o normativo interno que põe em causa a diretiva (jurisprudência Wallonie);
- 2) o Estado-membro procedeu a transposição antecipada e o seu direito passa a ser escrutinado pela ótica da diretiva transposta;
- 3) a diretiva em causa apenas regula as condições de exercício de um direito de aplicação imediata, situação que se deve distinguir da diretiva de concretização¹⁶⁵.

A caminhada do Tribunal de Justiça no sentido de dar a máxima efetividade aos direitos fundamentais, afastando a legislação nacional, foi reforçada no caso *Seda*¹⁶⁶.

S. Küçükdeveci era empregada da empresa Swedex, desde 04 de junho de 1996, época em que tinha 18 anos. Porém, foi despedida em 19 de dezembro de 2006. Em face do aviso prévio, a relação laboral estendeu-se até 31 de janeiro de 2007. Contudo, o empregador calculou o prazo de aviso prévio como se a trabalhadora tivesse apenas uma antiguidade de 3 anos, apesar de estar ao seu serviço há 10 anos.

S. Küçükdeveci alegou que o § 622, nº 2, segundo parágrafo, do BGB, na parte em que prevê que o tempo de trabalho prestado por um trabalhador antes dos 25 anos de idade não é contabilizado para calcular a duração do aviso prévio, constitui uma medida discriminatória baseada na idade, contrária ao direito da União Europeia, pelo que não deve ser aplicado, em virtude do prazo de transposição da Diretiva 2000/78 já ter terminado no dia em que ocorreu o despedimento.

É fundamental compreendermos se a questão deve ser analisada à luz do direito primário ou da Diretiva 2000/78. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça foi categó-

rico e, reportando-se à jurisprudência iniciada no Acórdão *Mangold*, já referido, confirmou que a mencionada Diretiva não consagra, em si mesma, o princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego e trabalho, pelo contrário, esse princípio “encontra a sua origem em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros”. O Tribunal de Justiça reconhece, assim, um princípio da não-discriminação em relação à idade, que deve ser considerado um princípio geral do direito da União. Porém, a Diretiva 2000/78, nas palavras do próprio Tribunal, não o instituiu, mas apenas concretizou esse princípio.

Além disso, o Tribunal de Justiça fundamentou a sua decisão no fato de que o art. 6º, nº 1, TUE enuncia que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tem o mesmo valor jurídico dos Tratados e nela está consignada, em seu art. 21º, nº 1, a vedação da discriminação em razão da idade. Logo, não restam dúvidas de que a questão deve ser solucionada pela via do direito primário.

Por fim, para que o princípio da não-discriminação seja aplicável ao caso concreto, é necessário verificar se a situação debatida no litígio principal é abrangida pelo âmbito de aplicação do direito da União Europeia.

Nestas condições, o Tribunal de Justiça concluiu que o juiz nacional, chamado a se pronunciar em um litígio entre particulares, por força do princípio do primado do direito da União, de que o princípio da não-discriminação também beneficia, deve afastar uma legislação nacional que seja contrária ao direito da União, quando o instituto da interpretação conforme não puder ser utilizado. Como bem observa Maria Luísa Duarte¹⁶⁷:

se o efeito direto se deve ter como princípio geral das normas comunitárias, incluindo as que são reveladas pelo texto de uma diretiva que garante ao titular um direito subjetivo a invocação judicial, a eficácia imediata ou natureza de *self executing* é um atributo comumente reconhecido à norma garantidora de direitos fundamentais, de raiz constitucional, internacional ou eurocomunitária.

Assim, no bojo do caso *Seda*, foi novamente afastada norma nacional do direito alemão que feria os princípios gerais do direito, especificamente o direito fundamental da igualdade, e contrariava a Diretiva 2000/78. O Tribunal de Justiça clareou ainda mais a natureza da

165 DUARTE, Maria Luísa. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 423-439.

166 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE, de 19 de Janeiro de 2010, SEDA*, Proc. C-555/07, Col. 2010, p. I-365.

167 DUARTE, Maria Luísa. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 423-439.

norma garantidora do direito da não-discriminação em razão da idade, ao explicar que a Diretiva 2000/78 “não consagra, em si mesma, o princípio da igualdade de tratamento em matéria de emprego e de trabalho, princípio esse que encontra a sua origem em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros.”

Em suma, a Diretiva não consagra e, muito menos, introduz um princípio no ordenamento da União Europeia, ela simplesmente concretiza o exercício do direito. Maria Luísa Duarte esclarece o tema:

O direito da União fundamenta e impõe a proibição da discriminação em razão da idade como manifestação de um princípio geral do direito. A Diretiva 2000/78, e outras de natureza análoga, aprovadas com base no art. 19º, nº 1, TFUE, concretiza e modela o exercício do direito. O efeito da substituição, traduzido na aplicação da norma da Diretiva, depende do efetivo esgotamento do prazo de transposição. Ao invés o efeito de exclusão que pressupõe a desaplicação da norma interna contrária constitui uma obrigação imediata para o juiz nacional, ao qual compete aplicar o direito da União, incluindo, naturalmente, os direitos fundamentais, que são expressão direta de princípios gerais do direito¹⁶⁸.

Os dois casos ora analisados são paradigmáticos porque concentram os dois objetivos que orientam o Tribunal de Justiça na sua prática de concretização dos direitos emados pelas diretivas: a tutela dos direitos fundamentais e uma maior eficácia jurídica às normas emanadas por diretivas. Não soa estranho falar que o Tribunal de Justiça identifica as diretivas como instrumento concretizador dos princípios gerais do direito, nesse caso visto como expressão garantidora de direitos fundamentais. Segundo Maria Luísa Duarte essa distinção entre título primário e secundário de reconhecimento de um determinado direito fundamental encontra eco no artigo 52, nº 5º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹⁶⁹. Porém, essa dicotomia entre direitos que são respeitados e princípios que devem ser observados vem sendo ignorada pelo Tribunal

de Justiça, que não difere os efeitos dos dois veículos normativos. Essa aproximação de efeitos ganha ainda mais força com o Tratado de Lisboa que concedeu a CDFUE o mesmo efeito dos Tratados¹⁷⁰.

Desta forma, percebe-se que os dois casos acima expostos conduziram o Tribunal de Justiça a um novo patamar na construção sobre a eficácia jurídica da diretiva. Nessa fase, a ponderação se destaca como elemento essencial na interpretação de diretivas que concretizam direitos fundamentais ou que, de alguma forma, estejam relacionadas com a aplicação de princípios gerais do direito.

É importante frisar que o efeito direto e a aplicabilidade imediata de uma diretiva que concretiza direitos fundamentais ou princípios gerais do direito, no âmbito horizontal, ou seja, entre particulares, embora admitida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, não induz a ideia de que se trata de uma regra, mas, sim, de instituto de aplicação subsidiária e “não dispensa a existência de uma ligação objetiva entre a diretiva e o princípio geral”¹⁷¹. Antes de aplicar a diretiva diretamente deve-se tentar obter a solução pela via interpretativa, nomeadamente, pela interpretação conforme da norma nacional em desacordo. Caso não seja possível, deve-se verificar, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, se a responsabilidade extracontratual é suficiente para o caso concreto. Apenas depois de vencidas as fases anteriores e se a relação entre a diretiva e os princípios gerais ou direitos fundamentais for clara e objetiva, é que será possível afastar a norma interna em face da diretiva concretizadora.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diretiva é vista como instrumento de harmonização de legislações. Quando a matéria a ser legislada necessita ser uniforme, a União atua por meio dos regulamentos. Por essa razão, os regulamentos sempre têm efeito direto. Todavia, o efeito direto das diretivas é excepcional, pois, em regra, os particulares só poderão valer-se das normas contidas nas diretivas, após a sua transposição para o direito nacional.

168 DUARTE, Maria Luísa. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 423-439.

169 As disposições da presente Carta que contenham princípios podem ser aplicadas através de actos legislativos e executivos tomados pelas instituições, órgãos e organismos da União e por actos dos Estados-Membros quando estes apliquem o direito da União, no exercício das respectivas competências. Só serão invocadas perante o juiz tendo em vista a interpretação desses actos e a fiscalização da sua legalidade.

170 DUARTE, Maria Luísa. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 423-439.

171 DUARTE, Maria Luísa. O tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1.

Por isso, é bastante claro que as diretivas são normas dirigidas diretamente aos Estados-membros. Contudo, transmitem uma certa “ideia de Europa” que é almejada pela União Europeia, razão pela qual, indiretamente, elas são também dirigidas aos cidadãos da União. Porém, o principal efeito de uma diretiva é gerar uma obrigação de transposição para o Estado-membro destinatário.

Os regulamentos são atos supranacionais, exprimem uma relação de supremacia do direito da União sobre o direito interno. As diretivas, por sua vez, carecem dessa supremacia, sendo um ato eminentemente de cooperação entre a União e a ordem interna. Porém, apesar dessa ausência de subordinação, durante o período de transposição, os Estados devem abster-se de adotar quaisquer medidas que possam comprometer o resultado prescrito pelas diretivas, competindo aos tribunais nacionais controlar a legalidade das disposições nacionais.

Caso o Estado destinatário não transponha a diretiva no prazo estipulado, ou caso os seus órgãos não cumpram o disposto na diretiva, ou mesmo nos casos de errada e insuficiente transposição, o Estado incorre em situação de incumprimento, que pode resultar na abertura de um processo por não cumprimento.

É possível que o processo de não cumprimento seja substituído por uma ação de responsabilidade civil extracontratual a ser proposta contra o Estado faltoso nos seus tribunais nacionais, segundo as regras processuais próprias de cada Estado. Porém, uma vez que se trata de responsabilidade pela não implementação de uma diretiva, os critérios para a reparação do dano são os determinados pelo direito da União.

Depois de esgotado o prazo para a transposição de uma Diretiva e, ainda assim, caso o Estado destinatário tenha permanecido inerte, a diretiva goza de efeito direto vertical, caso ela seja precisa e incondicional. O efeito direto afigura-se como uma sanção para o Estado pelo fato de ele não ter cumprido a sua obrigação em tempo hábil ou o tenha feito de maneira incorreta, isso ocorre quando o Estado transpõe mal uma diretiva.

O direito de invocar o efeito direto constitui apenas uma garantia mínima para os particulares, decorrente do caráter vinculativo das obrigações impostas aos Estados-membros por força das diretivas.

Durante o período de transposição, o Estado-membro não pode agir de forma contrária à diretiva, emitin-

do atos legislativos ou regulatórios que dificultem ou contrariem a diretiva que se encontra em período de transposição, ou seja, não é que os particulares tenham direito à aplicação direta e imediata de uma diretiva no período de transposição, mas, sim, que o Estado-membro não pode efetivar atos contrários à diretiva durante esse período. Assim, caso o Estado-membro não observe essa obrigação de não fazer, os particulares poderão exigir nos tribunais nacionais a não-aplicação da norma ou, em pedido alternativo, que o Estado seja condenado a indenizar por violação do princípio da confiança legítima.

O efeito direto das diretivas pode ser sintetizado da seguinte forma:

- 1) Diretivas imprecisas e/ou condicionais: não possuem efeito direto, ainda que o prazo de transposição já tenha transcorrido e o Estado-membro tenha permanecido inerte;
- 2) Diretivas precisas e incondicionais:

2.1. prazo de transposição não transcorrido: em regra, não possui efeito direto;

2.2. prazo de transposição transcorrido e Estado inerte: efeito direto vertical ascendente;

2.3. entre particulares: embora seja desprovida do efeito horizontal, o juiz nacional deve utilizar-se da interpretação conforme, o que parte da doutrina nomeia de efeito indireto horizontal, isso deve ser feito mesmo antes do prazo de transposição ter decorrido.

Contudo, há exceções às regras acima transcritas. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, em alguns casos específicos, permite o efeito direto de uma diretiva entre particulares, ou seja, consagra o efeito horizontal, algumas vezes, mesmo antes de transcorrido o prazo de transposição.

Assim, em caso de não transposição de diretiva precisa e incondicional, os particulares podem invocá-la diretamente contra outros particulares, nos casos de efeito direto triangular, ou seja, toda vez que um Estado-membro efetuar uma regulamentação interna diferente dos moldes determinados por um ato comunitário ou sem observar as disposições procedimentais contida nesses atos e causar prejuízos a algum particular pelo fato dele

não ter observado o disposto em determinada diretiva. Nesse caso específico, os particulares prejudicados poderão valer-se diretamente da norma contida na diretiva para afastar a aplicabilidade da norma nacional, mesmo que isso acarrete efeitos a outros particulares.

As diretivas também terão efeitos horizontais, mesmo antes de findo o prazo de transposição, quando uma diretiva concretizar princípios gerais do direito ou direitos fundamentais. Em matéria de direitos fundamentais, a União Europeia, após o Tratado de Lisboa, passa a estar vinculada, formalmente, à Carta de Direitos Fundamentais, que está equiparada à mesma força jurídica dos Tratados. Logo, dúvida não há: os direitos fundamentais, atualmente, são fontes originárias do direito da União Europeia. Claro, a não-observância do termo final do prazo de transposição, a fim de aplicar horizontalmente uma diretiva, deverá ser norteadada pelo princípio da proporcionalidade. Na verdade, nesse último caso, não é exatamente a diretiva que tem efeito direto, mas, sim, a norma que está contida na diretiva que produz efeito direto, uma vez que a diretiva não introduz direitos fundamentais ou princípios gerais do direito no ordenamento da União Europeia. Já são fontes primárias desse ordenamento. Assim, nesses casos, os direitos fundamentais e os princípios gerais do direito é que têm efeito direto, independentemente do tipo de norma que os explicitem.

Contudo, o efeito direto e a aplicabilidade imediata de uma diretiva que concretiza direitos fundamentais ou princípios gerais do direito no âmbito horizontal, ou seja, entre particulares, embora admitida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, não induz a ideia de que se trata de uma regra, mas, sim, instituto de **aplicação subsidiária**, sem falar que é fundamental que exista uma ligação objetiva entre a diretiva e o princípio geral ou direito fundamental. Além disso, antes de aplicar a diretiva diretamente, deve-se tentar obter a solução pela via interpretativa, nomeadamente pela interpretação conforme da norma nacional em desacordo. Caso não seja possível, deve-se verificar, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, se a responsabilidade extracontratual é suficiente para o caso concreto. Apenas depois de vencidas as fases anteriores é que será possível afastar a norma interna em face da diretiva concretizadora, desde que observando o critério de “adequação funcional”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. *Mercosul e União Européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 2004.

BARRIONUEVO, María Bellido. *La directiva comunitaria*. Madrid: Dykinson, 2003.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. *O ABC do direito comunitário*. 1986. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/ue_abc_dir_comunitario.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2013.

CAMPOS, João da Mota. *Manual de direito comunitário*. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2002

CAMPOS, João Luiz Mota. *Manual de direito europeu: o sistema institucional, a ordem jurídica e ordenamento económico da União Europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

COELHO, Teresa Leal. *A jurisprudência do Tribunal de Justiça das comunidades relativa ao efeito directo da directiva comunitária*. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/caracterizacao_oj_comunitaria.pdf>. Acesso em: 04 maio 2013.

CRUZ VILAÇA, José Luís. A propósito dos efeitos das diretivas na ordem jurídica dos Estados-membros. *Justiça Administrativa*, n. 30, p. 3-19, nov./dez. 2001.

CUNHA, Luís Pedro. Considerações sobre a possibilidade de adesão da comunidade à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. *Gestão e Desenvolvimento*, v. 2, p. 35-52, 1993. Disponível em: <http://www.estig.ipeja.pt/~ac_direito/gestaododesenvolvimento2_35.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

CUNHA, Ricardo Sousa da. *Introdução diacrónica e incrónica ao direito da União Europeia*. Disponível em: <<https://woc.ipca.pt/esg/getFile.do?tipo=2&id=7633>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

DROMI, José Roberto; EKMEKDJIAN, Miguel Angel; RIVERA, Julio César. *Derecho comunitario: sistemas de integración, régimen del Mercosur*. Ciudad Argentina 1995.

DUARTE, Maria Luísa. *Estudos de direito da União e das Comunidades Europeias, II*. Coimbra: Coimbra, 2006.

DUARTE, Maria Luísa. O Tempo e a transposição de diretivas no direito da União Europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Al-

- medina, 2012. v. 1. p. 423-439.
- DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e direitos fundamentais*. Lisboa, 2006.
- DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia: estática e dinâmica da ordem jurídica Eurocomunitária*. Coimbra: Almedina, 2011.
- FERREIRA, Lier Pires; FRAGOSO, Geraldo. O direito comunitário na União Europeia. *VoxJuris*, ano 1, v. 1, n. 1, p. 115-131, 2008. Disponível em: <<https://ugf.br/files/stricto/direito/revista/14.artigo.07.pdf>> Acesso em: 05 ago. 2013.
- FORTE, Umberto. *União Europeia: Comunidade Econômica Europeia: Direito das Comunidades Europeias e harmonização fiscal*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- GOMES, José Caramelo. *Lições de direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina. 2011.
- KENT, Penelope. *Law of the European Union*. 2. ed. London: M&E Pitman Publishion, 1996.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Curso de direito econômico comunitário*. Porto Alegre: Síntese, 2002.
- MANIN, Ph. L'invocabilité des directives: quelques interrogations. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Constitucionalismo Europeu e direitos fundamentais após o Tratado de Lisboa*. Instituto de Ciência Jurídico-Políticas. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/822-1351.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2013.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Curso de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004.
- MÉGRET, Jacques. *Le droit de la Communauté économique européenne*. pt. 1-2. La cour de justice, les actes des institutions. Bruxelles: Universitaires de Bruxelles, 1983.
- MOREIRA, Vital. O tempo e a transposição de diretivas no direito da união europeia. In: ESTUDOS em homenagem a Miguel Galvão Teles. Coimbra: Almedina, 2012. v. 1. p. 717-745.
- NASCIMENTO, Cláudia Lyra. O dilema da incorporação das normas do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/93272>>. Acesso em: 10 abr. 2013.
- PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Direito internacional público*. 3. ed. Coimbra, 1993.
- PESCATORE, Pierre. The doctrine of 'direct effect': an infant disease of community law. *Euro-pean Law Review*, n. 8, 1983.
- PIZZOLO, Calogero. *Globalizacion e integracion: ensayo de una teoría general: Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, SICA*. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- PRECHAL, Sacha. *Directives in European Community law*. Oxford: Clarendon, 1995.
- QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004.
- RAMOS, Rui Manoel Moura. *Das comunidades à União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. A transposição das diretivas comunitárias para a ordem jurídica nacional. *INA*, Oeiras, v. 4-5, p. 69-94, abr./dez. 1992.
- TIMMERMANS, Christiaan. Community directives revisited. *Yearbook of European Law*, v. 17, n. 1, p. 1-28, 1997.
- UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 03 de Dezembro de 1974*, Van binsbergen, Proc. C- 33/74. Col. 1974, p. 543.
- UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 04 de Dezembro de 1974*, Van Duyn, Proc. 41/74, Col. 1974, p. 567.
- UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 04 de Fevereiro de 1959*, Stork, Proc 01/58, Col. 1959, p. 293.
- UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 06 de Outubro de 1970*, Franz Grad, Proc. 9/70, Rec. 1970, p. 825.
- UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 08 de Abril de 1976*, Defrenne v. Sabena, Proc. 43/75, Col. 1976, p. 193.
- UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 08 de Outubro de 1987*, Nijmegen, Proc. 80/86, Col. 1987, p. 3969.
- UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 09 de Março de 1978*, Simmenthal, Proc. 106/77, Col. 1978, p. 629.
- UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 10 de Novembro de 1992*, Hansa Fleisch, Proc.

