

O Acúmulo de Lógicas Distintas no Direito Internacional: Conflitos entre Comércio Internacional e Meio Ambiente

Marcelo Dias Varella¹

O artigo 31, 3, c da Convenção de Viena sobre a interpretação de tratados parece mostrar uma forma lógica de solução de conflito de normas no direito internacional. De certa forma, segue a lógica kelseniana, utilizando critérios para a definição da norma válida, subentendendo-se a existência de um sistema jurídico internacional. No entanto, na prática, com as mudanças estruturais sofridas pelo direito internacional, especialmente nos últimos quinze anos, este sistema jurídico de normas vem se desintegrando rapidamente. Em vez de um sistema – por definição, um conjunto de elementos harmônicos – cede-se lugar a conjuntos autônomos de normas, com lógicas distintas, muitas vezes contraditórias.

Essa evolução vem da descentralização de fontes do direito internacional, da multiplicação dos atores e da globalização no campo do direito em inúmeros aspectos, em um contexto de fragmentação do direito internacional como um todo, acompanhada pela expansão de cada um destes fragmentos. Neste artigo, pretendemos analisar uma parte desta fragmentação, especialmente no tocante ao direito internacional ambiental e no direito internacional econômico, ramos do direito que estão entre aqueles que mais se desenvolveram nos últimos quinze anos.

1. A expansão do Direito internacional

Esta evolução atinge diversos temas e é estimulada sobretudo pelos avanços tecnológicos, pela expansão do comércio internacional, pela maior facilidade de transporte, pela constituição de empresas globais, pela rapidez com a qual a sociedade

¹ Doutor em Direito da Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Professor e coordenador do curso de Mestrado do Centro Universitário de Brasília. Email: marcelo.varella@laposte.net

civil local e internacional se organiza, pela constituição de valores mundiais e pelo crescente processo de globalização financeira. Todas estas transformações precisam de um quadro jurídico mais homogêneo, ou seja, do desaparecimento de regulamentações nacionais muito heterogêneas ou cogentes. A incerteza jurídica, a instabilidade política e econômica devem desaparecer ou ao menos serem reduzidas para que os valores emergentes possam se consolidar. O sistema jurídico precisa, em um mundo globalizado, de um tratamento internacional para se desenvolver. Mas estas necessidades não são fundadas em uma lógica homogênea. Lógicas distintas conduzem à expansão do direito internacional. Podemos dizer que existe uma acumulação de lógicas diferentes, que comprometem a coerência do todo.

Este fenômeno de expansão é caracterizado por diversos fatores, como a expansão de normas obrigatórias e de *soft norms*, a descentralização de fontes, a expansão dos mecanismos de controle do direito e a multiplicação de tribunais.

Os mecanismos que permitem assegurar a implementação de um acordo internacional e o respeito, *compliance* em inglês, de uma norma se diversificaram, sobretudo nos ramos mais flexíveis do direito internacional, como os direitos humanos ou o direito internacional do meio ambiente². Quando um Estado não respeita às obrigações contratadas, deve-se dispor de mecanismos para garantir a implementação destas obrigações ou, se isso não for possível, aplicar-lhe uma sanção. Este conjunto de instrumentos obrigatórios, os mecanismos utilizados para lhe forçar a implementar a norma e as possibilidades de sanção que conferem maior eficácia ao direito internacional. Estes mecanismos tanto podem ser de cooperação como de coerção³.

Os principais mecanismos de controle dos acordos internacionais por cooperação são a criação de controle por meio de relatórios, as inspeções, as instituições criadas com

² La troisième conférence sur sa mise en œuvre (J.Geradu and C. Wasseman (eds) 1994, 15-16) a donné la définition suivante à *contraignance contrainte* (*compliance*) :

« Compliance is the full implementation of environmental requirements. Compliance occurs when requirements are met and desired changes are achieved, e.g., processes of raw material are changed ; work practices are sites, tests are performed on new products or chemicals before they are marketed, etc. The design of requirements affects the success of an environmental management program. If requirements are well-designed, then compliance will achieve the desired environmental results. If the requirements are poorly designed, then the achieving compliance and/or the desired results will likely be difficult ». *apud* WOLFRUM, R. «Means of ensuring compliance with and enforcement of international environmental law.» *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1998, **272**, p.29.

³ A língua inglesa possui duas expressões mais adequadas : *compliance* e *enforcement*.

um fim específico, assim como o controle público garantido pelas organizações não-governamentais. Os principais mecanismos de sanção, em caso do não-cumprimento dos compromissos assumidos são a perda de direito a um recurso financeiro⁴, as sanções comerciais⁵ e a responsabilização pelos danos causados⁶. A multiplicação de normas obrigatórias é um fenômeno evidente. A criação de normas comerciais ou em relação ao comércio no âmbito da Organização Mundial do Comércio (que chamaremos de OMC) é o exemplo mais marcante. Outras poderiam ser citadas, como a expansão do direito de ingerência nos assuntos humanitários ou a criação de uma Corte Penal Internacional. A questão central a estudar é a das formas de controle criadas neste contexto.

Todos esses mecanismos de controle têm sofridos alterações substanciais nos últimos anos. Se nos anos setenta os relatórios eram imprecisos, seguidos por metodologias que não podiam ser verificadas, como podemos ver na Convenção de Estocolmo de 1972 ou na Convenção de Paris de 1974, sobre poluição marinha, atualmente os relatórios prevêem um formato único, que podem ser conferidos por satélite e comparados com outros Estados, a exemplo do Protocolo de Quioto, no quadro da Convenção sobre as Mudanças Climáticas. O tratado da Antártida de 1991, prevê inspeções-surpresa às bases ali instaladas, além das diversas organizações internacionais criadas especificamente para fazer o controle de Convenções Internacionais, a exemplo da CITES. Ressalta-se ainda a participação das organizações não-governamentais implicadas no controle ambiental, como a IUCN, o Greenpeace, em diversas áreas, ou as ONGs com fins específicos como a TRAFFIC, no tocante ao controle do comércio de animais ameaçados de extinção. Há ainda mecanismos coercitivos previstos tanto no direito internacional econômico, quanto no direito internacional ambiental. O mesmo acontece com todas as outras formas de controle, que se tornam cada vez mais cogentes.

