

---

# VARIAÇÕES EM TORNO DA SINCERIDADE DA MOTIVAÇÃO AMBIENTAL NA DISPUTA INTERNACIONAL

**Jean-Marc Sorel**

Professeur de droit public – Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1)  
Email: j-m.sorel@wanadoo.fr

## RESUMO

Sem dúvida, é inútil começar por uma constatação de bom-senso: não existe jurisdição especializada em direito ambiental no direito internacional. A partir de então, ninguém é «especializado» neste domínio, mas, todos o fazem, um pouco, às vezes acidentalmente, e, quase sempre, (para o ORD, sobretudo) uma vez que as questões de confronto entre o direito especializado, atrelado a uma jurisdição e a questões ambientais surgem. Isso resulta notadamente do fato de que nenhuma organização internacional (de onde emergem seguidamente as jurisdições internacionais) existe especificamente no que se refere ao meio ambiente, a despeito de uma antiga proposição francesa que nunca se concretizou. Fica claro o PNUE (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente), (notadamente) no seio das Nações Unidas; porém, trata-se de um órgão subsidiário e não de uma organização plena, além disso, não dotado de uma jurisdição. Isso não impede que a penetração da problemática ambiental como objeto de direito no direito internacional seja real, a tal ponto que os sujeitos de estudos se multipliquem e que se torne doravante raro que um doutorando

não lhe proponha um tema abordando essas questões

**Palabras clave:** meio ambiente; jurisdição internacional.

***VARIATIONS AUTOUR DE LA SINCÉRITÉ DE LA  
MOTIVATION ENVIRONNEMENTALE DANS LE  
CONTENTIEUX INTERNATIONAL***

**RÉSUMÉ**

Sans doute n'est-il pas inutile de commencer par un constat de bon sens: il n'existe pas de juridiction spécialisée en droit de l'environnement en droit international. Dès lors, personne n'est « spécialisé » dans ce domaine, mais tout le monde en fait un peu, parfois incidemment, et souvent (pour l'ORD notamment) parce que des questions de confrontation entre le droit spécialisé imparté à une juridiction et des questions d'environnement surgissent. Ceci résulte notamment du fait qu'aucune organisation internationale (d'où émergent le plus souvent les juridictions internationales) n'existe spécifiquement en matière d'environnement, en dépit d'une vieille proposition française qui n'a jamais abouti. Il reste bien sûr le PNUÉ(notamment) au sein des Nations Unies, mais il s'agit d'un organe subsidiaire et non d'une organisation à part entière, au surplus non doté d'une juridiction. Il n'empêche que la pénétration de la problématique environnementale comme objet de droit en droit international est réelle, à tel point que les sujets d'études se multiplient et qu'il devient désormais rare qu'un doctorant ne vous propose pas un sujet portant sur ces questions

**Mots-clés:** environnement; jurisdição internacional.

O balancete dos principais casos litigiosos em matéria do meio ambiente não é nem negligenciável, nem particularmente significativo. Pode-se avaliar que ele é “honesto”, visto que não se deve jamais esquecer que o inexpressivo número de casos deve ser aferido à norma do número de judiciais, neste caso mais frequente, os Estados. Os casos são conhecidos<sup>1</sup> ao menos pela maior parte, e não se trata aqui de fazer um enésimo comentário, porque todos eles provocaram inúmeros comentários<sup>2</sup> (aqui compreendidos por nós próprios)<sup>3</sup>. Além disso, estes exemplos conhecidos não expressam nenhuma vocação para a exaustividade, e muitos outros poderiam ser citados. Estes casos nos parecem simplesmente emblemáticos, e se trata justamente de extrair daí os pontos que poderiam levar a pensar – ou não

1 Será visto nesta lista (ou, pelo menos, citado) que não há nenhuma vocação em serem exaustivos os casos seguintes (cujas referências não serão lembradas): Arbitragens: Sentença de 11 de março de 1941, *Fundição do Trail* (Estados Unidos x Canadá), (coleção de sentenças arbitrais, vol III, pp. 1905-1982) ; Sentença de 25 de maio de 2005, *Reno de ferro* (Bélgica x Países Baixos). Corte Internacional de Justiça (www.icj-cij.org): acórdão de 25 de setembro de 1997, *caso relativo ao projeto Gabčíkovo-Nagymaros* (Hungria x Eslováquia) ; acórdão de 20 de abril de 2010, *caso relativo às usinas de pasta de papel sobre o rio Uruguai* (Argentina x Uruguai) ; *caso relativo aos espalhamentos aéreos de herbicidas* (Equador x Colômbia), Ordem registrando ata da desistência do Equador, em 13 de setembro de 2013 ; acórdão de 31 de março de 2014, *caça à baleia na Antártica* (Austrália x Japão, Nova Zelândia (interveniante) ; Acordo de 16 de dezembro de 2015, *acordo de certas atividades realizadas pela Nicarágua na região fronteiriça* (Costa Rica x Nicarágua) e caso da *construção de uma rota na Costa Rica ao longo do rio San Juan* (Nicarágua x Costa Rica) (junção de instâncias por uma ordem de 17 de abril de 2013). Tribunal Internacional do Direito do Mar (www.itlos.org) : ordem de 3 de dezembro de 2001, *Usina MOX* (Irlanda x Reino Unido). Ordem de Regulamento de Conflitos (OMC) (www.wto.org): Estados Unidos x Venezuela, 29 de abril de 1996, *normas referentes à nova essência e antiga fórmula* ; Estados Unidos-Índia, Malásia, Paquistão, Tailândia, Relatório de Órgão de Recurso de 6 de novembro de 1998, *proibição da importação de determinados camarões e de certos produtos à base de camarões* ; comunidades europeias – Estados Unidos ; *medidas comunitárias concernentes às carnes e aos produtos carnívoros* (denominadas caso da “carne com hormônios”), Relatório de Órgão de Recurso de 13 de fevereiro de 1998 ; Comunidades europeias – Canadá, *Medidas referentes ao amianto e a produtos que o contém*, Relatório de Órgão de recurso de 12 de março de 2001.

2 Para referências recentes em língua francesa : J-L. Iten, R. Bismuth, C. Crépet Daigremont, G. Le Floch, A. de Nanteuil : *As grandes decisões da jurisprudência internacional*, Dalloz, Paris, 2018. Esta obra comenta as seguintes decisões : Tribunal arbitral, 11 de março de 1941, *Fundição do Trail* (Estados Unidos x Canadá), p. 94 ; Estados Unidos – Venezuela : ORD, 29 de abril de 1996, *normas relativas à nova essência e antiga fórmula*, p. 406 ; CIJ, 25 de setembro de 1997, *caso relativo ao projeto Gabčíkovo – Nagymaros* (Hungria x Eslováquia), p. 441 ; CIJ, 20 de abril de 2010, *caso relativo às usinas de pasta de papel sobre o rio Uruguai* (Argentina x Uruguai), p. 607. Ver também : Ph. Billet, J-M. Février, G. Kalffleche, A. Laget-Annamayer, I. Michallet, E. Naim-Gesbert, J-B, Seube : *Os grandes acórdãos do direito do meio ambiente*, Dalloz, Paris, 2017. Esta obra comenta as seguintes decisões : Tribunal arbitral, 11 de março de 1941, *Fundição do Trail* (Estados Unidos x Canadá), pp. 3-9 (I. Michallet) ; CIJ, 25 de dezembro de 1997, *caso relativo ao projeto Gabčíkovo – Nagymaros* (Hungria x Eslováquia), pp. 287-295 (I Michallet) ; TIDM, 3 de dezembro de 2001, *Usina Mox* (Irlanda x Reino Unido), pp. 342-351 (A. Laget-Annamayer) ; CIJ, 31 de março de 2014, *caça à baleia na Antártica* (Austrália x Japão, Nova Zelândia (interveniante), p. 264-272 (I Michallet). Os comentários (*in fine*) nessas duas obras retornam-se a inúmeras referências bibliográficas.

3 “Crônica da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça”, (com Helene Ruiz Fabri) : *caso relativo ao projeto Gabčíkovo – Nagymaros*, JDI 1998/3, pp. 776-792 ; *caso relativo às usinas de pasta de papel sobre o rio Uruguai* (Ordens indicando medidas conservadoras em 13 de julho de 2006 e 23 de janeiro de 2007), JDI 2007/3, pp. 996-1005.

