

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Direito transnacional e
mudanças climáticas**
Transnational Law and Climate
Change

Géraud de Lassus Saint-Geniès

VOLUME 13 • N. 3 • 2016
DIREITO TRANSNACIONAL

Sumário

CRÔNICAS DA ATUALIDADE DO DIREITO INTERNACIONAL	2
I. DOSSIÊ TEMÁTICO: DIREITO TRANSNACIONAL	15
EDITORIAL: O Direito Transnacional - Circulação de normas e relações jurídicas transnacionais	16
Priscila Pereira de Andrade	
A EMERGÊNCIA DO DIREITO TRANSNACIONAL AMBIENTAL	18
Priscila Pereira de Andrade	
DESAFÍOS Y RESPUESTAS TRANSNACIONALES FRENTE A LOS CRÍMENES AMBIENTALES	30
Rosmerlin Estupiñan-Silva	
DIREITO TRANSNACIONAL E MUDANÇAS CLIMÁTICAS	50
Géraud de Lassus Saint-Geniès	
ESPECIES EN MOVIMIENTO: LA CONVENCION SOBRE EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ESPECIES AMENAZADAS DE FAUNA Y FLORA SILVESTRES COMO ESPACIO DE “ENCUENTRO” DE DISCURSOS, ACTORES Y ESTRATEGIAS EN EL DERECHO AMBIENTAL TRASNACIONAL	63
María Valeria Berros e Dabel Leandro Franco	
EL CARÁCTER TRANSNACIONAL DEL SISTEMA COMUNITARIO DE ECOGESTION « ECO-MANAGEMENT AND AUDIT SCHEME » (EMAS) DENTRO DE LA UE Y MÁS ALLÁ DE SUS FRONTERAS	72
Adélie Pomade	
O CONCEITO DE CONDUTA EMPRESARIAL RESPONSÁVEL À LUZ DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO, INTERNACIONAL E TRANSNACIONAL	81
Gabriel Webber Ziero	
ARBITRAGEM NO DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: UMA MANIFESTAÇÃO DO DIREITO TRANSNACIONAL	96
Vivian Daniele Rocha Gabriel	

O DIREITO TRIBUTÁRIO SOB UMA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL	117
Franciele de Simas Estrela Borges	
 AS CARACTERÍSTICAS DO DIREITO TRANSNACIONAL COMO METODOLOGIA: ANÁLISE SOB O ENFOQUE DOS ASPECTOS PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM	126
Flávia Foz Mange	
 O DIREITO TRANSNACIONAL (“GLOBAL LAW”) E A CRISE DE PARADIGMA DO ESTADO-CENTRISMO: É POSSÍVEL CONCEBER UMA ORDEM JURÍDICA TRANSNACIONAL?	146
Luiza Nogueira Barbosa e Valesca Raizer Borges Moschen	
 TRANSPORTE AÉREO E DIREITO TRANSNACIONAL: DA CONVERGÊNCIA À UNIFORMIDADE	160
Mickael R. Viglino	
 OUTROS ARTIGOS.....	175
 O FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DO PROGRAMA DE CRESCIMENTO E REDUÇÃO DA POBREZA NO HAITI	177
Pablo Henrique Hubner de Lanna Costa e Carlos Alberto Simões de Tomaz	
 UM ESTRANHO NO NINHO? PADRÕES PRIVADOS NO ACORDO DE BARREIRAS TÉCNICAS AO COMÉRCIO DA OMC	192
Michelle Ratton Sanchez Badin e Marina Yoshimi Takitani	
 OS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS DO PROGRAMA INOVAR-AUTO E OS PRINCÍPIOS DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA E DO TRATAMENTO NACIONAL: UMA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DOS PAINÉIS ATUALMENTE EM CURSO CONTRA O BRASIL NO ÓRGÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC .	211
Eric Moraes Castro e Silva	
 A ERA DA HUMANIDADE: REFLEXÕES PARA A HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL	236
Henrique Weil Afonso	
 PRECEDENTES VINCULANTES NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E NO DIREITO BRASILEIRO: UM ESTUDO COMPARADO	264
Patrícia Perrone Campos Mello	

IL DIRITTO AMBIENTALE SECONDO L'OTTICA DEL DIRITTO COSTITUZIONALE POSITIVO E LA RESPONSABILITÀ PER DANNI ALL'AMBIENTE NEL DIRITTO COMUNITARIO: LO STATO DELL'ARTE DEL DIRITTO AMBIENTALE COSTITUZIONALE E COMUNITARIO	287
Elcio Nacur Rezende	
DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS RELAÇÕES CONSUMEIRISTAS BRASILEIRAS: ANÁLISE À LUZ DAS TEORIAS CLÁSSICAS	307
Daniel Amin Ferraz e Marcus Vinicius Silveira de Sá	
ANALYSIS OF ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF FORUMS PRESCRIBED UNDER THE UNCLOS AND STATE PRACTICE: THE WAY AHEAD FOR INDIA	319
Vinai Kumar Singh	
DO GOVERNO POR LEIS À GOVERNANÇA POR NÚMEROS: BREVE ANÁLISE DO TRADE IN SERVICE AGREEMENT (TISA).....	338
Jânia Maria Lopes Saldanha, Rafaela da Cruz Mello e Têmis Limberger	
AS DIRETIVAS EUROPEIAS COMO NORMA REGULADORA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL ..	356
Alice Rocha da Silva e Ruth Maria Pereira dos Santos	
O DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA AGRÍCOLA COMUM DA UNIÃO EUROPEIA	375
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff	
A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS FACE AO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA	391
Fernanda Araújo Kallás e Caetano	
O DIREITO INTERNACIONAL ENTRE O DEVER ÉTICO E A AÇÃO POLÍTICA: OS FUNDAMENTOS DE UM DEVER DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA FILOSOFIA POLÍTICA DE IMMANUEL KANT	405
Ademar Junior Pozzatti	
EXTENSÃO E FRAGMENTAÇÃO NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL	423
Marcus Vinícius Xavier de Oliveira	
A DEFINIÇÃO JURÍDICA DA “COMUNIDADE”	444
Nitish Monebhurrun, Michelle Lucas Cardoso Balbino, Fernanda Castelo Branco Araujo, Othon Pantoja, Míara Bogo Bruno e Cândida Dettenborn Nóbrega	

COMPARATIVE STUDY ON CHINESE LOCAL LEGISLATION OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PROGRESS473

LI Xiaoming e LI Yihan

O CONTROLE PENAL DO TRÁFICO DE PESSOAS: CONSTRUÇÃO JURÍDICA, INTERAÇÕES ORGANIZACIONAIS E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL485

Bruno Amaral Machado e Priscilla Brito Silva Vieira

DESATIVISMO JUDICIAL: A EXTRADIÇÃO BATTISTI NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL505

Francisco Rezek e Israel Paulino

A DECISÃO NORTE-AMERICANA DO CASO MYRIAD: NOVOS PARADIGMAS PARA A PROTEÇÃO PATENTÁRIA DO CÓDIGO GENÉTICO HUMANO E BIOTECNOLOGIA 514

José Carlos Vaz e Dias e Clarisse De La Cerda

Transnational Law and Climate Change

Géraud de Lassus Saint-Geniès**

RESUMO

A participação dos atores privados na luta contra as mudanças climáticas é um fato bem estabelecido e que é responsável pela produção de uma atividade normativa intensa e diversificada. Essa atividade ocorre, principalmente, por meio da elaboração de certas normas climáticas de origem privada e que possuem uma dimensão internacional em razão da desterritorialização de seus âmbitos de aplicação. Essa constatação nos leva a questionar a existência de um possível direito transnacional das mudanças climáticas que se desenvolve à margem do direito nacional e internacional das mudanças climáticas. Com base nas discussões que têm sido realizadas sobre o direito transnacional em outras áreas, este estudo pretende fornecer algumas respostas sobre a possível existência de um direito transnacional das mudanças climáticas.