C-156/91, Col. 1992, p. I-05567.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 10 de Outubro 1973*, Variola, 34/73, Col. 1973, p. 365.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 11 de Julho de 1985*, Cinètheque, Procs. 60 e 61/84, Col. 1985, p. 2605.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 12 de Dezembro de 1970*, Internacinalde Handelsgesellschaft, Proc 11/70, Rec. 1970, p. 1125.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 12 de Novembro de 1960*, Stauder, Proc 26/69, Rec 1969, p. 419.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 12 de Novembro de 1996*, Smith and Nephew, Proc. C-201/94, COL. 1996, p. I-05819.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 13 de Dezembro de 1988*, proferido no Proc. 322/88, Salvatore Grimaldi v. Fonds, Col. 1989, p. 4407.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 13 de Maio de 1962*, Consórcio de Carvão do Ruhr, Proc 13/60, Col. 1962, p. 307.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 13 de Novembro de 1990*, Marleasing, Proc. C-106/89, Col.1990, p. I-4.135.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Dezembro de 1971*, Politi, Proc. 43/71, Col. 1971, p. 419.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Julho de 1994*, Faccini Dori v. Recreb, Proc. C-91/92, Col. 1994, p. I – 3325.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Maio de 1974*, Nold II, Processo 4/73, Rec. 1974, p. 491.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 14 de Setembro de 2000*, Trevor and Penny Fisher, C-369/98, Col. 2000, p. I-6751.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 15 de Julho de 1964*, Costa c. Enel, Proc. 06/64, Col. 1964, p. 549.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 17 de Dezembro de 1970*, Sace, Proc. 33/70, Col. 1969/1970, p. 685.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 17 de Julho de 2008*, Arcor AG & Co. KG, Proc 152/07, Col. 2008, p. I-05959.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 17 de Novembro de 1992*, Comissão c. Irlanda, Proc. C-235/91, Col., p. I-5.917.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 18 de Dezembro de 1997*, Inter-Environnement, Proc. C-129/96, Col., p. I-411.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 19 de maio de 1999*, Comissão/França, C-225/97, Rec. I-3011, nº 37

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 21 de Junho de 1974*, Reyners, Proc. C-2/74, Col. 1974, p. 325.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 21 de Março de 1997*, Comissão/Bélgica, 102/79, Rec. 1473, nº 12.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 22 de fevereiro de 1984*, Kloppenburg, Proc. 70/83, Col., p. 1075.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 22 de Novembro de 2005*, Mangold, Proc C-144/04, Col. 2005, p. I-9981.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 23 Abril de 1995*, Comissão/Grécia, Proc. C-365/93, Col. 1995, p. I-499

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 25 de Maio de 1982*, Comissão c. Países Baixos, Proc. 96/81, Col., p. 1791.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 25 de Outubro de 1975*, Rutili, Processo 36/75, Col. 1975, p. 415.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 26 de Setembro de 2000*, Unilever Itália, Proc. C-443/98, Col. 2000, p. I-07535.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 27 de abril de 1989*, Comissão c. Itália, Proc. 324/87, Col., p. 1013 e ss.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 3 de Abril de 1994*, Vaneetveld, Proc. C-316/93, Col., pgs. I-763 e segs.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão*

TJUE de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend en Loos, Proc 26/62, Col. 1963, p. 00205.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend en Loos, Proc 26/62, Col. 1963, p. 00205 e seg.*

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE de 6 de outubro de 1970, Franz Grad, Proc. 09/70, Rec., p. 825.*

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça. *Acórdão TJUE, de 19 de Janeiro de 2010, SEDA, Proc. C-555/07,*

Col. 2010, p. I-365.

VAN GERVEN, Walter. *The horizontal effect of directive provisions revisited: the reality of Catchwords.* University of Hull, Institute of European Public Law, 1993.

WINTER, Jan A. Direct applicability and direct effect: Two distinct and different concepts in Community law. *Common Market Law Review*, v. 9, n. s 425, 1972.

ZULEEG, Manfred. Fundamental rights and the law of the European Communities. *Common Mkt. L. Rev.* v. 8, 1971.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Da aplicabilidade do *bulk factoring* aos grupos de sociedades

About the aplicability of the *bulk factoring* to the corporate groups

Daniel Amin Ferraz*

Leonardo Arêba Pinto

Da aplicabilidade do *bulk factoring* aos grupos de sociedades

About the aplicability of the *bulk factoring* to the corporate groups

Daniel Amin Ferraz**

Leonardo Arêba Pinto***

RESUMO

O objeto do presente artigo é determinar como o *Bulk Factoring* seria instrumento jurídico apto a desenvolver os grupos de sociedades. Para tanto, em primeiro momento, pretende-se analisar os elementos fundamentais e distintivos do contrato de *factoring* ou fomento mercantil. Uma vez estabelecidas as premissas atinentes ao contrato de fomento mercantil, em segundo passo, pretende-se analisar a modalidade específica do *Bulk Factoring*, demonstrando seus elementos distintivos, sua aplicabilidade e os benefícios advindos dessa aplicação. Em terceiro momento, após definição dos grupos de sociedades, será feita análise de quais fatores contribuem para o fortalecimento e expansão dos mencionados grupos. Por fim, pretende-se demonstrar que o *Bulk Factoring* consiste em negócio jurídico de natureza mercantil que promove o fortalecimento dos grupos de sociedades.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos comerciais. *Bulk Factoring*. Grupos de Sociedades.

ABSTRACT

The subject matter of this article is to determine how the *Bulk Factoring* would be a legal instrument able to develop the corporate groups. In order to achieve such goal, in the first moment, it proposes to analyze the fundamental and distinctive elements inherent to the factoring contract agreement. Once established the preliminar elements regarding the factoring contract agreement, as a second step, it also proposes to analyze the specific modality of the *Bulk Factoring*, demonstrating its distinctive elements, its applicability and the benefits that arise from its application. In the third moment, after the legal definition of the corporate groups, an analysis will be made on which factors contribute for the fortification and expansion of the later corporate groups. Lastly, it proposes to demonstrate that the *Bulk Factoring* consists in a legal contract agreement that promotes the fortification of the corporate groups.

* Autores convidados

** Possui mestrado em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra (1998) e doutorado em Aspectos Actuales del Derecho Internacional - Universidad de Valencia (2004). Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora - MG (em processo de redistribuição). Professor do Mestrado/Doutorado do Uniceub, Brasília. Foi Diretor do Departamento de Cooperativismo e Associativismo - DENACOOOP, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, MAPA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Empresarial Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: globalização, grupos de sociedades, contratos internacionais, direito da concorrência e nova ordem internacional. E-mail: daniel.amin@afcadvogados.adv.br

*** Mestrando no Programa de Mestrado da Uniceub, Brasília. E-mail: leonardoarebaadv@gmail.com

1. Aproximação da matéria

A sociedade das finanças, que sucedeu à sociedade industrial, tem fins muito mais amplos e complexos, em virtude dos produtos financeiros que, muitas vezes, não podem ser facilmente compreendidos¹.

No passado, o grande capital era mono-setorial, dedicando-se a um determinado setor da indústria, do comércio ou dos serviços. Hoje o capital migra, de setor a setor, com grande flexibilidade. Assim, os “pacotes acionários” de controle das grandes companhias passam de mão em mão, de investidor a investidor. A partir do final do século XX, o novo equilíbrio das empresas industriais como empresas de grupo está caracterizado pela divisão das funções de direção estratégica. A sociedade se converte de sociedade industrial em pós-industrial, ou financeira².

Neste contexto, novos instrumentos surgem em uma sociedade financeira. Assim, o presente artigo possui como objeto de estudo o *Bulk Factoring* e sua utilização como instrumento contratual voltado ao fortalecimento dos grupos de sociedades.

Poderia o *factoring*, em específico em sua modalidade *Bulk Factoring*, ser considerado instrumento contratual estratégico para o fortalecimento e expansão dos grupos de sociedades, dado que a atividade empresária busca, constantemente, se expandir?

O *factoring* é, majoritariamente, contrato celebrado por pequenas e médias empresas³, as quais buscam ob-

ter capital de giro, promovendo a liquidação antecipada de recebíveis, voltados à operacionalização e exercício regular de suas atividades⁴. Com o presente estudo, busca-se demonstrar que o *Bulk Factoring* consiste em instrumento contratual utilizado por empresas de grande porte, integrantes de grupos de sociedades.

A relevância do presente tema de discussão é manifesta, dado que apresenta instrumento jurídico apto a otimizar a performance e a dinâmica dos grupos de sociedades, instrumento de concentração empresarial de terceira geração, sendo, hoje por hoje, o mais utilizado nas práticas negociais de grande porte^{5/6}.

Ademais, o contrato de *factoring* se caracteriza como negócio empresarial e, em função disso, certos elementos típicos dos contratos mercantis são aplicáveis a essa espécie. Por isso, essencial traçar os moldes básicos dos contratos mercantis, a fim de que seus elementos distintivos restem consolidados.

O ordenamento jurídico brasileiro adota sistemática que teve amplo embasamento na legislação europeia moderna, que veio a substituir a então vigente doutrina consistente nos atos de comércio (que também tinha fundamento no direito europeu), eminentemente objetiva⁷, para qualificar a atividade empresária como resul-

médias empresas: algumas questões (máxime, no Direito da Concorrência), Editora Almedina, Coimbra, 2001, p. 21 e ss.

4 BARBIER, Eduardo Antonio. *Contratación bancaria, volume 2 – Empresas*. 2ª ed. atualizada y ampliada. Ciudad de Buenos Aires, Editora Astrea, 2007, p. 379.

5 Em tópico específico, abaixo, será feita análise da natureza jurídica dos grupos de sociedades. Contudo, desde já, caracteriza-se o grupo de sociedades como um instrumento de concentração empresarial. Como tal, deve o mesmo ser regulado pelos organismos de controle das concentrações, caso, no Brasil do CADE. Todavia, para que tal regulação ocorra, dois elementos devem se fazer presentes, quais sejam, a definição de mercado relevante e de posição dominante. Para aprofundamento na matéria, ver: PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. A posição dominante relativa no Direito da Concorrência, Editora Almedina, Coimbra, 2001, p. 23-54.

6 A globalização trouxe consigo a necessidade de adaptabilidade à expansão e internacionalização, que é natural, do capital. Assim, este buscou formas societárias mais flexíveis que lhe permitiriam cumprir com sua vocação expansionista, promovendo uma facilitação da concentração empresarial. Neste sentido, o grupo de sociedades constituiu uma estrutura organizativa perfeita para cumprir tais fins. Isso porque permite o crescimento internacional da atividade empresária, com a devida concentração de capital, na diversidade formal, diversidade essa que explicaria seu amplo emprego na prática negocial. Neste sentido: PALAO MORENO, Guillermo. Os grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo, Tiran lo Blñch, Valencia, 2000, p. 19.

7 Para definição da matéria comercial, três grandes teorias foram empregadas ao longo da evolução mercantilista do Direito. Assim,

1 “É necessário definir a nova agenda de desenvolvimento, buscando um novo equilíbrio entre o mercado livre e o interesse público, entendidas as políticas públicas como todas as formas de ação organizadas na esteira de objetivos de interesses comuns, não somente ações estatais”. FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional, em: FERRAZ, Daniel Amin. *Direito Empresarial: marco jurídico de internacionalização das empresas brasileiras*, Ed. CRV, Curitiba, 2012, p. 10.

2 GALGANO, Francesco. *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Società editrice il Mulino, Bologna, 2005, p. 27.

3 As pequenas e médias empresas sempre foram uma preocupação no seio da União Europeia, recebendo tratamento diferenciado do direito comunitário. O mesmo ocorre porque, quando analisados os dados de produção empresária, mais de 99% (noventa e nove) por cento das empresas em território europeu são constituídas por PMEs, adotando-se o critério de possuírem até 500 empregados. Por outro lado, pelo mesmo critério do número de empregados, mais de 91% (noventa e um por cento) delas serão consideradas micro empresas, já que possuídas de até 09 (nove) trabalhadores. Para aprofundamento nas definições de PMEs para o direito comunitário, que influenciou as diversas definições do Direito brasileiro, veja-se, entre muitos: PALMA, Augusta Ferreira. *Das pequenas e*

tado da organização dos elementos de empresa, ou, na

originariamente, a matéria comercial era definida pela teoria subjetiva. Por tal teoria, seria necessária a presença de um comerciante, no exercício habitual de sua atividade profissional para qualificação da matéria como mercantil. A grande dificuldade da teoria subjetiva era a necessidade da profissionalidade (entendida como registro ou arquivamento da Junta Comercial) e a habitualidade. Isso porque, poder-se-ia chegar ao absurdo de se entender que um comerciante sem registro não praticava matéria comercial. Por outro lado, a definição de habitualidade sempre foi questão sem solução. Qual seria a frequência necessária para a determinação de uma prática como habitual? Questões, como se vê, de difícil solução.

Pela dificuldade da caracterização da teoria subjetiva evoluiu o direito mercantil para a teoria objetiva de delimitação da matéria comercial. Por tal teoria (teoria objetiva), o elemento essencial para a determinação da matéria seria a prática dos atos de comércio. Assim, entendeu a doutrina, e depois o legislador pátrio, por intermédio do Regulamento 737/1850, que, determinados negócios jurídicos seriam sempre mercantis, independente de quem os praticasse. A lei os definiria sempre como mercantis, objetivamente, já que teriam o condão de gerar largos efeitos no mercado e deveria o Direito Especial (mercantil) se preocupar com sua regulação. Seriam exemplos clássicos dos atos de comércio objetivos a emissão e circulação dos títulos de crédito. Por seu turno, outros atos, ainda, seriam mercantis em virtude de sua natureza. Estes, denominados de atos de comércio subjetivos ou por natureza, teriam, em seu bojo, os elementos essências da mercantilidade, quais sejam, a circulabilidade (intenção de modificação de posse e/ou propriedade, e a especulação (intenção na obtenção de lucro). Para a doutrina os atos de comércio subjetivos necessitariam da presença de um comerciante na relação jurídica, mas não mais um comerciante registrado. Ou seja, neste ponto abandonada a profissionalidade. O contrato de compra e venda seria o ato de comércio subjetivo por excelência. Finalmente, presente ainda para a teoria objetiva os atos de comércio por conexão, entendidos como aqueles que, ainda que nem objetivamente, nem subjetivamente, mercantis, seriam assim classificados já que facilitariam a prática de outros atos de comércio. Portanto, seriam todos aqueles atos assessoriais ou preparatórios da atividade perpetrados pelo empresário. Finalmente, a teoria empresarial nasce como o novo elemento para definição da matéria comercial. Passa a ser entendida a empresa como a organização dos fatores de produção, como posição de valor no mercado. Pela teoria empresarial passa a ser essencial a organização dos fatores de empresa para a qualificação da matéria. Seria ela uma volta ao subjetivismo, não mais focado na pessoa do empresário, mas sim na própria empresa, entendida como organização da atividade. Para entendimento da teoria subjetiva, veja-se: FERREIRA, Waldemar Martins. Tratado de Direito Mercantil Brasileiro, vl. 2, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1939, p. 24 e ss.; VAMPRÉ, Spencer. Tratado Elementar de Direito Commercial, vl.1, F. Briguier & Cia, Rio de Janeiro, 1922, p. 12 e ss., para quem o Direito Comercial seria aquele que "...estuda as regras applicaveis aos actos do commercio, e às pessoas que delle fazem profissão". Vê-se, da definição citada que a profissionalidade (registro) era requisito essencial para a delimitação da matéria comercial pela teoria subjetiva. Por seu turno, para aprofundamento na teoria objetiva, veja-se, entre muitos: MENDONÇA, João Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vl. 1, 6ª Edição, Livraria Freitas Bastos, Riode ed Janeiro, 1957, p. 419 e ss.; BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Commercial Terrestre, vl.1, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959, p. 159 e ss. Para entendimento da teoria empresarial, veja-se, como fundamental: CARVALHO, Orlando de. Critério e Estrutura do Esta-

concepção clássica, dos fatores de produção⁸.

Nessa linha, com o advento do Código Civil de 2002, consolidou-se a nova concepção do direito comercial no Brasil, baseada no conceito de empresa⁹. Assim, para a definição legal "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para

belecimento Comercial, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1967. Veja-se, ainda: OLIVENCIA RUIZ, Manuel. Derecho mercantil y derecho de la empresa, em: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. Derecho mercantil I, Marcial Pons, Barcelona, 2010, p. 23 e ss.