– que podemos deduzir daí uma forma de penetração da problemática ambiental em direito internacional, ao menos para o contencioso. Por penetração da problemática ambiental, entendemos, no sentido largo, não somente a poluição e o clima, mas, também, a preservação das espécies ou a saúde pública. Haveria, sem dúvida, oportunidade para retomarmos o campo compreendido pelo meio ambiente, mas, este não é nosso propósito.

De maneira pouco anedótica, pode-se, então, remarcar que o primeiro acórdão – cronologicamente – citado na recente obra *Os grandes acórdãos do direito ambiental*, é uma sentença de um tribunal arbitral internacional (11 de março de 1941, *Fundição do Trail* (Estados Unidos x Canadá), o que tenderia a provar que a questão ambiental ocupou muito cedo o centro das preocupações do direito internacional, neste caso, para o problema das poluições transfronteiriças.. A consequência é menos gloriosa, visto que é necessário atender ao caso nomeado *Barragem*, de 1997, para reencontrar uma decisão importante neste âmbito. E, para este último caso, como para os outros, precisa-se, como sempre, ler entre linhas os Estados : tratar-se-ia verdadeiramente de preocupações ambientais, ou seria um pretexto para alcançar uma jurisdição sobre as disputas mais vastas entre dois Estados? A este respeito, o balancete não é forçosamente positivo para a tomada de consciência das questões ambientais, porém, inversamente, nem tudo parece negativo. Precisa-se, simplesmente, pesar a lacuna possível entre a razão real da referência de uma jurisdição internacional e a maneira pela qual esta respondeu ao que poderia, às vezes, aparecer como um “pretexto”, e, então, o alcance da decisão em matéria ambiental, que seja a razão inicial do recurso. Neste contexto, a pausa não é clara e se trata, sobretudo, de uma forma de gradação do puro pretexto para a sinceridade do recurso em matéria ambiental, tanto quanto a decisão pode aparecer tímida neste domínio ou, ao contrário, se revelar um verdadeiro avanço no quesito ambiental. Estamos em pleno exercício da “política jurídica exterior”, no sentido dado por Guy de Lacharrière a este conceito<sup>4</sup>, a saber, como os Estados (e, hoje, a União europeia) se utilizam do direito como elemento de política exterior. Ele constatou, então (e esta constatação é sempre atual) uma gradação que vai da sinceridade à manobra. Pareceu, portanto, que o anglo da sinceridade (ele próprio julgado de maneira subjetiva) na motivação dos Estados, revelaria o grau de penetração da problemática ambiental alcançado pelos Estados, no quadro do litígio internacional. Esta

4 Guy de Lacharrière : *A política jurídica exterior, Economica, Paris, 1983, 236 p.*

sinceridade dentro da motivação vale para os requerentes, os réus, mas, também, para os juízes, na motivação dos seus acórdãos<sup>5</sup>. Claramente, este ângulo é parcial, e não saberia implicar uma constatação geral.

Do meio ambiente como pretexto (I) aos pretextos que levam ao meio ambiente (II), o espectro é amplo e, sobretudo, apela a uma gradação que não é minimamente redutível a uma clara categorização. No final das contas, a esperança renasce, porque encontramos também os casos que partem do meio ambiente para culminar no meio ambiente (III).

## 1 O MEIO AMBIENTE COMO PRETEXTO

Trata-se de lembrar alguns casos classificados como referentes ao meio ambiente, dos quais se pode duvidar, seja por terem sido introduzidos para essa nobre causa, seja por terem alcançado um real avanço em matéria de meio ambiente. Nesta categoria, se situam os casos das *usinas de pasta de papel sobre o rio Uruguai*, da *usina MOX*, o *caso concernente à essência nova e antigas fórmulas*, e o *caso da proibição à importação de determinados camarões e de certos produtos à base de camarões*. O inventário avaliou se tais casos realmente se referiam ao meio ambiente, visto que estes quatro casos foram julgados por jurisdições diferentes. Para os dois primeiros casos, constata-se a predominância dos aspectos processuais efetivamente (A) enquanto para os dois últimos, a disputa comercial primordial é levemente mascarada por considerações ambientais (B).

### 1.1 A predominância dos aspectos processuais sobre o assunto

Distinguiram-se dois casos que levam em consideração o meio ambiente: o *caso das usinas de pasta de papel (celulose) sobre o rio Uruguai* e o caso da *Usina MOX*. Em si mesmos, estes dois casos apresentam circunstâncias diferentes uma da outra, quando não afetam, cada um, dois Estados que, por razões históricas, raramente se entendem, e, além disso, levando em consideração que elas consistem em duas usinas vistas como poluentes. Uma rápida lembrança dos fatos nos permitirá

<sup>5</sup> Ver nosso estudo : “A motivação dos atos em direito internacional” (pp. 195-205) e “A motivação dos atos das jurisdições internacionais” (pp. 255-261), em : *A motivação em direito público*, sob a direção de Sylvie Caudal, Dalloz, Dalloz, coleção “Temas e Comentários”, Paris, 2013.

compreender melhor.

Para *os negócios das usinas de pasta de papel (celulose) sobre o rio Uruguai*, foi em 4 de maio de 2006 que a Argentina interpôs recurso introdutivo de instância contra o Uruguai, a respeito de possíveis violações pelo Uruguai de obrigações decorrentes do estatuto do rio Uruguai, tratado assinado entre os dois Estados em 26 de fevereiro de 1975, com a finalidade de estabelecer mecanismos comuns necessários à utilização racional e ideal da parte do rio que constitui sua fronteira comum. Nesse recurso, a Argentina repreendia o Uruguai pela autorização unilateral da construção de duas usinas de pasta de papel sobre o rio Uruguai, sem respeitar o procedimento obrigatório de informar e consultar, inicialmente previsto pelo estatuto de 1975. A Argentina sustentou que estas usinas constituíam uma ameaça para o rio e seu meio ambiente, que tais usinas apresentavam o risco de alterar a qualidade das águas do rio e de lhe causar um prejuízo transfronteiriço sensível. Duas questões são, então, colocadas: a violação do procedimento previsto pelo tratado, e o prejuízo ecológico que essas duas usinas podem causar. Após diversos episódios e disposições indicando medidas conservadoras, o tribunal apresentou seu acórdão sobre a questão em 20 de abril de 2010.

Para *o caso da Usina MOX*,<sup>6</sup> a questão incidia sobre o complexo nuclear de Sellafield, na Inglaterra, porém, a 200 km das costas irlandesas, que já havia sido objeto de inúmeros protestos por parte da Irlanda, mas, também, de ONGs ambientalistas, em razão de sua potencial periculosidade no mar da Irlanda. A construção, nessa região, de uma usina de produção de combustível para reatores nucleares (“MOX” reavivou a crise entre os dois países, o que vai dar lugar a uma cascata de recursos diante de diversas jurisdições (ou equiparadas). Com efeito, a Irlanda inicialmente, solicitou a constituição de um tribunal arbitral com base em uma cláusula compromissória, inclusive na convenção OSPAR de 22 de setembro de 1992, cujo objetivo é a proteção do ambiente marinho no Atlântico do Nordeste. Esta convenção previa, sobretudo, em seu artigo 9, uma obrigação de informações concernentes ao meio ambiente marinho, obrigação esta que a Irlanda acusa o Reino Unido de ignorar. Esse tribunal foi efetivamente constituído em outubro de 2001. Entretanto, diante da iminência da entrada de funcionamento da usina MOX, a Irlanda decidiu

---

<sup>6</sup> Nesse contexto, nos apoiamos veementemente (com sua amável autorização) sobre o comentário desse caso feito por Aurore Laget-Annamayer em *Os grandes casos do direito ambiental*, opus cit, pp. 342-351, estando perfeitamente em sintonia com sua pertinente análise desse caso.

provocar uma segunda arbitragem, baseada na Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar (CNUDM) de 1982, e, precisamente, de seu anexo VII, do qual os dois Estados são partes. A Irlanda, então, decidiu dar entrada no Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) de uma demanda de medidas conservadoras, ou seja, de um procedimento que permite prescrever, com urgência, medidas, esperando que o caso não seja julgado por uma arbitragem. A complexa Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar – segundo o sistema do Forum Shopping, permite, com efeito, a ação do TIDM unicamente no quadro das medidas conservadoras, apesar de o essencial do caso poder ser julgado no quadro de uma arbitragem<sup>7</sup>. O Reino Unido contestou, por seu lado, a competência do TIDM em ligação com a convenção OSPAR mencionada, mas, também, porque certos aspectos do caso – vale Tratado CE ou o Tratado Euratom – pareciam dar uma competência exclusiva à CJCE. Em outras palavras, visto que a Irlanda pressupõe que o litígio comporta diferentes aspectos que só o tribunal arbitral derivado da convenção das Nações Unidas pode resolver, o Reino Unido contesta esta competência, em proveito, por um lado, de uma arbitragem no âmbito da convenção OSPAR e, por outro lado, da competência da CJCE. É, portanto, dentro desse quadro de procedimento complexo que o TIDM vai entregar seu decreto em 3 de dezembro de 2001.