Outro elemento característico dessa fase de expansão do direito internacional é a multiplicação dos tribunais. Após a segunda guerra mundial, um número significativo de cortes importantes foram criadas, como a Corte de Justiça das Comunidades Européias, a Corte Européia de Direitos do Homem, a Corte Interamericana de direitos do Homem e o Tribunal sobre os Direitos do Mar. Mecanismos de solução de controvérsias foram

⁴ Comme le non-accès à des fonds internationaux, voir la Convention sur l'héritage mondial de l'Unesco

⁵ Voir le système de sanction de l'Organisation Mondiale de Commerce

⁶ Comme la Cour Internationale de Justice

criados no seio do Acordo Geral de Tarifas e Comércio e da Organização Mundial do Comércio, com instrumentos similares no Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e no Acordo de Livre Comércio (FTA).

O direito internacional cuida enfim de detalhes da vida cotidiana, que antes eram de competência quase exclusiva dos direitos internos. As normas consumeiristas são limitadas pelo direito internacional, na medida em que este regula os rótulos que podem ou não existir, as discriminações do processo de produção e mesmo o direito de informação ao público, ramo em que as antigas exceções se tornam regras, e hoje grande parte dos produtos atravessam fronteiras, sendo portanto regulados pelo direito internacional. As normas sanitárias e fitossanitárias seguem o mesmo exemplo. As normas ambientais não fogem à regra, visto o grande número de tratados cuidando dos mais diversos temas, desde a poluição provocada pelas indústrias até a poluição doméstica. Os direitos humanos são também cada vez mais regulados pelo direito internacional, basta ver o grande número de ingerências humanitárias da Organização das Nações Unidas nos anos noventa, muitas vezes superior a todos os quarenta anos anteriores à queda do muro de Berlim.

Os dois ramos que mais se destacam nesta evolução jurídica rápida são o direito internacional ambiental e o direito internacional econômico. Interessante notar que ambos ramos do direito internacional buscam o mesmo fim, o desenvolvimento sustentável. No entanto, as formas para se promover o desenvolvimento sustentável são muito distintas devido às diferentes lógicas que marcam cada um dos ramos jurídicos. Dizemos acúmulo de lógicas distintas pela evolução independente destes dois ramos, sem coordenação e muitas vezes de formas antagônicas. A seguir vamos estudar um pouco de cada um destes ramos do direito para saber como eles operam.

2. Direito internacional econômico

O direito internacional econômico sofreu importantes transformações nos anos oitenta. A criação da Organização Mundial do Comércio deu legitimidade aos foros internacionais, principalmente no tocante aos organismos de solução de litígios, que estavam desgastados na época do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (que chamaremos de GATT). A criação de uma organização internacional se mostrou um instrumento

eficaz para a consolidação de regras uniformes internacionais, ainda mais com o ganho de legitimidade e força que a OMC tem demonstrado nos últimos anos.

O direito internacional econômico é construído a partir de dois princípios básicos: o da nação mais favorecida e o do tratamento nacional. O primeiro implica que qualquer tratamento mais benéfico dado a um país deve ser estendido a todos os outros países. O segundo indica que a partir do momento em que um produto entrou no país ele deve ser tratado como qualquer outro produto nacional, sendo proibidas as discriminações negativas contra aquele produto.

O meio ambiente começa a ser inserido nas discussões comerciais a partir dos anos oitenta, com a sexta rodada de negociações do GATT, que deu origem à OMC. Nesta época, estávamos em plena ascensão das preocupações ambientais e não se poderia admitir o crescimento do comércio sem a preservação da natureza, pois neste caso o desenvolvimento não teria a sustentabilidade desejada. Assim, logo no preâmbulo do Acordo que institui a Organização Mundial do Comércio vemos:

«Reconhecendo que as suas relações no domínio comercial e econômico deveriam ser orientadas tendo em vista a melhoria dos níveis de vida, a realização do pleno emprego e um aumento acentuado e constante dos rendimentos reais e da procura efetiva, bem como o desenvolvimento da produção e do comércio de mercadorias e serviços, permitindo simultaneamente otimizar a utilização dos recursos mundiais em consonância com o objetivo de um desenvolvimento sustentável que procure proteger e preservar o ambiente e aperfeiçoar os meios para atingir esses objetivos de um modo compatível com as respectivas necessidades e preocupações a diferentes níveis de desenvolvimento econômico,»

O meio ambiente aparece em vários acordos econômicos. O ponto central da regulação jurídica ambiental encontra-se no texto do próprio GATT, que prevê restrições comerciais em função de critérios ambientais. O artigo XX dispõe que qualquer Estado pode criar restrições comerciais em favor da proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais ou à preservação da vida dos vegetais, assim como em temas relacionados à conservação dos recursos naturais esgotáveis. Estas medidas, contudo, são sempre alvo

de uma análise intensa, com alto rigor jurídico, que procura identificar se a razão da medida restritiva é um disfarce para uma medida comercial que não precisaria ser aplicada. No texto do GATT, temos:

“Artigo XX – Exceções gerais. Sob reserva que estas medidas não sejam aplicadas de modo a constituírem um meio de discriminação arbitrário ou injustificável entre os países onde as mesmas condições existem, ou ainda uma restrição disfarçada ao comércio internacional, nenhum ponto do presente Acordo será interpretado para impedir a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante das medidas (...)

b) necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais ou à preservação dos vegetais (...)

g) relacionando-se a conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas são aplicadas conjuntamente com as restrições à produção ou ao consumo nacional”;

A imprecisão das expressões utilizadas deixa uma margem de manobra considerável aos intérpretes do Acordo Geral, a exemplo do Órgão de Solução de Controvérsias. Embora a análise das expressões tenha sido aplicada somente a dois casos concretos, o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC muito contribuiu a consolidação para uma interpretação coerente sobre o tema. Esta interpretação se tornou mais clara a partir dos casos “Normas sobre novos combustíveis e antigos combustíveis” (gasolina⁷), opondo de um lado os Estados Unidos e de outro, o Brasil e a Venezuela, e o caso “Proibição da importação de certos camarões e certos produtos à base de camarão” (camarões), onde os Estados Unidos enfrentavam a Índia, o Paquistão, a Tailândia e a Malásia⁸.