Palavras-chave: mudanças climáticas, direito transnacional, direito transnacional da mudança climática

ABSTRACT

Private entities engagement in the battle against climate change is a well-established fact, and a source of intense and diversified normative activity. A certain type of climate rules has thus arisen, with a private origin and an international scope, as they transcend the borders of existing territories. In this context, one could wonder about the possible existence of a transnational climate change law, as a relatively autonomous body of law, which would exist at the margins of international and national climate change law. Building on the discussions that have been conducted about the transnational law in other areas of regulations, this study intends to provide answers about the possible existence of a transnational climate change law.

Keywords: climate change, transnational law, transnational climate change law

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho consiste em determinar se existe, atualmente, um direito transnacional das mudanças climáticas, isto é um “direito inter-

* Recebido em 03/11/2016
Aprovado em 19/11/2016

** Doutor em direito, Diretor adjunto do Centro de pesquisa e inovação Goldcorp sobre o direito dos recursos naturais e da energia (*Chaire de recherche et d'innovation Goldcorp en droit des ressources naturelles et de l'énergie*), docente da Faculdade de Direito da Universidade Laval (Quebec, Canada). O autor agradece André Tschumi, estudante no programa de doutorado em Direito da Universidade Laval, pela sua ajuda na elaboração desta pesquisa. E-mail: gdelassus@gmail.com

nacional de origem privada”¹ que se desenvolve à margem do direito nacional e internacional das mudanças climáticas. Primeiramente, começaremos por destacar que a luta contra as mudanças climáticas não é uma área na qual é comum - como é o caso com o comércio (*lex mercatoria*)², com o esporte (*lex sportiva*)³ ou com a internet (*lex electronica*)⁴ - invocar a existência de um direito transnacional. A doutrina jurídica se interessa muito pouco por esse assunto, talvez devido, em parte, à força de atração exercida pelo sistema multilateral das Nações Unidas como objeto de estudo⁵. No entanto, em razão de vários outros aspectos, essa questão merece ser estudada.

Atualmente, está claro que a luta contra as mudanças climáticas não é uma preocupação exclusiva das entidades estatais. Durante os últimos quinze anos muitos atores privados (empresas, organizações não-governamentais e cientistas) se envolveram na busca de soluções para o problema do efeito estufa. Como consequência do aumento e da diversificação dos atores privados envolvidos na governança climática, tal governança é considerada cada vez mais frequentemente como um fenômeno de caráter transnacional⁶. Além disso, e como

será discutido na primeira parte deste estudo, existe, atualmente, muitas “normas”⁷ na área da luta contra as mudanças climáticas que são elaboradas por entidades privadas e que possuem uma dimensão internacional. O âmbito de aplicação dessas normas encontra-se desterritorializado. Existe, portanto, um fenômeno sociológico que parece legítimo para ser analisado do ponto de vista do direito a fim de determinar, pelo menos, o seu âmbito legal e de ter uma melhor compreensão de tal fenômeno.

E isso parece ainda mais necessário no contexto atual, o qual nós ousamos dizer que é, particularmente, propício a um questionamento do “monopólio das normas”⁸ dos Estados nessa matéria e ao surgimento de um direito transnacional das mudanças climáticas que compete com a “juridicidade oficial”⁹. Na realidade, não existe uma clara necessidade de se ter mais direito. O clima já é objeto de uma grande regulamentação tanto no direito nacional quanto no internacional, a qual continua a aumentar gradualmente. Porém, considerando-se os resultados (até o presente limitados) das ações normativas dos Estados,

1 Hélène Ruiz Fabri, “Immatériel, territorialité et État”, *Archives de Philosophie du droit*, vol. 43, 1999, p. 199. Porém, é importante ressaltar que o conceito de direito transnacional, criado por Philip C. Jessup, tinha originalmente um significado muito mais amplo. Philipp C. Jessup, *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956, p. 2. “I shall use, instead of ‘international law’, the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories”.

2 Berthold Goldman, “La *lex mercatoria* dans les contrats et l’arbitrage internationaux : réalité et perspectives”, *Journal du droit international*, 1979, pp. 475-505.

3 Franck Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Boston, 2007, xx-849 páginas.

4 Pierre Trudel, “La *lex electronica*”, in Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, pp. 221-268.

5 Um recente estudo realizado por Daniel Bodansky foi, no entanto, especificamente dedicado a esse tema. Daniel Bodansky, “Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder?”, in Terence C. Halliday, Gregory Shaffer, dir., *Transnational Legal Orders*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 290.

6 Consultar, por exemplo: Philipp Pattberg, Johanne Stripple, “Beyond the Public and Private Divide: Remapping Transnational Climate Governance in the 21st Century”, *International Environmental Agreements*, vol. 8, 2008, p. 368. De acordo com os autores, a “transnacionalização da governança do clima” é um fenômeno que se expressa de diferentes maneiras, principalmente pela presença na governança do clima de um mosaico de atores, incluindo os Estados, a sociedade civil, os cientistas, as empresas e as entidades sub-

estatais (cidades, províncias, regiões, e estados federais). No entanto, neste estudo o termo “direito transnacional” é entendido como abrangendo apenas as relações jurídicas em que pelo menos uma das partes seja uma entidade privada. No que diz respeito às relações jurídicas envolvendo apenas as entidades sub-estatais, nós preferimos utilizar o termo “transgovernabilidade”. Essa expressão é utilizada por alguns autores quando as entidades sub-estatais agem de forma independente na área internacional. A propósito da utilização desse termo, consultar: Robert O. Keohane, Joseph S. Nye, “Transgovernmental Relations and International Organizations”, *World Politics*, vol. 27, n°1, 1974, p. 41. Consultar igualmente: Andrea Hamann, Hélène Ruiz Fabri, “Transnational Networks and Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008, p. 481. Segundo esses autores, “[t]ransnational networks can [...] be broken into two [...] distinct categories on the basis of their participants: on the one hand, we find networks of primarily private ordering that one could call private transnational networks, composed of private actors, while, on the other, there are networks of national governmental officials-components of the disaggregated state-that may be characterized as transgovernmental networks”.

7 O termo é usado aqui no seu sentido mais amplo para designar as exigências que indicam o que deve ser ou o que deveria ser e faz assim referência à toda “regra que indica a direção geral a ser atribuída a uma conduta”, ao “[m]odo que convém para se dirigir [uma] atividade” ou ainda a um “método a seguir”. Gérard Cornu, dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2008, p. 618 [tradução livre].

8 Hélène Ruiz Fabri, “Immatériel, territorialité et État”, *op. cit.*, note 1.

9 Denys de Béchillon, « La structure des normes juridiques à l’épreuve de la postmodernité », in Arnaud Berthoud, Evelyn Serverin, dir., *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l’institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, L’Harmattan, Paris, 2000, p. 72.

principalmente a nível internacional, a necessidade de haver um direito mais eficaz - ou pelo menos melhor “equipado” - para lidar com desafio do clima é urgente. E levando-se em conta que são as entidades privadas (principalmente as empresas) que emitem gases de efeito estufa (GEE) e que têm a capacidade para desenvolver novas tecnologias, é razoável pensar que essas entidades estão numa posição privilegiada para implementar ações eficazes para lutar contra as mudanças climáticas, desde que elas o queiram fazer. Entretanto, não há como negar que a resolução da crise climática requer também grande cooperação política, a qual depende da ação dos Estados. Porém, mais do que os governos, são principalmente as entidades privadas que controlam os principais recursos para resolver o problema do clima. Na luta contra as mudanças climáticas, essas entidades privadas tendem, portanto, a aparecer como verdadeiros concorrentes aos Estados e é nesse sentido que podemos questionar se o envolvimento de tais entidades na governança do clima não seria acompanhado pela formação de um direito transnacional das mudanças climáticas.