8 "A crise do sistema objetivo deu origem aos novos contornos do direito mercantil. Desloca-se o centro das atenções do direito comercial, vale dizer, o ato dá lugar à atividade econômica. Unem-se as ideias do ato de comércio e do comerciante numa realidade mais dinâmica, a da atividade econômica, isto é, o conjunto de atos destinados a um fim, a satisfação das necessidades do mercado geral de bens e serviços.

Mesmo antes de qualquer positivação de um novo regime, isto é, mesmo na vigência plena do Código Comercial de 1850, já houve um grande movimento no sentido de uma nova concepção do direito comercial no Brasil. Esse movimento foi extremamente influenciado pela nova concepção do direito comercial como direito das empresas, com a unificação do direito das obrigações promovido pelo Código Civil Italiano de 1942.

Modernamente urge uma nova concepção que qualifica o direito comercial como o direito das empresas, orientação maciçamente adotada na doutrina pátria, apesar de ainda existir alguma resistência. Nesta fase histórica, o direito comercial encontra sua justificação não na tutela do comerciante, mas na tutela do crédito e da circulação de bens e serviços, vale dizer, não são protegidos os agentes que exercem atividades econômicas empresariais, mas a torrente de suas relações". TOMAZATTE, Marlon, Curso de direito empresarial: teoria geral e societário, volume 1. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13.

9 Importa referir que para a teoria clássica do direito mercantil haveria uma clara distinção entre empresa, empresário e estabelecimento mercantil. Assim, a empresa era entendida como mera atividade, objeto de direito. Ademais, era a mesma qualificada como objeto de direito mercantil, equiparada à mercadoria, possuindo, por isso mesmo, valor intrínseco e podendo ser negociada de forma autônoma, independente de quaisquer outros bens, corpóreos ou incorpóreos. Interessante notar que quando o franqueador realiza contrato de franquia transfere para o franqueado parte de sua empresa, sem haver, obrigatoriamente, a transferência de quaisquer outros bens. Por seu turno, empresário é a pessoa, individual ou coletiva, registrada ou não (no caso do Direito brasileiro, na Junta Comercial), que exerce atividade empresária, ou seja, que exerce empresa. É sujeito de direito e, em nome de quem, adquire-se direitos, assume-se obrigações. Finalmente, estabelecimento comercial, qualificado como objeto de direito, sendo um bem móvel, geralmente material, infungível, composto por bens materiais e imateriais, fungíveis e infungíveis, sempre móveis. O estabelecimento é o instrumento com o qual o empresário exerce a empresa.

Depois de todo o manifesto, sublinhe-se que, para a moderna teoria empresarial, não haveria distinção entre as ideias de empresa e empresário, havendo, tão somente, a preocupação com a organização dos elementos de empresa para a definição da matéria empresária, quais sejam, capital, trabalho e, modernamente, informação.

a produção ou a circulação de bens ou de serviços”¹⁰.

Com isso, a atividade empresária, nos termos de nosso ordenamento jurídico, passou a contar com aspectos subjetivos e objetivos em sua definição. Subjetivamente, empresário é o indivíduo, pessoa física ou jurídica, que organiza as atividades de produção e/ou circulação de bens e serviços. Objetivamente, qualquer atividade que se enquadre como profissionalmente organizada, voltada à circulação ou à produção de bens ou serviços, com especulação, será considerada empresária.

Por outro lado, o contrato é instrumento necessário para que o empresário exerça sua atividade. Permite a instrumentalização da atividade empresária. Vale referir que, aqueles contratos praticados por empresários, quando do exercício de sua atividade, entendidos como elementos de empresa, serão considerados mercantis. Presente o elemento subjetivo (presença de empresários); ademais do elemento objetivo de delimitação da matéria (a prestação do contrato celebrado entre empresários deve estar voltada à atividade econômica profissionalmente organizada por eles, à circulação ou produção de bens ou serviços)¹¹.

Constata-se, assim, que o contrato será configurado como mercantil quando dois empresários celebram negócio cuja prestação é voltada à atividade econômica, de produção ou circulação de produtos ou serviços, e profissionalmente organizada.

A classificação de um contrato como mercantil pretende determinar se a principiologia do Direito Comercial será a ele aplicável¹². Logo, uma vez assim configu-

rado, um conjunto de características lhe será atribuído, determinando-se a aplicabilidade de normativa própria sobre a matéria¹³.

As características inerentes ao contrato mercantil, portanto, consistem na onerosidade, qual seja a busca de lucro pelos contratantes; a elasticidade; a rapidez; a simplicidade de regras; a internacionalidade; a não solenidade.

Por seu turno, o contrato de *factoring*, objeto do presente estudo, é mercantil, motivo pelo qual as construções até o momento realizadas se mostram indispensáveis.

Destarte, possível aduzir que o contrato de *factoring* não é especificamente regulado pela legislação brasileira. Tal normatização se dá de maneira esparsa. O que se tem é a positivação de diversos de seus institutos, mas não de sua integralidade, como se um contrato mercantil típico fosse.

A falta de regulação do contrato de *factoring* advém de 1988, ano no qual a Convenção sobre *Factoring* Internacional (de Ottawa) reuniu dezenove países para tratar e uniformizar a matéria. O Brasil, ao fim da Convenção, ratificou as assertivas sedimentadas sobre o *factoring* e o *leasing*, mas não se consagrou como signatário porque

não regulada legislativamente, mas constantes dos usos e costumes mercantis. Veja-se, neste sentido: BULGARELLI, Waldirio. Normas Jurídicas Empresariais, Editora Atlas, São Paulo, 1992, p.78 e ss.

13 “Se, em regra geral a obrigação é uma só, decorra de atos de natureza civil ou empresarial, inegável é que as resultantes dos atos empresariais sofrem a influência deles e, por isso mesmo, em determinados aspectos divergem das obrigações civis. Sabe-se que o Direito Comercial tem características próprias, que retratam justamente o dinamismo do comércio, em contraste com a posição conservadora, de certo modo estativa, dos atos de natureza civil. Assim, enquanto o Direito Civil é um direito tradicional, preso a antigas regras, de lenta evolução, o Direito Comercial, para atender às exigências do desenvolvimento do comércio, é um direito que se renova a cada instante, prescindindo, quando necessário, de fórmulas solenes, adaptando-se ao progresso e, de certa forma, procurando acompanhar as contingências econômicas dos diversos povos. E por que as relações comerciais exigem prontas soluções para fatos que surgem a cada momento o direito mercantil procura dar ao empresário maior elasticidade de ação, mais ampla liberdade, mais facilidade para que os casos surgidos sejam resolvidos com a rapidez que as transações empresariais requerem. Caracteriza-se, assim o Direito Comercial, como já anteriormente assinalamos, pela simplicidade, de suas fórmulas, pela internacionalidade de suas regras e institutos, pela rapidez de sua aplicação, pela elasticidade dos seus princípios e também pela onerosidade de suas operações. Neste sentido, distancia-se grandemente o Direito Comercial do Civil, em regra formalístico, nacional, lento, restrito”. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16^a ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 10.

10 Art. 966 do Código Civil brasileiro.

11 Caso os mencionados aspectos não sejam cumpridos, pode-se incorrer na configuração de contrato com natureza jurídica diferenciada. Esse contrato poderia vir, inclusive, a ser considerado consumerista, desde que a posição de empresário de uma das partes desapareça, dando lugar ao receptor final de um produto ou serviço. BROSETA PONT, Manuel. Manual de derecho mercantil, décima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2000, p. 449.

12 Saliente-se que existente, hoje em dia, a dicotomia do Direito privado. Assim, ademais dos princípios próprios, possui o Direito empresarial sua normatização específica. Desta forma, regra geral, as normas empresariais referem-se aos chamados mecanismos jurídicos, entendidos como procedimentos complexos que se distanciam do direito civil, tais como as operações de fusão, cisão, incorporação de sociedades anônimas; os contratos e títulos de crédito complexos, tais como o *leasing*, o *factoring*, as cédulas de crédito. Por outro lado, existentes ainda as leis regulamentadoras da matéria empresarial, verdadeiros “códigos”, vez que praticamente funcionariam como um sistema jurídico autônomo, *vg.*, o sistema falimentar e de recuperação, a lei das sociedades por ações, o Código de Propriedade Industrial, etc. Finalmente, há que se falar na *práxis* mercantil,

o embaixador então presente não possuía poderes para confirmar o vínculo nacional à Convenção¹⁴.

Como não houve nenhuma ratificação posterior ao advento da Convenção de Ottawa, o Brasil não consta entre seus signatários. O que ocorre na prática é a harmonização informal dos ditames do *factoring* no Brasil com os princípios internacionais do mesmo contrato¹⁵.

Define-se de pronto o contrato de *factoring* como negócio jurídico pelo qual o empresário tido como faturizador adquire, mediante transferência de direitos, créditos devidos por terceiros, originariamente de titularidade do empresário faturizado. O faturizador passa a ser o titular do crédito recebido, e o faturizado recebe liquidação antecipada pelo crédito que transferiu¹⁶.

A partir do conceito de *factoring*, torna-se possível delinear quais elementos subjetivos integram esse negócio jurídico. O faturizador (ou *fator*) é necessariamente um empresário, que irá adquirir, pela cessão de crédito ou pelo endosso, os créditos de seu cliente, o faturizado¹⁷.

O outro elemento subjetivo desse contrato é o cliente da faturização, qual seja o faturizado. Como já suscitado, a tendência majoritária é que o faturizado seja

empresa de pequeno ou médio porte, que busca antecipar seus recebíveis a fim de aumentar seu capital de giro e operacionalizar sua atividade econômica. Nota-se também que o faturizado necessariamente será um empresário, que busca auferir lucro na atividade que exerce nessa condição.

Exógeno aos elementos subjetivos do contrato de *factoring* se encontra o devedor, que também pode ser denominado como comprador, cliente ou devedor¹⁸. O devedor, logo, é aquele que celebrou negócio com o faturizado e, em função disso, assumiu a obrigação de pagar quantia em face a um serviço prestado ou a um produto fornecido¹⁹.

Importante frisar que o devedor não participa da negociação, ou seja, não consiste em um dos elementos subjetivos que compõem o contrato de *factoring*. No entanto, é afetado diretamente pela mudança do titular do crédito oriundo do *factoring*. Em face disso, a repercussão mais palpável da faturização para o terceiro devedor consiste na necessidade desse ser notificado da transferência do crédito.

Nos termos do artigo 292 do Código Civil de 2002, a obrigação do devedor pagar seu débito ao cessionário do crédito só se firmará com a notificação da transferência oriunda do *factoring*. Caso tal notificação não ocorra, o pagamento que o devedor fizer ao faturizado, ou a eventual cessionário anterior ao faturizador, restará plenamente válido, circunstância que frustraria a atividade e remuneração do faturizador.

O devedor também terá, segundo o artigo 294 do Código Civil de 2002, o direito de opor ao cessionário as exceções que lhe são inerentes, assim como as exceções oponíveis que veio a conhecer no momento em que a notificação da transferência de crédito se concretizou.

O contrato de faturização ou fomento mercantil possui natureza jurídica mercantil e, em função disso, as características previamente apresentadas, típicas desses contratos, são aplicáveis ao *factoring*. Logo, é o contra-

14 SOARES, Marcelo Negri. Contrato de factoring, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 16.

15 Para o entendimento da internacionalização do contrato de factoring, veja-se, entre outros: RODRIGUEZ RODRIGO, Juliana. Contratos internacionales de factoring, em: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis e CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Curso de Contratación Internacional, 2ª edición, Colex, Madrid, 2006, p. 369 e ss.

16 “O contrato de faturização ou factoring é aquele em que um empresário cede a outro os créditos, na totalidade ou em parte, de suas vendas a terceiros recebendo o primeiro do segundo o montante desses créditos, mediante o pagamento de uma remuneração”. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense: 2010, p. 425.

17 Saliente-se que, no Brasil, existente a vedação para que bancos ou instituições financeiras exerçam a atividade negocial de *factoring*, fato que restringe tal negócio a empresas mercantis especializadas nessa linha de serviço. O mesmo ocorreria porque o negócio de faturização não teria natureza jurídica de mútuo (ou empréstimo bancário), mas sim de compra e venda. Em um negócio de fomento mercantil, o papel do faturizador seria, tão somente, o da aquisição do título, com a sua devida liquidação antecipada. Por outro lado, nos negócios bancários duas características seriam essenciais: a possibilidade de captação de recursos de terceiros no mercado; a incidência de taxa de juros sobre a operação. Tais características não estariam presentes nos negócios de *factoring*. No mesmo sentido: RIZZARDO, Arnaldo. *Factoring*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 96. Para um aprofundamento sobre os negócios bancários, veja-se: GONZÁLEZ NIEVES, Isabel Cristina. *Estudios de Derecho y Economía*, Editorial Heliasta, 2008, p. 124 e ss.

18 MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 16ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2010, p. 432.

19 A estrutura da relação creditória é decomposta em dois elementos distintos: a) o débito, entendido como o dever de prestar, a necessidade de observar determinado comportamento e; b) a responsabilidade, entendida como a sujeição dos bens do devedor ou de terceiros aos fins da execução. Neste sentido: VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, vol. I, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 1994, p.147.

to internacionalizado, oneroso, prima pela simplicidade em sua formação, é elástico e é rapidamente celebrado e operacionalizado, sendo negócio jurídico atípico no direito brasileiro, ainda que socialmente típico. É, ainda, negócio socialmente e juridicamente nominado²⁰.

Embora o contrato de *factoring* tenha qualificação de negócio mercantil de financiamento (ainda que não praticado por Instituições Financeiras no Brasil), não é possível atribuir uma única prestação ou natureza jurídica à esse contrato.

Como já demonstrado, a compra e venda de crédito consiste em elemento inerente ao objeto do *factoring*. Assim, a simples venda de títulos de créditos por parte da faturizada à faturizadora efetivamente consiste numa espécie de financiamento, dado que tal tradição visa a antecipação de recebíveis originariamente datadas a termo. Tal operação, inegavelmente, adquire um caráter de técnica financeira por parte da faturizada²¹.

Contudo, esse não é o único objeto do *factoring*, dado que a remuneração do faturizador também se fundamenta nos serviços prestados ao faturizado. Além do ato de compra e venda de créditos por parte da faturizadora, essa ainda presta serviços de análise de risco²², cobrança, gestão financeira, ou qualquer outra espécie de serviço que advenha da autonomia da vontade das

partes.

Uma vez celebrado o contrato de *factoring*, o faturizador terá acesso à carteira de clientes e de créditos que a faturizada dispõe, optando por qual crédito efetivamente irá adquirir, em ato que antecipa o recebimento pelo faturizado. Desse procedimento, extrai-se que nem todos os créditos de titularidade da empresa cliente (faturizada) serão comprados pela faturizadora, mas tão somente aqueles que valham o risco de futura inadimplência dos emitentes, já que o mesmo (os riscos de inadimplência dos emitentes) é, regra geral, assumido pelo faturizador²³.

No tocante aos recebíveis da faturizada não adquiridos pelo faturizador, ainda existiria prestação de serviços consubstanciados na cobrança desses valores por parte da faturizadora²⁴.

Portanto, para além do ato de compra e venda de recebíveis da faturizada, ainda existiria uma gama de serviços prestados pela faturizadora que não permitiriam o simples enquadramento do *factoring* como contrato de financiamento. Trata-se de negócio jurídico cuja natureza é mista ou complexa, dispondo de mais de um tipo de prestação contratual, prestações essas com naturezas e objetos diferentes²⁵.

Uma vez assentado que o contrato de *factoring* é misto,

20 Para um aprofundamento sobre a classificação dos negócios jurídicos como socialmente e juridicamente típicos e atípicos, nominados e inominados, veja-se: VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*, coleção teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, p. 207 e ss. Interessante, neste ponto, fazer uma distinção quanto à tipicidade dos contratos no Direito inglês. Assim, naquele direito, estranho à nossa herança italo-germânica de direito codificado, não haveria uma distinção entre contratos típicos e contratos atípicos. O mesmo se daria porque o regime jurídico dos contratos é único, denominado, habitualmente, de singular (Law of Contract). Assim, como teriam todos os contratos um regime jurídico único, não haveria a definição de contratos como típicos. Ademais, essa unidade regimental (marco regulatório único) é mantida independente da natureza jurídica das partes ou das relações jurídicas, não havendo, portanto, distinção, sempre naquele Direito, entre contratos civis e mercantis. Nesse sentido, veja-se: SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 18.

21 “(...) Como técnica financeira, representa um financiamento da empresa faturizada, adquirindo o faturizador os créditos dessa, pagando-lhe e assumindo o risco com a cobrança e o não pagamento das contas, sem ter o direito de regresso contra o faturizado”. MARTINS, Frans. *Op. Cit.*, p. 435.

22 Em matéria de finanças, o risco seria entendido como a falta de certeza sobre a produção de um resultado determinado. Para aprofundamento sobre a caracterização financeira do risco, veja-se: LÓPEZ TILLI, Alejandro. *Financiamiento de la empresa*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 16 e ss.

23 GOMES, Orlando. *Contratos*, 15ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 468.

24 Estabelecido o contrato de faturização, as suas operações começam com a transferência, para o faturizador, de todas as contas do faturizado concernentes aos seus clientes. Fica, entretanto, o faturizador com o direito de escolher as contas que deseja adquirir, *aprovando-as*. Para isso, pode ele verificar, no arquivo do faturizado, tudo o que disser respeito aos clientes desse para poder escolher os que melhor lhe convêm. Tem, necessariamente, o faturizador seu próprio arquivo de informações a respeito dos clientes cujas contas lhe serão cedidas. A ele cabe, inclusive, orientar o faturizado na escolha dos clientes, para evitar futuros dissabores. Não são, assim, as contas de todos os clientes que serão cedidas pelo faturizado; igualmente, o faturizador pode se responsabilizar apenas por parte das contas de certos clientes, e só sobre essas partes incidindo as obrigações contratuais. Importa referir, ainda, que o *factoring* pode ser classificado como próprio ou impróprio. Por *factoring* próprio entende-se a modalidade através da qual o faturizador, adquirindo os títulos de titularidade do faturizado, assume o risco quanto ao cumprimento da obrigação originária pelo emitente. A contrário sensu, no *factoring* impróprio tal risco não é assumido pelo faturizador, mas, sim, continuaria de responsabilidade do faturizado. Veja-se, neste sentido: CHULIÁ VICENT, Eduardo e BELTRÁN ALANDETE, Teresa. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, VI. I, segunda edición, JMB Editor, Barcelona, 1994, p. 28.