O artigo XX b) exige uma dupla demonstração⁹. Em primeiro lugar, o Estado que deseja praticar uma política de proteção deve provar que a política que ele instaura visa a proteção da saúde, da vida humana ou dos animais, assim como a preservação dos vegetais. É preciso existir um nexo de causalidade entre a medida e o nível de proteção

⁷ WT/DS2/AB/R

⁸ WT/DS58/AB/R

⁹ ROBERT. “L’Affaire des normes américaines relatives a l’essence. Le premier différend commercial environnemental à l’épreuve de la nouvelle procédure de règlement des différends de l’OMC. », *op. cit.*, p.109-110.

desejado. A existência de outras medidas tendo impactos menos importantes sobre o comércio não impede o exame da legitimidade da medida na análise preliminar. A escolha de medidas a tomar faz parte do poder discricionário do Estado, limitado na análise do texto liminar do artigo XX. Os Estados são livres de instituir o nível de proteção interna desejado, e este nível de proteção não pode ser questionado pela OMC¹⁰.

Em seguida, é preciso demonstrar que as medidas tomadas são necessárias para atingir estes objetivos. A expressão *necessárias* obriga uma interpretação mais restritiva da medida. É, portanto, fundamental descobrir se a medida é de fato necessária para a proteção da saúde, demonstrando o elo de causalidade entre a medida e o efeito desejável. A defesa de outras medidas possíveis menos ou não ofensivas ao GATT pode também ser discutida, para se chegar a conclusão do que é necessário ou não a partir do momento em que diferentes alternativas chegam aos mesmos resultados. A medida deve ser possível e disponível.

Ainda que uma medida restritiva mais limitada seja teoricamente possível, os Estados podem contradizê-la, alegando que ela seria nefasta em função das condições concretas para sua implementação em um contexto determinado. É o que tiramos do caso Comunidade Européia – "medidas sobre o amianto e os produtos contendo amianto" (amianto), onde se discutia o controle público sobre a utilização de equipamentos de segurança pelos utilizadores de um tipo de amianto. O Órgão Especial analisou, por exemplo, a capacidade francesa de gerir os riscos, em função do nível de estruturação sindical e de organização social do país, em respostas aos argumentos do Canadá que argüía que a França podia controlar os utilizadores finais dos produtos nocivos à saúde. Neste caso, o Órgão de Apelações concluiu pela impossibilidade de controlar todos os utilizadores finais, ainda que o mercado consumidor fosse um país desenvolvido, em função da especificidade do produto e de seus consumidores domésticos. A etapa de desenvolvimento e de controle social na qual se encontra o país exerce portanto um papel importante na definição das medidas alternativas possíveis.

¹⁰ O parágrafo 8.171 do processo WT/DS135/R é ilustrativo: "Considerando isso, nós notamos que o grupo especial no processo *Estados Unidos – Combustíveis* precisou também que não teria que apreciar a necessidade do objetivo geral perseguido. Em outras palavras, nós não temos que apreciar nem a escolha da França de proteger a sua população contra certos riscos, nem o nível de proteção da saúde pública que a França deseja atingir. Nós devemos sobre este ponto simplesmente determinar se a política da França com o objetivo de proibir a utilização de amianto crisólito entra na categoria de políticas destinadas a proteger a saúde e a vida das pessoas".

A determinação da periculosidade dos produtos é feita necessariamente na análise do artigo XX b) e não pode ser examinada em outra parte do acordo. No caso amianto¹¹, citado acima, o Grupo especial se perguntou se a análise da similaridade entre diferentes produtos, fundada sob o critério de periculosidade, devia ser feita no âmbito do artigo III, ou no quadro do artigo XX. O Órgão de Solução de Controvérsias concluiu em favor de uma dupla análise, primeiro geral, pelo artigo III, em seguida sob a ótica da exceção, conforme o artigo XX b), para não esvaziar o artigo do seu conteúdo.

O artigo XX b) não permite inversão do ônus da prova para demonstrar a necessidade da medida. O Estado pode pedir o direito de provar que a medida não é necessária, devendo a outra parte provar em seguida a sua necessidade e oportunidade, mas apenas depois da primeira demonstração. Depois da apresentação de provas sobre a necessidade da medida, o Órgão de Solução de Controvérsias deve julgar quais são os argumentos e os dados científicos mais satisfatórios¹².

A alínea XX g) (“relacionando-se a conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas são aplicadas conjuntamente com as restrições à produção ou ao consumo nacional”); também contém diversos elementos interessantes. “Relacionado” é uma expressão ampla. Sua interpretação, no entanto, não deve ser tão ampla, mas limitada em função do objeto e dos objetivos do acordo geral; em particular os artigos I, III, e XI devem estar de acordo com o previsto pela Convenção de Viena para a interpretação dos tratados¹³. Segundo o Órgão de Apelações: “Ao mesmo tempo, o artigo XX g) e a parte da frase ‘relacionando a conservação dos recursos naturais esgotáveis’ devem ser lidos no seu contexto e de modo a dar efeito aos objetos e objetivos do Acordo Geral”¹⁴.

A medida deve ter uma relação com a conservação dos recursos naturais esgotáveis. Isso não significa que esta medida tem menos impactos sobre o meio ambiente, mas que ela deve ser útil à conservação destes recursos. Deve também estar inserida na margem discricionária do poder público nacional. É preciso demonstrar o

¹¹ WT/DS135/R

¹² Ver WT/DS135/R, parágrafo 8.39

¹³ A propósito da rejeição de não isolamento do OSC em relação as outras normas de direito internacional, ver RUIZ FABRI, H. Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit. In : Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20eme siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Paris : Litec, 2000, p. 328.

