



Uniceub
ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 14 • N. 3 • 2017
DIREITO AMBIENTAL GLOBAL

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores gerais

Marcelo Dias Varella, Nitish Monebhurrin

Editores convidados / Guest Editors

Priscila Pereira Andrade, Sandrine Maljean-Dubois,
Mathilde Hautereau-Boutonnet

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 14	n. 3	p. 1-278	dez	2017
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

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

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

Editor Gerente

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Editor Adjunto

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Revista de Direito Internacional, Brasília/DF, Brasil

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 14, número 3 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

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

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

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

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	1
<i>CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO</i>	3
A POLÍTICA AUSTRALIANA DE REFÚGIO E A DECISÃO DA SUPREMA CORTE DE PAPUA NOVA GUINÉ: A ILEGALIDADE DO CENTRO DE DETENÇÃO OFFSHORE	3
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne e Ana Carolina Barbosa Pereira Matos	
1. A política australiana de refúgio: centros de detenção offshore.....	3
2. O princípio da dignidade da pessoa humana como critério de validade das políticas internacionais sobre refúgio	5
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO AMBIENTAL GLOBAL.....	7
EDITORIAL	8
Direito Ambiental Global	8
Priscila Pereira de Andrade	
DIREITO GLOBAL: UMA TEORIA ADEQUADA PARA SE PENSAR O DIREITO AMBIENTAL?	10
Arnaud Van Waeyenberge	
1. Introdução	11
2. As teorias do direito global	11
3. A abordagem pragmática da Escola de Bruxelas	13
4. O direito global do meio-ambiente: o caso da luta contra o aquecimento global e os mercados de carbono	16
5. Considerações finais	18
“COMPLEX IS BEAUTIFUL”: WHAT ROLE FOR THE 2015 PARIS AGREEMENT IN MAKING THE EFFECTIVE LINKS WITHIN THE CLIMATE REGIME COMPLEX?	21
Sandrine Maljean-Dubois e Matthieu Wemaëre	
1. Introduction	22
2. From a fragmented governance landscape to regime complexes	23
3. The Paris Agreement as the bedrock of the ‘regime complex’ on climate change.....	25
4. Final conclusions	27

References.....	28
-----------------	----

UNE ILLUSTRATION DU DROIT GLOBAL, LA LEX MERCATORIA CLIMATIQUE.....31

Mathilde Hautereau-Boutonnet

1. Introduction	32
1.1. Illustration du droit global	32
1.2. Lex mercatoria	32
1.3. Droit transnational climatique.....	32
1.4. Lex mercatoria climatique?	33
1.5. Les signes.....	33
1.6. Évolution souhaitable.....	34
1.7. Évolution possible.....	34
1.8. Double nature du contrat	34
1.9. Facteur et vecteur de lex mercatoria climatique.....	35
1.10. Plan.....	35
2. Le contrat facteur de la lex mercatoria climatique	35
2.1. Des clauses climatiques à l'espace climatique	35
2.2. Des Climate contracts aux clauses climatiques.....	35
2.3. Clauses climatiques.....	36
2.4. Contenu des clauses climatiques	36
2.5. Circulation normative	37
2.6. Force des clauses climatiques	37
2.7. Espace climatique.....	37
2.8. Diffusion des clauses climatiques	37
2.9. Perspectives	38
2.10. Indicateurs du global.....	38
3. Le contrat vecteur de la lex mercatoria climatique	39
3.1. Vecteur ?	39
3.2. Quelle lex mercatoria climatique ?.....	39
3.3. L'avènement de la nouvelle lex mercatoria.....	39
3.4. Lex mercatoria climatique.....	39
3.5. Devoir de vigilance.....	40
3.6. Portée sur le contrat.....	40
3.7. Fragilité ?.....	40
3.8. Autres normes.....	41
3.9. Originalité normative de la nouvelle lex mercatoria	41
3.10. Le renouveau de la lex mercatoria traditionnelle.....	42

3.11. Principes communs.....	42
3.12. Bonne foi.....	42
3.13. Cohérence contractuelle	42
3.14. Obligations implicites et usage.....	43
3.15. Construction de la lex mercatoria climatique	43
4. Conclusion	43

Océans et Changements Climatiques : Rechercher les interactions au sein de la fragmentation du droit international45

Sophie Gambardella

1. Les interactions juridiques entre océans et climat au sein du droit international	47
1.1. L'intégration à petits pas de la question océanique au sein du droit international du climat	47
1.2. L'intégration galopante de la question climatique au sein du droit international de la mer	49
2. Les facteurs d'un renforcement des interactions entre océans et climat au sein du droit international.....	50
2.1. L'amplification des leviers d'action bottom up.....	51
2.2. Le développement d'initiatives privées en marge du droit international positif	52
3. Conclusion	53
Bibliographie	54

UNE GOUVERNANCE GLOBALE DU CLIMAT PAR LA TRANSPARENCE DEPUIS L'ACCORD DE PARIS: LE DROIT GLOBAL DE L'ENVIRONNEMENT COMME SOLFÈGE?56

Anne-Sofie Tabau

1. Introduction	57
2. Les normes de transparence: une partition à composer pour la gouvernance globale du climat ..	58
2.1. La transparence de l'action des Parties	59
2.2. La transparence de l'action des entités non parties.....	60
3. Les acteurs de la transparence: une orchestration originale de la gouvernance globale du climat	62
3.1. La régulation de jure de la transparence	62
3.2. La régulation de facto de la transparence	64
4. Conclusion	65
References.....	66

LA PROGRESSIVE HARMONISATION DES RÈGLES DU PROCÈS ENVIRONNEMENTAL: MANIFESTATION DE L'ÉMERGENCE D'UN DROIT GLOBAL?69

Eve Truilhé-Marengo

1. Introduction	70
2. Diffusion progressive du droit au juge	71

2.1. Au sein de l'Union européenne.....	71
2.2. Au delà-de l'Union européenne : vers une application mondialisée de la Convention d'Aarhus ?	72
3. Harmonisation de règles probatoires	73
3.1. Charge de la preuve	74
3.1.1. Refus généralisé d'un renversement de la charge de la preuve	74
3.1.2. Admission des aménagements de la charge de la preuve	75
3.2. Qualité de la preuve	75
3.2.1. Appréciation de la force probante des éléments de preuve	75
3.2.2. Encadrement du recours à l'expertise	76

A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL GLOBAL80

Michelle Lucas Cardoso Balbino

1. Introdução	81
2. A participação social como coadjuvante de uma construção bottom-up do direito ambiental global ..	84
2.1. Critérios de utilidade da participação social para a construção bottom-up do direito ambiental global. 84	
2.1.1. O acesso à informação como condição da participação social para a construção do direito ambiental global.....	84
2.1.2. A vulnerabilidade como justificativa da participação social para a construção do direito ambiental global.....	87
2.2. A audiência pública como instrumento viável de participação social para a construção bottom-up do direito ambiental global.....	89
3. Limites da Participação Social para a Construção do Direito Ambiental Global.....	92
3.1. Um limite endógeno à participação social.....	93
3.2. Um limite exógeno à participação social	97
4. Conclusões	100
Referências.....	101

A PROTEÇÃO AMBIENTAL COMO EFEITO INDIRETO DO SISTEMA DE GESTÃO DE ENERGIA ISO 50001..... 106

Matheus Linck Bassani e Ricardo Serrano Osorio

1. Introdução	107
2. Norma de padronização ISO - International Organization for Standardization.....	108
2.1. Natureza.....	108
2.2. Procedimento da ISO 50001 - Sistemas de Gestão de Energia (SGE)	110
3. Análise da norma ISO 50001 sob uma perspectiva de proteção ambiental global.....	112
3.1. Teste se a ISO 50001 pode ser considerada norma de direito ambiental global.....	112
3.2. Possíveis efeitos e críticas em relação a ISO 50001	114
4. Considerações finais	118

Referências.....	118
------------------	-----

O DESAFIO DO ESTABELECIMENTO DA GOVERNANÇA ENERGÉTICA COM BASE NO MODELO DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: ESTUDO DE CASO DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS..... 122

Alice Rocha da Silva

Othon Pantoja Oliveira de Azevedo

1. Introdução	123
2. Breves considerações da metodologia do DAG.....	123
3. A Fragmentação da governança global de energias renováveis.....	125
3.1. A criação da Agência Internacional de Energias Renováveis – IRENA	125
3.2. International Partnership of Energy Efficiency Cooperation – (IPEEC)	126
3.3. Possíveis consequências da retirada dos EUA do Acordo de Paris	126
4. Instrumentos para o enfrentamento dos desafios para a efetividade da governança global de energias renováveis	127
4.1. A Convenção Aarhus.....	128
4.2. O Caso Urgenda.....	129
5. Considerações finais	130
Referência	131

O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E A CRIAÇÃO E GESTÃO DAS ÁREAS PROTEGIDAS NA PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL GLOBAL 135

Marcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva

1. Introdução	136
2. O princípio da participação e a tomada de decisão ambiental: pilar do direito ambiental global.....	137
3. O princípio da participação na criação e gestão de áreas protegidas.....	139
3.1. O Brasil e a fraca participação na criação e na gestão de áreas protegidas: o direito ambiental global em xeque.....	140
3.2. A Austrália e a cogestão de parques nacionais: perspectivas de globalização desse instrumento	142
4. Considerações finais	143
Referências.....	144
Sites da internet	146