25 SOARES, Marcelo Negri. *Contrato de factoring*, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 24.

válido também destacar as demais classificações que lhe são aplicáveis. Trata-se de contrato *consensual*, vez que não depende de tradição de bens ou da efetiva realização de serviço para que seja considerado válido (embora seja aconselhável que seja redigido e celebrado em forma física quando envolvidos valores substanciais); *bilateral*, pois gera obrigações tanto para faturizador quanto para faturizado; *oneroso*, dado que proporciona aferimento de lucro para ambas as partes contratantes, e; de *execução sucessiva*, pois vislumbra a possibilidade de pagar as prestações de forma continuada e ininterrupta.

Trata-se de contrato *nominado*, já que é mencionado por diversas vezes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, contudo, *juridicamente atípico*. É negócio *obrigacional*, pois diverge da forma contratual societária e estipula obrigações e direitos para os contratantes.

Tendo sido delineados os elementos fundamentais do contrato de *factoring*, cumpre analisar as especificidades do *Bulk Factoring*, e a sua relevância para o presente estudo.

2. O BULK FACTORING COMO ESPÉCIE DO CONTRATO DE FACTORING

O tópico anterior, voltado à ilustração dos contratos mercantis e à caracterização dos elementos fundamentais e distintivos do contrato de *factoring*, teve o intuito de sedimentar base conceitual para o estudo do *Bulk Factoring*.

O contrato de *factoring*, por ser mercantil e reconhecidamente atípico, encontra formas de aplicação tão numerosas quanto o ideário e a criatividade humana. As próprias demandas de mercado, as necessidades de gestão comercial e a criatividade dos empresários sempre serão motivo para a configuração de diferenciadas formas de celebração contratual, e o *factoring* não é uma exceção a esta circunstância.

Para fins de exemplificação, pode-se citar a modalidade do *maturity factoring*, na qual o cliente cobra ao vencimento do crédito, porque esta modalidade não cumpre função de financiamento, mas sim de colaboração, e não é uma atividade exclusiva da Sociedade Faturizadora²⁶.

Pode-se citar também o *trustee factoring*, modalidade na qual a interação entre faturizado e faturizadora é mais próxima do que numa modalidade de faturização na qual existe apenas a compra de recebíveis e a prestação de serviços, já que haveria a administração e direção das contas a receber daquela²⁷.

Da mesma forma que as espécies citadas, o *Bulk Factoring* consiste numa aplicação específica da faturização, na qual o faturizador, o faturizado e o devedor integram o mesmo grupo de sociedades. Tal grupo econômico consiste em um grande aglomerado de empresas, motivo pelo qual o próprio termo “*bulk*”, vocábulo proveniente da língua inglesa, pode ser traduzida para o português como “*massa*”. Assim, a própria tradução do *nomen juris* do negócio sob análise acaba por explicitar que se trata de um contrato de faturização em massa.

A prestação do contrato de *factoring*, em sua modalidade *Bulk*, não é alterada substancialmente, mas tão somente enquadrada em um contexto que influencia as relações obrigacionais oriundas desse negócio jurídico. Confira-se o conceito do *Bulk factoring* como sendo uma espécie já utilizada no Brasil...

“...por grandes conglomerados, em que empresas do mesmo grupo econômico fazem antecipação a seus fornecedores mediante *ad valorem* extremamente atrativo. Uma das empresas efetua compra a prazo e, após confirmada a entrega da mercadoria pelo fornecedor, que seria pago em parcelas, outra empresa do grupo da compradora das mercadorias no ramo de *factoring* – e devedora dos títulos – oferece e realiza a aquisição de seus próprios títulos, com risco praticamente nulo, uma vez que a devedora é do próprio grupo da empresa de *factoring*”²⁸.

O *Bulk Factoring* pressupõe a prestação do serviço de faturização em contexto integralmente endógeno a um grupo de sociedades, grupo este que usualmente possui dimensão econômica e jurídica de grande porte. Assim, todos os elementos subjetivos do *factoring* coexistem em um mesmo grupo de sociedades.

O fato de o *Bulk Factoring* ser utilizado no âmbito dos grupos de sociedades faz com que os elementos jurídicos inerentes a essa figura legal promovam efeitos diretos aos objetos da prestação devida tanto pelo faturizado como pelo faturizador. A estrutura jurídica e econômica dos grupos de sociedades promoveria, assim,

26 MARTÍ HERNÁNDEZ, J. *Contratación internacional*, 2ª edición, tirant lo blanch, València, 1999, p. 530.

27 SOARES, Marcelo Negri. *Contrato de factoring*, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 38.

28 SOARES, Marcelo Negri. *Op. Cit.*, p. 41.

efeitos diretos ao contrato de *factoring*, passando, neste caso, a ser nominado como *Bulk Factoring*.

Da mesma forma, o grupo de sociedades também é afetado pela prestação de serviço de faturização em sua estrutura, objeto este que consiste, inclusive, no escopo do presente estudo.

Anteriormente à análise dos efeitos do *Bulk Factoring* para o grupo de sociedades, vale percorrer o caminho inverso, aduzindo que espécies de benefícios o grupo de sociedades pode garantir ao *factoring*.

2.1. A relevância do crédito para a atividade empresária e os benefícios decorrentes do *Bulk Factoring*

Aduzir que o aumento de confiança e a diminuição de riscos consistem em fatores derivados do *Bulk Factoring* é o mesmo que dizer que esses fatores são proporcionados pela estrutura jurídica e econômica provida pelo grupo de sociedades. Ora, o *Bulk Factoring* nada mais é do que o próprio contrato de *factoring* no âmbito de um grupo de sociedades.

Ainda assim, considera-se mais acertado declarar que os supracitados fatores são decorrentes dessa modalidade específica de *factoring*, qual seja o *Bulk Factoring*.

Para que se compreenda a alegação de que o aumento da confiança efetivamente ocorre no *Bulk Factoring*, mostra-se necessário explicar de forma breve a importância do crédito para a operação da faturização, já que o aumento da confiança se vincula à maior segurança de adimplemento do crédito envolvido no *factoring*.

A existência do crédito representa elemento substancial do contrato de *factoring*. Neste contrato, o serviço prestado pela faturizadora, assim como a compra e venda de recebíveis, envolve de forma inexorável o crédito. Ora, a parte faturizadora avalia os riscos de determinados créditos, os cobra, sendo usual também que realize a compra de recebíveis originariamente de titularidade da faturizada.

Além de representar um dos elementos substanciais do contrato de *factoring*, o crédito também representa um dos pilares do direito empresarial²⁹. O crédito é, claramente, pilar que demanda essencial e ininterrupta

atenção do empresário e do ordenamento jurídico, dada a sua relevância para a atividade mercantil.

É constituído de dois elementos, quais sejam a confiança e o tempo. A relação jurídica negocial sempre envolverá o elemento tempo, tendo em vista que a prestação ou entrega de um bem ou serviço, seguido de sua contraprestação, envolve o decurso de prazo. A confiança está atrelada ao tempo, e sedimenta a capacidade objetiva de o devedor satisfazer o crédito, e o aspecto subjetivo do crédito, que envolve a convicção moral do contratante de que o negócio que se celebrou será bem-sucedido³⁰.

Claramente, a confiança e o crédito são elementos indissociáveis, e são determinantes para a regular celebração e operacionalização de contratos mercantis. Por muitas vezes, a própria segurança do crédito repercute de forma estrondosa em um negócio jurídico, e quanto maior a segurança e rapidez, maior é a possibilidade de êxito no negócio jurídico, com seu devido cumprimento voluntário³¹.

2.2. O aumento da confiança e a diminuição de riscos como fatores inerentes ao *Bulk Factoring*

A alegação de que o aumento da confiança e a diminuição dos riscos são fatores inerentes ao *Bulk Factoring* é intimamente associada ao conceito de crédito aqui firmado.

O que garante a maior segurança do crédito, com consequente diminuição de risco na operação do *Bulk Factoring* é o fato de que todos os elementos subjetivos da faturização integrem o mesmo grupo de sociedades. A princípio, pressupõe-se que o vínculo econômico e jurídico das sociedades do grupo valora justamente a confiança existente entre seus membros, e o planejamento econômico unitário geralmente é pressuposto para tais conglomerados.

Assim, o crédito a ser obtido pelo faturizador passa a se constituir como uma operação de menor risco, dado que o inadimplemento possui menor chance de ocorrer. Isso também diminui o valor do serviço a ser prestado pelo faturizador, pois a análise de risco, a cobrança por

29 TOMAZATTE, Marlon, *Curso de direito empresarial: títulos de crédito, volume 2.*, 6 ed., Atlas, São Paulo, 2014, p. 1.

30 SOARES, Marcelo Negri. *Op. Cit.*, p. 3.

31 FERRAZ, Daniel Amin. Dos contratos internacionais do comércio: regime geral, em: FERRAZ, Daniel Amin. *Contratação internacional: algumas espécies de contratos mercantis*, Editora CRV, Curitiba, 2015, p. 32-34.

intermédio de mandato e qualquer outra diligência que consista em gestão financeira se tornam menos onerosas, tanto para o faturizado como para o faturizador. O deságio sobre o valor de face do título, em virtude da liquidação antecipada, assim como dos serviços prestados pelo faturizador diminui, e a faturizada consegue antecipar maior número de recebíveis.

Logo, todas as transações derivadas do *Bulk Factoring* são amplamente impulsionadas pelo incentivo garantido ao crédito envolvido em suas transações, dado que o risco de inadimplemento desse crédito diminui, e a confiança dos elementos contratuais subjetivos da faturização aumenta consideravelmente.

Com isso, a fim de se compreender neste momento os efeitos do *Bulk Factoring* em relação ao grupo de sociedades, vale esmiuçar seus elementos fundamentais, e delinear como o contrato em análise impulsiona também a dinâmica do grupo.

3. Os benefícios derivados da celebração do contrato de *BULK FACTORING* para os grupos de sociedades

Quais seriam os benefícios para os grupos de sociedades em virtude da adoção, pelo próprio grupo, da prática do contrato de *Bulk Factoring*? Estes eventuais ganhos ocorreriam, tão somente, nas relações intragrupo, ou gerariam efeitos, ainda, para as relações dos mesmos com terceiros, extragrupo?

Na tentativa de responder a tais indagações é que se faz, a seguir, uma aproximação às definições e análises jurídicas do instrumento de concentração do grupo de sociedades.

3.1. Os conceitos jurídicos aplicáveis aos grupos de sociedades

Os grupos de sociedades representam uma terceira fase de uma escala evolutiva das estruturas empresariais. Em primeira fase, o empresário se organizava de forma pessoal, e os aparatos voltados à produção ou prestação de serviços tramitam em torno à figura pessoal do comerciante. Tratava-se do embrião da estrutura mercantil atomística, fundada na atuação individual na qual todos os ônus, responsabilidades e riscos da atividade realiza-

da eram atribuídos a essa figura pessoal³².

Em segunda fase, o empresário passou a ser personificado pela sociedade comercial. A sociedade comercial, constituída na forma de pessoa jurídica, passou a polarizar a titularidade da atividade econômica outrora exercida pelo comerciante individual, desassociando a responsabilidade de tais atividades da figura da pessoa física.

Nessa fase, a atividade comercial ainda tramitava em torno da figura atomística da empresa, no momento constituída por sociedade empresária. A sedimentação da atividade comercial em torno da sociedade empresária ocorreu de forma natural e em progressão temporal, já que os sócios gestores das sociedades empresárias tiveram que se adaptar com a dimensão, tanto administrativa quanto econômica, das sociedades³³.

Pode-se afirmar que o comércio internacional vislumbra a ascensão e fortalecimento da terceira fase da atividade empresária, que se consubstancia nos grupos de sociedades. Por intermédio dos instrumentos de concentração, as empresas societárias iniciaram um processo de aproximação e colaboração em suas atividades, decretando a substituição progressiva da estrutura de comércio atomizada pela molecular³⁴.

A despeito do comércio internacional vislumbrar a consolidação dos grupos de sociedades como estrutura jurídica determinante, os ordenamentos jurídicos nacio-

32 Há que salientar que na fase atomística o Direito também regulou a atividade. Assim, é neste momento que se cria toda a teoria geral do direito comercial, com a devida qualificação do empresário individual, da matéria comercial, do estabelecimento mercantil, dos auxiliares para o exercício do comércio, dos princípios do Direito mercantil.

33 A esta segunda fase de evolução da matéria empresária corresponde uma segunda fase de evolução do Direito. Assim, na medida em que as relações deixam de ser individuais, não mais praticadas pelo comerciante individual, e passam a ser desenvolvidas pelo empresário coletivo, sociedade mercantil, nasce o Direito do empresário coletivo, ou, em outras palavras, o Direito societário. Assim, outros elementos tão relevantes para a atividade empresária passam a ter regulação própria, tais como a definição de capital societário (capital social, capital patrimonial, capital inicial, capital de giro); personalidade jurídica; registro; nome comercial; tipos societários, com a classificação das mesmas em dois grandes grupos (sociedades de pessoas e sociedades de capitais); dissídios societários; etc.

34 Assim, haveria uma substituição da atuação do empresário individual (pessoa física) pelo empresário coletivo (pessoa jurídica) e, finalmente, deste (empresário coletivo), pela constituição de grupos de sociedades, ou seja, “sociedades de sociedades”. Veja-se: ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Editora Almedina, Coimbra, 1993, p. 14.

nais não têm acompanhado o ritmo de crescimento que a terceira fase da atividade empresarial apresenta. Assim, O Brasil, ao lado de Alemanha, Portugal e Hungria, é, hoje em dia, dos poucos países que tem regulação própria sobre a matéria³⁵.

Os grupos de sociedades consistem em temática extremamente densa e abrangente. Assim, seriam eles entendidos, em um sentido próprio como...

“...todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção econômica unitária e comum”.³⁶

Dessa definição, depreende-se que, em suma, dois elementos ou características fundamentais permitem definir o grupo de sociedades. O primeiro elemento peculiar ao grupo de sociedade é a independência jurídica entre os seus integrantes.

Assim, pessoas jurídicas ou sociedades que integram o grupo são autônomas juridicamente, podendo o instrumento de sua constituição ser contratual obrigacional ou contratual/estatutária societária³⁷. Tal característica é compreensível, uma vez que para a constituição do grupo é necessária a existência de unidades jurídicas

autônomas, que efetivamente se aglomeram com observância ao conceito de concentração secundária, e não de concentração primária. Esta espécie de concentração pressupõe o desaparecimento das sociedades individuais, característica que não se coaduna com a pluralidade típica da concentração secundária³⁸.

O segundo elemento que permite distinguir o grupo de sociedades dos demais instrumentos de concentração empresarial é a unidade de direção econômica que as entidades componentes dessa estrutura adotam. A despeito das sociedades se constituírem em unidades jurídicas autônomas, a unidade econômica insurge como elemento unificador principal dos componentes do grupo, orientando a atuação dessas entidades à uma unicidade típica³⁹.

38 O grupo de sociedades é, hoje em dia, o instrumento, por excelência, de organização da empresa transnacional. Técnica jurídica apurada pode fundamentar-se em três modalidades distintas, a saber: grupo de sociedades de base societária; grupo de sociedades de base contratual; grupo de sociedades de base pessoal. Por grupo de sociedades de base societária entende-se a organização do capital que permitirá coparticipação societária, determinante de um sistema de controle que gere o exercício do poder de gestão de uma sociedade, a sociedade mãe, sobre outros entes societários, as sociedades filhas. Importa ressaltar que nessa modalidade de grupo (de base societária) o instrumento de participação, constituído entre os membros do grupo, terá natureza jurídica de negócio societário, em sua classificação de negócio jurídico plurilateral (se entre sociedades limitadas) ou estatutário (se entre sociedades anônimas). Por outro lado, para a constituição de um grupo de sociedades de base contratual, não há que se falar em coparticipação societária, mas, tão somente, na realização de negócios jurídicos de natureza obrigacional. Assim, em um grupo de sociedades de base contratual, três são os elementos essenciais caracterizadores do grupo, quais sejam: a existência de uma relação obrigacional, objeto de contrato (geralmente negócio jurídico complexo), entre as partes; o poder de direção e controle derivado de tal contrato, em favor de uma das partes e em detrimento dos demais entes societários e; a dependência econômica, também decorrente do desenvolvimento da atividade do grupo. Claro está, portanto, que para a caracterização do grupo de sociedades de base contratual será fundamental a existência de relações jurídicas contratuais, obrigacionais, entre os membros do grupo, e que tais relações tenham o condão de gerar poder de direção e controle e dependência econômica. Assim, em sua classificação, o grupo de sociedades possui natureza múltipla, já que caracterizado como negócio jurídico societário (grupo de base societária) ou negócio jurídico obrigacional (grupo de base contratual). FERRAZ, Daniel Amin. Grupo de sociedades: instrumento jurídico de Organização da empresa plurissocietária, in: Revista de Direito Internacional, Volume 12, nº 2, 2014, Brasília, p. 497 e ss.

39 Existem duas acepções fundamentais de grupo de sociedades. 1) Assim, em um sentido estrito ou próprio, entende-se por grupos de sociedades todo conjunto, mais ou menos amplo de sociedades mercantis que, conservando suas respectivas personalidades jurídicas, encontram-se subordinadas a uma direção econômica unitária e comum. As especificidades do fenômeno do grupo são, portanto, as seguintes: a) Sob o ponto de vista econômico, o grupo consti-

35 Em nosso meio, a matéria dos grupos de sociedades, em capítulo próprio, pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, nossa lei das sociedades anônimas. Ver artigos 265 à 277 da lei.