Nesses dois casos, as decisões dos juízes deixam ceticismo quanto à sua contribuição em matéria de meio ambiente, Tratando-se dos *casos das usinas de pasta de papel sobre o rio Uruguai*, o argumento da Argentina segundo o qual os projetos foram autorizados pelo Uruguai, violando o mecanismo de notificação e de consulta previsto, estabelecido pelos artigos 7 a 13 do referido estatuto (violações de caráter processual), o tribunal destacou que o Uruguai não informou a comissão administrativa do rio Uruguai acerca destes projetos, contrariamente ao que prescreve o estatuto. O tribunal, então, concluiu que – não informando esta comissão sobre os trabalhos projetados antes da liberação da autorização ambiental prévia para cada uma das usinas e para o terminal portuário adjacente à usina, e não notificando os projetos à Argentina por intermédio da comissão –, o Uruguai violou o estatuto de 1975. Porém, tratando-se do argumento

---

7 O TIDM já confrontou uma situação comparável, com a falha de ser semelhante aos *casos do atum de barbatanas azuis* (Nova Zelândia x Japão ; Austrália x Japão). Neste caso, em sua ordem indicando medidas conservadoras, em 27 de agosto de 1999, o TIDM ordenou medidas, antes que se revelassem caducas, após a decisão de um tribunal arbitral, considerando que um acordo regional tinha o primado ante o regulamento do litígio.

da Argentina – segundo o qual as atividades industriais autorizadas pelo Uruguai tinham ou teriam um efeito negativo sobre a qualidade das águas do rio e de sua zona de influência, e que elas haviam causado um prejuízo relevante à qualidade dessas águas, tanto quanto um prejuízo transfronteiriço à Argentina (violações da questão) –, o tribunal, após um exame detalhado dos argumentos das partes, julgou que os elementos de prova arquivados no processo não permitiam estabelecer, de maneira conclusiva, que o Uruguai não agiu com a diligência requerida ou que os rejeitos efluentes da usina tiveram efeitos deletérios ou infringiram os recursos biológicos, a qualidade das águas ou o equilíbrio ecológico do rio, após o início das atividades da usina, em novembro de 2007. O tribunal, conseqüentemente, concluiu que o Uruguai não havia violado as obrigações de fundo, decorrentes do estatuto.

No caso da Usina MOX, o TIDM irá dar razão aos aspectos concernentes à competência, à Irlanda, estimando que somente a convenção das Nações Unidas e, assim, a arbitragem constituída em virtude do anexo VII, pode responder ao conjunto dos aspectos trazidos ao seu conhecimento neste litígio. Esta solução de conjunto teria bastado a si mesma, mas, a comissão europeia estimou em seguida que o direito comunitário havia sido ignorado, visto que esses litígios deveriam ter sido introduzidos na CJCE. A comissão introduziu, então, um recurso, em constatação da falta. Neste caso,<sup>8</sup>, a comissão invoca, pela primeira vez, os artigos 292 CE e 192 CEEA, que prescrevem aos Estados-membros que não se submetam a um litígio relativo à interpretação ou à aplicação do tratado, diferentemente dos regulamentos previstos por este. Como a CNUDM assinou pela comunidade e todos os seus Estados-membros, suas disposições, segundo a comissão, fazem parte da ordem jurídica comunitária. A Irlanda ignorou, assim, a competência exclusiva da CJCE. É assim que um litígio sobre um potencial perigo de poluição por um combustível nuclear se transforma em guerra de territórios entre as jurisdições concorrentes. É fato que a posição dos tribunais arbitrários facilitou, de qualquer forma, esta saída. A CJCE justificou, portanto, sua competência exclusiva no âmbito da proteção do meio ambiente e reafirmou seu monopólio jurisdicional para a interpretação e aplicação dos acordos mistos.

O inventário que se pode fazer desses dois casos é, assim, mitigado ante o olhar do direito do meio ambiente. Nos casos das *usinas de pastas de papel*,

<sup>8</sup> C-459/03, Comissão x Irlanda, interrupção em 30 de maio de 2006.

a solução é processual – violação das obrigações em virtude do tratado entre os dois países, mas não violações sobre a base. Nada de novo sob o plano do direito e até mesmo a lembrança de antigos princípios; Estamos, portanto, em face de um caso em que os dois países – de longa data – não estão de acordo sob diversos aspectos, e em que a construção dessas usinas foi um pretexto – quase “patriótico” – para recorrer ao tribunal. Entretanto, a conclusão é que, fora das obrigações processuais de informação, o acórdão não significa nada em matéria de meio ambiente, Para o caso da *Usina MOX*, continua-se lá, a Irlanda renunciando a prosseguir o caso. Com efeito, este país, que buscava preferencialmente fazer cessar as atividades britânicas em vez de demonstrar uma ausência do direito comunitário, não apresentou diante da CJCE uma nova instância a respeito do caso. Não apenas seu interesse prático era limitado, mas, sobretudo, a comissão havia já previamente autorizado o início das atividades da *Usina MOX*, O caso permanecerá, sobretudo nos anais, como um exemplo do imbróglio processual ligado à multiplicação das jurisdições internacionais. Não há dúvida de que, em meio à querela mais que secular entre a Irlanda e o Reino Unido, o aporte da decisão ao direito internacional de meio ambiente permanece frágil, ao passo que, a partir de agora, regras se estabeleçam para determinar as condições da gestão para um Estado de seu território, de modo a não provocar danos ao meio ambiente internacional na esteira do antigo caso da Fundação do Trail, de 1941. Evidentemente, o princípio de prevenção, que consiste em riscos calculados, é lembrado em sequência do *processo relativo ao projeto Gabčíkovo-Nagymaros* de 1997, perante a CIJ, assim como será reafirmado na sentença arbitral de 24 de maio de 2005, no caso do *Reno de ferro*, entre a Bélgica e os Países Baixos (sentença na qual o tribunal arbitral presume que há também competência para interpretar atos comunitários), e, mais tarde, novamente, pela CIJ, nos *casos das Usinas de pasta de papel*. Sem dúvida, o princípio da cooperação conjugado com a obrigação de informação, consagra a obrigação de realizar estudos de impacto, visto que um dano transfronteiriço é potencialmente visível, mas, nenhuma revolução, nem mesmo evolução fundamental, sobretudo concernente ao princípio de precaução. Mesmo assim, então, a usina MOX é perigosa para o meio ambiente? Não se sabe.

## 1.2 O meio ambiente como refém de um litígio comercial

De maneira que não pode parecer paradoxal, o Órgão de Normas dos Litígios (ORD) da OMC, foi uma jurisdição que muito rapidamente se envolveu com as questões do meio ambiente (no sentido amplo). O paradoxo não é realmente o que aparenta, porque, de uma parte, o espectro do ORD afeta todo o comércio internacional, e, conseqüentemente, as questões ambientais não escapam a isso e, de outra parte, os Estados encontram, aí, – de uma maneira mais ou menos sincera –, um ângulo de ataque para levantar os litígios. Nesse contexto, dois casos, agora antigos, são emblemáticos, sem que se tratasse minimamente dos únicos casos desse gênero. Trata-se do caso concernente à *essência nova e antigas fórmulas* entre os Estados Unidos e a Venezuela, apresentado em 1995 ante o ORD, e do caso da *proibição à importação de certos camarões e de certos produtos à base de camarões, no âmbito do ORD*, em 1996.