A TEORIA AMBIENTALISTA (GREEN THEORY) E A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO DA COLÔMBIA..... 148

Eduardo Biacchi Gomes e Ane Elise Brandalise

1. Introdução	149
2. Noções preliminares sobre a teoria ambientalista (Green Theory)	149
3. A competência consultiva da corte interamericana de proteção aos direitos humanos e a consulta	

solicitada pela Colômbia	153
4. A teoria ambientalista e a consulta solicitada pela Colômbia: entre o plano teórico e prático	155
5. Considerações finais	157
Referências.....	157
III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS.....	160
30 ANOS DO PROTOCOLO DE MONTREAL: UMA HISTÓRIA DE SUCESSO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL	162
Fernando Rei e Valeria Cristina Farias	
1. Introdução	163
2. A importância do protocolo de Montreal como instrumento multilateral preventivo de tutela da camada de ozônio	165
3. A contribuição da governança global no processo de materialização do Direito Ambiental Internacional analisada sob a ótica da construção do regime do ozônio	169
4. A Emenda de Kigali: Sinergia dos regimes do ozônio e mudança climática	173
5. Considerações finais	176
Referências	177
MINORIAS NACIONAIS, PROTEÇÃO INTERNACIONAL E TRANSNACIONALIDADE	182
Ana Maria D'Ávila Lopes e Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior	
1. Introdução	183
2. Transnacionalidade e processo histórico de construção de identidades nacionais	183
3. Autodeterminação, estado democrático de direito e minorias nacionais	187
4. Parâmetros internacionais de direitos humanos para a proteção de minorias nacionais.....	192
5. Considerações finais	198
Referências.....	199
DA RELEVÂNCIA DOS CASOS DO DESARMAMENTO NUCLEAR PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	203
Lucas Carlos Lima	
1. Introdução.....	204
2. Do regime jurídico internacional sobre as armas nucleares	205
3. Das considerações sobre a República das Ilhas Marshall.	207
4. Dos debates processuais.....	209
5. Considerações finais sobre a relevância do caso	213
Referências.....	213

OS CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE TRADICIONAL E INTERAMERICANO: INSTITUTOS DISTINTOS OU DUAS FACES DA MESMA MOEDA? 217

Gilberto Schäfer, Roger Raupp Rios, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Jesus Tupã Silveira Gomes

1. Introdução	218
2. Os controles de convencionalidade “tradicional” e “interamericano”: aproximações e diferenças	219
2.1. O Controle de Convencionalidade Tradicional	219
2.2. O Controle de Convencionalidade Interamericano	221
2.3. Críticas aos Modelos de Controle de Convencionalidade.....	222
3. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: tarefa, objeto e experiência brasileira.....	224
3.1. Descumprimento convencional e responsabilização internacional do Estado.....	225
3.2. Controle de convencionalidade e compatibilização dos ordenamentos nacionais.....	228
3.3. Controle de convencionalidade interamericano no Brasil.....	229
4. A eficácia dos julgamentos proferidos pela corteidh frente aos ordenamentos jurídicos nacionais	231
4.1. Primazia das sentenças proferidas pela CorteIDH	231
4.2. Efeitos da declaração de inconvencionalidade.....	233
5. Considerações finais	236
Referências	237

EL SOFT LAW COMO FUENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL: REFLEXIONES DESDE LA TEORÍA DE LA COMPLEJIDAD 244

Rafael Sanz e André Folloni

1. Introducción	245
2. Un análisis del soft law a partir de tres experiencias.....	246
2.1. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas	246
2.2. El Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas.....	248
2.3. Lex mercatoria	250
3. El problema del paradigma actual: limitaciones derivadas del monismo jurídico y del formalismo jurídico	252
4. La necesidad de una visión más amplia del derecho: ¿qué nos ofrece la teoría de los sistemas dinámicos complejos?	254
5. Conclusiones	257
Referencias	257

LEY DE ROTULACIÓN DE ALIMENTOS DE CHILE: ¿TRABA COMERCIAL O PROTECCIÓN DE LA SALUD? 261

Nicolás Cobo

1. Planteamiento	261
-------------------------------	------------

1.1. Contexto de obesidad y desafíos de salud pública	262
1.2. Etiquetado, formatos y eficacia	263
1.3. Experiencias Comparadas	264
2. Ley N°20.606: el caso de Chile	265
2.1. Implementación de la ley y su fiscalización:	267
2.2. Desafíos comerciales de la norma de etiquetado	267
2.3. Efectos y ajuste de la industria	268
3. Barrera Técnica según los compromisos ante OMC y Codex Alimentarius	269
4. Conclusiones	273
Bibliografía	274

IV. RESENHA DE LIVRO.....276

O CIVILIZADOR GENTIL DAS AMÉRICAS: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA OBRA <i>THE HIDDEN HISTORY OF INTERNATIONAL LAW IN THE AMERICAS: EMPIRE AND LEGAL NETWORKS</i>, DE JUAN PABLO SCARFI	278
--	------------

Cicero Krupp da Luz

‘MESTIZO INTERNATIONAL LAW: A GLOBAL INTELLECTUAL HISTORY 1842 – 1933’ DE AUTORIA DE ARNULF BECKER-LORCA	283
---	------------

Jimena Sierra-Camargo

AMÉRICA LATINA EM CONTINUIDADES E RUPTURAS.....	287
--	------------

Adriane Sanctis

NORMAS EDITORIAIS.....	291
-------------------------------	------------

Envio dos trabalhos:..... 292

www.rdi.uniceub.br..... 293

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Crônicas de Direito
Internacional Público**

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Ana Carolina Barbosa Pereira Matos

VOLUME 14 • N. 3 • 2017
DIREITO AMBIENTAL GLOBAL

A política australiana de refúgio e a decisão da suprema corte de papua nova guiné: a ilegalidade do centro de detenção offshore*

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne**

Ana Carolina Barbosa Pereira Matos***

1. A POLÍTICA AUSTRALIANA DE REFÚGIO: CENTROS DE DETENÇÃO OFFSHORE

Apesar da Austrália não receber um número tão elevado de solicitantes de refúgio a cada ano, em comparação com países como Estados Unidos e Canadá¹, e de muitos desses solicitantes virem de locais devastados por guerras, o país mantém uma política muito agressiva e restritiva no que tange à entrada ilegal de solicitantes de refúgio em seu território².

As bases do atual regime australiano de refúgio remontam ao ano de 2001, quando o Parlamento revisou as políticas nacionais acerca da matéria e aprovou uma série de medidas legais a fim de restringir a imigração para a Austrália³.

Essas medidas foram chamadas de “Solução do Pacífico”, que se basearam em quatro ações, das quais merecem destaque em relação a presente pesquisa: a exclusão de mais de 4000 (quatro mil) ilhas australianas da zona de migração, por meio de atos parlamentares – alguns aprovados quando da aproximação de embarcações a certas ilhas particulares –⁴; e o país transferiu os seus centros de detenção para fora do seu território, onde não estariam submetidos à lei australiana, ou seja, para além do seu mar territorial⁵.

** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2001), mestrado em Direito Internacional Público - Université de Paris V (2004), doutorado em Direito Internacional do Meio Ambiente - Université de Paris V e Universidade de São Paulo (2008). E-mail : tarinfmontalverne@yahoo.com.br

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

1 Em um comparativo entre países disponibilizado pelo site do Migration Policy Institute, nos anos de 2012 e 2013 (quando foram elaborados os memorandos de entendimento que autorizaram a instalação dos Centros de detenção em Papua Nova Guiné) a Austrália recebeu entre 10977 à 13559 solicitações de refúgio, os Estados Unidos entre 18.881 à 84343 e o Canadá entre 32597 à 22148. Disponível em: < <http://www.migrationpolicy.org/programs/data-hub/charts/refugee-and-asylum-seeker-populations-country-origin-and-destination?width=1000&height=850&iframe=true>>.

2 É necessário destacar a posição contraditória que a Austrália adota sobre o tema, tendo em vista que ao mesmo tempo em que o país tenta restringir a chegada de solicitantes de refúgio à sua costa em busca do reconhecimento de proteção internacional, participa do programa de reassentamento do Alto Comissariado das Nações Unidas, sendo inclusive um dos maiores per capita dentro do órgão. THE CONVERSATION. *FactCheck*: Does Australia take more refugees per capita through the UNHCR than any other country? Disponível em: < <http://theconversation.com/factcheck-does-australia-take-more-refugees-per-capita-through-the-unhcr-than-any-other-country-47151>> Acesso em: 17 set. 2016.

3 HAMLIN, Rebecca. *Let Me Be a Refugee: Administrative Justice and the Politics of Asylum in the United States, Canada, and Australia*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 55.

4 Na prática esta medida significava que a Austrália não estaria obrigada a processar os pedidos de refúgio de ninguém que ingressasse em uma dessas ilhas. HAMLIN, Rebecca. *Let Me Be a Refugee: Administrative Justice and the Politics of Asylum in the United States, Canada, and Australia*. New York: Oxford University Press, 2014. p. 56.

5 HAMLIN, Rebecca. *Let Me Be a Refugee: Administrative Justice and the Politics of Asy-*

Como os barcos com pessoas tentando obter refúgio na Austrália continuavam a chegar na costa do país, o país editou um memorando de entendimento com Papua Nova Guiné - PNG em setembro de 2012, com o fito de transferir para aquele país os solicitantes de refúgio que tentassem entrar em território australiano, instalando um centro de detenção na ilha Manus, em troca PNG recebeu vantagens econômicas⁶.