¹⁴ WT/DS2/AB/R

nexo de causalidade entre a medida em questão e o objetivo “conservação”. A demonstração do nexo de causalidade dá legitimidade à medida.

A definição de esgotáveis também foi objeto de discussões. No caso camarões, a Índia, o Paquistão e a Tailândia defenderam que os únicos recursos realmente esgotáveis eram os “não-vivos”, como os minerais, por exemplo. Estes países utilizavam como argumento o fato dos organismos vivos poderem se reproduzir e, portanto, não eram esgotáveis. Além disso, também evocavam as discussões anteriores a formação do artigo XX g), para praticar a hermenêutica histórica. Nas discussões para a formação do acordo geral, o artigo XX g) se referia aos recursos minerais, sobretudo o manganês. O Órgão de Apelações não aceitou a argumentação e a posição ambiental prevaleceu. Assim, o Órgão de Apelações evocou a Agenda 21, a Convenção da Diversidade Biológica e outros documentos de direito internacional do meio ambiente para afirmar que os recursos biológicos são esgotáveis e que a expressão poderia ser utilizada no seu sentido ambiental¹⁵. A posição do Órgão de Apelações merece citação:

“128. Nós não estamos convencidos com estes argumentos. Se considerarmos seu texto, o artigo XX g) não se limita à conservação dos recursos naturais ‘minerais’ ou ‘não vivos’. O principal argumento das partes autoras se fundamenta na idéia que os recursos naturais ‘biológicos’ são ‘renováveis’ e não podem portanto ser recursos naturais ‘esgotáveis’. Nós não acreditamos que os recursos naturais ‘esgotáveis’ e ‘renováveis’ se excluem mutuamente. A biologia moderna nos ensina que as espécies vivas, ainda que elas sejam em princípios capazes de se reproduzirem e sejam portam ‘renováveis’, podem em certas circunstâncias se tornarem raras, se esgotar ou desaparecer, ainda que freqüentemente isso aconteça em decorrência das atividades humanas. Os recursos biológicos são assim tão ‘limitados’ quanto o petróleo, o minério de ferro e todos os outros recursos não biológicos”

A questão foi também levantada nas discussões sobre a classificação do ar como um recurso esgotável, no caso Combustíveis. Uma vez que os Estados Unidos alegou que o ar era um recurso esgotável e não houve nenhuma argumentação contrária do Brasil e

¹⁵ WT/DS58/AB/R, parágrafos 126 à 134

da Venezuela, partes adversas, o OSC o considerou como tal. Assim, a interpretação de “esgotável” é a mesma utilizada no direito ambiental, que compreende tanto os bens minerais, os seres vivos ou os outros recursos indispensáveis à manutenção da vida no planeta, como o ar ou a água.

A expressão “se tais medidas são aplicadas conjuntamente com restrições a produção ou ao consumo nacional” também é primordial. Não apenas uma medida equivalente deve ser aplicada aos produtores nacionais, mas os produtores estrangeiros devem dispor do mesmo leque de opções que são oferecidos aos nacionais. O que torna a medida ilícita não é apenas a ausência de uma regra equivalente no cenário nacional, mas é a não disponibilização da mesma quantidade de escolhas. Esta expressão impõe “uma obrigação de imparcialidade na imposição de restrições”¹⁶.

Após verificar a conformidade das alíneas do artigo XX, é preciso verificar seu caput. O artigo XX do acordo geral anuncia que:

“Artigo XX – Exceções gerais. Sob reserva que estas medidas não seja aplicadas de modo a constituírem tanto um meio de discriminação arbitrário ou injustificável entre os países onde as mesmas condições existem quanto uma restrição disfarçada ao comércio internacional, nenhum ponto do presente Acordo será interpretado como impedindo a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante das medidas (...)

O texto é ambíguo. De fato, três condições devem se reunir e estas três análises são realizadas de modo paralelo, o que quer dizer que as três têm uma relação estreita entre elas¹⁷. Elas estão também inseridas na análise sistêmica do acordo geral,

¹⁶ WT/DS2/AB/R, p.23. Ver também CANAL-FORGUES. “La procédure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce. », TIOZZO, C., MOREY, B. “La résolution du conflit de la banane opposant les Etats-Unis à la Communauté Européenne par l'OMC. Les guerres des bananes : suite et fin? “ *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1999, (429).

¹⁷ “As expressões ‘discriminação arbitrária’, ‘discriminação injustificável’ e ‘restrição ’maquiada’ ao comércio internacional podem ser então lidas paralelamente; cada uma influencia o sentido das outras. É claro para nós que a ‘restrição ’ compreende a ‘discriminação maquiada’ no comércio internacional. É igualmente claro que uma restrição ou uma discriminação *escondida* ou *não anunciada* no comércio internacional não esgota o sentido da expressão ‘restrição maquiada’. Nós estimamos que a ‘restrição maquiada’, sejam quais forem os outros elementos que eles compreendam, podem ser interpretados corretamente como englobando as restrições que equivalem a uma discriminação arbitrária ou injustificável

considerando os princípios da “nação mais favorecida” e, sobretudo, o “tratamento nacional”. Esta análise sistêmica deve observar sobretudo o caráter abusivo, que é determinado em relação às exceções previstas no artigo XX, e não se referir ao conjunto de acordos propriamente dito. Se o abuso fosse analisado em função do conjunto de acordos, seria difícil se concluir favorável a qualquer das exceções previstas. Em outras palavras, autoriza-se exceções às regras do comércio internacional e se verifica se o Estado utiliza estas exceções para chegar aos objetivos previstos pelas mesmas ou para maquiagem uma barreira ao comércio internacional. A análise se fundamenta, então, sobre:

- a) uma “discriminação arbitrária” (entre os países onde as mesmas condições existem);
- b) uma “discriminação injustificável” (entre dois países onde as mesmas condições existem)
- c) uma “restrição disfarçada ao comércio internacional”;