36 ANTUNES, José A. Engrácia. *Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Editora Almedina, Coimbra, 1993, p. 24.

37 O negócio jurídico, quanto a sua formação, pode ser classificado em obrigacional ou societário. O negócio obrigacional, por sua vez, se subdivide em negócio bilateral (vontades opostas que, pelo consenso, deverão estar consubstanciadas no negócio jurídico), ou negócio complexo (vontades paralelas, consubstanciadas no negócio jurídico, nascendo uma vontade única). Assim, o negócio obrigacional bilateral por excelência será a compra e venda. Por seu turno, o negócio complexo determinante será a franquia. Já com relação aos negócios societários uma subdivisão também se apresenta. Assim, o negócio de constituição das sociedades empresárias, com exceção da SA (sociedade anônima), serão negócios societários plurilaterais (entendidos como aqueles em que existem vontades paralelas, consubstanciadas no negócio jurídico, nascendo a busca de um objetivo comum – *affetio societatis*, mas com um conflito latente entre as partes, no seio mesmo da sociedade. Por outro lado, o negócio de constituição da SA é também ele um negócio societário, porém não plurilateral mas sim estatutário. Assim o é porque entende-se que o legislador determinou, pela lei, um estatuto mínimo que deve ser seguido pelas partes quando da constituição de uma SA. Pois bem, são negócios contratuais tanto a os negócios bilaterais, como os negócios complexos, ou, como ainda, os negócios plurilaterais. A distinção entre eles é que os dois primeiros (bilaterais e complexos) são contratuais obrigacionais; o segundo (plurilateral) é negócio contratual, contudo societário (e não obrigacional).

A unidade de direção econômica do grupo de sociedades sobreposta à gestão estratégica e econômica de cada sociedade individual representa o elemento característico do grupo de sociedades, mesmo em sua vertente contratual/obrigacional. Se o vínculo não é necessariamente jurídico societário, ele será, certamente, econômico.

Diversas benesses advêm da estrutura do grupo de sociedades e da conseqüente unidade econômica derivada desse instituto jurídico. A compreensão da dinâmica e dessas alegadas benesses inerentes à organização das sociedades em grupo é essencial para o escopo deste estudo, que pretende demonstrar que o *Bulk Factoring* consiste em instrumento contratual que impulsiona os elementos que incentivam a concentração de sociedades individuais e autônomas em grupos.

Primeiramente, pode-se apontar as vantagens econômicas advindas do grupo de sociedades. A existência de uma política econômica unitária e convergente no âmbito do grupo de sociedades permite que seus integrantes harmonizem, quase integralmente, as transações comerciais que realizam entre si. Com tal harmonia, pode-se implementar operações econômicas de integração vertical, que permitem a uma empresa de

tuiu uma nova e revolucionária forma de organização da atividade econômica moderna. Ao contrário da empresa tradicional, que se caracterizava por estruturar-se como uma empresa unissocietária, a empresa de grupo se constitui como uma unidade econômica plurissocietária, também chamada de empresa articulada. b) Por outro lado, sob a perspectiva jurídica, a especificidade do grupo de sociedades radica na oposição latente existente entre a situação de direito (pluralidade jurídica dos entes societários autônomos) e a situação de fato (unidade de atuação econômica, sob um poder de decisão central). Dessa forma, os elementos definidores do conceito do grupo de sociedades são a independência jurídica das sociedades agrupadas, assim como a dependência econômica de todas (sociedades filiais) em relação a uma delas (sociedade matriz). 2) Em uma acepção ampla ou imprópria, a expressão grupo de sociedades (Konzern, Groupe de Sociétés, Group of Companies, Gruppo di Società), vem sendo utilizada como termo de referência para o setor da realidade societária que encontra no controle intersocietário e nas relações de coligação entre sociedades seu centro de gravidade. O direito tradicional das sociedades tem por objetivo a disciplina de constituição, organização e vida da sociedade comercial como entidade estática e isolada. Por sua vez, um direito de grupos de sociedades teria como objeto o estudo e a disciplina da constituição, organização e funcionamento da sociedade como entidade dinâmica e cooperativa. Nesse sentido, se poderia dizer que tal direito surgiria como uma espécie de metadireito das sociedades, de direito de sociedade das sociedades, ou ainda, de um direito das sociedades de segundo grau. FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional, in: Revista de Direito Internacional, Brasília, v.9, n.1, p.15-25, jan./jun. 2012.

grande porte do grupo, geralmente a sociedade-mãe, garantir o menor custo em todas as fases de industrialização e elaboração de seu produto⁴⁰.

Fala-se também da possibilidade de implementação de uma integração horizontal, que por sua vez permite a redução de custos fixos relativos a determinado setor industrial e comercial, e também permite o aumento de poder de mercado nesse mesmo setor econômico⁴¹.

Importa referir, ainda, que a estrutura do grupo de sociedades permite que seus integrantes internalizem o mercado, diminuindo riscos de negociação com ele-

40 A caracterização de participação no capital como instrumento de domínio dependerá não somente de elementos quantitativos, mas também de elementos qualitativos. Assim, poderá haver uma participação que, ainda que majoritária, não caracterize domínio e, portanto, poder de direção e controle. O mesmo poderá ocorrer, por exemplo, por fatores determinantes da divergência, seja estatutária ou legal, entre participação e voto. Por outro lado, mesmo que o capital seja minoritário, poderá ser qualificado como suficiente para determinar relações de domínio, derivada de “circunstancialismos específicos de natureza vária (legais, estatutárias, contratuais, fático)”, permitindo ao sócio minoritário impor sua vontade à vontade social. Nesse sentido: ANTUNES, José A. Engrácia. Participações qualificadas e domínio conjunto, Publicações Universidade Católica, Porto, Portugal, 2000, p. 56 e ss. Ver, ainda: ABREU, J. M. Coutinho de; MARTINS, Alexandre Soveral. Grupos de sociedades: aquisições tendentes ao domínio total, Editora Almedina, Coimbra, 2003, p. 56 e ss; OSÓRIO, José Diogo Horta. Da tomada do controle de sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e sua harmonização com o Direito Português, Editora Almedina, Coimbra, 2001, p. 13 e ss. Outra figura interessante são as OPA, Ofertas Públicas de Aquisição. A primeira manifestação desta figura jurídica parece ter surgido no Direito Inglês, por intermédio das “compulsory purchase”, reguladas no Companies Act de 1948. Por tal regulação, de uma sociedade adquire a participação de 90% ou mais do capital de outra sociedade, os sócios minoritários são obrigados a respeitar o instrumento de aquisição, podendo ser, inclusive, a transmitir suas ações à sociedade adquirente. Para aprofundar nessa análise, veja-se, entre outros: ANTUNES, José A. Engrácia. A aquisição tendente ao domínio total, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 40 e ss.

41 Quanto as formas de concentração, as mesmas se dividem em concentração vertical, horizontal e conglomerada. A concentração vertical se caracterizaria pela complementariedade dos elos da cadeia de suprimentos. Assim, haveria uma complementação entre produção, indústria e distribuição por intermédio dos grupos de sociedades. Por seu turno, concentração horizontal seria aquela dada entre concorrentes, em um mesmo setor de atividades, e o mesmo elo da cadeia de suprimentos. Finalmente, a concentração diz-se conglomerada quando praticada entre agentes de mercado que atuem em diferentes segmentos e sem nenhuma complementação. Para aprofundamento da matéria, veja, entre muitos: Ferraz, Daniel Amin. Acordos horizontais, acordos verticais e a jurisprudência norte-americana e europeia sobre a matéria. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 2, p. 149-160, jul./dez. 2012; FERRAZ, Daniel Amin. La competencia en el marco de los acuerdos horizontales y verticales: un análisis comparado de la UE, los EE.UU., Mercosur y Brasil, em: Papeles del Centro de Investigaciones, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, Argentina, 2012, p. 9 e ss.

mentos externos, e possibilitando a formação de uma hierarquia interna que preveja o funcionamento unitário e coeso das operações mercantis intra-grupo.

Pode-se ainda destacar os benefícios de natureza financeira. A estrutura do grupo de sociedades possibilita que um investimento inicial reduzido acabe por gerar acesso a uma massa de capital mais relevante, dada a eventual participação de uma sociedade nos proventos de outras. As vantagens financeiras eventualmente alcançadas pelos integrantes do grupo de sociedades, todavia, dependem de forma substancial do arranjo jurídico e econômico adotado pelo grupo. O fato é que a existência de uma única direção econômica no âmbito do grupo de sociedades acaba por demandar gestão financeira sofisticada, harmonizada com essa unicidade econômica.

As vantagens derivadas do grupo de sociedades residem, em suma, da autonomia jurídica que cada sociedade possui, possibilitando a assunção de obrigações de natureza diversificada, e permitindo maior controle das relações tributárias e trabalhistas de cada uma das empresas inseridas na estrutura do grupo de sociedades⁴².

3.2. O *Bulk Factoring* como instrumento fortalecedor dos grupos de sociedades

A análise dos institutos e fundamentos jurídicos e econômicos desenvolvidos e explanados neste estudo apontam que o *Bulk Factoring* consiste em contrato empresarial que fortalece a estrutura dos grupos de sociedades.

Um dos principais objetos da prestação de serviços no *Bulk Factoring* é a antecipação de recebíveis pelo faturizador ao faturizado. O faturizador compra os créditos de seu cliente que apresentam menor risco de inadimplência, e promove a cobrança de créditos cuja titularidade não pode assumir, dado que não obtidos ou transferidos. Além desses, presta outros serviços vinculados ao crédito.

42 Claro está que, em virtude dos elevados benefícios que traz a forma de organização dos grupos de sociedade são os mesmos, hoje em dia, frequentemente praticados. Contudo, evidente também que podem, com frequência, promover substancial diminuição da concorrência no mercado. Ademais, quando o controle passa pelo exercício da concentração financeira, havendo um controle financeiro unitário, os riscos à concorrência são ainda mais agravados. Veja-se, neste sentido: ANTUNES, José A. Engrácia. A supervisão consolidada dos grupos financeiros, Publicações Universidade Católica, Porto, Portugal, 2000, p. 19 e ss.

Ao passo que a estrutura do grupo de sociedades facilita a prestação de serviços e compra de créditos das empresas faturizadoras, o *Bulk Factoring* impulsiona as vantagens que advêm da concentração secundária.

Como apontado, a internalização do mercado é uma das benesses econômicas advindas do grupo de sociedade, e o *Bulk Factoring*, por envolver como partes os elementos subjetivos de um mesmo grupo, incentiva a realização de transações intra-grupos. Os riscos nestas transações serão menores, e a confiança e o tempo necessários para sua configuração também.

Por um lado, o faturizado, podendo esse ser a própria sociedade mãe, antecipa seus recebíveis e garante a liquidez do seu capital de giro, e passa a ter seus créditos e planejamentos financeiros tutelados pela empresa faturizadora. Por outro lado, a devedora cumpre a sua obrigação, e se adequa ao plano de direção econômica unitária própria do grupo de sociedades.

O aprimoramento da unicidade econômica e financeira do grupo de sociedades consiste em pilar que justificou a própria concentração secundária de sociedades empresárias, sendo que um impulso desses fatores contribui para o desenvolvimento do grupo como um todo. A atuação individual da faturizadora, nesse sentido, passa a ter repercussão molecular e não somente atomizada, dado que os benefícios oriundos de sua atuação repercutem para todo o grupo.

Importante ressaltar que o serviço da faturizadora, nessa hipótese, não deve se limitar à sociedade mãe, podendo ser estendido às sociedades integrantes do grupo. A prestação do objeto do *factoring*, dessa forma, acabará por estender a unicidade na gestão financeira e econômica às suas clientes, alcançando os objetivos próprios da estrutura de grupo de sociedades, quais sejam a hierarquização do grupo, a internalização de mercado e a unicidade na direção econômica do grupo.

Vale observar que tal aplicação do *Bulk Factoring* se coaduna com seu *nomen juris* (*factoring* de massa), e se apresenta como exceção à celebração de *factoring* com pequenas e médias empresas.

Além disso, a antecipação de recebíveis, típica da atividade de faturização, aumentará a liquidez do crédito no âmbito do grupo de sociedades e a velocidade com que as transações ocorrerão dentro do grupo.

Desta feita, as principais vantagens econômicas e financeiras que as sociedades individuais buscam ao inte-

grar um grupo de sociedades serão potencializadas pela celebração do contrato do *Bulk Factoring*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *Bulk Factoring* consiste em instrumento jurídico contratual obrigacional (empresarial) cuja celebração contribuiu para a potencialização das características e benefícios dos grupos de sociedades, e para seu consequentemente desenvolvimento.

Os serviços prestados pela faturizadora no *Bulk Factoring* contribuem para a centralização da política econômica e financeira das empresas integrantes do grupo de sociedades, e também permitem a maior liquidez e rapidez da circulação de crédito nesse âmbito, por intermédio da antecipação de recebíveis.

Finalmente, trata-se de técnica jurídica que garante benefícios tanto à parte faturizadora quanto à parte faturizada, já que existente menor risco na operação, diminuindo o deságio na mesma. Ademais, os membros do grupo contarão com uma padronização na gestão financeira de seus ativos, podendo liquidar antecipadamente seus recebíveis.

REFERÊNCIAS

ABREU, J. M. Coutinho de; **MARTINS**, Alexandre Soveral. Grupos de sociedades: aquisições tendentes ao domínio total, Editora Almedina, Coimbra, 2003.

ANTUNES, José A. Engrácia. A aquisição tendente ao domínio total, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

ANTUNES, José A. Engrácia. A supervisão consolidada dos grupos financeiros, Publicações Universidade Católica, Porto, Portugal, 2000.

ANTUNES, José A. Engrácia. Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, Editora Almedina, Coimbra, 1993.

ANTUNES, José A. Engrácia. Participações qualificadas e domínio conjunto, Publicações

Universidade Católica, Porto, Portugal, 2000.

BARBIER, Eduardo Antonio. *Contratación bancaria, volume 2 – Empresas*, 2ª ed, Editora Astrea, Buenos Aires, 2007.

BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre, vl.1, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1959.

BROSETA PONT, Manuel. Manual de derecho mercantil, décima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

BULGARELLI, Waldirio. Normas Jurídicas Empresariais, Editora Atlas, São Paulo, 1992.

CARVALHO, Orlando de. Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1967.

CHULIÁ VICENT, Eduardo e **BELTRÁN ALANDETE**, Teresa. Aspectos jurídicos de los contratos atípicos, VI. I, segunda edición, JMB Editor, Barcelona, 1994.

FERRAZ, Daniel Amin. A concentração empresarial no contexto da economia internacional, em: **FERRAZ**, Daniel Amin. Direito Empresarial: marco jurídico de internacionalização das empresas brasileiras, Ed. CRV, Curitiba, 2012.

FERRAZ, Daniel Amin. Acordos horizontais, acordos verticais e a jurisprudência norteamericana e europeia sobre a matéria. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 2, jul./dez. 2012.

FERRAZ, Daniel Amin. Dos contratos internacionais do comércio: regime geral, em: **FERRAZ**, Daniel Amin. Contratação internacional: algumas espécies de contratos mercantis, Editora CRV, Curitiba, 2015.

FERRAZ, Daniel Amin. Grupo de sociedades: instrumento jurídico de Organização da empresa plurissocietária, in: Revista de Direito Internacional, Volume 12, nº 2, 2014, Brasília.

FERRAZ, Daniel Amin. La competencia en el marco de los acuerdos horizontales y verticales: un análisis comparado de la UE, los EE.UU., Mercosur y Brasil, em: Papeles del Centro de Investigaciones, Universidad Nacional del Litoral,

Santa Fé, Argentina, 2012.

FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional, in: *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v.9, n.1, jan./jun. 2012.

FERREIRA, Waldemar Martins. Tratado de Direito Mercantil Brasileiro, vl. 2, Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1939.

GALGANO, Francesco. La globalizzazione nello specchio del diritto, Società editrice il Mulino, Bologna, 2005.

GOMES, Orlando. Contratos, 15ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995.

GONZÁLEZ NIEVES, Isabel Cristina. Estudios de Derecho y Economía, Editorial Heliasta, 2008.

HERNÁNDEZ MARTÍ, J. *Contratación internacional*, 2ª edición, Tirant lo blanch, València, 1999.

LÓPEZ TILLI, Alejandro. Financiamiento de la empresa, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.

MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais, 16ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 2010.

MENDONÇA, João Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vl. 1, 6ª Edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1957.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. Derecho mercantil y derecho de la empresa, em: **JIMÉNEZ SÁNCHEZ**, Guillermo J. Derecho mercantil I, Marcial Pons, Barcelona, 2010.

OSÓRIO, José Diogo Horta. Da tomada do controlo de sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e sua harmonização com o Direito Português, Editora Almedina, Coimbra, 2001.

PALAO MORENO, Guillermo. Os grupos de empresas multinacionais y el contrato individual de trabajo, Tirant lo Blñch, Valencia, 2000.

PALMA, Augusta Ferreira. Das pequenas e médias empresas: algumas questões (máxime, no Direito da Concorrência), Editora Almedina, Coimbra, 2001.

PEGO, José Paulo Fernandes Mariano. A posição dominante relativa no Direito da Concorrência, Editora Almedina, Coimbra, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. Factoring, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

RODRIGUEZ RODRIGO, Juliana. Contratos internacionales de factoring, em: **CALVO CARAVACA**, Alfonso Luis e **CARRASCOSA GONZÁLEZ**, Javier. Curso de Contratación Internacional, 2ª edición, Colex, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto A. El Derecho inglés y los contratos internacionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SOARES, Marcelo Negri. Contrato de factoring, Saraiva, São Paulo, 2010.

TOMAZATTE, Marlon, Curso de direito empresarial: teoria geral e societário, volume 1, 6ª edição, Atlas, São Paulo, 2014.