Se nos referirmos às diversas pesquisas que têm se dedicado ao direito transnacional, para que possamos atestar a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas, deve-se demonstrar pelo menos três elementos. Primeiro, deve ser estabelecido que as entidades privadas encontram-se na origem de uma atividade normativa e que elas elaboram normas de escala internacional no combate as mudanças climáticas, o que na verdade não representa uma dificuldade pois a existência de tais normas pode ser facilmente verificada. Em seguida, levando-se em conta que a doutrina concebe, geralmente, o direito transnacional como “sistemas jurídicos que se desenvolvem independentemente do Estado”¹⁰, deve-se demonstrar dois pontos: (a) que essas normas internacionais de origem privada sobre o clima constituem uma ordem jurídica, pelo menos em forma embrionária, e que assim elas possuem um certo

10 Partick Daillier, Mathias Forteau, Alain Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 2009, p. 46. A doutrina considera que a característica de base do direito transnacional é a existência de uma ordem (ou sistema) jurídico dotado de certa organização e que possui um relativo grau de autonomia em relação ao direito concebido pelos Estados. Nesse sentido, confira: Jean-Flavien Lalive, “Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 181, tome III, 1983, p. 31. Segundo esse autor, o direito transnacional constitui “um terceiro sistema jurídico, distinto tanto dos sistemas de direito interno quanto do *ius gentium*” [tradução livre].

grau de consistência; (b) que essas normas são suficientemente separadas do direito criado pelos Estados para que elas possam ser consideradas como um “terceiro direito”¹¹ distinto do direito nacional e internacional. Em terceiro lugar, após especificar quais são essas normas internacionais de origem privada sobre o clima que são encontradas atualmente na governança climática (I), vamos investigar se essas normas são suficientemente consistentes (II) e autônomas (III), para que possamos concluir a respeito da existência de um direito transnacional das mudanças climáticas.

2. A IDENTIFICAÇÃO DAS NORMAS CLIMÁTICAS INTERNACIONAIS DO DIREITO PRIVADO

Identificar as normas climáticas que têm uma dimensão internacional e uma origem privada é um exercício que apresenta alguma dificuldade. Essas normas são muito numerosas e diversificadas, e assim parece difícil elaborar um inventário exaustivo dentro de um sistema de classificação de rigor impecável. No entanto, com base no critério do seu objeto, essas normas privadas internacionais sobre o clima podem ser agrupadas em pelo menos quatro categorias distintas, dependendo se eles dizem respeito ao processo de certificação (A), a contabilização das emissões de GEE e a divulgação das informações sobre tais emissões (B) sobre o comércio de direitos de emissão (C) ou sobre a definição de compromissos voluntários (D).

2.1. As normas relativas à certificação

Na luta contra as mudanças climáticas, as normas que estabelecem processos de certificação são numerosas e são encontradas em vários contextos. A presença de tais normas pode ser observada, por exemplo, no âmbito dos mercados voluntários de carbono. Criados de forma espontânea e à margem de qualquer regulação estatal, esses mercados “cobrem todas as abordagens voluntárias para recorrer à compra de créditos de carbono”.

11 Michel Virally, “Un tiers droit ? Réflexions théoriques”, in *Le droit des relations économiques. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982, p. 373. Nesse mesmo sentido, confira : Charles-Albert Morand, “Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations”, in Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation, op. cit.*, note 4, p. 98. Esse autor prefere falar de um “direito anacional”.

no destinados a internalizar ou a neutralizar o impacto das emissões de uma dada atividade”¹². Eles permitem, assim, que as empresas, as pessoas físicas ou as entidades públicas possam comprar créditos de emissão gerados por outras entidades para “cover some or all of their carbon footprint for particular activities or business, or just to display their concern for the environment”¹³.

No entanto, a principal desvantagem desses mercados voluntários é que nenhuma regulação estatal pode garantir que os créditos de emissão negociados correspondem a reduções de emissões de GEE que realmente ocorreram. Porém, isso se trata de um elemento essencial para a credibilidade e, assim, para a sustentabilidade desses mercados. Além disso, algumas entidades privadas estão progressivamente desenvolvendo regras para assegurar a certificação dos créditos de emissão para garantir a sua credibilidade e integridade ambiental. A certificação é hoje uma prática bem estabelecida nos mercados voluntários de carbono¹⁴ e, atualmente, existem dezenas de programas de certificação como o *Verified Carbon Standard* ou ao *Gold Standard* (os mais frequentemente utilizados pelas empresas participantes nos mercados voluntários¹⁵) que abrangem diversos tipos de projetos de redução ou de absorção de gases de efeito estufa (silvicultura, agricultura, energia renovável, eficiência energética, transportes ...).

Em geral, esses programas são todos baseados numa mesma lógica de funcionamento que pode ser resumida como se segue. O organismo de certificação define as regras que estabelecem uma série de critérios e de etapas que os projetos de redução ou de absolvição de

emissões devem cumprir para gerar os créditos de emissões que são certificados pelo organismo. Tais regras dizem respeito, principalmente: (i) a natureza dos projetos aceitos pelo organismo de certificação; (ii) a metodologia utilizada para calcular a quantidade de GEE que os projetos podem compensar (neutralizar); (iii) as modalidades de verificação (realizada por terceiros) dos benefícios climáticos dos projetos; (iv) aos procedimentos em caso de litígio entre as empresas promotoras de um projeto e o organismo de certificação.

Nesses últimos anos, essa lógica de certificação foi, também, estabelecida em outras áreas do combate contra as mudanças climáticas, como no caso do financiamento dos projetos. Assim, existem hoje regras, como as desenvolvidas pelo *Climate Bonds Initiative*¹⁶, que permitem a certificação de obrigações verdes que são emitidas por empresas que desejam obter financiamento para realizar projetos favoráveis à proteção do clima. Essa certificação tem os objetivos de garantir a confiabilidade das obrigações verdes e que os fundos obtidos serão devidamente utilizados para estimular o desenvolvimento de uma economia com baixas emissões de carbono. Além disso, constatamos que algumas associações profissionais, como a Associação Mundial do Aço, possuem suas próprias regras para certificar o comportamento de seus membros. No caso dessa associação profissional, foi desenvolvido um programa de reconhecimento para as emissões de CO₂ provenientes das instalações de produção de aço, de acordo com uma metodologia especial que já está integrada a uma norma ISO¹⁷. Para estimular o uso desse programa pelos seus membros, a associação desenvolveu um dispositivo que emite os certificados para as empresas que o utilizam¹⁸.

16 Essa associação sem fins lucrativos formada por entidades privadas (bancos, ONGs) e pelo governo suíço colocou em prática um sistema de certificação de títulos verdes emitidos como parte de vários projetos (energias renováveis, transporte, setor residencial). As empresas que desejam obter uma certificação devem, por exemplo, demonstrar que os fundos obtidos por meio das obrigações verdes não serão utilizados, nem mesmo temporariamente, para financiar atividades prejudiciais ao ambiente, ou ainda, fornecer informações sobre a forma como elas recorrem às melhores práticas sociais e ambientais. *Climate Bonds Initiative, Climate Bonds Standard*, maio 2015, pp. 5-6, disponível: <[http://www.climatebonds.net/files/files/CB%20Standard%20V1_0\(3\).pdf](http://www.climatebonds.net/files/files/CB%20Standard%20V1_0(3).pdf)> (consultado em 15 de setembro de 2015).