Sob o título um pouco estranho de *caso concernente à essência nova e antigas fórmulas* (mas, a lista de títulos de casos perante o ORD é com frequência agradável), esconde-se um litígio a priori clássico sob o plano comercial. Este litígio, em realidade, foi o primeiro frente ao ORD e implicava os Estados Unidos. Foi, assim, interessante constatar a maneira como esse país reagiria, se o perdesse. Ora, ele o perdeu e reagiu bem, aceitando a decisão. Foi, assim, um bom ponto de partida, positivo para o sistema de regulamento dos litígios. Referente ao litígio em si mesmo entre os Estados Unidos e a Venezuela, tratava-se de um problema consecutivo a uma nova legislação americana de 1995, relativa às normas contra a poluição atmosférica. Isso implicava uma discriminação contra a essência proveniente da Venezuela, ao submeter esta às normas menos favoráveis que as aplicadas aos produtos de origem americana, isso no pretexto de que a qualidade da essência importada da Venezuela é mais difícil de controlar. Os Estados Unidos invocavam o artigo XX do GATT, que permite exceções gerais para a proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou a preservação dos vegetais, (§g) assim como a proteção dos recursos naturais não renováveis (§g. É “o ar” que é visado). A priori, o caso se apresenta, então, como um litígio entre um Estado que deseja preservar seu meio ambiente por diversas medidas, e um Estado que entende que as discriminações consecutivas a essas medidas ocultam uma ruptura na «cláusula de tratamento nacional», que impede um tratamento diferenciado para os produtos similares vindos do estrangeiro.

Dentro da mesma ordem de ideias do caso precedente, os Estados Unidos irão novamente desejar se apoiar, sob a proteção do meio ambiente, em um *caso referente à proibição da importação de determinados camarões e de determinados produtos à base camarões* introduzidos pela Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia. *Bis repetita (duas vezes repetitivo)*, poderíamos dizer. A questão aqui colocada é a da interdição pelos Estados Unidos da importação de camarões e de produtos derivados, em razão dos métodos de pesca utilizados para obter camarões, considerados contrários à proteção do meio ambiente (as redes utilizadas para esta pesca retêm, igualmente, as espécies protegidas como as tartarugas marinhas). Trata-se, portanto, verdadeiramente, do primeiro caso importante em matéria de meio ambiente (apesar de que o caso da *essência já apresentava um aspecto semelhante*), o que permite sublinhar que, por intermédio do vetor do comércio, a OMC (Organização Mundial do Comércio) é **capaz de** atingir inúmeros domínios conexos.. Novamente, os Estados Unidos invocam o artigo XX do GATT sobre as exceções gerais e, novamente, o argumento ambiental é posto em relevo.

No caso referente à *essência nova e antigas fórmulas*, o painel que provocou seu relatório, em janeiro de 1996, reconheceu no encontro dos Estados Unidos uma discriminação contrária à cláusula de tratamento nacional, embasada no artigo IIIº do GATT, que proíbe submeter os produtos importados a um tratamento menos favorável em relação ao que ocorre com os produtos similares nacionais. Para o grupo especial, se é legítimo querer proteger o meio ambiente, é necessário que se faça de modo a não danificar os princípios do GATT, mormente por meio de tais discriminações.

Os Estados Unidos apelaram a essa decisão do painel (que se pode considerar – *mutatis mutandis* – como uma primeira instância), mas o **órgão de recurso, em maio de 1996, modificando uma interpretação de um artigo do GATT (artigo XX)**, deixou como estava a solução clarificada pelo painel (ou seja, a impossibilidade para os Estados Unidos de solicitar a proteção do meio ambiente como fundamento da discriminação). Na transição, o órgão de recurso desenvolveu uma verdadeira metodologia de interpretação, apoiando-se sobre o direito internacional geral, já que ele considera que não é necessário ler o acordo do GATT como “isolante clinicamente do direito internacional público”. Esta frase, inscrita na primeira

decisão dessa nova jurisdição, marcará os espíritos, visto que significa que a OMC não deve se comportar como uma organização “corporativa” apoiada em seu princípio de especialidade (nesse caso, o comércio internacional), mas, que ela não deve se resguardar de se apoiar na estrutura geral do direito internacional. É, portanto, a convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969 que servirá de base e, sobretudo, seus artigos 31 e 32 relativos à interpretação. Tais artigos serão utilizados, aí compreendidos os trabalhos preparatórios para a interpretação do artigo XX, indo, de fato, bem longe em uma preocupação pedagógica, provavelmente porque se trata do primeiro exercício desse gênero. Portanto, ela, a convenção, colocou as bases. Nesse caso, o órgão de recurso fará ressurgir uma interpretação bastante estrita das exceções do artigo XX, fazendo pesar a carga da prova sobre aquele que invoca a exceção.

Os Estados Unidos, após discussão, aceitaram ceder à decisão do órgão de recurso e noticiaram que, em agosto de 1997, a agência para a proteção do meio ambiente modificara a legislação incriminada e que eles estavam assim conformados com as prescrições do ORD no prazo. Entretanto, é necessário, sobretudo, compreender que o meio ambiente tornou-se, aqui, refém, como pretexto para uma guerra comercial. Com efeito, a solução desobstruída pelo ORD ressalta da técnica jurídica, a da interpretação de um acordo, mas não deixa jamais lugar às considerações ambientais de fundo. Alguns poderiam, assim, se lamentar acerca de que o acordo em causa não permite a um país tomar medidas mais protetivas para seu meio ambiente. Na realidade, fica evidente que a *essência* produzida nos Estados Unidos não comportava diferença significativa em relação à importada da Venezuela. Claramente, o argumento ambiental serviu, aqui, de puro pretexto para proteger um produto nacional.

No caso da *proibição da importação de certos camarões e de certos produtos à base de camarões*, o grupo especial irá, em um primeiro tempo, condenar os Estados Unidos, avaliando que as restrições à importação são restrições quantitativas, contrárias ao artigo IX do GATT e que não se trata de exceções ao título do artigo XX. O órgão de recurso seguirá esta conclusão mas, modificando a argumentação jurídica. Por um lado, colocava-se realmente, pela primeira vez, a presença de pessoas privadas no processo, porque os Estados Unidos haviam juntado em anexo vários *amicus curiae da ONG* (a maior parte sendo de ONGs que trabalhavam na

proteção do meio ambiente). Nessa visão (e a questão se tornará cada vez mais importante no futuro), o órgão de recurso decide não levar em conta os argumentos previamente desenvolvidos pelos próprios Estados Unidos, ou seja, os argumentos endossados pelos Estados Unidos, e libera o grupo especial quanto a aceitar ou não os argumentos das ONGs, uma vez que ele possui uma liberdade de apreciação em matéria de expertises. Esta resposta era certamente vaga, mas, permitia não se rejeitar a intromissão de pessoas privadas, deixando livre o grupo especial (e o órgão de recurso) de apreciar tais argumentos. No fundo, o órgão de recurso rejeita a interpretação estrita das exceções do artigo XX desenvolvida pelos Estados Unidos, e condena seu unilateralismo, repreendendo uma ausência de negociações com os denunciantes e a imposição de medidas muito limitadas para a proteção do meio ambiente. Uma vez mais, pode-se surpreender ante a pouca consideração para com os argumentos ambientais, mas, se se “cava” um pouco o caso, percebe-se que, nesse caso, somente os Estados Unidos fabricavam e vendiam os filetes de pesca que eles avaliavam como sendo os únicos compatíveis com a proteção do meio ambiente. Mercado cativo, de qualquer modo, e flagrante maldade houve da parte deste país que desejava, também, de certa maneira, proteger sua própria produção. As tartarugas marinhas esperarão dias melhores.