Ressalte-se que, ambos os países assinaram e ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e que, apesar do Estatuto consagrar o princípio do “non-refoulement” (art. 33⁷) e o direito à liberdade de movimento (art. 26⁸), os solicitantes de refúgio que chegam à Austrália têm sido transferidos coercitivamente para centros de detenção *offshore*, sendo um deles na ilha Manus em PNG, ali sendo mantidos detidos contra a sua vontade.

Após quatro anos de funcionamento, o centro de detenção da ilha Manus contabilizava mais de 800 homens detidos por tentarem entrar em território australiano para solicitar o reconhecimento de sua condição de refugiados. Ativistas dos direitos humanos criticam duramente as condições das instalações do centro e a própria condição de detentos dessas pessoas⁹.

lum in the United States, Canada, and Australia. New York: Oxford University Press, 2014. p. 56.

6 SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DE PAPUA NOVA GUINÉ. Sentença de 26 de abril, Belden Namah *v.* ministro de assuntos estrangeiros e imigração, o Conselho Nacional Executivo e o Estado independente de Papua Nova Guiné. 2016. Disponível em: < <http://www.rilc.org.au/Policy-and-Law-Reform/ManusJudgment.pdf>> Acesso em: 8 ago. 2016.

7 Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço. 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. 2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontra ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

8 Art. 26 - Liberdade de movimento. Cada Estado Contratante dará aos refugiados que se encontrem no seu território o direito de nele escolher o local de sua residência e de nele circular, livremente, com as reservas instituídas pela regulamentação aplicável aos estrangeiros em geral nas mesmas circunstâncias.

9 RAMZY, Austin. Papua New Guinea finds australian offshore detention center illegal. *The New York Times*, New York, 26 abr. 2016. Disponível em: < http://www.nytimes.com/2016/04/27/world/australia/papua-new-guinea-asylum-seeker.html?_r=0> Acesso em: 11 ago. 2016.

Em torno de metade dos detidos na ilha tiveram o seu pedido de refúgio aceito, mas até abril de 2016¹⁰ apenas oito deles haviam sido reassentados, os demais permaneciam detidos, sob alegações de que o governo de PNG precisava realizar a transferência desses refugiados para as cidades de forma cautelosa¹¹.

Diante das críticas de desrespeito aos direitos humanos e de ilegalidade de detenção dos solicitantes de refúgio no território de Papua Nova Guiné foi proposta a ação de nº 84/2013, por Belden Namah, membro do parlamento de Papua Nova Guiné e líder da oposição, contra o ministro de assuntos estrangeiros e imigração, o Conselho Nacional Executivo e o Estado independente de Papua Nova Guiné¹².

O objetivo principal da ação¹³ era o reconhecimento de que as transferências de suplicantes de refúgio e refugiados enviados para Papua Nova Guiné pelo governo australiano e detidos no centro de realocação da ilha Manus eram contrárias ao direito constitucional de liberdade pessoal garantido na seção 42 da Constituição daquele país.

Em 26 de abril de 2016, a Suprema Corte de Papua Nova Guiné se posicionou no sentido de considerar inconstitucional e, conseqüentemente, ilegal a transferência e detenção forçada de solicitantes de refúgio no centro de detenção da ilha.

O acordo internacional firmado entre a Austrália e Papua Nova Guiné fere frontalmente cláusulas do Estatuto dos refugiados, contudo, a cláusula que regula a solução de dissídios referentes à Convenção de 1951, prevê que para a instauração de uma controvérsia em relação ao referido instrumento é necessária a submissão de um pedido por um dos países Partes perante a

10 A referência à tal data deve-se ao fato de que foi no mês de Abril de 2016 que a Suprema Corte de Papua Nova Guiné proferiu a decisão analisada nesta crônica.

11 RAMZY, Austin. Papua New Guinea finds australian offshore detention center illegal. *The New York Times*, New York, 26 abr. 2016. Disponível em: < http://www.nytimes.com/2016/04/27/world/australia/papua-new-guinea-asylum-seeker.html?_r=0>. Acesso em: 11 ago. 2016.

12 Acrescente-se que, por tratar a ação da repercussão interna do acordo firmado entre Austrália e PNG, a Austrália não é parte da ação.

13 SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DE PAPUA NOVA GUINÉ. Sentença de 26 de abril, Belden Namah *v.* ministro de assuntos estrangeiros e imigração, o Conselho Nacional Executivo e o Estado independente de Papua Nova Guiné. 2016. Disponível em: Disponível em: < <http://www.rilc.org.au/Policy-and-Law-Reform/ManusJudgment.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

Corte Internacional de Justiça, o que até o momento ainda não foi proposto no tocante à política australiana de refúgio.

Logo, a decisão da Suprema Corte de Papua Nova Guiné é de grande relevância para o direito internacional dos refugiados, pois por meio de um Tribunal nacional foi realizado um controle de legalidade de uma política que, ao invés de promover o direito dos refugiados, tem desrespeitado seus direitos mais básicos, tendo tal controle se fundamentado diretamente em instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CRITÉRIO DE VALIDADE DAS POLÍTICAS INTERNACIONAIS SOBRE REFÚGIO

A referida decisão, além do importante impacto para a política interna de Papua Nova Guiné e da Austrália – uma vez que determinou que providências fossem tomadas pelos dois países para o fechamento definitivo do centro de detenção da ilha Manus¹⁴ –, também merece destaque no âmbito internacional, pois analisa a questão pelo aspecto do atendimento de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, contribuindo para

14 Sobre o tema, importante destacar que apesar da decisão proferida pela Suprema Corte de Papua Nova Guiné em abril de 2016, a Austrália em um primeiro momento rejeitou a decisão, alegando que não teria sido parte da ação e que, portanto, não permitiria a entrada dos refugiados e solicitantes de refúgio em seu território, mas depois acabou concordando com um plano de reassentamento em conjunto com o governo de PNG. Finalmente, em 31 de Outubro de 2017 o Centro de detenção foi oficialmente fechado. A Austrália em um acordo com Papua Nova Guiné ofereceu um local provisório para a realocação das aproximadamente 600 pessoas que se encontravam no local – das quais em torno de 440 já tinham sido reconhecidas como refugiadas, aguardando apenas o seu reassentamento para um terceiro país –, a fim de que estes aguardem as providências de reassentamento que tem sido negociadas entre a Austrália e o governo dos Estados Unidos – que aceitou receber alguns dos refugiados. No entanto, a maioria dos detidos se recusa a deixar o antigo centro de detenção, por temerem por sua segurança nestes “centros de trânsito” – como tem sido chamados os locais para os quais os antigos detentos aguardarão o seu reassentamento – e em razão da falta de condições dignas para a sua acomodação nestes centros, representantes das Nações Unidas afirmam que estes “centros de trânsito” não estão prontos, estando ainda em obras e sem espaço suficiente para acomodar todos os antigos detentos. MEIXLER, Eli. What to know about the asylum seeker standoff on Manus Island. *Time*, Manus island, 6 nov. 2017. Disponível em: <<http://time.com/5006776/manus-island-asylum-seekers-australia/>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

as discussões no que tange a propositura de soluções para o problema dos refugiados em todo o mundo.

Ademais, na atualidade a globalização, com sua velocidade para a constituição de relações jurídicas, promove uma relativização espacial em que cada vez mais são realizadas atividades extraterritoriais, provocando uma constante internacionalização do direito. Logo, não é incomum tribunais nacionais serem forçados a se posicionar indiretamente sobre questões de direito internacional, não se podendo desprezar jurisprudências de âmbito nacional como fontes do direito internacional.

A decisão da Suprema Corte de PNG enfrentou três questões principais para concluir pela ilegalidade do centro de detenção para solicitantes de refúgio em seu território¹⁵: (i) a constitucionalidade da transferência e permanência no centro de detenção dos solicitantes de refúgio; (ii) se a seção 1 da emenda constitucional de nº 37 (cidadania) – editada para a legalização do acordo firmado entre os dois países para a detenção de solicitantes de refúgio em PNG – seria inválida; (iii) e, logo, se a seção 42 (1) (ga) da Constituição de PNG – introduzida pela referida emenda constitucional – seria aplicável aos solicitantes de refúgio.

Além de aspectos formais – relacionados ao processo legislativo de PNG –, a Suprema Corte daquele país fundamentou a análise das questões referidas em um importante critério material, a aderência e o respeito dos dispositivos atacados ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos instrumentos internacionais de direitos humanos¹⁶.

O Tribunal concluiu que os requisitos formais para a aprovação de uma emenda constitucional conforme disposto na Carta Magna do país haviam sido satisfeitos, no entanto, no que tange aos requisitos materiais a emenda não atenderia à análise do disposto na seção 38(5) da Constituição de PNG, “ser razoavelmente justificável em uma sociedade democrática tendo um res-

15 SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DE PAPUA NOVA GUINÉ. Sentença de 26 de abril, Belden Namah *n*: ministro de assuntos estrangeiros e imigração, o Conselho Nacional Executivo e o Estado independente de Papua Nova Guiné. Disponível em: <<http://www.rilc.org.au/Policy-and-Law-Reform/ManusJudgment.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

16 SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DE PAPUA NOVA GUINÉ. Sentença de 26 de abril, Belden Namah *n*: ministro de assuntos estrangeiros e imigração, o Conselho Nacional Executivo e o Estado independente de Papua Nova Guiné. 2016. Disponível em: <<http://www.rilc.org.au/Policy-and-Law-Reform/ManusJudgment.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

peito apropriado pelos direitos e dignidade da humanidade, de acordo com as circunstâncias do momento em que a lei seja elaborada e considerando as questões previstas na seção 39(3) da Constituição¹⁷.