17 Norma ISO 14404-1:2013, *Méthode de calcul de l'intensité de l'émission de dioxyde de carbone de la production de la fonte et de l'acier*.

18 World Steel Association, *CO₂ emissions data collection. User Guide, Version 6*, 21 páginas, disponível: <<https://www.worldsteel.org/steel-by-topic/climate-change/data-collection.html>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

12 Sandrine Maljean-Dubois, Matthieu Wemaëre, *La diplomatie climatique. Les enjeux d'un régime international du climat*, Pedone, Paris, 2010, p. 95.

13 International Emission Trading Association, *Voluntary Markets for IETA*, disponível: <http://www.ieta.org/index.php?option=com_content&view=article&id=414:voluntary-markets-for-ieta1&catid=54:3-minute-briefing> (consultado em 15 de setembro de 2015).

14 Kelley Hamrick, *Ahead of the Curve. State of the Voluntary Carbon Markets 2015*, Ecosystem Marketplace, junho 2015, p. 4, disponível: <http://forest-trends.org/releases/uploads/SOVCM2015_Full-Report.pdf> (consultado em 15 de setembro de 2015). Os estudos sobre esses mercados voluntários indicam de fato que “the vast majority of voluntary carbon projects now use third-party verified standards”, o que tende a atribuir um âmbito de aplicação internacional às regras de certificação. Sobre essa questão, conferir também: Lisa Hodes Rosen, Adrienne Bossi, “Due Process Rights in the Carbon Markets”, *Sustainable Development Law & Policy*, vol. 11, n° 2, 2011, p. 10. Os autores observam que em 2008 e 2009 mais de 90% dos créditos de emissões negociados foram certificados por terceiros.

15 Kelley Hamrick, *Ahead of the Curve. State of the Voluntary Carbon Markets 2015*, *op. cit.*, note 14, p. 16.

2.1. As normas relativas ao cálculo das emissões de gases do efeito estufa (GEE) e à divulgação de informações sobre as emissões de GEE

Além da certificação, existe, também, um conjunto de normas privadas internacionais sobre o clima que define as ferramentas metodológicas e parâmetros de referência para auxiliar as entidades privadas a calcular suas emissões de GEE e divulgar seu desempenho em termos de emissões de GEE. Nesse sentido, o melhor exemplo é sem dúvida o do *Greenhouse Gas Protocol*¹⁹. Elaborado em 2001 (e atualizado) pelo *World Resources Institute* e pelo *World Business Council on Sustainable Development* numa parceria público-privada (empresas, ONGs, governos e cientistas), o *Greenhouse Gas Protocol* propõe uma metodologia que qualquer entidade pública ou privada pode utilizar para calcular suas emissões de GEE e elaborar inventários de sua pegada de carbono²⁰. Com base nessa ferramenta, outras regras de contabilização das emissões têm sido desenvolvidas em setores industriais específicos, como na produção de cimento ou de alumínio. Essa ferramenta serviu também como base para o desenvolvimento pela Organização Internacional de Normalização da norma ISO 14064-1:2006, *Especificação e orientação a organizações para quantificação e elaboração de relatórios de emissões e remoções de gases de efeito estufa*.

De modo geral, deve-se mencionar que várias normas foram adotadas como parte do sistema de normalização ISO em relação à contabilidade das emissões de GEE, mas também sobre outros aspectos relacionados às questões climáticas. Essas normas são abrangidas pela família ISO 14000 das normas internacionais de gestão ambiental. Além da ISO 14064-1:2006, podemos citar a ISO 14064-2:2006 para a contabilização dos projetos relativos às emissões de GEE, a ISO 14064-3:2006 que estabelece as especificações e orientações para a validação e a verificação das declarações de emissões, a ISO 14065:2007 que define os requisitos para a acreditação de organismos que realizam a validação e a verificação de inventários de GEE com base nas normas ISO 14064, ou ainda a ISO

14067:2013 que diz respeito ao cálculo da pegada de carbono dos produtos. Como podemos constatar, a questão da contabilização das emissões de GEE e da divulgação de informações sobre as emissões de GEE resultou no surgimento de muitas normas técnicas.

2.3. As normas relativas ao comércio dos direitos de emissão

O comércio dos direitos de emissão constitui outro tema que é objeto de um número importante de normas privadas internacionais sobre o clima. Lembramo-nos de que o Protocolo de Kyoto criou um amplo mercado internacional de carbono, que, ainda, está em atividade, no qual empresas e governos podem trocar diferentes tipos de direitos de emissão. Nesse contexto, foram celebrados diversos contratos de venda entre empresas, mas também entre empresas e governos, para permitir a transferência desses direitos de emissão. Dito de outra maneira, muitos vínculos jurídicos transnacionais foram estabelecidos como parte do mercado internacional do carbono, mas também no contexto de mercados de carbono transfronteiriços que têm sido implementados em outros níveis de governança (mercado regional europeu, mercado conjunto Quebec-Califórnia em nível sub-nacional).

É interessante constatar que o grande aumento do comércio dos direitos de emissão nesses diferentes mercados tem sido a fonte de um fenômeno de padronização dos contratos de venda, fenômeno que por sua vez ajudou a impulsionar o desenvolvimento desses intercâmbios. Assim, o comércio dos direitos de emissão é, atualmente, realizado por meio de contratos tipo elaborados por entidades privadas. Assim, por exemplo, a *International Emission Trading Association*, uma organização sem fins lucrativos, destinada a promover o desenvolvimento dos mercados de carbono, desenvolveu vários modelos de contratos de venda de direitos de emissão que podem ser usados para concluir transações em diferentes mercados de carbono, como o europeu ou o de unidades de redução certificada de emissões que são gerados por meio do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo do Protocolo de Kyoto. Nesse último caso, o modelo de contrato desenvolvido pela *International Emission Trading Association*, o *Emission Reduction Purchase Agreement*²¹ constitui uma referência no mundo do co-

19 World Resources Institute, World Business Council on Sustainable Development, *The Greenhouse Gas Protocol. A Corporate Accounting and Reporting Standard. Revised Edition*, 112 páginas, disponível: <<http://www.ghgprotocol.org/files/ghgp/public/ghg-protocol-revised.pdf>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

20 Emmanuelle Mazuyer, Isabelle Michallet, “La responsabilité sociale des entreprises et la lutte contre les changements climatiques”, in Sandrine Maljean-Dubois, Apolline Roger, dir., *L’implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, La Documentation française, Paris, 2011, pp. 32-33.

21 International Emission Trading Association, *Emission Reductions Purchase Agreement*, disponível: <<http://www.ieta.org/trading-documents>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

mércio de carbono²².

2.4. As normas relativas aos compromissos voluntários

Em alguns casos, as normas internacionais privadas sobre o clima formulam compromissos voluntários que são assumidos pelas próprias entidades privadas a fim de combater as mudanças climáticas. Fazem parte dessa categoria, em primeiro lugar, os compromissos que são assumidos por empresas e que são geralmente registrados em cartas ou guias de conduta. A título de exemplo, podemos citar a *Carta Segurança Saúde Ambiente Qualidade* da empresa Total, uma multinacional do setor energético. No artigo 9 da carta a empresa se compromete a assegurar o “controle do consumo de energia [e] suas emissões no meio ambiente (água, ar, solo)”²³ [tradução livre]. Podemos mencionar também o *Plano Clima Air France-KLM* no qual as transportadoras aéreas se comprometem em apoiar “os esforços para alcançar um novo acordo climático”, encorajar os “programas de pesquisa, principalmente de energias renováveis, como os biocombustíveis para a aviação”, bem como colocar “à disposição de seus clientes informações transparentes e confiáveis sobre as emissões de CO2 relacionadas a sua viagem”²⁴ [tradução livre].