VAMPRÉ, Spencer. Tratado Elementar de Direito Commercial, vl.1, F. Briguiet & Cia, Rio de Janeiro, 1922.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral, vol. I, 8ª edição, Almedina, Coimbra, 1994.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos, coleção teses, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A questão hermenêutica no
direito das gentes**
The hermeneutical subject in
International Law

Inocêncio Mártires Coelho

A questão hermenêutica no direito das gentes

The hermeneutical subject in International Law

Inocêncio Mártires Coelho**

RESUMO

Aceito que, em decorrência do giro linguístico, o problema da linguagem tornou-se o tema do nosso tempo e que, atualmente, a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de certa forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, o propósito deste trabalho é analisar, criticamente, se e em que medida os internacionalistas contemporâneos incorporaram a questão hermenêutica em suas obras doutrinárias.

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação. Direito Internacional Público. Tratados. Giro hermenêutico.

ABSTRACT

I do accept the fact that, due to the linguistic turnover, the problem of speech has become the theme of current times and that, at this moment, the doctrine of interpretation is the essential core of Constitutional Theory and Constitutional Law, as well as of State Theory and even, to a certain degree, of Law Theory itself. Thus, the objective of this paper is to critically analyze, if and to what extent, contemporary internationalists incorporate the hermeneutics issue into their doctrines.

Keywords: Hermeneutics. Interpretation. International Public Law. Treatises. Hermeneutical Turn.

1. INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é analisar a interpretação das normas de direito internacional público, para verificarmos até que ponto em que medida essa atividade hermenêutica – que, à semelhança de todo procedimento interpretativo, começa quando a compreensão direta já não está ao alcance da mão¹ –, pode ser levada a efeito conforme os métodos e princípios da hermenêutica jurídica tout court, desde os quatro “elementos” de Savig-

* Autores convidados

** Doutor em Direito. Professor Titular (Aposentado) da Universidade de Brasília. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB; Subprocurador-Geral da República (Aposentado); ex-Procurador-Geral da República. E-mail:inocenciocoelho@gmail.com

1 DOSSE, François. O método histórico e os vestígios memoriais. In: MORIN, Edgar (Org.). *A religião dos saberes*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 400; GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1-2.

ny² – gramatical, lógico, histórico e sistemático – até as mais sofisticadas técnicas e/ou procedimentos surgidos após o giro linguístico³ operado na filosofia hermenêutica/hermenêutica filosófica, que fez da questão linguagem o tema do nosso tempo⁴; ou se, pela singularidade das suas normas – hoje, fundamentalmente, tratados internacionais⁵ –, impõe-se interpretá-las com regras específicas, como ocorreu, por exemplo, com hermenêutica constitucional, que, pela natureza, estrutura e função das cartas políticas, acabou exigindo instrumentos exegéticos diferenciados, sem prejuízo do manejo, subsidiário, das regras tradicionais de interpretação do direito. Em síntese, procurarmos saber se aqui, como nos diversos domínios do conhecimento, “é o próprio objeto que deve determinar o método apropriado para investigá-lo.”⁶

2. A UNIVERSALIDADE DO PROBLEMA HERMENÊUTICO

A partir da afirmação categórica de que, por não existir nada inacessível ao espírito interpretante, a hermenêutica tem caráter universal⁷, assumir-se a universalidade do problema hermenêutico, nos termos preconizados por Hans-Georg Gadamer⁸, significa “submeter”

a hermenêutica jurídica à jurisdição da hermenêutica filosófica, sem prejuízo do caráter decisório da interpretação do direito, como acentuou Paul Ricoeur, para quem é no modo impositivo ou pragmático-autoritário de pôr termo aos conflitos exegéticos que reside a diferença específica da hermenêutica jurídica, bem distinta, portanto, da maneira aberta como se “travam” as intermináveis disputas estéticas ou filosóficas⁹. Respeitar, por outro lado, essa singularidade da hermenêutica jurídica, vendo nela mais que um entender qualquer, antes um intendere per agere o, comunque, per decidere, como, obsessivamente, afirmava Emilio Betti em suas brigas com o mesmo Gadamer, não significa dar-lhe um tratamento substancialmente diverso daquele dispensado, por exemplo, à hermenêutica bíblica e à hermenêutica filológica, suas irmãs de berço.¹⁰ Aqui, como em tudo o mais, parece que a virtude reside mesmo é no meio.

Noutro dizer, o de que se trata, à moda de Heidegger, é de saltar ou dar o passo “para trás”, ou, na trilha de Foucault, proceder a uma verdadeira “arqueologia do saber”, a fim de podermos pensar a relação originária/radical do homem com a linguagem, até porque “o fenômeno primário no domínio da compreensão não é a compreensão da linguagem, mas, antes, a compreensão através da linguagem.”

No caso do jurista, essas chamadas à razão filosófica se fazem necessárias para evidenciar que a sua leitura/interpretação das regras de direito, sejam elas escritas ou costumeiras, resulta sempre de uma posição prévia, de uma visão prévia e de uma concepção prévia acerca da experiência jurídica; e, por fim, isso tudo somado, advertir les gens du droit para a imperiosa necessidade de ancorarem a sua hermenêutica jurídica na hermenêutica filosófica – a parte sob o todo¹¹ –, sem o que a compreensão do direito fica-

2 SAVIGNY, M.F.C. de. *Traité de droit roman*. Paris: Firmin Didot Frères, 1840. v. 1. p. 208.

3 HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2003; GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1998; RORTY, Richard. *El giro lingüístico*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998; OLIVEIRA, Manfredo A. de. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

4 ORTIZ-OSÉS, Andrés. *Antropología hermenéutica*. Lisboa: Escher, 1989. p. 17.

5 REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 21-120. REZEK, J.F. *Direito internacional público: curso elementar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 11-121; VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 37-146; SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 154-158; BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Gulbenkian, 1997. p. 627-658; DAILLIER, Nguyen Quoc Dinh; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003. p. 119-325.

6 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 467; GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 21.

7 KAUFAMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2010. p. 67-68.

8 GADAMER, Hans-Georg. *A universalidade do problema hermenéutico*. In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 255-270. v. 2

9 RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés, p. 206.

10 BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1990. v. 2. p. 802.

11 HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do espírito*: parte 1. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 31. “O verdadeiro é o todo”. ORTEGA Y GASSET, José. El nivel de nuestro radicalismo. In: OBRAS Completas. Madrid: Revista de Occidente, 1965. T. 8. p. 282. “Solo hay una actividad en que el hombre puede ser radical. Se trata de una actividad en que el hombre, quiera o no, no tiene más remedio que ser radical: es la filosofía. La filosofía es formalmente radicalismo porque es el esfuerzo para descubrir las raíces de lo demás, que por sí no las manifiesta, y en este sentido no las tiene. La filosofía proporciona a hombre y mundo sus defectivas raíces.” ORTEGA Y GASSET, José. El nivel de nuestro radicalismo. In: OBRAS Completas. Madrid: Revista de Occidente, 1964. p. 335-336. T. 7.

rá girando, cegamente, em torno de si mesma.¹² Em síntese precisa, que, pela sua pertinência, vale a pena reproduzir neste passo, João Baptista Machado afirma que todo o enunciado com um sentido remete, necessariamente, para algo que está fora de si próprio e que, para a sua compreensão, supõe a pré-compreensão, a “presciência” desse algo – o referente – para o qual o texto nos remete. No caso da experiência jurídica, conclui esse mestre, o referente externo fundamental, a que os textos legais nos remetem, é sempre a ideia de Direito ou de Justiça, numa palavra, a Juridicidade, como a vê ou concebe o legislador.¹³

3. A DOUTRINA TRADICIONAL DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Do ponto de vista da teoria do conhecimento, a hermenêutica jurídica clássica ou tradicional é uma espécie de realismo ingênuo, na medida em que os seus adeptos têm a pretensão de conhecer o que pensam que conhecem, sem se darem conta de que o conhecimento de um objeto jamais coincide com o objeto do conhecimento, pela simples razão de que não apreendemos as coisas, diretamente, pelos nossos sentidos, antes apenas pela imagem, ideia ou representação, ou seja, como nós as vemos de dentro da prisão a que nossos sentidos nos condenam.¹⁴ Noutro dizer, rigorosamente, portanto, não vemos as coisas em si mesmas (nômeno), mas apenas como elas aparecem ou se mostram para nós (fenômeno), da perspectiva em que nos encontramos.¹⁵ Afinal, em virtude da função constitutiva, conformadora e transformadora, que o sujeito desempenha, por direito próprio, no âmbito da relação ontognoseológica, forçoso é reconhecer os pré-juízos de um indivíduo são –

muito mais do que os seus juízos –, a realidade histórica do seu ser e, por isso, nenhum olhar sobre o mundo ou sobre nós mesmos estará imune à lente deformadora da subjetividade.¹⁶ Em todo juízo, adverte Ferrajoli, sempre estará presente alguma dose de prejuízo.¹⁷

Trata-se, em resumo, a doutrina tradicional da interpretação, de uma concepção hermenêutica baseada na ideia de verdade como conformidade ou, se quisermos, fundada na crença metafísico-jurídica de que toda norma possui um sentido em si, objetivamente captável, seja aquele sentido que o legislador pretendeu atribuir-lhe (mens legislatoris), seja o que, afinal e mesmo à sua revelia, acabou emergindo do texto (mens legis), disso tudo resultando que a tarefa do intérprete, enquanto mero aplicador do direito, se resumiria em descobrir o verdadeiro significado das normas jurídicas e guiar-se por ele na sua execução.¹⁸

Nenhuma dúvida, portanto, para os adeptos da doutrina clássica de interpretação, sobre as condições de possibilidade dessa descoberta, nem tampouco sobre o papel do intérprete nesse acontecimento hermenêutico; menos ainda sobre a inevitável criatividade desse intérprete enquanto agente mediador e/ou redutor da distância entre a abstração e generalidade da norma e a singularidade e concretude do caso a decidir. No fundo, subjacente a isso tudo, a ideologia da separação de poderes em sentido forte, a cuja luz o legislador é o soberano e o juiz um ente inanimado que apenas pronuncia as palavras da lei.¹⁹

12 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte 1. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 206-207 e Nota Explicativa 51, p. 323; FOUCAULT, Michel. *As palavras e as coisas*: uma arqueologia das ciências humanas. São Paulo: M. Fontes, 1987.

13 MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 205-218.

14 GARAUDY, Roger. *Para conhecer o pensamento de Hegel*. Porto Alegre: L&PM, 1983. p. 47; NIETZSCHE, Friedrich. Na prisão. In: AURORA. São Paulo: Cia das Letras, 2004. p. 117; HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987. p. 93; AYER, A. J. *O problema do conhecimento*. Lisboa: Ulisseia. p. 94-98; WENTCHER. *Teoría del conocimiento*. Barcelona: Editorial Labor, 1927. p. 158.

15 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*: parte 1. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 206-207 e Nota Explicativa 51, p. 323.

16 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. p. 416.

17 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1998. p. 57.

18 Para uma crítica dessa posição ontognoseológica e seus reflexos na compreensão do direito, ver, entre outros, STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. 2001. p. 173-225; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 49-51. Sobre o conceito de crença como *evidência não refletida*, ver ORTEGA Y GASSET, José. Ideas y creencias. In: OBRAS completas. Madrid: Revista de Occidente. p. 383-394. T. 5.

19 MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. In: OEUVRES complètes de Montesquieu. Paris: Chez LeFrève Éditeur, 1839. v. 1. p. 196; MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. v. 1. p. 187; MARX, C.; ENGELS, F. La ideología alemana. In: OBRAS escogidas. Moscou: Progreso, 1974. T. 1. p. 45; MARX, C.; ENGELS, F. *A ideologia alemã*. São Paulo: Hucitec, 1987. p. 72; SANCHÍS, Luís Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 13.

4. A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA SOB O PARADIGMA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Reconhecido e proclamado, no âmbito da filosofia, o caráter exemplar da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito²⁰, e, nos domínios do direito, o papel nuclear e seminal do conhecimento da Constituição para todos os saberes jurídicos, parece lícito dizer-se que a *hermenêutica constitucional* transformou-se na *teoria do conhecimento jurídico* ou, se preferirmos, no *conhecimento do conhecimento do direito*, porque incumbe a ela — *ciência de si mesma* — interpretar as diferentes interpretações do fenômeno jurídico, a partir da análise crítica das múltiplas leituras da lei fundamental e dos *vários mundos constitucionais* que podem emergir dessas leituras, as quais — hoje isso é consenso entre os doutrinadores — irradiam-se pelos ordenamentos jurídicos como vetores hermenêuticos de primeira grandeza.²¹

Expressão dessa virada hermenêutica é o chamado *novo constitucionalismo*, de significativa presença em diversos países, cujos traços fundamentais, comentados a seguir, dão forma e substância à interpretação especificamente constitucional e, por via de consequência, à interpretação do direito em geral:

- a. mais Constituição do que leis;
- b. mais juízes do que legisladores;
- c. mais princípios do que regras;
- d. mais ponderação do que subsunção; e
- e. mais concretização do que interpretação.

Vistos em conjunto, e sem necessidade de maiores reflexões, senão a de que se projetam por todo o ordenamento jurídico, pode-se dizer que esses traços distintivos configuram e/ou sintetizam uma verdadeira mudança de paradigmas ou, se preferirmos, uma completa subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu desde o final do século XVIII até praticamente os dias atuais.

20 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 482-504.

21 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1/2. p. 396-414; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 482-505; MORIN, Edgar. *O método 3: o conhecimento do conhecimento*. Porto Alegre: Sulina, 2005; ORTIZ-OSÉS, Andrés. *Antropología hermenéutica*. Lisboa: Escher, 1989. p. 67; JUST, Gustavo. *Interpréter les théories de l'interprétation*. Paris: L'Harmattan, 2005; MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. p. 167-171.

Para fundamentar esta assertiva de ordem geral, começemos pela prevalência da Constituição, que antes se considerava como fonte mediata ou, simplesmente, como fonte das fontes do direito, conferindo-se à lei a função de regular direta, imediata e soberanamente todas as relações sociais, e ao legislador, a mais ampla liberdade de conformação, sob o entendimento de que a lei — expressão, sempre renovada, da vontade geral —, era congenitamente legítima e os seus autores, como representantes e/ou tradutores dos anseios do povo, não deveriam submeter-se a nenhum controle ou censura estranhos aos parlamentos.

Sob o novo constitucionalismo, a Constituição, que no passado era um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas, que não vinculavam o legislador — nesse sentido ela era apenas um texto político, sem qualquer pretensão de injuntividade —, assume, agora, a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de normatividade própria e imediatamente eficaz — a chamada força normativa da Constituição —, rebaixando-se a lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito a controle de legitimidade, formal e material, em face da Constituição. Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da sua interpretação/aplicação, desde os órgãos da jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão situadas fora e acima dos demais Poderes e, por isso mesmo, desfrutam de prerrogativas infinitamente maiores do que aquelas que eram reconhecidas ao legislador recém-destronado. É precisamente esse o sentido da expressão mais Constituição do que leis, a evidenciar a supremacia e a aplicabilidade direta da Carta Política e não a existência de muitas constituições, o que seria uma rematada tolice, porque todos sabem que em qualquer Estado de Direito existe só uma Constituição e leis as mais diversas.

Como decorrência necessária e imediata da supremacia e da aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais, tem-se a segunda característica desse novo constitucionalismo — mais juízes do que legisladores —, a sinalizar para o reconhecimento dos julgadores como legítimos criadores do direito e não como simples reveladores de uma suposta e indefinível vontade da lei ou do legislador, que, enquanto tais, não resolvem os problemas suscitados pela convivência humana. Afinal, como ensina Emilio Betti, o intérprete não trabalha

com meras suposições, mas apenas com o feito ou o falado.²²

Quanto à terceira característica do novo constitucionalismo — mais princípios do que regras —, o que temos diante de nós é a constatação de que, hoje em dia, reconhecida a não correspondência entre texto e norma, os preceitos tidos como genuinamente constitucionais apresentam-se sob a forma de enunciados abertos e, por isso, portadores de múltiplos significados, a serem revelados/atribuídos por seus intérpretes/aplicadores, em cada situação hermenêutica. Nesse sentido, todo princípio — em verdade todo enunciado jurídico — é plurinormativo, porque dele podemos extrair mais de uma norma, como atestam as mutações normativas ou viragens da jurisprudência.

Intimamente ligada a essa terceira nota distintiva, a rigor apenas uma consequência do que nela se contém, a quarta característica do movimento neoconstitucionalista — mais ponderação do que subsunção — traduz a singularidade da chamada interpretação especificamente constitucional, enquanto hermenêutica de princípios, em cujo âmbito não podemos torná-los operativos utilizando o raciocínio silogístico e a técnica da subsunção, tão caros à hermenêutica jurídica tradicional, pelo simples fato de que tais instrumentos só têm aplicação a preceitos cujas hipóteses de incidência e respectivas consequências jurídicas vêm previamente determinadas pelo legislador, conforme o clássico enunciado se A, então B, em que o elemento A representa o suposto de fato cuja ocorrência, no mundo real, tem como consequência a atualização do elemento B, no mundo do direito.

Como no âmbito dos princípios jurídicos — enquanto pautas axiológicas abertas e indeterminadas — esses elementos não são estabelecidos, desde logo, pelo legislador, até porque traduzem apenas razões para que se decida num ou noutro sentido, o modo de aplicá-los exige que os intérpretes/aplicadores avaliem essas razões, optando, afinal, pela solução que se lhes mostre correta e justa à luz do caso concreto. Por isso é que se diz que, num conflito entre princípios constitucionais, funciona como hipótese de incidência o próprio caso jurídico sob apreciação e, como consequência jurídica, o princípio que vier a prevalecer.²³ Nesse sentido, afir-

ma Carlos Cossio que, à semelhança das leis, é possível aplicarem-se princípios por subsunção, mas só depois de os escolhermos por valoração.²⁴

Quanto à quinta e última característica do novo constitucionalismo — mais concretização do que interpretação — para bem compreendê-la devemos ter presente, mais uma vez, a distinção entre regras e princípios, as primeiras a demandarem a descoberta do seu sentido, seja ele o que foi idealizado subjetivamente pelo legislador empírico, seja o que, independentemente da sua vontade ou mesmo à sua revelia, veio a se fixar objetivamente no texto e, como tal, há de ser levado em conta pelos intérpretes/aplicadores; os segundos, os princípios jurídicos, cuja abertura semântica não nos permite falar de apenas um, mas de múltiplos significados, postos à disposição dos seus operadores para que os concretizem à luz das peculiaridades do caso. A propósito, lembremos, com Böckenförde, que enquanto a interpretação é uma indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente, já a concretização é o preenchimento criativo de uma pauta que se volta para o futuro e que permite aos seus intérpretes/aplicadores optar pela leitura que lhes parecer mais adequada à realização da justiça como referente fundamental da ideia de direito.²⁵

Diante de tudo isso, parece plenamente justificada a assertiva de Rubio Llorente, que aqui se reitera, de que, atualmente, a doutrina da interpretação é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de alguma forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, na medida em que os traços fundamentais desse novo constitucionalismo, a depender do ponto de vista em que os analisemos, podem ser causa ou consequência da interpretação especificamente constitucional.²⁶

Pamplona: Eunsa, 2000. p. 201.