A seção 39(3), dentre outras questões, aponta como pontos relevantes de observância: a declaração universal dos direitos humanos e qualquer outra declaração, recomendação ou decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas concernente aos direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como a Convenção europeia de direitos humanos e liberdades fundamentais e quaisquer outras convenções internacionais, acordos ou declarações relacionadas aos direitos humanos e liberdades fundamentais¹⁸.

O critério material introduzido pela decisão da Suprema Corte de PNG, com base na Constituição daquele país, para a análise da legalidade do acordo de cooperação internacional celebrado entre PNG e Austrália, impõe uma análise temporal, de acordo com as circunstâncias do momento em que o acordo foi elaborado.

Considerando-se o momento em que foram firmados os memorandos de entendimento entre Austrália e Papua Nova Guiné, anos de 2012 e 2013, para a instalação do centro de detenção da ilha Manus, é inegável o desenvolvimento e a consolidação do direito internacional dos refugiados, bem como da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos principais norteadores das sociedades democráticas dos dias atuais, o que não justifica a relativização de direitos e princípios garantidores dos direitos humanos, em prol do atendimento de interesses políticos de certos países.

Neste sentido, merece destaque a publicação realizada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, no ano de 2012, acerca das diretrizes para a detenção de solicitantes de refúgio, que consagrou, dentre outros critérios que: o direito de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado deve ser respeitado; os direitos à liberdade e à segurança da pessoa e a liberdade de ir e vir se aplicam aos solicitantes de refúgio; a detenção não deve ser arbitrária e toda decisão de deter alguém deve estar baseada em

uma avaliação das circunstâncias particulares da pessoa; a detenção indefinida é arbitrária e a lei deve estabelecer limites máximos ao período de detenção; as decisões para deter ou prolongar a detenção devem estar sujeitas às garantias processuais mínimas; as condições de detenção devem ser humanas e dignas¹⁹.

Observa-se que, ao tempo da implementação da política de detenção de requerentes de refúgio pela Austrália, o direito internacional já tratava da detenção de solicitantes e de refugiados como medida excepcional, haja vista que resta consagrado no art. 14, § 1º, da Declaração Universal de Direitos Humanos, o direito de procurar e de gozar de refúgio em outros países. Assim, a solicitação do reconhecimento da condição de refugiado não é um ato ilegal, não devendo por si só ensejar uma ordem de detenção dessas pessoas.

Ademais, tendo em vista o caráter amplo da noção de dignidade da pessoa humana, infere-se das diretrizes expostas a sua estreita correlação com tal princípio, sendo tais critérios utilizados justamente para resguardar a dignidade de solicitantes de refúgio e de refugiados.

Um acordo que coloca em risco, ao invés de promover, as garantias consagradas no Estatuto dos refugiados não pode ser justificado²⁰. Assim, a tendência atual de acordos internacionais entre países para a transferência de responsabilidades, deve ter como preceito básico o fato de, pelo menos, o país receptor dos refugiados conceder a estes as mesmas garantias mínimas que teriam no país de seu destino original.

Em tempos de acordos de cooperação internacional em matéria de refugiados²¹ na tentativa de se solucionar a crise internacional instaurada, a decisão da Suprema Corte de Papua Nova Guiné contribui para o debate quanto ao controle de legalidade de tais políticas, propondo como critério norteador de tais acordos o valor máximo da dignidade da pessoa humana, a fim de garantir o respeito às diretrizes mínimas que refletem o objetivo da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados.

17 SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DE PAPUA NOVA GUINÉ. Sentença de 26 de abril, Belden Namah v. ministro de assuntos estrangeiros e imigração, o Conselho Nacional Executivo e o Estado independente de Papua Nova Guiné. 2016. Disponível em: <<http://www.rilc.org.au/Policy-and-Law-Reform/ManusJudgment.pdf>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

18 PAPUA NOVA GUINÉ. Constituição, 1975.

19 ACNUR, Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, 1999.

20 FOSTER, Michelle. The implications of failed 'Malaysian solution': The Australian High Court and refugee responsibility sharing at international law. *Melbourne Journal of International Law*, v. 13, n. 1, p. 422, 2012.

21 Além do caso em análise, não se deve olvidar do acordo firmado entre a Turquia e países da União Europeia em 2016.

**II. DOSSIÊ ESPECIAL:
DIREITO AMBIENTAL GLOBAL**

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editorial

Priscila Pereira de Andrade

VOLUME 14 • N. 3 • 2017
DIREITO AMBIENTAL GLOBAL

Editorial

DIREITO AMBIENTAL GLOBAL

Priscila Pereira de Andrade*

Compreender o desenvolvimento e o funcionamento dos diferentes níveis de governança, de regulação e de regulamentação do Direito ambiental é fundamental atualmente. Para tanto é preciso ir além da abordagem jurídica tradicional. O estudo do direito ambiental nacional, regional e internacional não deve mais ser feito de forma isolada visto que a circulação de normas tornou-se indispensável. Além disso, é necessário considerar e compreender a relevância das práticas normativas de atores não estatais. Nesse contexto, a noção de Direito ambiental global vem atraindo a atenção de juristas interessados em questionar a evolução do Direito ambiental além do paradigma normativo estadual e inter-estadual que tradicionalmente caracteriza o estudo do Direito ambiental.

Tendo em vista a fragilização e o esgotamento do modelo jurídico tradicional para proteção do meio ambiente e considerando o cenário normativo atual caracterizado por influências mútuas e por crescentes interações de diferentes esferas e entes regulatórios, o Programa de Mestrado, Doutorado e Pós-graduação lato sensu em Direito do Uniceub organizou uma conferência internacional em junho de 2017 para abordar a construção do Direito ambiental global. O evento contou com a parceria de universidades estrangeiras renomadas como Aix-Marseille Université, Université Jean Moulin Lyon 3, Escola de Altos Estudos Comerciais de Paris (HEC Paris) e Université de La Réunion.

O dossiê especial deste volume da Revista de Direito Internacional apresenta, portanto os resultados dos debates e das apresentações desse evento. Os artigos fornecem não apenas um mapeamento das principais teorias do direito global hoje discutidas, mas também apresentam questões para um aprofundamento teórico e prático para compreensão do Direito ambiental em um mundo globalizado.

A partir de diferentes perspectivas, os artigos apresentados visam analisar se o Direito global consiste uma teoria adequada para pensar o Direito ambiental e como o Direito ambiental global se manifesta concretamente para regular, entre outras temáticas: energias renováveis, a proteção dos oceanos, mudanças climáticas e áreas ambientalmente protegidas. Alguns artigos analisam especificamente a formação de uma espécie de Lex mercatoria ambiental e questionam se há uma circulação e progressiva harmonização global de regras processuais ambientais. A crescente participação social, o envolvimento de entes não estatais, como a Organização Internacional de Normalização (ISO) e a questão da legitimidade e transparência na construção do Direito ambiental global são igualmente abordadas. Sem dúvidas, trata-se de uma rica contribuição para compreensão do emergente campo do direito ambiental global.

Doutora em Direito (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*). Ex-bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado CAPES (PNPD) e professora associada ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Uniceub. Atualmente é *cultore della materia* no departamento de Direito da *Università di Pisa* e pesquisadora externa do Unidroit.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Direito Global: Uma teoria adequada para se pensar o direito ambiental?

Global Law: A Proper Theory to Reflect on Environmental Law?

Arnaud Van Waeyenberge

Direito Global: Uma teoria adequada para se pensar o direito ambiental?*

Global Law: A Proper Theory to Reflect on Environmental Law?

Arnaud Van Waeyenberge**

RESUMO

A globalização tem proporcionado o surgimento e a ascensão de novas formas normativas e de instituições que, na prática, têm assumido as funções de governança global. Essas novas normatividades não passaram despercebidas pelos juristas. Diversos são os autores e escolas de pensamento que têm utilizado este fenômeno para desenvolver teorias que se encontram, recorrentemente, sob os rótulos de «direito global» ou de «direito transnacional». Portanto, esse artigo tem como objetivo inicial o mapeamento das principais teorias de direito global em debate, além de apresentar, ainda que sucintamente, a abordagem pragmática que defendemos no Centro Perelman de Filosofia do Direito. Em seguida, analisaremos ainda a maneira como essa abordagem pode ser aplicada ao direito ambiental, por meio do exemplo da luta contra o aquecimento global. E, por fim, sustentaremos que o direito global, ao menos na sua versão pragmática, representa uma estrutura teórica adequada para pensarmos o direito ambiental.

Palavras-Chave: Direito Global, teoria do Direito, Direito Ambiental

ABSTRACT

Globalization has enabled the emergence and rise of new normative forms and institutions that, in practice, have assumed the functions of global governance. These new norms have not gone unnoticed by jurists. There are several authors and schools of thought which have used this phenomenon to develop theories that recurrently lie under the labels of “global law” or “transnational law”. Therefore, this article has as its main objective the mapping of the main theories of global law in debate, besides presenting, briefly, the pragmatic approach that we defend at the Perelman Center for Philosophy of Law. Next, we will analyze how this approach can be applied to environmental law, through the example of the fight against global warming. And finally, we will argue that global law, at least in its pragmatic version, represents an adequate theoretical framework for thinking about environmental law.