## 2 OS PRETEXTOS CONDUZEM AO MEIO AMBIENTE

Ratifica-se, as categorias estabelecidas para o objetivo desta comunicação não são estanques umas em relação às outras. Quer-se dizer, se o meio ambiente serve, às vezes, de pretexto da parte de um Estado para conduzir um outro Estado diante de uma jurisdição internacional, ocorre igualmente que este “pretexto” repousa sobre uma decisão que se mostra importante para a decisão do meio ambiente, sem desaparecer ante as outras intenções “escondidas” (às vezes, apenas) do Estado requerente. O rompimento é, assim, um pouco arbitrário. Em meio aos casos apresentados diante das jurisdições internacionais cujo fundamento real não parece ser a preocupação ambiental, mas tendo finalmente abertura sobre alguns avanços nesse âmbito, citam-se, nestas situações tão disparatadas, o ainda célebre caso da *Barragem Gabčíkovo-Nagymaros*, entre a Hungria e a Eslováquia, o caso dos *espalhamentos aéreos de herbicidas*, entre o Equador

e a Colômbia referentes a *certas atividades exercidas pela Nicarágua na região fronteira* entre a Costa Rica e a Nicarágua, diante da CIJ, para esses três últimos, e o caso das *medidas concernentes às carnes e produtos carnívoros* diante do ORD.

## 2.1 Sobre a política do meio ambiente

No caso da *Barragem Gabčíkovo-Nagymaros* entre a Hungria e a Eslováquia diante do CIJ<sup>9</sup>, a questão se referia a um trecho do Danúbio, de cerca de 200 km, situado entre Bratislava, na Eslováquia, e Budapeste, na Hungria. Na maior parte desta região, o canal principal do rio constitui a fronteira entre os dois países. Um tratado assinado em 1977 pela Tchecoslováquia e a Hungria previa a construção e exploração de um sistema composto de duas séries de comportas, situadas em território eslovaque (Gabcikovo), outro em território húngaro (Nagymaros). Este sistema foi concebido como único e indivisível e apresentado como um investimento na produção de energia hidroelétrica, porém, sem se perder de vista os objetivos de melhoria da navegação e de prevenção de inundações, as partes se engajando; além disso, tal sistema também foi considerado como zelador da manutenção da qualidade das águas e responsável pelas suas obrigações relativas à proteção do meio ambiente. Constata-se que questões econômicas e ambientais se mesclavam. Globalmente, o tratado previa uma divisão do financiamento e da gestão dos trabalhos, cada um controlando a parte situada em seu território. Os trabalhos, começados em 1978, constituíram objeto de um acordo visando, antes, retardá-los, em 1983, depois a acelerá-los, início de 1989, sempre sob a iniciativa da Hungria, antes que ela se decidisse definitivamente, alguns meses mais tarde, a interromper provisoriamente e, depois, a abandonar os trabalhos em Nagymaros. Os dois países se comprometeram, finalmente, em 1993, permitindo trazer o caso diante da CIJ. Além dos fatos, o litígio é, sobretudo, o símbolo de uma forma de liberdade reencontrada (e de antagonismos reavivados) entre os antigos "povos irmãos" liberados da tutela de Moscou e da obrigação de aparentarem entendimento. Durante o processo, as duas partes se defenderam sob dois aspectos diferentes. Como a Eslováquia se apoiou no necessário respeito da palavra dada e dos compromissos

<sup>9</sup> Permitimo-nos retomar, a esse propósito, os destaques feitos na Crônica Anual da CIJ (com Hélène Ruiz Fabri): *caso relativo ao projeto Gabčíkovo – Nagymaros*, JDI 1998/3, pp. 776-792.

assumidos sobre seu direito de reagir no caso de desrespeito, a Hungria argumentou, de modo mais transversal, apoiando-se essencialmente na necessária proteção do meio ambiente, para justificar não somente a suspensão dos trabalhos, mas, também, a denúncia do tratado. Essas posições se recuperam a propósito de cada uma das questões às quais o tribunal responde na ordem definida pelo compromisso. Mas, o acórdão era também esperado para aquele que se apresentasse como se dizendo do direito de meio ambiente. O caso não havia, portanto, sido submetido à câmara especial constituída pelo tribunal em 1993, para as questões de meio ambiente, formação de julgamento que não obteve sucesso e não se soube de nenhum caso, nessa data.

No seu acórdão de 25 de setembro de 1997, o tribunal afirmou que a Hungria não tinha o direito de suspender e, em seguida, abandonar, em 1989, os trabalhos referentes ao projeto de Nagymaros, assim como à parte do projeto de Gabčíkovo, pelo qual ela era responsável, e que a Tchecoslováquia tinha o direito de recorrer, em novembro de 1991, a uma “solução provisória” autorizada pelo compromisso. O tribunal, ao contrário, determinou que a Tchecoslováquia (a Eslováquia sucedeu à Tchecoslováquia em 1º de janeiro de 1993) não tinha o direito de pôr em funcionamento o referido sistema de barragem, em outubro de 1992. O tribunal atribuiu, ainda, indenizações recíprocas para as duas partes, em função de suas violações do direito internacional. Ante a falta de execução do acórdão pela Hungria, a Eslováquia introduzirá uma nova requisição, em 1998. Epílogo desse longo caso, o 21 de julho de 2017, o Tribunal Internacional de Justiça tomou ata da desistência, pela república eslovaca, do processo, registrou o arquivamento – procedimento aplicado mediante sua demanda, em 3 de setembro de 1998 –, tendendo ao pronunciamento de um acórdão suplementar, no caso referente ao projeto Gabčíkovo-Nagymaros.

Fora dessas peripécias processuais, destaca-se que o Tribunal Internacional de Justiça irá entrar nesse caso com certa prudência, de fato, em parte, devido às regras que o recurso ao direito de meio ambiente pretendia justificar como tendo sido mal-administradas, as do direito dos tratados. O tribunal indica claramente que tais regras, que se poderia classificar como quase constitucionais, em todo caso estruturantes da ordem jurídica internacional, praticamente não funcionam. Contudo, o imperativo

ambiental existe e o tribunal sublinha com frequência e de modo apoiado, a importância e os desafios, fazendo, por outro lado, suposições, obrigado pelo princípio do desenvolvimento sustentável e pelos direitos das gerações futuras, porém, também afirmando a positividade do princípio da utilização não degradável do território (§ 53). Ele coloca, de fato, a preservação do meio ambiente na categoria dos interesses essenciais do Estado.

Sendo assim, de qualquer forma, retém-se frequentemente este litígio como marcador da entrada da CIJ no direito internacional do meio ambiente, para um caso que apontava, sobretudo, o fim da era soviética e de projetos faraônicos nos quais o meio ambiente não tinha lugar.(eufemismo) A intrusão da problemática então nova do meio ambiente (estamos a pouco tempo da conferência do Rio) é, então, muito tímida. Logicamente, o tribunal não detém o argumento da Hungria sobre o estado de necessidade ecológica, nem o princípio de precaução, e se apoia essencialmente sobre a questão clássica da divisão do curso de água (neste caso, o rio é fronteiro entre os dois países), afirmando o princípio de prevenção e a necessidade de estudos de impacto sobre o meio ambiente no quadro de um meio ambiente durável. Pode-se observar que isso permanece modesto, mas, em 1997, esses avanços foram memoráveis, desde que a solução jurídica não implicasse forçosamente esse desvio. O tribunal, assim, impulsionou sua justificativa para, voluntariamente, englobar os primeiros passos do direito internacional do meio ambiente e o parágrafo 53 desse acórdão e (que retoma uma passagem de um aviso anterior de 1996) é, sem dúvida, o símbolo:

*“O tribunal se recordará de que ele, recentemente, teve oportunidade de destacar nos termos seguintes toda a importância de que o respeito ao meio ambiente se reveste, na sua opinião, não apenas para os países, mas, também, para o conjunto do gênero humano: “O meio ambiente não é uma abstração, mas, sim, o espaço onde vivem os seres humanos e do qual dependem a qualidade de sua vida e sua saúde, aí incluídas as gerações futuras. A obrigação geral que têm os países de velar pelo que as atividades exercidas nos limites de sua jurisdição ou sob seu controle respeitem ao meio ambiente, em outros países ou zonas não relevantes de alguma jurisdição nacional, faz agora parte do corpo de regras do direito internacional». (legalidade da ameaça ou emprego de armas nucleares, aviso consultativo; CIJ. Recolhimento de 1996, p. 241-242, par. 29.)».*

## 2.2 Sobre a guerra ao meio ambiente

Embora a problemática seja hoje debatida<sup>10</sup>, dar-se-á conta de que a preocupação ambiental não é privilegiada em tempo de guerra ou, simplesmente, de fortes tensões entre os países. Os dois exemplos citados em seguida não derrogam, mas, de maneira surpreendente, introduzem ou confirmam as obrigações atinentes ao meio ambiente onde menos se esperava.