A comparação entre os países considera tanto os países exportadores quanto os países importadores. É importante saber se as mesmas condições existem, se quisermos evitar anular as vantagens naturais de certos países. Por exemplo: se um Estado exige dos seus nacionais a utilização de um filtro para evitar a poluição por calcário, em função do excesso de calcário na água do seu país, não seria justo que este mesmo Estado exigisse de outros países, que não têm o mesmo problema de excesso de calcário na água, adotar os mesmos equipamentos. A ausência de calcário na água é uma vantagem natural que não pode ser suprimida pelas normas comerciais. O caso Combustíveis que opunha os Estados Unidos ao Brasil e à Venezuela, sobre a proteção do ar, é um exemplo. Os Estados Unidos tinham promulgado uma legislação pela qual as indústrias nacionais estavam obrigadas a reduzir o nível de poluição causado pela gasolina, de modo a reduzir estes níveis aos índices de 1990. As indústrias estrangeiras eram submetidas às mesmas regras. Não havia especificidades, como os diferentes índices atribuídos às grandes cidades ou regiões, ou os instrumentos de base utilizados para o controle da indústria

ao comércio internacional e têm a aparência de uma medida que responde por sua forma às condições prescritas em uma das exceções enumeradas no artigo XX. Em outras palavras, os tipos de considerações pertinentes para se pronunciar sobre a questão de saber se a aplicação de uma medida particular equivale a uma ‘discriminação arbitrária ou injustificável’ podem também ser levadas em consideração para determinar a presença de uma ‘restrição maquiada’ ao comércio internacional”, *in* WT/DS2/AB/R, p.28.

nacional, enquanto que estes instrumentos não estavam disponíveis na indústria estrangeira, mas, grosso modo, a questão chave, evidenciada pelo órgão de apelações era que as indústrias norte-americanas dispunham de três opções para estarem de acordo com a legislação, enquanto que as indústrias estrangeiras tinham apenas uma opção.

O ar foi classificado como um recurso esgotável. A primeira análise foi portanto positiva. Esta medida era também necessária, pois o nexo causal entre a produção da gasolina menos poluente e uma melhor qualidade do ar estava bem demonstrada. Mas mesmo assim a medida foi considerada discriminatória, porque as indústrias estrangeiras não dispunham das mesmas opções ou ao menos de alternativas equivalentes àquelas acordadas às indústrias nacionais. Os Estados Unidos argumentavam que não era possível conceder as mesmas opções aos estrangeiros, em função na inexistência de instrumentos de controle no caso concreto, o que não foi considerado como suficiente pelo OSC. Segundo o OSC, os Estados Unidos tinham a obrigação de encontrar com os outros países exportadores uma solução negociada e para dar escolhas equivalentes às indústrias estrangeiras.

A análise da ilegalidade da medida não está na hierarquização comércio – meio ambiente ou na recusa em considerar o meio ambiente como um bem juridicamente protegido. Ela se apóia, de fato, na ausência de iniciativas para permitir às indústrias do país em desenvolvimento para se adaptarem às novas regras ambientais. Esta ausência de negociações e da disponibilização de escolhas pelos Estados Unidos foi considerada como uma restrição unilateral, com o objetivo de favorecer suas próprias indústrias utilizando o meio ambiente como desculpa.

Além da justificativa de uma verdadeira proteção ambiental, a Organização Mundial do Comércio exige ainda que exista negociação entre as partes antes de se aplicar uma sanção. Em outras palavras, ainda que se queira defender o meio ambiente, percebemos o respeito às convenções quadro dos anos noventa, todas afirmando o dever de negociar, especialmente se há a presença de países em desenvolvimento, antes de aplicar sanções pelo não respeito à proteção ambiental.

O caso Estados Unidos – proibição da importação de certos camarões e certos produtos a base de camarão¹⁸, que opunha os Estados Unidos à Índia, ao Paquistão, à

¹⁸ WT/DS58/AB/R

Tailândia e à Malásia é um exemplo representativo da posição do Órgão de Solução de Controvérsias. Grosso modo, os Estados Unidos impuseram tanto aos pescadores americanos quanto aos pescadores estrangeiros, a utilização de mecanismos de pesca para diminuir a captura de tartarugas marinhas, durante a pesca aos camarões. A indústria americana foi submetida dois anos antes às mesmas regras das indústrias estrangeira. O navios pesqueiros eram obrigados a utilizar um dispositivo que permitia que as tartarugas marinhas escapassem, aprovados pelo governo americano, ou de reduzir o tempo de espera nas zonas onde a mortandade de tartarugas era elevada¹⁹.

As tartarugas foram consideradas como um recurso esgotável. A decisão é rica em citações de textos ambientais, como a Convenção da diversidade biológica, a Agenda 21, a Convenção internacional sobre o comércio de espécies ameaçadas de extinção (CITES), entre outras referências importantes. O nexo de causalidade entre as medidas e a redução da mortalidade de espécies também foi bem demonstrada. As mesmas medidas foram impostas aos nacionais e aos estrangeiros. Desta vez, a situação fática se enquadrava perfeitamente na análise alínea g). Portanto, o Órgão de Apelações considerou a medida inserida na alínea g) do artigo XX.