No entanto, além desse tipo de compromisso, que é geralmente parte de responsabilidade social das empresas, essa categoria de normas inclui, também, outras formas de compromissos assumidos em contextos mais ou menos distantes do mundo dos negócios. A esse respeito, o exemplo mais marcante é certamente o da Recomendação n° 36, que foi adotada pelos participantes no XIII Congresso Olímpico, reunido em Copenhague, em 2009, e no qual se afirma que “o Movimento Olímpico é [...] comprometido com a proteção do meio am-

biente global e está empenhado em forjar relações mais estreitas com as Nações Unidas e todas as outras instituições para responder a esse imperativo moral, particularmente, em relação a importante questão da mudança climática”²⁵ [tradução livre]. Podemos citar, também, os compromissos assumidos por entidades privadas que decidem aderir à *Global Methane Initiative*. Lançado em 2004, essa iniciativa intergovernamental é um fórum de cooperação que reúne 43 Estados e visa estimular a redução e a modernização das emissões de metano em alguns setores (agricultura, mineração de carvão, gestão de resíduos...). No entanto, uma das peculiaridades dessa iniciativa é que ela permite a participação do setor privado. Na verdade, as entidades privadas (empresas, ONGs, centros de pesquisa) podem assinar um “Membership Agreement” por meio do qual elas se comprometem de forma voluntária e não compulsória a assumir certas “[r]esponsibilities”²⁶, como apoiar a redução e a modernização das emissões de metano, participar das atividades organizadas pela *Global Methane Initiative*, trabalhar com os outros parceiros para identificar maneiras eficazes de reduzir e reutilizar as emissões de metano, ou ainda, realizar ações para o desenvolvimento de projetos²⁷.

Por meio desse inventário não exaustivo, demonstra-se que existe atualmente um conjunto de normas internacionais em matéria de combate as mudanças climáticas, cuja criação foge (pelo menos parcialmente no caso de normas desenvolvidas em conjunto com as entidades públicas) ao controle do Estado. Certamente, e de acordo com as palavras de Franck Latty, “o observador ligado à teoria clássica das fontes formais verá talvez [em todas essas normas climáticas] apenas um ‘esboço’ pseudo-jurídico. No entanto, do ponto de vista sociológico, é dificilmente contestável que essas normas possam florescer e produzir seus efeitos sem a intervenção do Estado”²⁸ [tradução livre]. Nesse sentido, consideramos que existe um fenômeno jurídico transnacional no

22 Martijn Wilder, Monique Willis, Mina Guli, “Carbon Contracts, Structuring Transactions: Practical Experiences”, in David Freestone, Charlotte Streck, dir., *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms: Making Kyoto Work*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 295-312.

23 Total, *Charte sécurité santé environnement qualité*, dezembro de 2014, disponível: <http://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/charte-securite-environnement-qualite_vf.pdf> (consultado em 15 de setembro de 2015).

24 Air France-KLM, *Le Plan Climat Air France-KLM*, disponível: <<http://corporate.airfrance.com/fr/developpement-durable/environnement-et-climat/lutter-contre-le-changement-climatique/le-plan-climat-air-france-klm>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

25 XIII^e Congrès olympique, “Le mouvement olympique dans la société”, Copenhague, 2009, recommandation n° 36, disponível: <http://www.olympic.org/Documents/Congress_2009/Recommandations%20-%20fre.pdf> (consultado em 15 de setembro de 2015).

26 Global Methane Initiative, *Global Methane Initiative (GMI) Project Network Membership Agreement*, disponível: <<https://www.globalmethane.org/documents/ppnma.pdf>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

27 *Ibid.*

28 Franck Latty, “La diversité des sources du droit de l’internet”, in *Internet et le droit international*, Pedone, Paris, 2013, p. 60.

âmbito do combate as mudanças climáticas. Mas para determinar se esse fenômeno dá origem a um direito transnacional das mudanças climáticas, temos também de verificar se existe uma certa coerência entre todas essas normas internacionais de caráter privado sobre o clima.

3. A COERÊNCIA DAS NORMAS CLIMÁTICAS INTERNACIONAIS DO DIREITO PRIVADO

Para saber se as normas internacionais de origem privada sobre o clima formam uma ordem jurídica, sem dúvida, temos de evitar o estabelecimento de comparações excessivamente rigorosas com o direito nacional e mesmo internacional. Diante de um fenômeno jurídico transnacional que é espontâneo e descentralizado, não se pode logicamente esperar que tal ordem jurídica seja tão organizada e hierarquizada quanto aquelas elaboradas pelos Estados²⁹. Trata-se de um tipo diferente de direito, dentro do qual deve-se pensar o fenômeno jurídico de forma diferente. Desnecessário, portanto, de procurar discernir um todo, uma organização única, concebida de acordo com a coerência de todos os participantes³⁰. Mas, por outro lado, seria difícil vislumbrar um sistema jurídico em que haveria apenas normas dispersas e desconexas que não satisfazem a qualquer lógica coletiva. A existência de um “agente unificador”³¹ é certamente necessária para a existência de uma ordem jurídica, ainda que essa ordem não seja bem organizada. Nesse contexto, a questão primordial é se podemos distinguir no conjunto de normas privadas internacionais sobre o clima um grau mínimo de unidade, de coerência e de organização, e se a relação entre essas normas vai além da mera justaposição.

Nesse ponto devemos admitir que não está claro qual ligação ou lógica coletiva poderia permitir a união das normas privadas internacionais sobre o clima, levando-se em conta a grande diversidade de tais normas. Essa diversidade é primeiramente uma diversidade dos autores dessas normas, pois não identificamos a existência de uma coletividade (como a comunidade de

comerciantes para a *lex mercatoria*³² ou as associações esportivas para a *lex sportiva*) que represente a origem desse fenômeno jurídico transnacional (ONGs? multinacionais? associações profissionais? parcerias público-privada?). Trata-se na verdade de uma comunidade de atores muito heterogênea, altamente descentralizada e que carece de qualquer estrutura. Essa constatação aplica-se não somente aos autores das normas, mas também aos seus beneficiários na medida em que essas normas destinam-se a reger o comportamento de entidades muito diferentes.

Essa diversidade é, também, uma diversidade dos objetos que essas normas tratam: a certificação dos créditos de carbono, a certificação das obrigações verdes, a contabilidade das emissões de GEE, a divulgação de informações sobre as emissões de GEE, os compromissos voluntários, a venda de direitos de emissão... A gama de atividades reguladas pelas normas privadas internacionais no âmbito das mudanças climáticas é bastante considerável. Isso não é surpreendente, pois a luta contra as mudanças climáticas não é um objeto regulamentado de modo homogêneo. As mudanças climáticas constituem uma questão transversal que pode ser tratada por uma grande variedade de indústrias e, assim, estar sujeito a medidas muito variadas. Nota-se, também, que mesmo no direito público (nacional ou internacional), as normas a respeito das mudanças climáticas se referem mais a um conjunto de regras relacionadas a diversos problemas específicos (diminuição das emissões, adaptação, mercado de carbono, apoio à inovação, regulação setorial...) do que a um conjunto de regras com um único objeto de regulamentação.