No primeiro caso, em 31 de março de 2008, o Equador, após negociações infrutuosas com seu vizinho, depositou uma requisição introdutiva de instância contra a Colômbia, com base em um litígio relativo ao «espalhamento aéreo feito pela Colômbia de herbicidas tóxicos em locais próximos, ao longo ou do outro lado da fronteira com o Equador». O Equador sustentou que “o espalhamento já há[havia] gravemente danificado as populações, as culturas, a fauna e o meio natural do lado equatoriano da fronteira e se arrisca [arriscava], seriamente, com o tempo, a causar outros danos». De maneira simbólica, o Equador estabelecia a competência do tribunal, não somente sobre o tradicional artigo XXXI do pacto de Bogotá, de 30 de abril de 1948, mas, também, sobre o artigo 32 da convenção dos Estados Unidos contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas (1998), prova de que o litígio compreendia aspectos conexos aos quais esta região está bastante acostumada. O caso dos *espalhamentos aéreos de herbicidas* se iniciava, então. O segundo caso, com proximidade geográfica da precedente, não saberia surpreender os especialistas do contencioso ante a CIJ. Trata-se, novamente, de um eufemismo, constatar que a Nicarágua conhece os litígios com todos os seus vizinhos. A longa lista de casos apresentados à Corte por – ou contra – esse país, faz desse pequeno território o que apresentou a maior parte de casos à CIJ<sup>11</sup>. Em meio a essa longa lista, a Costa Rica introduziu, em 18 de novembro de 2010, uma instância contra a Nicarágua, com uma justificativa de “incursão em território costa riquenho da armada nicaraguense” que havia ocupado e utilizado uma parte deste, “bem como violações pela Nicarágua de obrigações que lhe são incumbidas frente à Costa Rica”, em virtude de um

10 K. Christakis Mollard-Bannelier : *A proteção do meio ambiente em tempo de conflito armado*, Paris, Pedone, 2001, 542p ; L. F. Nguinta Heugang Diekouam : *A proteção do meio ambiente no período de conflito armado*, L'Harmattan, Paris, 2015, 226p.

11 Ver : [www.icj-cij.org/fr/affaires-par-pays](http://www.icj-cij.org/fr/affaires-par-pays).

determinado número de convenções e de tratados internacionais. A Costa Rica desaprova mormente à Nicarágua, pelo fato de haver, por ocasião dos dois distintos incidentes, ocupado seu solo durante a construção de um canal através do território costariquense, entre o rio San Juan, e de haver praticado certas atividades conexas de dragagem em San Juan. Devido às múltiplas contenções que afetam os países da América Central (dos quais a Nicarágua é frequentemente o epicentro), em seguida, o tribunal, em conformidade com o princípio da boa administração da justiça, anexa as instâncias no presente caso (*certas atividades praticadas pela Nicarágua na região fronteira*) e naquele referente à *construção de uma rota na Costa Rica ao longo do rio San Juan* (Nicarágua x Costa Rica), por uma ordem de 17 de abril de 2013.

O primeiro caso entre o Equador e a Colômbia foi concluído sem decisão do tribunal. De fato, em setembro de 2013, o Equador desejou que o caso centralizasse a função do tribunal, o que foi aceito pela Colômbia, visto que um acordo de 9 de setembro de 2013 prevê o estabelecimento de uma zona de exclusão, dentro da qual a Colômbia não estará desobrigada por nenhuma operação de espalhamento aéreo; cria uma comissão mista encarregada de zelar para que as operações de dispersão realizadas fora dessa zona não impeçam, por um fenômeno de desvio, o depósito de herbicidas em território equatoriano, e prevê, na ausência de tais depósitos, a redução escalonada da largura da referida zona. Para o segundo caso entre a Costa Rica e a Nicarágua, o tribunal emitiu seu acórdão sobre a questão em 16 de dezembro de 2015, em que ela declara que a Costa Rica possuía soberania sobre o território litigioso. Ele considerou, em consequência, que – pelas atividades ocorridas no território litigioso após 2010, e notadamente por cavar três canais e estabelecer uma presença militar sobre algumas partes desse território –, a Nicarágua havia violado a soberania territorial da Costa Rica, havendo desde então a obrigação de indenizar essa última, em razão dos prejuízos que lhe haviam sido causados pelas atividades ilícitas desenvolvidas sobre o território costariquense, e que, na falta de acordo com esse assunto entre as partes, numa demora de doze meses, ele próprio procederá à regulamentação dessa questão em uma etapa posterior do processo. Encontra-se aí uma solução “clássica” referente a um conflito territorial ou fronteiro. Devido ao fato de parecer como uma falta de execução do acórdão, o tribunal pronunciou-se finalmente sobre a questão

da indenização, em 2 de fevereiro de 2018. No seu acórdão, o tribunal estava consciente de que os prejuízos causados ao meio ambiente, bem como a degradação ou a perda consecutiva da capacidade deste de fornecer bens e serviços, são susceptíveis de indenização no direito internacional. Para estabelecer o montante da indenização devida em razão dos danos ambientais, o tribunal estimou o custo da restauração do meio ambiente danificado bem como o da degradação ou perda de bens e serviços ambientais sofridos, tanto que o meio ambiente não foi reconstituído. Sobressai da análise feita pelo tribunal que os encargos e despesas passíveis de indenização, que foram encetados pela Costa Rica, se elevaram a um total de cerca de 380.000 dólares (pagáveis em 2 de abril de 2018 o mais tardar, o que foi liquidado pela Nicarágua antes mesmo dessa data-limite).

O balanço desses dois casos surpreende pela maneira pela qual o tribunal, partindo de uma situação de tensão – ver o conflito – entre os países, culminou na extração de aportes não negligenciáveis para a proteção do meio ambiente. No primeiro caso, se se lê entre linhas, percebe-se rapidamente que esse espalhamento foi feito, sobretudo, com o objetivo de alimentar a guerrilha das FARC (combatida pelo governo colombiano) instalada próxima à fronteira, destruindo seus recursos naturais, dentre os quais plantações de substâncias ditas “ilícitas”, também denominadas estupefacientes. Trata-se, pois, do processo de paz em andamento do lado colombiano, mas, também, da espada de Damocles de um caso ante o tribunal, que levou a Colômbia a esse acordo. Em todo caso, eis um evento puramente político em um contexto de guerra entre a Colômbia e a guerrilha das FARC, que se completa por um acordo cujo ponto essencial consiste em que os transtornos não penetram o território de um país vizinho, segundo a velha jurisprudência da Fundação do Trail, apesar de não se limitar totalmente o direito da Colômbia de praticar esse espalhamento na zona prescrita. No segundo caso, pode-se compreender que ele se insere em um vasto conjunto de conflitos fronteiriços, territoriais e marítimos entre a Costa Rica, a Nicarágua, mas também El Salvador, Honduras ou Colômbia. Com essa violação territorial, o tribunal julgou, então, a degradação do meio ambiente que se seguiu, fixando, aí, uma indenização adequada. Certamente, é mais raro por parte do tribunal contentar-se com frequência de uma reparação por satisfação, e mesmo sendo a violação da integridade territorial da Costa Rica que se deva impedir, o acórdão se

distingue por uma avaliação clara e especificada dos prejuízos ambientais, o que não foi forçosamente esperado sob essa forma.