Existiam dois problemas. Em primeiro lugar, a certificação era feita por país e não por barco ou por empresa de pesca. Mesmo se alguns pescadores utilizavam os instrumentos de pesca exigidos pelas autoridades norte-americanas, nas águas de um país não-certificado, a importação do seus produtos era proibida nos Estados Unidos. O ideal teria sido a criação de uma certificação por pescador, mas isso não era um medida considerada possível pelas autoridades americanas. Além do mais, os Estados Unidos tentaram erigir uma legislação visando impor a particulares de um outro país de adotar suas próprias normas para atingir um objetivo dos Estados Unidos, sem considerar as condições locais, existentes nos territórios dos outros membros, como por exemplo, a própria existência de tartarugas marinhas nas águas do país em questão, ou as possibilidades financeiras dos pescadores dos países em desenvolvimento para

¹⁹ WT/DS58/AB/R, parágrafo 2 e a nota “52 Fed. Reg.24244, 29 juin 1987 (os “regulamentos de 1987”). Cinco espécies de tartarugas marinhas eram tratadas por estes regulamentos: a caouanne (*Caretta caretta*), a tartaruga bastarda (*Lepidochelys kempfi*), a tartaruga verde (*Chelonia mydas*), a tartaruga luth (*Dermochelys coriacea*) e a caret (*Eretmochelys imbricata*).“

adquirirem os equipamentos exigidos. A medida se apresentava, então, como discriminatória e ilegal, por sua extraterritorialidade.

Sem considerar a extraterritorialidade, o principal fundamento para a consideração da ilegalidade da medida norte-americana foi o fato da ausência de negociação anterior com os países exportadores de camarões. Em virtude das suas condições sociais, os pescadores destes países não teriam recursos para adquirir os equipamentos exigidos, sem qualquer ajuda pública, preferencialmente norte-americana. Justamente pela falta de apoio a medida foi considerada ilegal. Foi apenas alguns anos após, com a intensificação das negociações, que a medida foi aceita, em novo julgamento pela OMC.

Assim, podemos perceber que a Organização Mundial do Comércio não ignora a proteção ambiental. Pelo contrário, ela é um dos elementos principais dos seus acordos, e existem regras precisas para o tratamento de questões que envolvem matérias ambientais. As principais críticas no entanto se referem aos possíveis conflitos entre as normas ambientais e as normas econômicas.

3. Direito internacional ambiental e possíveis conflitos entre os dois ramos do direito

O direito internacional ambiental, ao contrário do econômico é caracterizado por uma miríade de normas não uniformes em proteção do meio ambiente. Trata-se de um ramo de direito que se fundiu com o direito do desenvolvimento após a Conferência de Estocolmo, em 1972, e desde então sempre está acompanhado por regras ligadas a transferência de tecnologia, de recursos financeiros e serve para a redução das desigualdades Norte-Sul.

Ao contrário do direito econômico, o direito ambiental é marcado por regras de cunho social, sem considerar a igualdade econômica dos atores. Esta lógica meio-ambiente-desenvolvimento, dando subsídio para o desenvolvimento sustentável, foi particularmente aprimorada com a série de Convenções-Quadro que surgiram após os anos noventa, resultantes das Conferências do Rio, de Istambul, do Cairo, de Beijing, e de Compenhagen.

Também não é centralizado em um única organização internacional, como vemos com a Organização Mundial do Comércio. No caso ambiental, todos tratam da proteção da natureza, como a UNESCO (a exemplo do Programa Homem e Biosfera), a FAO, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, o Banco Mundial, a OCDE, além dos secretariados das convenções, que também são organizações internacionais em muitos casos, a exemplo da CITES, da RAMSAR, da HABITAT, da diversidade biológica, da UNCLOS, entre tantos outros e a própria Organização Mundial do Comércio.

O número de tratados internacionais firmados em proteção do meio ambiente é impressionante, de 1960 até hoje, foram criados mais de 30.000 dispositivos jurídicos sobre o meio ambiente, entre os quais 300 tratados multilaterais, 900 acordos bilaterais, tratando da conservação e ainda mais de 200 textos oriundos das organizações internacionais²⁰.

Os principais conflitos existentes entre o direito internacional econômico e o ambiental referem-se a tratados ambientais específicos contra a própria lógica de sustentação do direito econômico. A aplicação de medidas unilaterais, a extraterritorialidade da aplicação das medidas ou o fato de atingir Estados não membros de um tratado, a designação de certos produtos como não-comercializáveis, a proibição ou discriminação de certos métodos de produção, a diferenciação de certos produtos quimicamente equivalentes, a obrigação de cooperar e a determinação de qual o foro competente para a solução de controvérsias estão entre os pontos onde os conflitos são mais marcantes.

a) Medidas unilaterais de sanção

Certos tratados ambientais induzem à aplicação de medidas unilaterais de sanção sem negociação prévia com as outras partes. A Convenção sobre o comércio internacional de espécies de fauna e de flora selvagens ameaçadas de extinção, a Convenção de 1940 sobre a proteção da natureza e a preservação da vida selvagem no hemisfério ocidental, a Convenção de 1950 sobre a proteção dos pássaros, o acordo sobre os ursos polares, de 1973, a Convenção de 1989 sobre a proibição da pesca com redes no

²⁰ KISS, A., Ed. Le droit international de l'environnement. Paris, 1992, p. 28 e 46.

Pacífico Sul, o Protocolo de Montreal, e a Convenção da Basileia sobre o controle dos movimentos transfronteiriços de dejetos perigosos e a sua eliminação são alguns exemplos de convenções que exigem medidas de sanção unilaterais.

No entanto, como vimos acima, um dos princípios basilares do direito internacional econômico é a não aplicação de sanções unilaterais. É preciso tentar negociar com o Estado infrator antes de lhe sancionar. Se possível, quando se tratar de um conflito entre um país desenvolvido e um país em desenvolvimento, o país desenvolvido deve ajudar aquele que está ferindo o tratado a encontrar soluções possíveis com base nas suas condições econômicas reais.

b) A extraterritorialidade das medidas ou sua aplicação a Estados não-contratantes

Certos tratados ambientais, como o de proteção das baleias, golfinhos e tartarugas permitem atingir Estados que não ratificaram o tratado. Durante os anos noventa, principalmente no tocante ao tratado sobre a proibição da pesca de baleias, os Estados Unidos realizaram uma série de operações de vigilância contra os navios baleeiros de outros países – que não havia ratificado o tratado – em águas internacionais. As pressões das organizações não-governamentais norte-americanas chegou a ganhar em justiça o dever do presidente dos Estados Unidos sancionar comercialmente o Japão pela pesca irregular²¹.