Nós nos questionamos mesmo se algumas dessas normas privadas internacionais sobre o clima não deveriam, em última análise, serem tratadas por outras áreas da regulação transnacional. Esse questionamento é relevante, por exemplo, para a recomendação adotada no XIII Congresso Olímpico em 2009, quando o Movimento Olímpico comprometeu-se a desenvolver relações mais estreitas com a Organização das Nações Unidas na luta contra as mudanças climáticas. Trata-se nesse caso de uma norma do âmbito esportivo ou do

29 Charles-Albert Morand, “Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations”, *op. cit.*, nota 11, p. 99.

30 Mireille Delmas-Mary, *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l’universel*, Seuil, Paris, 2004, p. 110.

31 Alain Pellet, “Avant-propos”, in *op. cit.*, Franck Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, nota 3, ix.

32 Michel Virally, “Un tiers droit ? Réflexions théoriques”, *op. cit.*, nota 11, p. 376. De acordo com o autor, “a idéia de uma *lex mercatoria* pressupõe a existência de uma comunidade comercial e industrial suficientemente coerente nos seus comportamentos para dar nascimento a um conjunto de regras com tais participantes” [tradução livre].

âmbito da luta contra as mudanças climáticas? Um questionamento similar pode ser feito a respeito da venda de direitos de emissão. A *lex mercatoria*, diz-se, é constituída pelo “uso universal e sistemático feito pelos operadores do comércio internacional em contratos ou cláusulas contratuais padronizadas”³³ [tradução livre]. No entanto, levando-se em conta que assistimos a uma padronização dos contratos de venda de direitos de emissão, devemos admitir que os usos próprios dessa atividade seriam uma fonte de obrigações para a comunidade dos “comerciantes” dos direitos de emissão?

Diante de tanta diversidade e fragmentação, é verdade que os traços de uma ordem jurídica qualquer parecem difíceis de identificar. Dito isso, nós vemos que algumas dessas normas privadas internacionais sobre o clima mantêm relações que vão além da mera coexistência. Por exemplo, em 2007, o ISO, o *World Resources Institute* e o *World Business Council for Sustainable Development* concluíram um memorando de entendimento para a promoção conjunta da norma ISO 14064-1:2006 e das normas contidas no *Greenhouse Gas Protocol*. Assim, quando se trata de estabelecer inventários de GEE, o *Greenhouse Gas Protocol* recomenda que as empresas utilizem as normas elaboradas pela ISO³⁴. Da mesma forma, de acordo com as regras do *Verified Carbon Standard*, as empresas que desejam obter uma certificação devem cumprir a norma ISO 14064-2:2006 (relativa à contabilização das emissões de GEE) e permitir a verificação do seu inventário por uma entidade que respeita às normas ISO 14064-3:2006 e ISO 14065:2007³⁵.

Esses exemplos são interessantes na medida em que atestam uma certa interação entre as diversas normas privadas internacionais sobre o clima. Mas uma das principais características de um sistema (jurídico ou não), é a existência de relações específicas entre os diferentes elementos que o compõem³⁶. No entanto, por

si só, a constatação dessas interações nos parece insuficiente para admitir a presença de uma ordem jurídica, mesmo em forma embrionária. Se isso não contribui para confirmar a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas, resta-nos ainda examinar quais relações essas normas privadas internacionais sobre o clima mantêm com o direito elaborado pelos Estados.

4. A AUTONOMIA DAS NORMAS CLIMÁTICAS INTERNACIONAIS DO DIREITO PRIVADO

Sabemos que “por definição, qualquer sistema jurídico tem um certo grau de autonomia”³⁷ [tradução livre] em relação a outros sistemas jurídicos. Mas por outro lado, também sabemos que nenhum sistema jurídico é perfeitamente autônomo. O direito internacional e nacional não são isolados um em relação ao outro como também não são isolados entre si os diversos sistemas jurídicos nacionais³⁸. Nessas circunstâncias, não se trata, então, de saber se as normas privadas internacionais sobre o clima encontram-se ou não totalmente separadas do direito dos Estados, mas sim de determinar o grau de autonomia em relação a esse tipo de direito. Em outras palavras, trata-se de compreender em qual medida essas normas privadas internacionais sobre o clima podem existir e serem aplicadas sem o apoio dos Estados.

A propósito de certos contratos de venda de direitos de emissão, sobretudo aqueles concluídos entre empresas e governos, é, extremamente, difícil, se não impossível, medir o grau de autonomia. Tais contratos são firmados de comum acordo e permanecem, devido à natureza dos interesses econômicos em jogo, estritamente confidenciais. No entanto, seria interessante saber o que esses contratos preveem a respeito da resolução de litígios (uma arbitragem? recurso aos tribunais nacionais? direito aplicável?). Dito isto, para além desses casos particulares, o que notamos é que as normas privadas internacionais sobre o clima possuem, essencialmente, um grau muito baixo de autonomia e que o espectro dos sistemas jurídicos estatais nunca está muito longe.

simples justaposição” [tradução livre].

37 Franck Latty, *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, op. cit., nota 3, p. 415.

38 Michel Virally, “Un tiers droit ? Réflexions théoriques”, op. cit., nota 11, p. 376.

33 Éric Loquin, “Où en est la *lex mercatoria* ?”, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux: à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2001, p. 23.

34 World Resources Institute, World Business Council for Sustainable Development, *The Greenhouse Gas Protocol. A Corporate Accounting and Reporting Standard*, op. cit., nota 19, p. 51.

35 Verified Carbon Standard, *Guide du programme VCS*, 8 octobre 2013, p. 9 disponível: <http://www.v-c-s.org/sites/v-c-s.org/files/FR%20VCS%20Program%20Guide%2C%20v3.5_1.pdf> (consultado em 15 de setembro de 2015).

36 François Ost, Michel van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 25. De acordo com os autores, “a noção de sistema parece envolver [...] a existência de relações específicas entre esses elementos, e não a sua

Por exemplo, no caso do *Verified Carbon Standard*³⁹ e do *Climate Bonds Initiative*⁴⁰, existem muitos procedimentos para reclamações, recursos e revisões para permitir que as empresas contestem as decisões dos organismos de certificação. No entanto, ambos os casos constituem procedimentos não contenciosos e baseados apenas em um controle de oportunidade realizado internamente pelos organismos de certificação. Ou seja, tais decisões não são tomadas por um tribunal independente, tampouco são fundamentadas no direito. Em caso de litígio, a única solução possível parece advir do direito interno. O mesmo é válido para as disputas sobre o processo de certificação ISO, sobre o cumprimento dos compromissos voluntários assumidos pelas empresas como parte de suas atividades, ou ainda sobre a utilização da metodologia proposta pelo *Greenhouse Gas Protocol*. Em todos esses exemplos, não há nenhum mecanismo internacional para resolver os litígios de natureza privada, o que obriga as partes a buscar necessariamente os direitos nacionais para decidir quaisquer litígios. Contudo, em relação a certas normas, como o “Membership Agreement” da *Global Methane Initiative*, não está claro como tais litígios poderiam surgir, uma vez que tudo é voluntário e não há nada obrigatório nem mesmo claramente compulsório.

No entanto, deve-se ressaltar que as questões que envolvem a aplicação de normas privadas internacionais sobre o clima podem às vezes ser alvo de um regulamento por meio da arbitragem internacional. A utilização desse modo de solução de controvérsias é prevista, por exemplo, pelo *Annex AH – Rules for Appeals on Registration, Issuance and Labelling*⁴¹ da *Gold Standard*. Nos termos desse anexo, os litígios entre a *Gold Standard* e seus clientes são resolvidos por meio da arbitragem, de acordo com um procedimento baseado na *Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment*⁴². O mesmo é válido para o *Emission Reduction Purchase Agreement* elaborado pela *International Emission Trading Association*. Em caso de litígio, esse acordo dá às partes

a possibilidade de escolher entre: (i) os tribunais nacionais e o direito nacional de sua escolha; (ii) a legislação inglesa aplicada nos tribunais ingleses; (iii) a arbitragem. No entanto, nesse último caso, as regras estabelecidas no contrato preveem que o diferendo seja resolvido “in accordance with the applicable rules of either (a) The International Chamber of Commerce Arbitration Rules [...] or : (b) The Permanent Court of Arbitration ‘Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment’ [...] or : (c) The ‘United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules’ or : (d) A separate arbitrator as provided for in the Agreement”⁴³.