Keywords: Global Law, Legal Theory, Environmental Law

* Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 07/12/2017

** Professor de direito da HEC Paris, professor convidado da Université libre de Bruxelles et da Paris 2 Panthéon-Assas - e membro do Centre Perelman de philosophie du droit. E-mail : avwaeyen@ulb.ac.be

1. INTRODUÇÃO

O processo de globalização atualmente em curso afeta não apenas a economia e o nosso modo de vida, mas também os próprios fundamentos do nosso direito, das nossas instituições políticas e da nossa democracia. Ela não se traduz em uma integração pacífica e gradual, a nível internacional, de regras e instituições elaboradas no âmbito interno dos Estados. Na verdade, trata-se de um movimento duplo onde, de um lado, se tem a fragilização e a destruição das regras existentes e, do outro, o surgimento e a ascensão ao poder de novos dispositivos normativos globais¹, cuja equidade e legitimidade são freqüentemente questionadas. Na prática, a globalização não leva à criação espontânea de um direito global, mas sim à competição entre os Estados, através da concorrência regulatória das ordens jurídicas nacionais (via *forum e law shopping*), atraídos por uma assustadora “corrida para o fundo” que ameaça em particular os Estados de bem-estar social. Ao mesmo tempo, o modelo internacional, baseado no acordo entre os Estados, se esgotou em um contexto de mundo multipolar, onde os conflitos de interesse impedem o alcance de consensos sobre boa parte das principais questões políticas globais, como a regulação das finanças, do comércio e da economia; a partilha menos desigual da renda e a nova questão social; a proteção do meio-ambiente e a luta contra o aquecimento global; e a segurança coletiva, a manutenção da paz e a proteção dos direitos humanos.

No entanto, o meio global, onde ninguém é verdadeiramente soberano, não está sujeito apenas à lei da natureza ou à regulação pelos mercados, mas também é influenciado pelo surgimento e ascensão de novas normatividades (OJNI - objeto jurídico não identificado) e instituições que, na prática, assumem algumas funções de governança global. Entre estas, destacam-se as agências de classificação de risco, as organizações de normalização técnica (como a ISO), as empresas transnacionais atuantes no campo da responsabilidade social corporativa, os organismos de gestão da internet (ICANN) e os prestadores de serviço de comunicação nas redes globais, além das empresas de auditoria e dos escritórios globais de advocacia, entre outros. E o direito ambiental não é exceção a essa tendência, onde, aliás, essas novas normatividades são abundantes. De fato,

1 Sobre essa questão, ver Frydman, Benoit; Van Waeyenberge, Arnaud (Dir.). *Gouverner par les standards et les indicateurs: de Hume aux rankings*. Bruxelles: Bruylant, 2014.

as questões ambientais são quase sempre de natureza “transnacionais”, não (ou pouco) se limitando às fronteiras políticas traçadas. O meio-ambiente se encontra, assim, no centro das preocupações dos códigos de conduta (Global Compact - 3 princípios em 10), das normas técnicas (ISO 14000, 26000), dos rankings (*environmental performance index*²), dos indicadores (*The Biodiversity Indicators Partnership*³), dos rótulos (*ecolabel*) e das certificações (*Marine Stewardship Council* para a pesca sustentável).

Essas novas normatividades não passaram despercebidas pelos profissionais do direito. Vários autores e escolas de pensamento se apropriaram do fenômeno e desenvolveram diversas teorias a seu respeito, freqüentemente sob o rótulo de “direito global” ou, ainda, de “direito transnacional”. Esse artigo tem como objetivo, portanto, mapear as principais teorias do direito global hoje discutidas (Capítulo I), assim como apresentar, ainda que sucintamente, a abordagem pragmática preconizada por nós (Capítulo II). Em seguida, será mostrada a forma como ela pode ser aplicada ao direito ambiental, usando-se o exemplo da luta contra o aquecimento global (Capítulo III). Ao final, a conclusão apresentará ainda uma resposta positiva sobre a adequação do direito global (ao menos na sua versão pragmática) para pensarmos o direito ambiental.

2. AS TEORIAS DO DIREITO GLOBAL⁴

Desde os anos 1990, as ciências sociais passam por uma virada global⁵. Esta não se resume ao aumento ver-

2 “The Environmental Performance Index (EPI) ranks countries’ performance on high-priority environmental issues in two areas: protection of human health and protection of ecosystems.” The 2016 Environmental Performance Index is a project lead by the Yale University - <http://archive.epi.yale.edu>.

3 “The Biodiversity Indicators Partnership is a global initiative to promote and coordinate the development and delivery of biodiversity indicators for use by the Convention on Biological Diversity (CBD) and other biodiversity-related conventions, the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services (IPBES), the Sustainable Development Goals (SDGs) and national and regional agencies. UN + 50 organisations”.

4 Este capítulo é uma tradução atualizada de uma parte das análises apresentadas em FRYDMAN, Benoit; LEWKOWICZ, Gregory; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. « De la recherche à l’enseignement du droit global ». In: ANCEL, P.; HEUSCHLING, L. (Dir.). *La transnationalisation de l’enseignement du droit*. Bruxelles: Bruyant, 2016. p. 241-254.

5 CAILLE, Alain; DUFOIX, Stéphane (Ed.). *Le tournant global des sciences sociales*. Paris: La Découverte, 2013.

tiginoso dos estudos dedicados à globalização, nas suas múltiplas dimensões. Ela também indica, sobretudo, um *aggiornamento* dessas disciplinas, que têm revisto os seus métodos, conceitos e objetos ao adotarem uma perspectiva global. Além da variedade dessas manifestações, a virada global se caracteriza também por uma ruptura com o tão criticado “nacionalismo metodológico”⁶, isto é, com a tendência a se vislumbrar a sociedade dentro dos limites territoriais dos Estados, reduzindo assim qualquer fenômeno social ocorrido fora das suas fronteiras às relações *inter-nacionais*. Assim, se antes o historiador das idéias distinguia os iluministas franceses dos alemães ou escoceses na Europa do séc. XVIII, hoje, esse mesmo historiador observa um único movimento transnacional⁷. Lá onde o geógrafo contemplava o mapa político dos Estados, ele vê hoje espaços emaranhados⁸, ou ainda, um arquipélago global megalopolitano⁹. Dessa forma, essa profunda reorganização do conhecimento também tem ocorrido em diversas outras áreas de estudo, como aquelas referentes à formação de sub-disciplinas especializadas, tais como a sociologia global¹⁰ ou a história global¹¹.

Sob o ponto de vista dos efeitos, essa autêntica ressaca, que abala os hábitos e os métodos mais estabelecidos das outras disciplinas, afeta especialmente o direito, por manter uma relação a tal ponto profunda com o Estado que, às vezes, acreditamos intuitivamente dever identificá-los um ao outro. Aliás, pode-se fazer uma idéia muito imperfeita quanto à sua progressão, ao se observar o recurso crescente às expressões - muitas vezes intercambiáveis em suas intenções - “direito global” e “direito transnacional” no mundo jurídico. Em certo sentido, a prática tem desempenhado aqui um papel precursor. Foram os grandes escritórios de advocacia (às vezes chamados de *Global Law Firms*) e

as organizações especializadas na regulação de setores sobre atividades globalizadas, que contribuíram, pioneiramente, para o grande sucesso dessas expressões, ao pôr simultaneamente em circulação um vocabulário, uma ambição e alguns serviços que destacam o caráter global do direito¹². Essa referência insistente ao “global” se estende, no mundo acadêmico, tanto ao plano da pesquisa quanto ao plano do ensino. Observa-se, assim, uma proliferação de centros de pesquisa¹³ e de revistas especializadas¹⁴ dedicados aos estudos jurídicos globais, ou transnacionais.

Como se pode intuir, uma grande variedade de práticas, pesquisas e ensino se escondem por detrás do vocábulo aparentemente único do direito global ou transnacional. O desafio a ser enfrentado é, não obstante, o mesmo: renovar o paradigma e o currículo jurídico tradicional, propondo conceitos e ferramentas adaptadas a uma prática e a uma compreensão do direito em um mundo globalizado.

Se a virada global da ciência do direito estimula o desenvolvimento de novas pesquisas empíricas, ela também dá um novo frescor e um novo objeto à filosofia e à teoria do direito. Como quase sempre ocorre nos momentos de profunda reconsideração de um paradigma dominante da ciência do direito, muitos pretendentes se apressam para trazer soluções a esse problema, bem como disputam entre si para garantir a sucessão. Todas as escolas de pensamento estão mobilizando hoje os seus recursos para, de um lado, questionar a pertinência dos conceitos de direito global, ou transnacional¹⁵, e, de outro, propor uma teoria, ou abordagem, própria a ela. Observa-se, assim, primeiramente, o seu desdobra-

6 A expressão « nacionalismo metodológico » foi forjada em 1974 pelo sociólogo Hermínio Martins, mas só foi objeto de intensos debates à partir dos anos 1990. Voy. DUMITRU, Speranta. « Qu'est-ce que le nationalisme méthodologique. Essai de typologie ». *Raisons politiques*, n. 54, p. 9-22, 2014.

7 ISRAEL, Johnathan. *Radical Enlightenment: Philosophy and the Making of Modernity, 1650-1750*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

8 SASSEN Saskia. « When Territory Deborders Territoriality ». *Territory, Politics, Governance*, v. 1, n. 1, p. 21-45, 2013.

9 DOLLFUS, Olivier. *La mondialisation*, Paris: Presses de Science Po, 1996.

10 COHEN, Robin; KENNEDY, Paul. *Global Sociology*. 3. éd. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2013.

11 MAUEL, Chloé. *Manuel d'histoire globale*. Paris: Armand Collin, 2014.

12 LE GOFF, Patrick. « Global Law: A Legal Phenomenon Emerging from the Process of Globalization ». *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, p. 119, 2007 e s. e LEWKOWICZ, Gregory; VAN WAEYENBERGE A. « La montée en puissance des avocats et la formation d'un droit global ». *Cahiers de méthodologie juridique*, p. 2200-2212, 2010.