A Organização Mundial do Comércio também não aceita atingir Estados que não ratificaram um tratado, em respeito ao soberania nacional. Medidas de extraterritorialidade, mesmo em defesa do ambiente já foram consideradas ilegais pela OMC.

Tomemos como exemplo hipotético, para ajudar na compreensão. No caso da Convenção da Basileia²², imaginemos que os Estados Unidos queiram exportar rejeitos regulamentados no âmbito desta convenção para o território de uma das 148 partes da

²¹ Ver *Japan Whaling Assn. v. American Cetacean Soc.* Courte de apelação do Distrito de Columbia - Circuito No. 85-954. Julgado em 30 de junho de 1986.

²² SANDS, P. Sustainable development : treaty, custom and the cross-fertilization of international law. In Alan Boyle. *International law and sustainable development. Past achievements and future challenges.* Oxford, New York, New Delhi, Oxford University, 1999, p. 58-59. LANG. “ Les mesures commerciales au service de la protection de l'environnement. » , p. 555 et ss. SAMPSON, G. P., CHAMBERS, W. B., Eds. *Trade, environment, and the Millennium.* Hong Kong, United Nations University, 1999. ANSARI, A. H. “ Free trade law and environmental law : congruity or conflict? “ *Indian journal of international law*, 2001, 41(1).

Convenção²³, por exemplo a França. Os Estados Unidos não ratificaram a convenção e, portanto, ela não poderia ser alegada em um caso contra este país. Todavia o artigo 4 (5) da Convenção da Basileia proíbe a exportação ou importação de rejeitos quando o Estado interessado não ratificou a convenção. Assim, para atender à Convenção da Basileia, a França deve proibir toda e qualquer importação de rejeitos originários dos Estados Unidos. Os Estados Unidos poderiam então pedir ao Órgão de Solução de Controvérsias para se pronunciar sobre a proibição francesa. A Convenção de Basileia é uma norma mais antiga que as normas comerciais da OMC, mas também é mais específica. Uma interpretação conjunta exigiria a harmonização do artigo XX do GATT com o texto da Convenção da Basileia.

Em primeiro lugar, seria necess[ario saber se a medida tinha sido adotada no ambito de uma das exceções comerciais previstas pelas alíneas do artigo XX. A preservação da natureza e da saúde (b²⁴) poderia ser então evocada, considerando os objetivos da Convenção da Basileia e seu caráter de reconhecida utilidade, de acordo com os fins da alínea b. Em seguida, seria preciso passar para a análise do caput do artigo XX, e então demonstrar que a medida não consitui um meio de discriminação arbitrário ou injustificável entre países onde existem as mesmas condições ou uma restrição maqueada ao comércio internacional.

A França não disporia de instrumentos para justificar que a medida fosse aplicada aos Estados Unidos, sem que o fosse igualmente aos outros 147 países, apenas porque os Estados Unidos não fazem parte de uma convenção ambiental. A medida poderia seria então considerada como uma discriminação arbitrária e o artigo 4(5) da Convenção da Basileia perderia sua razão de ser.

²³ Dados de novembro de 2001.

²⁴ “ b) necessários à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais ou da preservação dos vegetais;”

A única solução seria que o OSC considerasse a Convenção da Basiléia como um instrumento aplicável em um caso comercial e o integrasse ao direito da OMC. Neste caso, ele poderia considerar que o fato de não ter ratificado a Convenção da Basiléia é uma situação que diferencia os Estados Unidos dos outros países e que, portanto, as condições existentes no dois grupos de são diferentes e justificam a medida ambiental. A outra solução consistiria em reconhecer o acordo ambiental como um acordo mais específico aplicável ao caso concreto, em detrimento das normas comerciais.

c) A designação de certos produtos não-comerciais

Permitido por certos acordos ambientais, mas proibido pela OMC, a proibição de comercializar certos produtos é comum em direito internacional ambiental. A CITES prevê condições estritas regulamentando a exportação ou importação das espécies ameaçadas de extinção, subordinando seu comércio a uma série de exigências que normalmente são contrárias à liberdade comercial. O comércio destas espécies exige estudos de impacto, condições especiais de transporte, parecer de técnicos e a utilização do princípio da precaução. As partes são incitadas a tomar medidas de retorsão contra os Estados que não estão de acordos com as normas da convenção, como por exemplo o confisco das espécies comercializadas. Nos últimos quinze anos, o Comitê da CITES recomendou de forma não obrigatória a suspensão do comércio com El Salvador, Itália, Grécia, Granada, Guiana, Senegal e Tailândia. Ele também determinou que controles rigorosos fossem feitos para as exportações da Bolívia.

O protocolo de Montreal exige também que as partes contratantes tentem impedir todo comércio de substâncias controladas por seus anexos, ainda que estes produtos venham de um Estado que não é parte do tratado²⁵. Os Estados são assim encorajados a tomar medidas para impedir o comércio destas substâncias e para fornecer a tecnologia necessária a sua fabricação a Estados que não são signatários. Certos Estados já foram alvo destas sanções comerciais, como a Rússia e a Ucrânia²⁶. Outras convenções também prevêem sanções comerciais, como a Convenção sobre a proteção da natureza e a preservação da vida selvagem no hemisfério ocidental, de 1940, a Convenção sobre a proteção dos passáros, de 1950²⁷, o Acordo sobre os ursos polares, de 1973, a Convenção sobre a conservação do Pacífico norte e das peles de focas, de 1976.

A Convenção sobre a proteção dos ursos polares, de 1973, proíbe qualquer comercialização de ursos polares, ou de parte ou ainda de um produto obtido com a violação das disposições da Convenção²⁸, não importando se o país faz ou não parte da convenção. A captura dos ursos somente pode ocorrer quando houver uma causa legítima, como a pesquisa científica, a conservação, a prevenção contra a destruição do meio ambiente ou a captura tradicional, realizada por populações autóctones.