Por meio desses exemplos, vemos que as normas privadas internacionais sobre o clima podem ter certo grau de autonomia em relação ao direito dos Estados, pelo menos no que diz respeito à natureza da resolução de litígios. Claro, pode-se, sempre, argumentar que na maioria dos casos os procedimentos de arbitragem são elaborados pelos próprios Estados e não por entidades privadas (exceto pelas regras da Câmara de Comércio Internacional). É verdade que o anexo AH incorpora regras de origem estatal⁴⁴ e que o *Emission Reduction Purchase Agreement* faz referência a tais regras. No entanto, esses exemplos parecem demonstrar uma vontade dos operadores privados de assegurar que as regras que eles elaboram escapem da jurisdição dos tribunais nacionais.

Mas a questão do modo de solução de controvérsias não é tudo. Devemos, também, analisar o direito aplicável à solução de controvérsias. E nesse ponto as questões são mais sutis. O artigo 33.1 do Anexo AH, que incorpora na íntegra o artigo 33.1 das regras de arbitragem opcionais do Tribunal Permanente de Arbitragem aplicáveis aos litígios em matéria de recursos naturais e do meio ambiente, indica que “[i]n resolving the dispute, the arbitral tribunal shall apply the law or rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the national and/or international law and rules of law it determines to be appropriate”⁴⁵. Se as partes têm, portan-

39 *Verified Carbon Standard*, *Guide du programme VCS*, *op. cit.*, nota 35, p. 21.

40 *Climate Bonds Initiative*, *Climate Bonds Standard*, *op. cit.*, nota 16, p. 6.

41 *The Gold Standard*, *Annex AH – Rules for Appeals on Registration, Issuance and Labelling*, 25 páginas, disponível: <http://www.gold-standard.org/wp-content/uploads/2012/06/v2.2_ANNEX-AH.pdf> (consultado em 15 de setembro de 2015).

42 *Ibid.*, p. 3.

43 *International Emission Trading Association*, *Code of CDM Terms*, version 1.0, 2006, p. 28-29, disponível: <<http://www.ieta.org/assets/TradingDocs/ietacodeofcdmtermstv%201%202.pdf>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

44 Dane P. Ratliff, “The PCA Optional Rules for Arbitration of Dispute Relating to Natural Resources and/or the Environment”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n°4, 2001, p. 887.

45 *The Gold Standard*, *Annex AH – Rules for Appeals on Registration, Issuance and Labelling*, *op. cit.*, nota 41 p. 18.

to, a opção de recorrer ao direito nacional, a aplicação de um outro tipo de direito não estatal seria também logicamente possível. Em todo caso, é isso o que parece sugerir a segunda parte do artigo, por meio da referência as “rules of law” que seriam, se acreditarmos na formulação do artigo, distintas do direito nacional e internacional. A mesma constatação pode ser formulada no que diz respeito ao direito aplicável ao *Emission Reduction Purchase Agreement* em caso de recurso a um procedimento de arbitragem. De acordo com o artigo 21.1 do regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, “as partes são livres para escolher as regras de direito que o tribunal arbitral aplicará aos méritos do caso” e “em caso de ausência de escolha pelas partes, o árbitro aplicará as regras de direito que ele considerará adequadas”⁴⁶ [tradução livre]. Além disso, o artigo 21.2 estabelece que o tribunal deve também levar em conta “todos os usos relevantes do comércio”⁴⁷ [tradução livre].

Nesses dois exemplos, é possível que os litígios relacionados a aplicação de normas privadas internacionais sobre o clima sejam decididos com base em um direito não estatal. Mas qual seria então a natureza desse direito privado? Seria o uso do comércio, em outras palavras, a *lex mercatoria*, ou usos mais específicos e próprios à área do comércio e/ou da certificação de direitos de emissão? A questão é importante porque, no segundo caso, pode-se supor que existe um certo grau de autonomia das normas privadas internacionais sobre o clima em relação ao direito estatal, pois a base jurídica para a resolução dos litígios relacionados a aplicação das normas climáticas se encontra em outras normas privadas internacionais sobre o clima e não no direito estatal. No entanto, para responder a essa pergunta, devemos fazer uma leitura cuidadosa das várias sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais. Mas esse exercício é complicado, uma vez que é extremamente difícil obter informações sobre os procedimentos arbitráveis nessas áreas. No entanto, essas reflexões já nos indicam que a questão da autonomia das normas privadas internacionais sobre o clima em relação ao direito estatal não pode certamente ser objeto de uma resposta única, pois diferentes graus de autonomia podem ser distinguidos. Contudo, em geral, temos de admitir que a dose de autonomia que as normas privadas internacionais sobre o

clima possuem em relação ao direito estatal parece indicar a rejeição da tese da existência de um direito transnacional das mudanças climáticas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo procurou-se investigar a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas que evoluiria à margem da direito nacional e internacional das mudanças climáticas. Ao final desta pesquisa, vários elementos nos levam a responder a essa questão de forma negativa. É inegável que as entidades privadas encontram-se na origem de uma atividade normativa internacional em matéria de luta contra as mudanças climáticas e que isso constitui um verdadeiro fenômeno jurídico transnacional. Trata-se de uma atividade considerável e que se manifesta de diversas formas, por meio da autorregulação (compromissos voluntários, responsabilidade social corporativa, certificação, normas técnicas) e do recurso à técnica contratual (direitos comerciais de emissão) e que dá origem a um conjunto heterogêneo de normas que abordam vários aspectos da questão climática e que representam diferentes níveis de restrições sobre os seus destinatários. No entanto, parece-nos duvidoso, pelo menos nesse momento, considerar que esse fenômeno dá origem a um direito transnacional das mudanças climáticas. Logicamente, esta pesquisa não pretende ser exaustiva e para chegar a essa conclusão ela se baseou em um breve estudo de alguns exemplos de normas privadas internacionais sobre o clima. Mas se a coerência e autonomia necessárias para a existência de uma ordem jurídica não são observadas nos exemplos discutidos nesse estudo, isso já não seria suficiente para refutar a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas?

No entanto, essa questão não é tão simples, porque, por meio deste estudo, é possível identificar certas ilhotas normativas cujo grau de organização e de autonomia parece mais elevado. Esse é o caso, sobretudo, de certas normas relativas ao comércio e à certificação dos direitos de emissão. Será que isso significa, então, que devemos no futuro nos questionar não sobre a existência de um direito transnacional das mudanças climáticas, no qual é difícil conceber um “agente unificador”⁴⁸, mas sim sobre a existência de um mosaico de « micro trans-

46 Chambre de commerce internationale, *Règlement d'arbitrage*, 2013, disponível: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages>> (consultado em 15 de setembro de 2015).