13 Ver. inter alia o Institute for Global Law & Policy (Harvard), o Institute for Global Law (University College London), o Dickson Poon Transnational Law Institute (King's College), o Centre for Transnational Law (Cologne).

14 Ver. inter alia a *Global Studies Law Review*, a *Global Law Review*, a *Global Business Law Review*, a *Indiana Journal of Global Legal Studies*, a *Peking University Transnational Law Review*, a *Suffolk Transnational Law Review*, o *Columbia Journal of Transnational Law*, o *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, a *Jindal Global Law Review*.

15 Ver. WALKER, Neil. *Intimation of Global Law*. Oxford: OUP, 2014. assim como SCHULTZ, Thomas, *Transnational Legality*. Stateless Law and International Arbitration. Oxford: OUP, 2014.

mento em teorias de direito global baseadas nos direitos humanos e numa doutrina do direito natural, em autores como Rafael Domingo¹⁶ ou Cançado Trindade¹⁷, este último juiz do Tribunal Internacional de Justiça. Aqui, se observa um movimento doutrinário que busca elaborar uma releitura constitucionalista do direito internacional público, apresentado como um constitucionalismo global¹⁸. Por sua vez, o pluralismo jurídico, nas suas diversas variantes, também propõe algumas teorias de direito global. Estas estão organizadas em torno da idéia de “pluralismo ordenado”, com significado bastante distinto nas obras de Mireille Delmas-Marty¹⁹ e de Paul Schiff Berman²⁰, ou ainda, através do conceito de “espaço normativo”, de Gilles Lhuillier²¹. Ainda, as abordagens sistêmicas, notadamente desenvolvidas por Gunther Teubner e Andreas Fischer-Lescano, buscam associar o direito global a uma emanção de fraturas setoriais da sociedade global que, por sua vez, dão vazão ao surgimento de uma *lex mercatoria*, de uma *lex sportiva*, de uma *lex constructionis* ou de uma *lex electronica*²². Há ainda as antigas teses de Philippe Jessup sobre o direito transnacional²³, que têm sido hoje reelaboradas, sob a direção de Harold Koh, dentro da chamada “nova escola de New Haven”²⁴, quando não enriquecidas pelas contribuições vindas da teoria social das normas²⁵. E,

em Nova York, uma verdadeira escola de direito administrativo global tem ganho espaço²⁶, enquanto as chamadas teorias “do Sul” propõem uma teoria ao mesmo tempo pluralista e crítica do direito global²⁷.

Cada uma dessas teorias define uma perspectiva sobre a globalização do direito, bem como contribui para a formação do direito global, tanto como objeto de conhecimento quanto como disciplina. A grande variedade de abordagens, cujo catálogo descrito acima está longe de ser exaustivo, dá ao direito global o charme estimulante das disciplinas emergentes, repleta de debates teóricos fundamentais e marcada pela variedade de objetos de estudo²⁸. Contudo, essa mesma característica (ainda) a impede de alcançar o mesmo rigor teórico exigido das disciplinas jurídicas maduras, cujos pressupostos são largamente estáveis, formando assim o que Benjamin N. Cardozo chamava de filosofia dissimulada ou oculta do direito²⁹.

3. A ABORDAGEM PRAGMÁTICA DA ESCOLA DE BRUXELAS³⁰

Há cerca de quinze anos, o Centro Perelman dedica a maior parte dos seus trabalhos ao direito global³¹, usan-

16 DOMINGO, Rafael. *The New Global Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

17 CANÇADO TRINDADE, Antônio. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 316/317, 2006.

18 KLABBERS, Jan; PETER Ann, ULFSTEIN Geir. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford: OUP, 2009. Ver igualmente VON BOGDANDY Armin. « Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany ». *Harvard International Law Journal*, v. 47, p. 223 et s, 2006.

19 DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. Ver também DELMAS-MARTY, Mireille. *Trois défis pour un droit mondial*. Paris: Seuil, 1998.

20 BERMAN, Paul Schiff. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

21 LHUILLIER, Gilles. *Le droit transnational*. Paris: Dalloz, 2016.

22 Voy. *inter alia* FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER Gunter. “Regime-Collision: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 999-1046, 2004 assim como, mais recentemente, TEUBNER, Gunter. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: OUP, 2012.

23 Voy. JESSUP, Philip. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

24 KOH, Harold. « Is there a ‘New’ New Haven School of International Law? ». *Yale Journal of International Law*, v. 32, p. 559 et s, 2007.

25 CALLIESS, Graf Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consen-*

sus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law. Oxford: Hart Publishing, 2010.

26 Voy. o artigo seminal do programa de direito administrativo global da New York University: KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. « The Emergence of Global Administrative Law ». *Law & Contemporary Problems*, v. 68, p. 15-61, 2005.

27 Voy. *inter alia* SANTOS, Boaventura de Sousa. *Vers un nouveau sens commun juridique: droit, science et politique dans la transition paradigmatique*. trad. N. Gonzales. Paris: LGDJ, 2004.

28 Nesse mesmo sentido VARELLA, Marcelo Dias. *Internationalization of Law: Globalization, International Law and Complexity*. Heidelberg: New York; Dordrecht: London: Springer, 2014. p. 314.

29 CARDOZO, Benjamin. *The Growth of the Law*. Yale: Yale University Press, 1924. p. 131.

30 Esse capítulo retoma as análises desenvolvidas nos textos que se seguem: FRYDMAN, Benoit. « Comment penser le droit global? ». CHEROT J.-Y.; FRYDMAN B. (Dir.). *La science du droit à l'ère de la globalisation*. Bruylant: Bruxelles, 2012. p. 24 et s.; LEWKOWICZ, Gregory; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. « L'école de Bruxelles : origines, méthodes et chantiers ». In: AZZARIA, G. (Dir.) *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*. Montréal: Editions Yvon Blais, 2017. p. 355-375 e, em particular, FRYDMAN, Benoit; LEWKOWICZ, Gregory; VAN WAEYENBERGE Arnaud. « De la recherche à l'enseignement du droit global ». In: ANCEL, P.; HEUSCHLING, L. (Dir.). *La transnationalisation de l'enseignement du droit*. Bruxelles: Bruyant, 2016.

31 Para um panorama geral dos resultados destes trabalhos, voy. B. FRYDMAN. *Petit manuel pratique de droit global*. Bruxelles: Aca-

do para isso o método pragmático que é característico da Escola de Bruxelas³². Este método privilegia, notadamente, uma abordagem “micro-jurídica” do direito, que tem por base os casos práticos e a perspectiva dos atores, em oposição às abordagens “macro-jurídicas”, que por sua vez preconizam o estudo do direito a partir dos conceitos, fontes e ordenamento jurídico. Aqui se recomenda o método pragmático para um estudo do direito global - ou seja, do direito da sociedade mundial em formação - que busque evitar as armadilhas do nacionalismo metodológico, tão recorrente no direito. Também é pelo estudo empírico de casos, escolhidos dentro de um certo número de “canteiros”, ou de domínios da vida social especialmente afetados pela globalização³³, que nós temos, progressivamente, desenvolvido os elementos de uma abordagem do direito global. Esses estudos empíricos conduzem, de fato, à formulação de algumas observações transversais de alcance geral.

Primeiramente, o modelo internacional, baseado na articulação entre o direito internacional público, que

segue uma lógica contratual, e o direito internacional privado, que divide as competências entre os Estados, possui diversas falhas em um contexto de globalização³⁴. Por um lado, o desenvolvimento do direito internacional público é, freqüentemente, freado pela falta de um acordo unânime entre os Estados, ou pela má vontade - ou impotência - para implementá-lo. Quanto ao direito internacional privado, a evolução das condições materiais e técnicas permite, hoje, a um número crescente de atores - das grandes empresas multinacionais ao simples particular -, a sua emancipação (ocasional ou sistemática) das ordens jurídicas nacionais. Esse “*law and forum shopping*” subverte a lógica do direito internacional privado, contribuindo à criação não de um direito global, mas sim de um mercado global de direitos nacionais, que se encontram posicionados em uma situação de concorrência que os projeta para uma corrida para o fundo que parece não conhecer, *a priori*, um limite.³⁵

A segunda observação é de que essa corrida para o fundo não resulta na destruição sistemática das regras. Isso porque os agentes necessitam delas para a organização das suas atividades, ou ainda, para a promoção dos seus interesses e valores. Assim, a partir do momento em que elas não lhes são fornecidas, eles tentam - com maior ou menor sucesso - pô-las em prática eles mesmos, quando não buscam meios de incentivar a sua criação. Observa-se assim, em escala global, a proliferação de normas criadas e implementadas pelos próprios agentes que, grandes ou pequenos, por necessidade ou por escolha, se aventuram nessa engenharia normativa. Essas normas, às vezes, resultam de um trabalho conjunto de pesquisa envolvendo os próprios agentes interessados em realizar determinadas operações, como no caso do contrato padrão de financiamento³⁶, verdadeira instituição global proveniente da prática. Recorrentemente, essas regras são o resultado de uma luta pelo direito, onde os agentes interessados (de uma forma ou de outra) na regulação de um comportamento pressionam

démie Royale de Belgique, 2014.

32 Voy. FRYDMAN, Benoit; LEWKOWICZ, Gregory. (Dir.), *Le droit selon l'École de Bruxelles*. Bruxelles: Académie Royale de Belgique, com publicação prevista para 2018.