24 COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: El Foro, 2002. p. 87. “Embora numa sentença que aplica uma lei, o caso esteja referido a ela por subsunção e dedução, isso só ocorre depois que a essa lei foi referida a ele por valoração. A lei é referida ao caso primeiramente por valoração; depois que for declarada apta para resolvê-lo, então vem o procedimento dedutivo a extrair as consequências dessa decisão inicial.”

25 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 126-127.

26 LLORENTE, Francisco Rubio. *Prólogo à obra la interpretación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1984, p. 17.

22 BETTI, Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 28, 1975.

23 CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*.

Se isso tudo for verdadeiro, é parece que o seja em linha de princípio, então se pode concluir, neste passo, que a nova hermenêutica jurídica tem como paradigma a interpretação especificamente constitucional, por ser a Constituição a norma primeira, que fundamenta, unifica valida as normas do sistema, conforme a concepção kelseniana da estrutura piramidal dos ordenamentos jurídicos.

• A doutrina da interpretação no direito das gentes

Apesar de largamente utilizado na teoria jurídica e nos diversos ramos do direito – a 1ª edição da obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, de Carlos Maximiliano, é de 1924 – o termo hermenêutica pouco aparece em nossas obras de direito internacional público, assim como na doutrina estrangeira, onde domina a palavra interpretação, como se antes ou por detrás desse conceito e/ou atividade não existissem questões do maior relevo, a demandarem detida reflexão no terreno dos jogos de linguagem, em geral, e do jogo de linguagem do direito, em particular, como a historicidade do compreender; a textura aberta da linguagem normativa; a indeterminação do direito; a infinidade da interpretação; a pluralidade e/ou o excesso de sentidos dos enunciados jurídico-normativos; o papel dos preconceitos e das ideologias na atividade hermenêutica; a querela da única resposta correta; e a questão, mais sofisticada, da diferença/implicação entre a compreensão, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas, ou seja, entre *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*.²⁷ Talvez porque os internacionalistas, mais afeitos à dogmática jurídica, não considerem que o problema da linguagem transformou-se no problema supremo da filosofia²⁸, antes proclamem, acriticamente, que os problemas filosóficos, sem exceção, são pseudoproblemas, problemas artificiais, que surgem quando, impulsionada pelos filósofos, a linguagem ordinária “tem um mo-

mento de festa” ou “sai de férias”, e começa a operar loucamente como uma turbina que girasse fora das suas engrenagens.²⁹

Dito isto, passemos a dialogar, criticamente, com alguns desses internacionalistas, todos da maior expressão, indo diretamente aos seus textos, a ver se as nossas considerações encontram suporte na realidade, ou não passem da criticável postura de quem, confiando demais nas suas próprias ideias, termina por empurrar e comprimir tudo no perímetro fixo de uma forma específica – a sua forma –, sem se dar conta de que, ali ou acolá, formam-se calombos que nenhum “mágico” consegue esconder.³⁰ Em se tratando de achados ou malabarismos linguísticos, a advertência é a mesma, porque “as palavras começam por libertar o pensamento e terminam por escravizá-lo.”³¹

Nosso ponto de partida, neste tópico, é a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada no Brasil pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009; ou, mais precisamente, os seus artigos 31 e 32, intitulados, respectivamente, Regra Geral de Interpretação e Meios Suplementares de Interpretação, cujo teor reproduzimos a seguir.

Interpretação de Tratados

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:

27 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Lisboa: Gulbenkian, 1995. p. 177; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 459-465; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 280-281.

28 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Lisboa: Gulbenkian, 1995. p. 204; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 459; FLACH, Werner. La teoría lingüística generativa y la teoría de los principios del pensamiento. In: SIMON, Josef. *Aspectos y problemas de la filosofía del lenguaje*. Buenos Aires: Editorial Alfa Argentina, 1977. p. 55.

29 CARRIÓ, Genaro R.; RABOSSI, Eduardo A. La filosofía de John L. Austin. In: AUSTIN, J. L. *Cómo hacer cosas con palabras*. Buenos Aires: Paidós, 2006. p. 9.

30 NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. p. 13-14.

31 CARDOZO, Benjamin. In: LEVI, Edward H. *Uma introdução ao raciocínio jurídico*. São Paulo: M. Fontes, 2005. p. 13-15.

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.

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.

Diante dessas regras de interpretação dos tratados internacionais, a primeira observação a ser feita, de ordem geral, diz respeito à sua própria inserção nesse texto normativo, porque tais regras, na melhor das hipóteses, servem apenas de orientação aos intérpretes, e não de comandos hermenêuticos obrigatórios e indiscutíveis, pela simples razão de que, a rigor, não existem regras para a aplicação das próprias regras hermenêuticas; e, se eventualmente existentes, como é o caso dessas disposições da Convenção de Viena, elas mesmas, a seu turno, carecem de interpretação. Será que nós devemos aplicar tal regra a si própria, se, afinal, aquilo a que chamamos de interpretação legal é o estabelecimento de uma nova regra jurídica, a qual será objeto de uma nova interpretação?³²

A observação seguinte, ainda com relação à própria Convenção, diz respeito às cláusulas gerais e/ou conceitos jurídicos indeterminados, que se usam nesses dispositivos hermenêuticos, tais como boa fé, sentido ambíguo ou obscuro, resultado manifestamente absurdo ou desarrazoado. À evidência, pela sua abertura semântica, tais enunciados suscitam controvérsias interpretativas, que, por certo, só podem ser resolvidas mediante acor-

do entre as altas partes contratantes, as quais, de resto, à diferença do que ocorre no direito interno, não estão sujeitas a nenhuma autoridade interpretante — seja um juiz singular, um colegiado judicante ou uma instância não judiciária de organizações internacionais —, ou instância superior capaz de impor ou tornar efetiva sua interpretação.³³ A soberania dos Estados, no plano externo, assim como o absolutismo, no seu interior, se levados às últimas consequências, não permitem hermenêutica alguma porque os todo-poderosos, melhor do que ninguém, sempre terão condições de “esclarecer” as suas próprias palavras e dar-lhes o sentido “correto”, ainda que esse sentido se evidencie em total desacordo com as regras usuais de interpretação, as quais, de resto, para eles não são vinculantes.³⁴ Ilustrativa dessa realidade, com o necessário temperamento, é a observação de que “em virtude da sua soberania, cada Estado tem o direito de indicar o sentido que dá aos tratados em que é parte, pelo que lhe diz respeito; e que, a propósito de cada problema concreto que surge por ocasião da aplicação de qualquer tratado, os representantes de cada parte dão a conhecer a maneira como interpretam as suas disposições.”³⁵ Ilustrativas dessa “soberania hermenêutica”, com os devidos temperamentos, são as chamadas declarações interpretativas, declarações unilaterais de um Estado ou Organização Internacional, pelas quais eles concordam com seu engajamento a um tratado, sob a condição de que determinada parte do seu texto seja interpretada de uma forma particular.³⁶

Voltando aos conceitos jurídicos indeterminados e às cláusulas gerais presentes no texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, observa-se que os seus intérpretes — os internacionalistas, em geral — têm consciência de que se trata de enunciados complicados e/ou geradores de mal entendidos³⁷ — obscuros, impre-

33 RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés. p. 206. “Perante o tribunal, a plurivocidade comum aos textos e às ações é trazida à luz do dia sob a forma de um conflito de interpretações, e a interpretação final aparece como um veredicto, do qual se pode apelar.”

34 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 488-489.

35 DAILLIER, Nguyen Quoc Dinh; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003, p. 259.

36 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 82.

37 SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hermeneutique*. Alençon: CERF/PUL, 1989. p. 122-123, e SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hermeneutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 31; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 289. “Schleiermacher chega inclusive a definir que a hermenêutica é a arte de evitar o mal-entendido.

32 SCHLEIERMACHER, Friedrich D.E. *apud* GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 129; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1988. p. 178.

cisos, contraditórios, incompletos ou ambíguos³⁸ –, mas, ainda assim, não se detêm para dizer como se deve manejá-los nas situações hermenêuticas em que surjam conflitos de interpretações, ou seja, “quando uma expressão de dimensões variáveis, significando uma coisa, significa ao mesmo tempo outra coisa, sem deixar de significar a primeira.”³⁹ Neste passo, é bom ressaltar-se que, nos domínios da nova hermenêutica jurídica, já está superada a ideia de que o problema da interpretação só se coloca quando a compreensão direta dos enunciados normativos não está ao alcance da mão. Pelo contrário, como adverte Larenz, seria um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente obscuros, pouco claros ou contraditórios. Pelo contrário, prossegue esse jurista, em princípio todos os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo esta sua necessidade de interpretação não um defeito, que se possa remediar em definitivo mediante uma redação tão precisa quanto possível — o que é sempre desejável —, mas um dado de realidade, que continuará a subsistir enquanto todas as leis, sentenças jurídicas, resoluções e os próprios contratos não vierem a ser redigidos exclusivamente numa linguagem codificada, simbolizada.⁴⁰ Daí esta passagem, instigante, do mesmo Larenz, a evidenciar o quanto é problemática a atividade hermenêutica, mesmo em situações que, à primeira vista, parecem não exigir nenhum esforço excepcional: “No começo está o texto da lei — só aparentemente claro e fácil de aplicar — e no final — se este existe —, entretecida em torno do texto, encontra-se uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua aplicação no caso singular e que transmudou amplamente o seu conteúdo, a ponto de em casos extremos, quase o tornar irreconhecível. Com efeito, um estranho resultado daquele processo que o jurista se habituou a denominar simplesmente de aplicação das normas.”⁴¹ Daí, também, a nova leitura do velho brocardo *interpretatio cessat in*

claris, que, no dizer de Miguel Reale, passa a ser visto como limite negativo, ou ponto final do procedimento interpretativo, em ordem a impedir que o hermenêuta, uma vez alcançado, na interpretação, o sentido claro e distinto de um texto legal, mesmo assim prossiga em busca de um sentido subentendido ou oculto, a fim de dobrar a regra jurídica a situações supervenientes.⁴² Por trás dessa busca de um significado que, intencionalmente, teria sido escondido pelo legislador — teoria conspiratória da atividade legislativa — o que se tem, mesmo, é a figura daquele intérprete distorcido e preconceituoso, que deixa de trabalhar com o feito ou o falado para atribuir aos textos sentidos de todo incompatíveis com eles, seja na sua letra, como no seu espírito, embora todos saibam que não é lícito introduzir-se na lei o que se deseja extrair dela⁴³, conduta verberada por Karl-Otto Apel, cuja reprimenda, no campo da ética no discurso, tem tudo a ver com eventuais desvios cometidos em qualquer das espécies do discurso jurídico, *verbis*:

Para que haja comunicação é necessário que o Outro fale e reconheça o que eu falo. Nesse eixo já existe a assunção mínima de que há um campo democrático e de respeito na argumentação sem o qual não existe comunicação. É por isso que afirmo que é um tipo de racionalidade que demanda outro tipo de binômio cognitivo: sujeito/co-sujeito e não sujeito/objeto, como nas teorias solipsistas modernas. É uma validade epistemológica intersubjetiva e não uma busca de objetividade ingenuamente neutra, como nos propõe uma ciência cega. Os cientistas estão imersos em uma comunidade comunicacional real, do contrário não conseguem nem mesmo fazer a hipótese “acontecer”. Se um grupo de pessoas discute algo com a intenção de chegar a uma conclusão, quem roubar no jogo destrói a argumentação. Não se trata de uma “adesão” volitiva irracional de tipo popperiano, mas de uma adesão racional cognitiva: se roubarmos no jogo, acaba a argumentação, e a cognição buscada se desfaz. Sem esse campo democrático de respeito, toda fala é blábláblá.” (Entrevista a Luiz Felipe Pondé, Caderno Mais!, jornal “Folha de S. Paulo”, edição de 26/9/99).

Esse procedimento reprovável, obviamente, nada tem a ver com situações hermenêuticas tais como a des-

38 REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 445. “Interpretar o tratado internacional significa determinar o exato sentido da norma jurídica expressa num texto obscuro, impreciso, contraditório, incompleto ou ambíguo. Não por acaso, o primeiro princípio a nortear esta análise, e que tem raízes na antiguidade romana, é o de que não há por que interpretar o que já está claro e unívoco.”

39 RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações*. Rio de Janeiro: Imago, 1978. p. 56.

40 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 283-284.

41 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 294.

42 Sobre o sentido desse brocardo, como princípio lógico-abstrato, mas, sobretudo, como categoria histórica, ver REALE, Miguel. Para uma hermenêutica estrutural. In: ESTUDOS de filosofia e ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 75. Veja-se, em sentido diverso, o que nos diz RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: M. Fontes, 2000. p.185.

43 BETTI, Emilio. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, p. 28, 1975; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014. p. 493.

critas por Cappelletti, ao comparar os textos legais com outras *formas significativas*, e tampouco com as reflexões de François Rigaux, antes citado, sobre aquelas ocasiões em que, por mais que se esforce para permanecer fiel ao seu “texto”, o intérprete/aplicador do direito será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre e a dobrar a lei*, porque não há texto legislativo nem texto musical ou poético, que não deixe algum espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa, tanto mais necessária quando se sabe que em um direito legislado, existem mais lacunas do que disposições; que, a todo instante, a vida se diverte com as previsões legais; que a norma jurídica, alheia às circunstâncias de cada caso, há de ser, por princípio, abstrata e geral e, não raro, por isso mesmo, necessariamente injusta; e, afinal, que aquele semeia normas não pode colher justiça.⁴⁴

Portanto, isso tudo somado, se não quisermos que a interpretação apareça como simples arbítrio, entregue ao juízo irracional ou, em todo caso, não motivado daquele que vai decidir, deveremos considerar impensáveis quer o abandono total das regras de interpretação, quer a sua utilização discricionária pelos aplicadores do direito.⁴⁵ Mesmo assim, embora reconhecendo a existência de regras de interpretação, a verdade é que os ordenamentos jamais pretenderam impô-las aos seus operadores. Se nenhum dos cânones interpretativos tem significado preciso e sequer existe hierarquia nem ordem de preferência entre eles, então seria no mínimo ingênuo, para não dizer sem sentido, pretender-se controlar a atividade hermenêutica com instrumentos de si incontroláveis e cuja multiplicidade converte-se em “veículo da liberdade do juiz”, o qual — em razão disso e até certo ponto —, acaba por escolher os meios em função dos fins que, estimando *corretos e justos*, pretenda alcançar em cada caso.⁴⁶ Lembremos, a propósi-

to, a “inconfidência” do Juiz Jerome Frank, revelando ter sido informado por alguns juizes de primeira instância de que, ao darem forma às suas sentenças, com frequência eles trabalham “para trás”. Começam com a decisão que, como consequência da sua reação intuitiva, estimam prudente ou justa; em seguida, determinam os fatos de tal modo que, subsumidos sob uma norma jurídica aceita, fazem aparecer essa decisão como lógica e juridicamente fundada.⁴⁷ Afinal, como anotou, ironicamente, o Juiz Holmes, é sempre possível dar-se forma lógica a qualquer conclusão.⁴⁸

Noutro dizer, desprovidos de uma teoria do direito, que lhes dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios adequados à apreensão da realidade jurídica, os intérpretes/aplicadores, premidos pelos problemas a resolver, induzidos pela sua pré-compreensão e, certamente, sabendo que o *método* não pode explicar *a eleição do método*⁴⁹, acabam por escolher os seus instrumentos de trabalho ao sabor de sentimentos e de intuições pessoais, o que, obviamente, não confere racionalidade a essas opções e acaba transmitindo aos cidadãos a ideia de que *dizer* o direito é, mesmo, algo aleatório ou puramente emocional.

Pois bem, a despeito da incoercibilidade das regras de interpretação, em alguns ordenamentos jurídicos encontram-se normas que pretendem “monitorar” a atividade hermenêutica, como o Código Civil espanhol, cujo art. 4.1 prescreve que as normas se interpretem segundo o sentido próprio das suas palavras, em relação com o contexto, os antecedentes históricos e legislativos, e a realidade social do tempo em que devam ser aplicadas, atendendo-se, fundamentalmente, ao seu espírito e finalidade, regra que se completa com a previsão, no mesmo artigo, de que na aplicação dessas normas também se use a equidade, embora com a restrição de que decisões fundadas exclusivamente nesse critério dependem de expressa autorização legal. No Brasil, não é outra a situação: a *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro* estabelece no art. 4º que “quando a lei for omissa, o juiz

44 CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1993. p. 22; RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. São Paulo: M. Fontes, 2000, p. 185. DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Swinne, 1978. p. 60; ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968. p. 331; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. Sobre lo jurídico y lo justo. In: ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la ley e el juez dos estudios*. Madrid: Civitas, 2000. p. 76; MAYER, Max Ernst. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Labor, 1937. p. 181.

45 ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Thomson Civitas, 2004. p. 130.

46 LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 390. KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Coimbra: A. Amado Editor, 1962. v. 2. p. 290. “Não há absolutamente qualquer método — capaz de ser classificado como de direito positivo — se-

gundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correta; todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.”