O direito internacional econômico não proíbe o comércio de produtos específicos. Uma proibição desta natureza poderia ser justificada pelo artigo XX, estudado acima, mas não necessariamente seria aceito.

d) A proibição ou discriminação de certos métodos de produção

²⁵ LANG, W. " Les mesures commerciales au service de la protection de l'environnement." Revue Générale de Droit International Public, 1995, **99**(3), p. 555.

²⁶ CTE. Dispositions des accords de l'OMC et des accords environnementaux multilatéraux relatives au respect des obligations et au règlement des différends, p.12.

²⁷ Atualmente, os objetos destas duas últimas convenções são tratadas pela CITES, que prevê também sanções comerciais.

²⁸ Ver artigo V.

A Convenção sobre a proibição da pesca aos métodos de pesca de grande imersão no Pacífico Sul, de 1989²⁹, autoriza os Estados partes de proibir a importação de pescados com a utilização destes filets maillants. Ela impõe então um método de pesca a todos os países, tanto os contratantes da convenção, sem prever um prazo de negociação mínimo ou de diferenças entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos³⁰.

A Convenção de Basiléia³¹ sobre o controle do transporte de resíduos perigosos e sua eliminação proíbe a exportação destes resíduos a outros Estados que não são partes da Convenção. Ela define as condições de transporte, com a colocação de etiquetas e imposição de restrições comerciais aos Estados que não dispõem de recursos técnicos ou de instalações que permitam garantir uma margem de segurança necessária para a implementação da convenção internacional.

A fixação de critérios sobre os processos de produção nos tratados ambientais é também um elemento corriqueiro³². A Convenção internacional para a prevenção da poluição por petróleo³³ estabelece critérios para a fabricação de compartimentos de estocagem de petróleo, com outros dispositivos específicos para o transporte, afim de evitar acidentes. Todas as partes são obrigadas a seguir estes parametros de estocagem, e para que isso seja cumprido, prevê-se um controle público dos transportadores.

e) A diferenciação de produtos quimicamente equivalentes

²⁹ Entrou em vigor em 17 de maio de 1991.

³⁰ Ver artigo 3(2)

³¹ Artigo 4 (5)

³² MALJEAN-DUBOIS, S. “ Biodiversité, biotechnologies, biosécurité : le droit international désarticulé. “ Journal du droit international, 2000, **127**(4), p. 976.

³³ Ver anexo 1

Certos tratados internacionais como o Protocolo de Cartagena sobre organismos geneticamente modificados prevê que produtos ainda que quimicamente equivalentes tenham rótulos, que os discriminam face a outros produtos que foram fabricados por um processo de produção distinto. O conceito de equivalência na Organização Mundial do Comércio é muito flexível e é determinado em função da utilização final do produto. Seguindo a lógica dos julgamentos anteriores, como o caso *Japão – bebidas alcólicas*, dificilmente os produtos não geneticamente modificados seriam considerados distintos dos produtos geneticamente modificados. Assim, a OMC não admitiria tais rótulos ou qualquer outra discriminação proposta pelo Protocolo de Cartagena.

f) A determinação do foro competente

Existem diversos tribunais internacionais e mecanismos de solução de controvérsias criados no âmbito de tratados ambientais. A OMC possui um órgão de solução de controvérsias que opera como verdadeira corte internacional, em função do alto grau de jurisdicionalidade. Em sete anos, mais de duzentos e cinquenta processos foram impetrados, mais do que a Corte Internacional de Justiça nos seus quase cinquenta anos de existência.

A Convenção da Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e de sua eliminação, a Convenção sobre as mudanças climáticas, a Convenção de Roterdã sobre o procedimento de consentimento prévio em conhecimento de causa aplicável a certos produtos químicos e pesticidas perigosos que são alvo de um comércio internacional e a Convenção de Montego Bay, sobre o direito do mar possuem mecanismos próprios de solução de conflitos ou remetem a competência para a Corte Internacional de Justiça.

Houve um caso concreto entre o Chile e a União Européia sobre a pesca do peixe espada. O processo foi iniciado tanto na Organização Mundial do Comércio como no Tribunal Internacional de Direito do Mar. Não houve julgamento em nenhum dos tribunais, havendo acordo entre as partes. Em todo caso, se houvesse sentenças antagônicas, não seria possível identificar qual aplicar, em função da existência de foruns autônomos e não interligados de solução de litígios.

Neste caso, não há critério jurídico para estabelecer qual o foro competente. Enfim, como em todos os casos acima a questão é resolvida por critérios menos jurídicos do que se esperava.

4. Soluções possíveis e desejadas

Infelizmente, nestes casos, a solução não é feita pelo ramo de direito mais forte. O direito internacional ambiental não possui instrumentos de cogência que lhe façam competir com o direito internacional econômico. A Organização Mundial do Comércio é mais forte e assim dá mais força ao direito internacional econômico praticamente anulando toda e qualquer disposição em contrário.

Isso não significa que o direito internacional econômico simplesmente ignore o direito ambiental. A análise dos casos julgados demonstra que se tenta integrar as normas ambientais às decisões do órgão de solução de controvérsias da OMC e mesmo as decisões aparentemente contrárias aos tratados internacionais ambientais são fundamentadas em outros tratados ambientais. No entanto, esta flexibilidade cessa face ao ataque dos princípios basilares do direito internacional econômico.

Para se chegar a uma solução mais adequada seria importante uma maior sensibilização da OMC para as questões ambientais. Certos temas, como biossegurança não podem ser julgados exclusivamente sob a ótica comercial internacional e critérios de sensibilidade pública devem ser adicionados para que a legitimidade adquirida pela OMC possa se manter. Importa ressaltar que os mesmos países que negociaram a maioria dos acordos ambientais estão presentes na OMC. Logo, não haveria razão para a fixação de quadros jurídicos tão distintos. A conciliação é portanto possível e desejável.

Outra saída seria a criação de uma verdadeira organização mundial ambiental, uma organização internacional forte, com exclusividade para julgar matérias que atingissem questões ambientais, mas esta saída é distante e sua articulação, ao menos face a realidade atual é quase impossível.