33 Voy. notadamente, sobre direito empresarial e social: BERNS, Thomas et al. *Responsabilités des entreprises et corégulation*. Bruxelles: Bruylant, 2007. Sobre regulação da internet: FRYDMAN, Benoit; RORIVE, Isabelle. “Regulating Internet Content Through Intermediaries in Europe and in the U.S.A.”. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, v. 23, n. 1, p. 41 et s., 2002; BRICTEUX, Caroline. « La contribution de l'ICANN à l'émergence d'un standard global de la liberté d'expression ». *Working Paper du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, n. 2014/5, 2014. Sobre regulação financeira: COLMANT, Bruno et al. *Les agences de notation financière: entre marchés et Etats*. Bruxelles: Larcier, 2013. Sobre a instituição de um padrão global em matéria de definição e de difusão do estado de direito: RESTREPO AMARILES, David. « The mathematical turn: L'indicateur « Rule of Law » dans la politique du développement de la Banque Mondiale ». In: FRYDMAN, B.; VAN WAEYENBERGE, A. (Ed.). *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume au ranking*. Bruxelles: Bruylant, 2014. p. 193 e s. Sobre o contencioso transnacional: FRYDMAN, Benoit; HENNEBEL, Ludovic. « Le contentieux transnational des droits de l'homme: une analyse stratégique », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 2009/77, p. 73 e s. Sobre a regulação dos conflitos armados: LEWKOWICZ, Gregory. « La protection des civils dans les nouvelles configurations conflictuelles: retour au droit des gens ou dépassement du droit international humanitaire ». In: SOREL, J.-M.; POPESCU, C.-L. (Ed.) *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*. Bruxelles: Bruylant, 2010. p. 5 e s. Sobre o direito dos consumidores: BOCHON, Anthony; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. « The role of codes of conduct in the assessment of unfair commercial practices ». *Journal of Business Law*, 2016/6, p. 451 à 464 Ver igualmente BRICTEUX, Caroline; FRYDMAN, Benoit. (Dir.) *Les Grands défis du droit global*. Bruxelles: Bruylant, 2017. (no prelo).

34 Para uma mostra sobre esta evolução, ver VARELLA Marcelo Dias. *Internationalization of Law: Globalization, International Law and Complexity*, Springer, 2014.

35 Para uma demonstração dessas técnicas à luz dos exemplos, ver LHUILLIER, Gilles. *Le droit transnational*. Paris: Dalloz, 2016. p. 295 e s. Ler sobre esse tema o estudo transversal de O'HARA, Erin; RIBSTEIN, Larry. *The Law Market*. Oxford/New York: OUP, 2009.

36 É o caso da ISDA Master Agreement pour le marché des dérivés de gré à gré. Voy. especialmente BRAITHWAITE, Jo. « Standard Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Markets ». *The Modern Law Review*, v. 75, n. 5, p. 779 et s., 2012.

pelo estabelecimento de “pontos de controle”³⁷, isto é, pela identificação de agentes capazes de gerenciar a matéria. Esses pontos de controle se encontram, assim, compelidos a exercer funções similares aos de um juiz, policial, ou mesmo às de um legislador, a fim de atender às solicitações e demandas que lhes são dirigidas. A responsabilização dos prestadores intermediários de serviços na internet, assim como a das ferramentas de busca, para que assumam o controle dos conteúdos on-line; ou ainda, a pressão imposta às empresas-mãe para que elas garantam o controle das condições de trabalho dos seus fornecedores, a título de responsabilidade social corporativa; ilustram bem essa dinâmica. Entretanto, essa luta pelo direito nem sempre nos conduz à formação de uma regra global única. Ela resulta, mais freqüentemente, na materialização de orientações diferentes na regulação de um problema global, sob a forma de normas concorrentes. É o caso, por exemplo, da oposição entre o sistema de certificação do Forest Stewardship Council, em matéria de gestão florestal sustentável, que promove os valores de algumas ONGs internacionais e de produtores do Sul, com aquele defendido pela indústria madeireira na Europa (*Pan-European Forest Certification*) ou nos EUA (*Sustainable Forestry Initiative*)³⁸.

Em terceiro lugar, a globalização não conduz apenas a uma mudança de escala da norma, mas também da sua natureza. Tem-se observado, na prática, que as normas emergentes, apenas ocasionalmente, tomam emprestadas a forma clássica das nossas boas e velhas regras de direito. Tudo ocorre como se a globalização tivesse criado um terreno fértil à proliferação de instrumentos mobilizadores de normatividades, por vezes estranhas às regras jurídicas, mas que certamente sempre existiram, e que, de alguma forma, dormiam até então nas bases do direito, tornando-se hoje, contudo, predominantes³⁹. Assim, as normas técnicas, indicadores, notações, *bench-*

marks, rankings⁴⁰, códigos de conduta⁴¹ e, talvez, os programas e protocolos informáticos⁴², estão entre os instrumentos normativos que proliferam mundialmente, no afã de assegurar (entre sucessos e fracassos) a regulação de certas atividades. Deve-se dizer, contudo, que estes não são instrumentos que pertençam ao universo habitual de juristas. Para usar uma analogia proposta por Chaïm Perelman, não estamos a falar de normas “en uniforme” que, segundo ele, nem sempre são as mais eficazes⁴³. Ainda assim, o estudo desses “objetos jurídicos não identificados” constitui um aspecto essencial da análise do direito global em formação, devido à sua tendência a desempenhar hoje, em escala global, o papel funcionalmente equivalente às regras de direito.

Uma quarta observação é de que esses instrumentos normativos não se encaixam, na sua essência, em um projeto moral, político ou ideológico em particular, como às vezes se pensa. Como em qualquer regra de direito, eles estão disponíveis a todos os atores. Ademais, eles podem servir à promoção e à defesa de qualquer causa, mesmo se alguns dispositivos foram mobilizados, ou ganharam destaque, no contexto de uma agenda neoliberal. Assim, no campo da responsabilidade social corporativa, sindicatos e ONGs não se furtam a desenvolver e a propor, às empresas multinacionais, códigos de conduta e mecanismos de controle que eles próprios privilegiam a fim de garantir os direitos sociais dos trabalhadores⁴⁴. Assim, os indicadores se revelaram ferramentas móveis eficazes à defesa de causas e políticas sociais no contexto de práticas graciosamente qualificadas de “statactivisme”⁴⁵.

40 Sobre as normas técnicas e os indicadores, voy. especialmente FRYDMAN, Benoit; VAN WAEYENBERGE, Arnaud (Dir.). *Gouverner par les standards et les indicateurs. De Hume au ranking*. Bruxelles: Bruylant, 2014. Ver. igualmente DAVIS, Kevin et al. (Dir.). *Governance by Indicators: Global Power through Classification and Rankings*. Oxford: OUP, 2012.

41 Ver. FRYDMAN, Benoit; LEWKOWICZ, Gregory. “Les codes de conduite: source du droit global ?” In: HACHEZ, I. et al. (Ed.). *Les sources du droit revisitées: normativités concurrentes*. Bruxelles: Anthemis, 2012. p. 179-210.

42 Sobre os efeitos normativos dos programas informáticos, voy. not. BAMBERGER, Kenneth. « Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age ». *Texas Law Review*, v. 88, p. 669 et s, 2010.

43 PERELMAN, Chaim. « A propos de la règle de droit. Réflexions de méthode ». In: *La règle de droit*. Bruxelles: Bruylant, 1971. p. 316.

44 Voy. no geral BERNIS Thomas et al. (Dir.). *Responsabilités des entreprises et corégulation*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

45 BRUNO, Isabelle; DIDIER, Emmanuel; PREVIEUX Julien. *Statactivisme. Comment lutter avec des nombres*, Paris: La Découverte, 2014.

37 A noção de « ponto de controle » foi inicialmente utilizada no contexto de um estudo sobre a regulação da internet. Não obstante, ela possui um alcance amplo. Voy. ZITTRAIN, Jonathan. « Internet Points of Control ». *Boston College Law Review*, v. 44, p. 653 et s, 2003.

38 Voy. sobre esse tema MEIDINGER, Errol. « The Administrative Law of Global Private-Public Regulation: The Case of Forestry ». *European Journal of International Law*, v. 17, p. 47, 2006.

39 Para um panorama desses novos instrumentos jurídicos no contexto da União Européia: VAN WAEYENBERGE, Arnaud. *Nouveaux instruments juridiques de l'Union européenne: évolution de la méthode communautaire*. Bruxelles: Larcier, 2015. 370p.

Por fim, em uma abordagem pragmática, diz-se que o conhecimento de um objeto se resume ao conhecimento do conjunto dos seus efeitos. Assim, esses instrumentos normativos devem ser entendidos tendo-se em consideração as interações que eles mantêm - ou são susceptíveis de manter - entre si e com as regras e instituições jurídicas clássicas. A análise pragmática também ensina que a eficácia desses instrumentos muitas vezes depende das suas combinações. Ou seja, da forma como se integram a um tecido normativo particular, a fim de criarem verdadeiros dispositivos que, por sua vez, assumem as tarefas de definição, implementação e sanção da norma. O *Academic Ranking of World Universities*, mais conhecido como “o ranking de Xangai”, pode ser assim incorporado às legislações sobre reconhecimento de diplomas universitários estrangeiros⁴⁶, ou ainda, às regras relativas à concessão de uma autorização de residência em território de um Estado⁴⁷. Quanto mais essa malha normativa é densa, maior é a chance de estarmos diante de um dispositivo robusto de direito global.