### **3 A EMERGÊNCIA DE CASOS VERDADEIRAMENTE AMBIENTAIS**

Três casos parecem se destacar dos outros pela maneira como a questão foi colocada ante a jurisdição, ou pela maneira como a jurisdição respondeu a isso. Certamente, há que se manter o bom senso, já que os avanços são ainda modestos, mas pode-se aí perceber uma verdadeira tomada de consciência. A prudência se impõe, tanto mais que o primeiro caso citado, o denominado caso da “carne com hormônios” é, na realidade, uma derrota para o demandante, contrabalançada pelo reconhecimento claro e inusitado de preocupações comerciais no caso denominado *amianto*, ambos ante o ORD. E, para a CIJ, o caso da *caça à baleia* permite a esta jurisdição ultrapassar o que era esperado na afirmação da proteção de espécies ameaçadas.

#### **3.1 O meio ambiente além do comércio**

O caso das *medidas concernentes às carnes e aos produtos carnívoros (hormônios)* perante o ORD, em 1996, representa uma forma de compromisso abortado. Trata-se do caso comumente qualificado como “carne a hormônios”. Com efeito, a importação de carne produzida com hormônios era considerada lícita pelos Estados Unidos e Canadá, o que era recusado pela Europa, em uma diretiva, por razões de saúde pública. Além disso, a Europa desejava, assim, pressionar a negociação do acordo SPS (sobre as medidas sanitárias e fitossanitárias) então discutidas no âmbito da OMC. Mais precisamente, os Estados Unidos e o Canadá colocaram em discussão a interdição de utilizar certos hormônios na pecuária, impedimento esse que se concretizava pela interdição de importação de uma tal carne na Europa. Entre os países europeus, a França foi particularmente submetida a essa interdição, devido a problemas graves que recaíram sobre a saúde, nos anos 70.

Uma das questões centrais discutidas foi a da referência ao *Codex Alimentarius* da FAO (redigido em comum com

a OMS) que não é um texto obrigatório, mas, um simples guia a serviço dos países. Ora, esse código não menciona a periculosidade da carne originada de criações feitas com a utilização de hormônios de crescimento. O relatório do grupo especial, publicado em 18 de agosto de 1997, atribui, assim, erro à Europa, e o órgão de recurso validará essa interpretação por meio do relatório de 16 de janeiro de 1998. O órgão de recurso reconhece ao menos que os países podem ter um nível de proteção mais elevado que o indicado no Código ; entretanto, supõe igualmente que, nesse caso, isso contraria o acordo da SPS. A solução é, assim, ambígua, visto que dá razão à comunidade europeia quanto à fundação do princípio de precaução, atribuindo-lhe globalmente erro, avaliando que esse princípio não é aplicável em dinheiro porque contraria o acordo da SPS. Num exercício de interpretação em função do direito internacional geral, o órgão de recurso estima que o princípio de precaução não é objeto de uma *opinio juris* (assim, não é uma norma costumeira), e que não pode, assim, prevalecer sobre normas especiais como o acordo da SPS. Para isso, o órgão de recurso não hesita a se referir à jurisprudência da CIJ e, principalmente, ao caso da *Barragem* sobre o rio Danúbio entre a Hungria e a Eslováquia. Mas, é também a falha de bases científicas sólidas que reprovou a Europa em sua argumentação, o grupo especial avaliando, dessa forma, que a comunidade europeia faz variar, de maneira arbitrária, seu nível de proteção, e não pode, assim, invocar o princípio da precaução tal como é visto pelo tratado da União Europeia de Maastricht, de 1992.

Em seguida a fortes tensões e a um desenvolvimento processual complexo, a comunidade aceitará as compensações financeiras<sup>12</sup>, ou seja, ela aceitará não se conformar com a decisão do ORD e de pagar em troca dessa violação dos acordos da OMC, provando que os imperativos da saúde pública são mais importantes que uma decisão jurisdicional que a ela se contrapunha. Constata-se, por meio desse caso, os limites do sistema, uma vez que a decisão do ORD toca um problema sensível para o Estado (ou um grupo de Estados), e se pode compreender que a Europa preferiu aceitar a sanção antes de ceder a uma questão sensível, mas, sobretudo, que se trata, sem dúvida, de uma ocasião perdida para a proteção da saúde pública, parte integrante do direito a um meio ambiente sadio. Essa derrota para a Europa podia vislumbrar um futuro sombrio para a defesa dos impe-

---

12 Sob a forma de levantamentos de concessões para um montante de cerca de 115 milhões de dólares.

rativos não comerciais no sistema da OMC então bastante recente<sup>13</sup>. O caso do *amianto* irá, ao menos, contrabalançar esta impressão.

Efetivamente, o emblemático caso, das *medidas em respeito ao amianto e a produtos que o contêm* posto ante o ORD, em 1998, marca, sem dúvida, a primeira tomada de preocupações não comerciais, no caso de saúde pública, no contencioso do ORD. A planta provinha do Canadá (grande produtor de amianto) e visava a comunidade europeia, mas, particularmente, a França, país particularmente sensibilizado pela questão dos produtos feitos em amianto. Sabe-se que esse produto isolante largamente utilizado na indústria de construção, tanto quanto na indústria automobilística, foi e continua sendo o objeto de inúmeros processos judiciais na França, em razão de várias mortes aí relacionadas. A partir daí, a França, seguida por instâncias comunitárias, interditou estritamente todos os produtos contenedores de amianto ou de seus derivados. O Canadá, então, protesta contra o regulamento europeu que interditou essa importação no solo comunitário.

Em seu relatório de 12 de março de 2001, o **órgão de recurso** vem aportar importantes precisões na questão. Substancialmente, tratava-se do primeiro procedimento penal sério do acordo sobre os obstáculos técnicos ao comércio (OTC), duplicação da questão mais clássica da similaridade dos produtos em causa. Nesse caso, o **órgão de recurso**, com base nos argumentos canadenses, fará um verdadeiro teste de similaridade (entre o amianto e produtos ditos “similares”), constatando que os dois produtos podem ter a mesma utilização (ser, assim, “similares”) não tendo as mesmas propriedades físicas. O **órgão de recurso** constata, então, o caráter “**único**” do amianto e destaca sua periculosidade, a qual não havia sido destacada, de certo modo, pelo grupo especial (que a esse respeito **é bastante criticado pelo órgão de recurso**). Dessa maneira, o **órgão de recurso** reconhece que um Estado pode encontrar um nível de proteção mais elevado, se os produtos similares existirem com base nas exceções gerais do artigo XX do GATT. Trata-se, sem dúvida, do primeiro caso em que se inscreve nitidamente uma preocupação em matéria de saúde pública

<sup>13</sup> Especificando, na realidade, este caso irá prosseguir, visto que, em 2003, uma nova direção europeia (2003/74/CE), interditando a importação de carnes com hormônios, publicou-o. Esta se conformava segundo os redatores à decisão da ORD, já que as comunidades europeias haviam realizado a avaliação dos riscos anteriormente à nova direção. Os Estados Unidos não admitiram que essa nova direção concluía o caso, o que originou uma nova contenda perante o ORD (DS320). Foi apenas em 2014 que as partes finalmente notificaram ao ORD um memorando de acordo datado de 21 de outubro de 2013, que representa um compromisso (aliás, um tanto obscuro) para sair do impasse.

reconhecido pelo ORD e é um verdadeiro ato de política judiciária. É, de qualquer forma, uma decisão tranquilizadora após a dos *hormônios*, uma vez que permite constatar que os imperativos de saúde pública podem ter primazia sobre considerações puramente comerciais.

Por necessidade, o ORD fez evoluir, então, a aplicação de certas disposições dos acordos e desenvolveu uma política jurisprudencial que tem em conta normas não comerciais provenientes, sobretudo, do direito internacional geral ou de outros acordos interferentes no comércio, sem ser estritamente comerciais. O equilíbrio permanece precário mas a preocupação é real. Essas potencialidades de contradições internas no sistema da OMC se desdobram em outras potencialidade externas de acordos que aparentam ser contraditórios às disposições dos acordos da OMC. Assim foi para a questão da OGM cuja comercialização está enquadrada e restrita pelas “regras” do protocolo de Cartagena, uma vez que os acordos da OMC tratam essa questão como uma exceção.