47 *Ibid.*

48 Alain Pellet, “Avant-propos”, *op. cit.*, nota 31, ix.

national legal orders »⁴⁹ na área do clima? De qualquer forma, unidas ou fragmentadas, as soluções privadas para a crise climática nunca poderão substituir totalmente a ação pública coletiva, pois a resolução da crise climática é antes de mais nada uma questão de interesse geral. No entanto, confiar a gestão do interesse geral apenas às entidades privadas representa obviamente um risco. Especialmente pelo fato que ao final deste estudo percebe-se que as ações privadas não se destacam por um nível de obrigação e de ambição particularmente elevados. Ao mesmo tempo, na ausência de uma ação pública coletiva suficientemente ambiciosa e eficaz, a contribuição das normas privadas internacionais sobre o clima parece, mais do que nunca, necessária para substituir um direito estatal cuja credibilidade frequentemente deixa a desejar. Finalmente, no estado atual das circunstâncias, talvez o melhor seria que os próprios Estados incentivassem as entidades privadas para que elas desenvolvam um verdadeiro direito transnacional das mudanças climáticas⁵⁰...

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Air France-KLM, *Le Plan Climat Air France-KLM*, disponível: <<http://corporate.airfrance.com/fr/developpement-durable/environnement-et-climat/lutter-contre-le-changement-climatique/le-plan-climat-air-france-klm>>.
- Baron, R., “Approches sectorielles et lutte contre le changement climatique”, in Tirole, J., dir., *Politique climatique : une nouvelle architecture internationale*, La Documentation française, Paris, 2009.
- Bodansky, D., “Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder?”, in Terence C. Halliday, T. C., Shaffer, G., dir., *Transnational Legal Orders*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Chambre de commerce internationale, *Règlement d'arbitrage*, 2013, disponível: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages>>.
- Climate Bonds Initiative, *Climate Bonds Standard*, maio 2015, disponível : <[http://www.climatebonds.net/files/files/CB%20Standard%20V1_0\(3\).pdf](http://www.climatebonds.net/files/files/CB%20Standard%20V1_0(3).pdf)>.
- Cornu, G., dir., *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Presses Universitaires de France, Paris, 2008.
- Daillier, P., Forteau, M., Pellet, A., *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 2009.
- De Béchillon, B., « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », in Berthoud, A., Serverin, E., dir., *La production des normes entre État et société civile. Les figures de l'institution et de la norme entre États et sociétés civiles*, L'Harmattan, Paris, 2000.
- Delmas-Marty, M., *Les forces imaginantes du droit – Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004.
- Goldman, B., “La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives”, *Journal du droit international*, 1979.
- Global Methane Initiative, *Global Methane Initiative (GMI) Project Network Membership Agreement*, disponível: <<https://www.globalmethane.org/documents/ppnma.pdf>>.
- Hamann, A., Ruiz Fabri, H., “Transnational Networks and Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2008.
- Hamrick, K., *Ahead of the Curve. State of the Voluntary Carbon Markets 2015*, Ecosystem Marketplace, junho 2015, disponível : <http://forest-trends.org/releases/uploads/SOVCM_2015_FullReport.pdf>.
- International Emission Trading Association, *Voluntary Markets for IETA*, disponível : <http://www.ieta.org/index.php?option=com_content&view=article&id=414:voluntary-markets-for-ieta1&catid=54:3-minute-briefing>
- International Emission Trading Association, *Code of CDM Terms*, version 1.0, 2006, disponível: <<http://www.ieta.org/assets/TradingDocs/ietacode-ofcdmtermstv%201%202.pdf>>.
- International Emission Trading Association, *Emission Reductions Purchase Agreement*, disponível: <<http://www.ieta.org/trading-documents>>.

49 Daniel Bodansky, “Climate Change: Transnational Legal Order or Disorder?”, *op. cit.*, nota 5, p. 291.

50 Ressalta-se que essa questão já foi invocada nas negociações climáticas multilaterais, em que alguns membros têm procurado desenvolver, sem sucesso, no entanto, acordos setoriais para levar diferentes tipos de indústrias a reduzir suas emissões de GEE. Sobre esse assunto, consultar: Richard Baron, “Approches sectorielles et lutte contre le changement climatique”, in Jean Tirole, dir., *Politique climatique : une nouvelle architecture internationale*, La Documentation française, Paris, 2009, pp. 271-284.

- Jessup, P. C., *Transnational Law*, Yale University Press, New Haven, 1956.
- Keohane, R. O., Nye, J. S., “Transgovernmental Relations and International Organizations”, *World Politics*, vol. 27, n°1, 1974.
- Lalive, J.-F., “Contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées. Développements récents”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, vol. 181, tome III, 1983.
- Latty, F., *La lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff, Boston, 2007.
- Latty, F., “La diversité des sources du droit de l’Internet”, in *Internet et le droit international*, Pedone, Paris, 2013.
- Loquin, E., “Où en est la *lex mercatoria* ?”, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2001.
- Maljean-Dubois, S., Wemaëre, M., *La diplomatie climatique. Les enjeux d’un régime international du climat*, Pedone, Paris, 2010.
- Mazuyer, E., Michallet, I., “La responsabilité sociale des entreprises et la lutte contre les changements climatiques”, in Maljean-Dubois, S., Roger, A., dir., *L’implication des entreprises dans les politiques climatiques. Entre corégulation et autorégulation*, La Documentation française, Paris, 2011.
- Norme ISO 14404-1:2013, *Méthode de calcul de l’intensité de l’émission de dioxyde de carbone de la production de la fonte et de l’acier*.
- Ost, F., Van de Kerchove, M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.
- Pattberg, P., Stripple, J., “Beyond the Public and Private Divide: Remapping Transnational Climate Governance in the 21st Century”, *International Environmental Agreements*, vol. 8, 2008.
- Ratliff, D. P., “The PCA Optional Rules for Arbitration of Dispute Relating to Natural Resources and/or the Environment”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, n°4, 2001.
- Rosen, L. H., Bossi, A., “Due Process Rights in the Carbon Markets”, *Sustainable Development Law & Policy*, vol. 11, n°2, 2011.
- Ruiz Fabri, H., “Immatériel, territorialité et État”, *Archives de Philosophie du droit*, vol. 43, 1999.
- The Gold Standard, *Annex AH – Rules for Appeals on Registration, Issuance and Labelling*, 25 páginas, disponível: <http://www.goldstandard.org/wp-content/uploads/2012/06/v2.2_AN NEX-AH.pdf>.
- Total, *Charte sécurité santé environnement qualité*, dezembro de 2014, disponível: <http://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/charte-securite-environnement-qualite_vf.pdf>.
- Trudel, P., “La *lex electronica*”, in Morand, C.-A., dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Éditions de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001.
- Verified Carbon Standard, *Guide du programme VCS*, 8 outubro 2013, disponível : <http://www.v-c-s.org/sites/v-c-s.org/files/FR%20VCS%20Program%20Guide%2C%20v3.5_1.pdf>.
- Virally, M., “Un tiers droit ? Réflexions théoriques”, in *Le droit des relations économiques. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, Paris, 1982.
- Wilder, M., Willis, M., Guli, M., “Carbon Contracts, Structuring Transactions: Practical Experiences”, in Freestone, D., Streck, C., dir., *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms: Making Kyoto Work*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- World Resources Institute, World Business Council on Sustainable Development, *The Greenhouse Gas Protocol. A Corporate Accounting and Reporting Standard. Revised Edition*, 112 páginas, disponível : <<http://www.ghgprotocol.org/files/ghgp/public/ghg-protocol-revised.pdf>>.
- World Steel Association, *CO2 emissions data collection. User Guide, Version 6*, 21 páginas, disponível : <<https://www.worldsteel.org/steel-by-topic/climate-change/data-collection.html>>.
- XIII^e Congrès olympique, “Le mouvement olympique dans la société”, Copenhague, 2009, recommandation n°. 36, disponível: <http://www.olympic.org/Documents/Congress_2009/Recommandations%20-%20fre.pdf>.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.