47 FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 92.

48 HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. p. 29-30.

49 ZACCARIA, Giuseppe. *Razón jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004. p. 337

decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; e no art. 5º, que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum.”⁵⁰ Num caso, como no outro, em razão da abertura semântica dessas diretrizes hermenêuticas, impõe-se aos seus aplicadores submetê-las a prévia e detida interpretação para, só depois, colocá-las em “funcionamento”. Por outro lado, ao abrir para os seus intérpretes/aplicadores um vasto leque de cânones hermenêuticos – métodos, princípios e regras – e, ao mesmo tempo, não estabelecer entre eles nenhuma ordem hierárquica ou de preferência, o que a lei tem em vista é alertar os seus operadores de que eles dispõem da mais ampla liberdade de manobra para encontrar soluções que sejam corretas e justas, em cada situação hermenêutica, não podendo, por isso, alegar estrita obediência à lei para justificar seus eventuais desacertos. O que se lhes impõe, sim, é que fundamentem/justifiquem as suas decisões, porque é da aceitação social dessa “prestação de contas” que advém a sua credibilidade.⁵¹ Em suma, se for verdade que o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei, não é menos verdadeiro que é a ele que cabe dizer o que dizem as palavras da lei, porque *a lei não fala por si, ela só fala por seus porta-vozes*.

• Os juristas especializados e as regras de interpretação dos tratados internacionais

A larga digressão sobre a nova hermenêutica jurídica⁵², que vimos de fazer nos tópicos anteriores, se levada

50 No anteprojeto oficial (Decretos 51.005/61 e 1.490/62, de uma *Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, de autoria de Haroldo Valadão, vê-se a presença dessa orientação, consubstanciada no artigo 8º, do seguinte teor: “Art. 9º. *A aplicação das normas jurídicas se fará sob a inspiração do bem comum, da justiça social e da equidade.*” Idêntico, formalmente, sobre essa matéria, era o frustrado Projeto de Lei nº 4.905, de 1995, do Poder Executivo, que assim dispunha: “Art. 4º. *Na aplicação do direito, respeitados os seus fundamentos, serão atendidos os fins sociais a que se dirige, as exigências do bem comum e a equidade.*” Neste último projeto, cuja Comissão elaboradora tivemos a honra de integrar, ao justificarem a substituição da palavra *lei* pela expressão *direito*, os signatários do Relatório discorreram largamente sobre a razão de ser dessa alteração, fortes em que, para a moderna teoria jurídica “[...] lei e direito não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a lei, um conteúdo suplementar de sentido.” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 446.

51 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29.

52 FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1995. p. 7. “O tema da interpretação deixou de ser mero tópico do jurista quando explica as fontes do direito e passou a ser um prob-

lemas com as escassas reflexões que os internacionalistas dedicam a esse assunto, quando discorrem sobre a interpretação dos tratados internacionais, permite-nos afirmar que, em geral, eles desconhecem ou viram as costas para essa temática “exógena”, satisfeitos, ao que parece, com os três artigos que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dedicou à metodologia hermenêutica.⁵³

Daí que, ao se debruçarem sobre essa temática, os doutrinadores do DIP utilizem, majoritariamente, o termo *interpretação*, com destaque, nas exceções de praxe, para o jovem jurista Marcelo Varella, que no seu acreditado *Direito Internacional Público* – já em 6ª edição –, abre a parte dedicada a essa matéria precisamente com o título *Hermenêutica de Tratados*.⁵⁴ Provavelmente, a persistência dos internacionalistas em reduzir o problema hermenêutico à técnica ou arte da interpretação se deva à antiga distinção entre *hermenêutica jurídica* e *interpretação do direito*, de que nos dá conta, entre outros, o clássico Carlos Maximiliano, para quem a *Interpretação* é a aplicação da *Hermenêutica*, e esta a teoria científica da arte de interpretar. Destaque-se, a bem da verdade – contra o entendimento a que nos filiamos –, que esse mesmo jurista, fazendo menção a um certo Rumpf, afirma que na Alemanha – provavelmente só até a *urbanização da província hermenêutica* – esta expressão se reputava antiquada; que dela se utilizavam os antigos romanistas germânicos; e que, mais adiante, passou-se a dar preferência ao termo *Interpretação*, entendido como abrangente do conjunto das aplicações da primeira.⁵⁵ Atualmente, nos domínios da filosofia hermenêutica ou da hermenêutica filosófica, internalizadas no pensamento jurídico, as atividades de *compreender*, *interpretar* e *aplicar*, embora discerníveis para fins didáticos, devem ser consideradas *en bloc*, no âmbito de um processo unitário e contínuo, no qual a *realização* do direito integra, supera e sintetiza esses três elementos, na concretude de uma só e mesma

lema filosófico que põe em questão a própria ciência do direito e o iniludível contexto histórico e social do *homo juridicus*.” (Tradução livre do autor deste artigo).

53 REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 452. “A Convenção de Viena consagra três artigos à metodologia hermenêutica, sem com isso esgotar o rol de princípios e critérios que, a propósito, a doutrina do Direito das Gentes, havendo recolhido diretrizes noutras áreas da ciência jurídica, vinha desde muito inspirando a prática internacional.”

54 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 128.

55 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

realidade – a *experiência jurídica*.⁵⁶

Para mostrar como os doutrinadores do DIP, na exegese dos seus textos normativos – especialmente dos tratados internacionais – ao invés de integrar em unidade tais elementos, preferem segmentar em três momentos o processo de realização das normas com que trabalham, como se a sua compreensão, interpretação e aplicação – *subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi* – fossem coisas distintas ou separáveis, para essa avaliação crítica, selecionamos alguns autores de nomeada, nacionais e estrangeiros, mencionados a seguir. É o caso, entre nós, do consagrado internacionalista José Francisco Rezek, em cujo *Direito dos Tratados* o termo *Interpretação* cobre toda a temática da exegese, embora, num que noutro trecho – e mesmo assim *en passant* – seja utilizada palavra *hermenêutica*.⁵⁷ O mesmo pode-se dizer do perspicaz jurista Marcelo Varella, em quem, no entanto, já encontramos “indícios” de preocupação com o *problema hermenêutico*, ao agrupar as suas considerações acerca da interpretação no DIP sob o título *Hermenêutica de Tratados*, o que sugere que ele abriu as janelas da sua disciplina para arejá-la com os ventos, sempre benfazejos, das reflexões filosóficas. Se formos ao direito internacional privado, ainda no Brasil, encontraremos a mesma postura de alheamento em relação àquele problema, como revela texto didático de Jacob Dolinger, no qual se “resolve” a *questão hermenêutica* enquadrando-a no título genérico de *aplicação, prova e interpretação* do direito estrangeiro.⁵⁸

Na doutrina estrangeira, com esse mesmo propósito, escolhemos alguns juristas de indiscutível relevo, para mostrar que lá fora também persiste a ideia de que, para se apreender corretamente o sentido/significado das normas jurídicas, basta operar com destreza os instrumentos da velha e boa *interpretação* e dar os passos indicados nos seus textos de regência – no caso, fundamentalmente, as regras da Convenção de Viena –, sem necessidade de se indagar dos pressupostos ou das condições de possibilidade de uma leitura *correta, exata e legítima* dos tratados internacionais.⁵⁹

56 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 459-460; REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 10, n. 4, out./nov./dez. 1960. p. 463.

57 REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 445-456.

58 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 277-296.

59 Ver, sobre o tema, esta instigante nota de rodapé, à página 296,

É o que se verifica, por exemplo, no alentado *Direito Internacional Público*, de Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet, no qual se acolhe o conceito de interpretação indicado a seguir, conceito que os seus autores reforçam ainda mais apontando jurisprudência com idêntico entendimento.

Com efeito, em virtude da generalidade dos seus termos, é raro que uma regra de direito possa ser aplicada automaticamente a um caso concreto. Para ter certeza de que ela se aplica, e em que medida, a esse caso concreto, é necessário, a maior parte das vezes, esforçarmo-nos por dissipar previamente as incertezas e ambiguidades, a fim de lhe restituir o seu *verdadeiro* significado. Tal é a tarefa da interpretação. Ela consiste em evidenciar o sentido *exato* e o conteúdo da regra de direito aplicável uma determinada situação.⁶⁰ (itálico não é do original).

Sem maiores digressões a respeito, observamos, apenas, que nos domínios da moderna hermenêutica jurídica, um dos maiores problemas é, precisamente, engendrar critérios que nos permitam dizer, com um mínimo de segurança, mas sem nenhuma pretensão de certeza objetiva, que determinado sentido/significado de um texto é passível de aceitação e, assim, merecedor de acatamento, nas circunstâncias de cada caso concreto. À falta desse critério de verdade, os filósofos hermenêuticos dizem que, nesse terreno, qualquer pretensão de objetividade é demasiado ambiciosa, enganosa, ilusória ou ingenuamente neutra – porque a compreensão do sentido linguístico não é um processo puramente receptivo, mas sempre também, e antes do mais, uma auto-compreensão do sujeito interpretante –, devendo-se, por isso, substituir a inalcançável objetividade por uma honesta intersubjetividade, por uma verdade não epistemológica, mas simplesmente hermenêutica.⁶¹

Prossequindo nessa jornada crítica, compulsamos os Princípios de Direito Internacional Público, do inglês Ian Brownlie, e lá encontramos, mais uma vez, a redutora ideia de que para a correta leitura dos tratados basta que se observem os procedimentos usuais de in-

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989. “A respeito de Gadamer, Gisbert-Studnicki observa criticamente, in: RTh, pág. 354, que para se falar de interpretação se teria de pressupor que existem sentidos que são *legítimos*, e outros que *não podem suscitar qualquer pretensão de legitimidade*. Sem o conceito de sentido legítimo não poderia falar-se de interpretação, pois que então não haveria diferença entre entendimento e mau entendimento.”

60 DAILLIER, Nguyen Quoc Dinh; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003, p. 258.

61 GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 57; KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2010, p. 132-133.

interpretação, ainda que – seja dito a bem da verdade –, esse autor tenha dedicado ligeiros comentários ao que ele mesmo chamou de o estatuto das “regras de interpretação”, numa abordagem que vai um pouco além da maneira aligeirada de se verem essas regras como cânones hermenêuticos autoexplicativos.⁶²

Saltando, agora, para outra latitude bibliográfica, nos deparamos com a versão em castelhano do Manual de Derecho Internacional Público, editado pelo professor dinamarquês Max Sorensen, em cujo texto – em um total de apenas cinco páginas – o tema da interpretação dos tratados enquadra-se no modelo tradicional, limitando-se o seu autor a, ligeiramente, conceituar a interpretação em geral; discorrer sobre o princípio da boa fé; abordar o problema do “sentido corrente”; referir-se à chamada “interpretação autêntica”; falar sobre a “regra intertemporal”; comentar os chamados “trabalhos preparatórios”; mencionar os “meios adicionais de interpretação”; e, afinal, também ligeiramente, tocar nos tratados redigidos em mais de uma língua. Nenhum problema hermenêutico de relevo está enfrentado nessa obra, que, no Prólogo da edição do Fondo de Cultura Económica, foi saudada como de grande importância para o estudo e o ensino do direito internacional público no mundo de fala hispânica.⁶³

Nessa mesma postura, simplificadora do problema hermenêutico nos tratados internacionais, Jorge Bacelar Gouveia, em seu Manual de Direito Internacional Público, dispensa ao tema da interpretação desses atos normativos nada mais que dez páginas, nas quais, à semelhança de outros internacionalistas, se limita a escassas considerações sobre os tópicos que seleciona e agrupa sob o título A interpretação, a integração e a aplicação dos tratados internacionais, não por coincidência exatamente aquela mesma e velha nomenclatura usada nos “pontos” dedicados à interpretação jurídica nos cursos e manuais de Introdução do Estudo do Direito.⁶⁴ Para evitar generalizações, sempre perigosas, justiça se faça a Miguel Reale, que já na 1ª edição, das suas Lições Preliminares de Direito, no início dos anos 70 do século passado, ao lado dos ensinamentos tradicionais sobre interpretação, aplicação e integração do Direito, dedicou um

tópico ao que chamou de compreensão atual do problema hermenêutico, onde afirmou, entre outras coisas, que na compreensão dos textos jurídicos, ao invés de se prender à sua literalidade, qual um pianista obediente à partitura musical, “o intérprete pode avançar mais, dando à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então, pela sua compreensão à luz de novas valorações emergentes no processo histórico.”⁶⁵

Mais sumário, ainda, é o tratamento dispensado à hermenêutica dos tratados na obra Direito Internacional Público, de Wladimir Brito, professor dessa disciplina na Universidade do Minho, em Portugal. Nada mais do que quatro singelas páginas são dedicadas à exegese da mais importante das fontes desse ramo do direito. Num evidente desleixo em relação ao problema hermenêutico, o autor transcreve lição de outro internacionalista, na qual este afirma, sic et simpliciter, que a interpretação dos tratados “tem por objeto, ou fim, o esclarecimento da vontade dos contratantes. Isto é, a determinação do conteúdo do acordo” ou, dito de outra forma, “a interpretação é uma operação intelectual através da qual se procura determinar o sentido e o alcance das cláusulas do Tratado”. Poucas linhas adiante, refere-se aos “modos de interpretação”, aos “princípios fundamentais da interpretação” e às técnicas de interpretação.” Nada mais do que isso, até porque, provavelmente, esse ilustrado mestre, como tantos outros, também considere que a questão hermenêutica é um pseudoproblema, que surge quando a linguagem natural entra de férias.⁶⁶

Por último, e o mais importante, como já insinuamos linhas atrás, meio na contramão dessa postura desleixada em face da questão hermenêutica, tem-se o Direito Internacional Público, de Marcelo Vilella, texto no qual o seu autor já sinaliza para alguma alteração de rumo, na medida em que, insista-se, as suas reflexões sobre esse tema não apenas são agrupadas, significativamente, sob o título Hermenêutica dos Tratados, como também o enfrentamento dos problemas referentes à concretização das normas do Direito das Gentes, ou seja, da sua compreensão/interpretação/aplicação, se faz com esta significativa advertência:

62 BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Gulbenkian, 1997. p. 650-656.

63 SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 228-232.

64 Ver, por todos, MACHADO NETO, A.L. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966. p.233-256.

65 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 324.

66 BRITO, Wladimir. *Direito internacional público*. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 267-270.

Os métodos de interpretação de tratados são similares aos aplicados ao direito nacional. Uma diferença importante refere-se às dificuldades de fazer incidir sobre o sentido do texto a evolução cultural dos povos. As partes num tratado comprometem-se com o sentido dado às palavras em um determinado momento, sob determinado contexto semântico e cultural.⁶⁷ (grifo nosso).

Trata-se de uma observação do mais puro labor hermenêutico-filosófico, em estreita conformidade com o conceito heideggeriano/gadameriano de *historicidade do compreender* – historicidade do sujeito compreensor, da coisa a ser compreendida e do processo da compreensão. Noutro dizer, temos aí uma adesão evidente à visão filosófica de que, nos domínios da hermenêutica – onde “o ser que se compreende é linguagem” –, tudo está sujeito ao *panta rhei* da eterna transformação, até mesmo a própria hermenêutica, porque também ela é um fenômeno histórico, um evento situado e datado, insuscetível de aprisionamento em regras fixas e imutáveis, cuja observância propiciaria aos seus seguidores a apreensão, também fixa e imutável, do *verdadeiro e invariável* sentido das palavras. Mais ainda, essa advertência de Marcelo Varella subentende o fenômeno da diversidade e da fusão de horizontes, a ser levado em conta pelo intérprete/aplicador, ou seja, o horizonte de produção do texto e o horizonte da sua compreensão atual, o que, no âmbito da interpretação das leis, se comprova com a observação de que no momento da redação da lei, o legislador emprega as palavras com o significado que elas têm nesse contexto, ao passo que, lá adiante, mais cedo ou mais tarde, o seu intérprete, para assegurar a força normativa desse comando legal, deverá atribuir-lhes o sentido que elas passaram a ter no contexto da sua aplicação. A cada interpretação, a cada leitura do texto, a sua bitola linguístico-normativa vai se alargando, de modo a abranger novas situações hermenêuticas, situações que nem o legislador mais profético poderia ter suposto no momento em que deu à luz o seu texto normativo. Por isso é que se diz que a lei deve ser mais inteligente do que o legislador, e o intérprete, mais inteligente do que a lei. É o intérprete quem dá voz ao sentido da lei, aquele que faz o texto falar.

67 VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 128.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações aqui desenvolvidas, pode-se dizer, à moda de conclusão, que o *problema hermenêutico* e/ou a *questão da linguagem* embora sejam considerados pelos filósofos e linguistas como *os temas do nosso tempo*, não existem, ao menos como *problema*, para os internacionalistas porque – à semelhança dos cultores dos outros ramos do direito – eles acreditam que para a correta/exata apreensão do significado das regras e princípios dos tratados internacionais, basta fazer a sua exegese em conformidade com as *regras de interpretação* próprias desse universo normativo, sem discutirem as suas limitações e/ou condições de possibilidade, como exige a nova hermenêutica filosófico-jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Gulbenkian, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1993.
- DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Swinne, 1978.
- DAILLIER, Nguyen Quoc Dinh; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2003.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, 1995.
- FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre*. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 4. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1962. V. 2.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 7. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2014.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MAYER, Max Ernst. *Filosofía del derecho*. Barcelona: Labor, 1937.
- MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. Sobre lo jurídico y lo justo. In: ENTERRÍA, Eduardo García de; MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, la ley e el juez; dos estudios*. Madrid: Civitas, 2000.
- REALE, Miguel. Fundamentos da concepção tridimensional do Direito. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. 10, n. 4, out./nov./dez. 1960.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- REZEK, J.F. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- RICOEUR, Paul. *Do texto à ação*. Porto: Rés,
- RICOEUR, Paul. *O conflito das interpretações*. Rio de Janeiro: Imago, 1978.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- SCHLEIERMACHER, F.D.E. *Hérméutique*. Alençon: CERF/PUL, 1989.
- SORENSEN, Max. *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ZACCARIA, Giuseppe. *Razão jurídica e interpretación*. Madrid: Civitas, 2004.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