### **3.2 As baleias aos cuidados do meioambiente**

O caso da *caça à baleia na Antártica* (Austrália x Japão; Nova Zelândia (interveniante) diante da CIJ foi introduzido em 31 de maio de 2010 pela Austrália, que repreendeu o Japão por dar continuidade à execução “de um vasto programa de caça à baleia no contexto da segunda fase do programa japonês de pesquisa científica sobre as baleias na Antártica, a pretexto de uma permissão especial (“JARPA II”); isso ocorreu em violação tanto das obrigações contratadas por esse país, nos termos da convenção internacional para a regulamentação da caça à baleia de 1946, como de outras obrigações internacionais referentes à preservação dos mamíferos e do meio ambiente marítimo. O caso se apresenta, assim, diretamente como sendo motivado pela proteção das baleias. Os conflitos entre os países presentes são inúmeros e afetam a preservação das espécies marinhas. Foi o caso dos eventos previamente citados a propósito do *atum de barbatana azul* (Nova Zelândia x Japão ; Austrália x Japão) apresentados ante o TIDM, em 1999.

No acórdão que ele apresentou em 31 de março de 2014, o tribunal se debruçou sobre a questão da interpretação e da aplicação do artigo VIII da convenção de 1946, cujo parágrafo autoriza, em sua parte pertinente, as partes a “concordar com qualquer de [seus] cidadãos numa permissão

especial, autorizando o interessado a matar, capturar e tratar as baleias em vista de pesquisas científicas”. Sabendo da interpretação desta disposição, o tribunal observou então que, se o artigo VIII confere notadamente a um país-membro, por convenção, o poder discricionário de rejeitar uma demanda de permissão especial – a resposta à questão de saber se a morte, a captura e o tratamento de baleias, devido à permissão especial solicitada, possuem finalidades de pesquisa científica, não dependeria simplesmente da percepção que tem esse país. Esta disposição de uma convenção de 1946 é, então, revista à luz do controle da justificação de “pesquisas científicas”, suporte sob o qual o Japão frequentemente se abrigou. Entretanto, o tribunal indicou que a permissão especial (o JARPA II) podia ser qualificado globalmente como programa de “pesquisa científica”. Vitória temporária, na realidade, para o Japão, já que o tribunal, em seguida, se debruçou sobre a questão de saber se era devido a fins de pesquisa científica que esse país recorreu a métodos letais. Ele, para responder a isso, examinou se os elementos da concepção e execução desse programa eram razoáveis ante os objetivos de pesquisa anunciados. O tribunal calculou que os elementos de prova de que dispunha não permitiam estabelecer que esse era o caso. Assim, ele concluiu que as permissões especiais em razão das quais o Japão autorizou a execução da morte, a captura e o tratamento de baleias no contexto do JARPA II não eram liberadas “em vista de pesquisas científicas”, na visão do artigo VIII, parágrafo 1, da convenção de 1946. A constatação não se restringe a isso, uma vez que o tribunal se debruçou em seguida sobre as consequências desta conclusão, à luz da afirmação da Austrália, segundo a qual o Japão havia contrariado várias disposições das regulamentações anexadas à referida convenção. Nesse caso, esta era concernente às moratórias sobre a caça comercial e as usinas flutuantes, bem como à interdição da caça comercial no santuário do oceano Austral. Ora, o tribunal constata que o Japão violou, efetivamente, certas disposições da convenção de 1946. Em razão disso, ele ordenou ao Japão revogar as permissões no quadro desse programa, e intimou-o a não repeti-las.

Esse acórdão pode ser considerado como memorável porque o tribunal, como num eco amplificado da *Barragem*, soube superar a aparência para mergulhar no centro de um litígio ambiental. A aparência era que a convenção de 1946 assemelha-se a uma simples convenção para a gestão ordenada da caça à baleia. Pode-se duvidar de que, naquela época,

a preocupação com a proteção das espécies não havia animado os países por ocasião de sua redação. Ora, o tribunal, por um adquirido exercício de interpretação evolutiva, fez disso um instrumento de preservação da diversidade biológica, em vez de uma simples regulação da caça à baleia. E, para alcançar esse resultado, o tribunal se reveste com um traje científico, detalhando os tipos de pescas, de baleias etc. Em uma palavra, ele verifica o caráter razoável da amostragem letal, necessário às pesquisas “científicas” e restritas à margem nacional dos países neste âmbito. É muito! Sem dúvida, não é necessário acrescentar maior ênfase, como certos comentaristas imaginaram dever fazer<sup>14</sup>, mas, o avanço é real e a preservação das espécies na essência da solução é encontrada.

Um rápido balanço em direito internacional nos conduz a uma constatação cheia de nuances: a vantagem é uma tomada de consciência fundamental das jurisdições internacionais em face do meio ambiente, ao menos algumas delas. O inconveniente é a ilusão do que poderia conduzir a uma forma de regime autossuficiente, não por parte das jurisdições, muito menos por parte dos países, mas, de certos comentaristas zelosos em matéria ambiental. Os progressos não virão de uma forma de suficiência em torno da qual tudo deve se curvar. Esta tendência já foi posta em obra em outros domínios do direito internacional, em matéria de direito do homem ou de direito internacional penal, notadamente.

A partir de então, o que pensar da “onda” ambientalista que aparentemente penetra o direito? E, em “quê” o meio ambiente se constitui como uma força de penetração do direito? Sem dúvida, visto que o direito é um receptáculo, uma espécie de esponja, ele absorve as correntes dominantes, e não é senão o resultado do estado de uma sociedade em um dado momento. Se a economia domina, ela invade o direito, se o meio ambiente se impõe, o direito se torna ambiental etc. Dada essa constatação, pode-se estar de acordo com a condição de não fazer o imperialismo ou, sobretudo, o unilateralismo. A COP 21 é um real progresso, com certeza,

---

14 Notadamente : “Isso feito, ele esvazia a questão fundamental das circunstâncias, autorizando a execução de seres vivos não humanos e de condições dessa execução. Ele interroga a relação entre o ser humano e as outras espécies, tal como é concebida na carta da convenção baleeira e no direito ambiental contemporâneo (...) O tribunal, evidentemente, não entrou no debate sobre a personalidade jurídica dos animais...” mas, ele “aborda as baleias como outros seres vivos e não como coisas”, I. Michallet, in Ph. Billet, J-M. Février, G. Kalfliche, A. Laget-Annamayer, I. Michallet, E. Naim-Gesbert, J-B, Seube : *Os grandes acórdãos do direito do meio ambiente*, op cit, pp. 271-272.

mas que se detém às portas dos interesses econômicos bem-entendidos dos países.

A penetração da problemática ambiental significa que o direito é “ambientado” pelo meio ambiente, dito de outra forma, encercado por ele? Sim, se se considera o montante de poder desta preocupação nacional, regional e mundial. Não, o direito resta sendo direito, isto é, um modo dentre outros de relações sociais, tendendo a uma forma de manutenção da paz em uma dada sociedade, em um dado momento. A constatação de que o meio ambiente está mais presente no direito atual, o que é evidente, se deve ao fato de que essa questão se tornou crucial e não, numa humilde visão, ao fato de que ele teria transformado o direito em “ambientalizante”.

Claramente, as considerações ambientais estão cada vez mais presentes no direito. O que é de domínio do direito substancial. Isso se dá diferentemente para as fontes que dificilmente se movem, embora “o objeto” meio ambiente pouco os faça evoluir. Por exemplo, a COP 21 é preenchida de *soft law* (de “direito flexível”, segundo a tradição incompleta do Conselho de Estado<sup>15</sup>) Contudo, a *soft law* se expande, geralmente, sobretudo no âmbito do direito econômico e não é, portanto, apanágio do direito ambiental, sendo apanágio de uma evolução societal que se acomoda cada vez mais fora de regra “dura”.

Atualmente (e após longo tempo), a única força englobante do direito aparenta ser a da economia. Então, seria necessário, sem dúvida, evocar “a economização do meio ambiente”, portanto, “a economização do direito em geral”. As declinações podem ser infinitas, mas, resta somente a realidade e, nesse domínio, o primado da economia tem, ainda, belos dias pela frente, mesmo que seja lamentável.

---

15 Conselho de Estado, *O direito flexível, Estudo anual*, 2013, Paris, A Documentação Francesa, 297 p.