Tomadas em conjunto, essas observações descrevem uma abordagem do direito global. Mas ela não revela, contudo, a existência de uma ordem jurídica global, que viria para se sobrepor às ordens jurídicas nacionais, regionais ou internacionais. Na maioria das vezes, essa abordagem não leva sequer à identificação das normas globais, no sentido mais intuitivo do termo, ou seja, como regras cujo campo de aplicação *ratione loci* seria o mundo inteiro, mas sim, e sobretudo, como dispositivos que asseguram, ou buscam assegurar, a regulação de certos comportamentos, independentemente da sua inscrição em uma ordem jurídica em particular.

4. O DIREITO GLOBAL DO MEIO-AMBIENTE: O CASO DA LUTA CONTRA O AQUECIMENTO GLOBAL E OS MERCADOS DE CARBONO

Estudar a luta contra a regulação do aquecimento

46 Assim, no dia 25 de abril de 2012, a resolução 389 do governo da Federação Russa concedeu a equivalência automática aos diplomas emitidos pelas universidades figurando no top 300 do ranking de Xangai além de outros importantes rankings universitários internacionais.

47 A Holanda facilitou a concessão de uma autorização de residência aos estrangeiros titulares de um título de mestrado ou de doutorado emitido por uma instituição de ensino superior qualificada entre os 150 primeiros do ranking de Xangai. Voy. Besluit van de Staatssecretaris van Justitie van 12 december 2008, nr. 2008/30, houdende wijziging van de Vreemdelingencirculaire 2000, *Staatscourant*, nr. 251, 29 déc. 2008, art. 1.

global por meio da abordagem pragmática da escola de Bruxelas⁴⁸ implica, ao menos, duas características metodológicas essenciais e complementares. A primeira delas é de que o direito deve ser compreendido através da análise dos casos, que são a matéria-prima de todo conhecimento jurídico. A segunda é de que esses casos devem ser estudados em contexto, o que implica a atribuição de um papel significativo, não só ao exame dos fatos associados ao caso, como também à realidade social e aos demais fatos sociais que os circunscrevem. Assim, o estudo de casos deverá examinar, potencialmente, todas as dimensões da realidade onde se insere, tais como a situação da empresa, a perspectiva estratégica dos atores, a conjuntura econômica, o ambiente técnico e o contexto político, na medida em que eles trazem elementos úteis à descoberta e à fundamentação da solução. Esses elementos não se limitam aos dados meramente factuais, se interessando igualmente pelos interesses, valores e normas de quaisquer natureza, evidenciados pelo próprio caso que, assim, termina por revelar o conflito. Para a realização de um estudo de caso à 360°, a Escola de Bruxelas preconiza a superação dos conflitos fronteiriços entre ciências sociais, sem a qual não acredita ser possível se fazer uma pesquisa verdadeiramente interdisciplinar.⁴⁹ Além disso, para o estudo de um caso, o indivíduo não pode se limitar ao estudo da jurisprudência, mas sim à prática do direito tomada na sua acepção mais ampla, de modo a não se restringir ao que Xavier Dieux chama, adequadamente, de “concepção patológica do direito”.

À luz dessas observações de natureza metodológica, não se propôs aqui portanto, em nenhum momento, o estudo de um “direito global do meio-ambiente”, mas sim a escolha de um caso com vocação global, bem como a sua apresentação por meio da abordagem pragmática.

Nesse contexto, destaca-se aqui uma política pública bastante original que, até por isso, chamou a nossa atenção: a luta contra o aquecimento global e, o que é a sua consequência direta, o mercado de direito de poluir⁵⁰. O “caso” do “mercado da poluição” e a sua nova

48 FRYDMAN, Benoit; HAARSCHER, Guy. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1998. p. 241 e s.

49 LEWKOWICZ, Gregory; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. « L'école de Bruxelles: origines, méthodes et chantiers ». AZZARIA, G. (Dir.) *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*. Montréal: Éditions Yvon Blais, 2017. p. 365.

50 Para um estudo detalhado deste tema por meio de uma abordagem pragmática, ver VAN WAEYENBERGE, Arnaud. *Nouveaux*

“moeda”, a cota de carbono, constituem claramente um instrumento original de regulação, na medida em que ele quer dar ao mercado e à lei da concorrência um papel central, bem como oferecer uma alternativa à regulamentação tradicional.

Para estudarmos os mercados de carbono, é antes de tudo indispensável o domínio da legislação em vigor, neste caso, o Protocolo de Quioto (e os acordos a ele subsequentes) e, em particular, o *mecanismo de venda dos direitos de emissão negociáveis* (art. 17), bem como os seus dois complementos: o *mecanismo para um desenvolvimento limpo* (art. 12) e o *mecanismo de implementação conjunta* (art. 6). Além disso, dado o papel de liderança da União Européia nessa temática, uma boa compreensão do seu quadro regulamentar é igualmente importante. Mais precisamente, três diretivas européias (diretivas 2003/87/CE⁵¹, 2004/101/CE⁵² e 2009/29/CE⁵³), que transpõem (e transformam), ao nível da União Européia, as obrigações do dito protocolo.

Tendo em vista a sua especificidade, algumas palavras prévias e explicativas sobre o sistema europeu permitirão ao leitor uma melhor compreensão da sua originalidade. Antes de mais nada, visto que o Protocolo de Quioto prevê alguns objetivos que variam de acordo com a situação sócio-econômica de cada Estado-membro da União Européia⁵⁴, esta obteve - por ocasião do Acordo de Marraquexe (COP 7 em 2001) - a criação de uma “bolha européia”. Em outras palavras, os Estados-membros acordam entre si as obrigações específicas de cada um, assim como de um objetivo comum a todos (-8% em relação a 1990)⁵⁵: Além disso, o sistema intra-

-comunitário de venda de cotas de emissões, instaurado pelas diretivas, cria um mercado de cotas de emissões *entre os agentes econômicos*, e não mais entre os Estados. Em particular, a legislação européia limita ainda as emissões superiores a 11.000 instalações, para as grandes consumidoras de energia (centrais elétricas e demais indústrias poluentes, tais como refinarias de petróleo e siderúrgicas), abrangendo assim cerca de 45% das emissões de gases de efeito estufa⁵⁶.

Como já dito, a abordagem pragmática nos convida a ir além do direito positivo, prolongando a análise à **compreensão do contexto onde a regulação evolui**. *In casu*, a primeira etapa consiste em um estudo sobre a realidade do aquecimento global, sua intensidade, suas causas, suas conseqüências e a sua medida⁵⁷. Em seguida, parte-se para uma genealogia das negociações mantidas antes e após a assinatura do Protocolo de Quioto, fundamentais para uma real compreensão dos termos do acordo e do funcionamento dos seus dispositivos, assim como para identificarmos as estratégias de alguns atores-chave.⁵⁸

Trata-se, igualmente, de se estudar a realidade dos mercados de carbono e o seu funcionamento real. Para tanto, é necessário olharmos para a forma como ele funciona concretamente, o que implica a adoção - na medida do possível - da perspectiva dos agentes atuantes nesses mercados. Esse tipo de análise nos leva, assim, a uma melhor compreensão sobre o papel dos intermediários financeiros (corretores, fundos de investimento, bolsas de carbono...), que se tornaram centrais, a ponto de podermos falar hoje sobre uma verdadeira *financeirização* da luta contra o aquecimento global. Ademais, esse estudo prático revelou igualmente a importância do *fator preço*. Isso mostra que a cotação das ações é particularmente baixa, o que constitui a principal fraqueza dos mercados de carbono⁵⁹.

instruments juridiques de l'Union européenne: évolution de la méthode communautaire. Bruxelles: Larcier, 2015. p. 103-125 e VAN WAEYENBERGE, Arnaud. « Lutter contre le réchauffement climatique: le cas des marchés carbone ». BRICTEUX, C.; FRYDMAN, B. (Dir.). *Les grands défis du droit global*. Bruxelles: Bruylant, 2017. (no prelo).

51 Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases de efeito estufa na Comunidade e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho (JO L 275, p. 32).

52 Diretiva 2004/101/CE do Parlamento europeu e do Conselho, de 27 de outubro de 2004, que altera a Diretiva 2003/87/CE, no âmbito dos mecanismos de projeto do Protocolo de Quioto (JO L 338, p. 18).

53 Diretiva 2009/29/CE do Parlamento europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, que altera a Diretiva 2003/87/CE a fim de melhorar e alargar o regime comunitário de comércio de licenças de emissão de gases de efeito estufa (JO L 140, p. 63).

54 Assim, a Alemanha deve diminuir as suas emissões em 21%, ao passo que a Espanha está autorizada a aumentá-los em 15 %.

55 Ver PALLEMAERTS Marc, « La Communauté européenne comme partie contractante au Protocole de Kyoto », *Am-Env.*, 2003, número especial, p. 16 e s.

56 A inclusão de alguns setores produtivos ao mercado europeu de carbono e a exclusão de outros foi objeto de escolhas políticas contestadas, sem sucesso, perante a Corte de Justiça da União Européia: C-127/07, Arcelor Atlantique e Lorraine e.a., ECLI :C :2008 :728.

57 Para estudos detalhados sobre esses temas, ver, entre outros, os trabalhos do GIEC (http://www.ipcc.ch/home_languages_main_french.shtml) e, igualmente, MASLIN, Mark. *Climate Change: a very short introduction*. 5. ed. Oxford: OUP, 2014. e ENCINA dE Munagorri, Rafael. (Dir.). *Expertise et gouvernance du changement climatique*. Paris: LGDJ, 2009.

58 Ver sobre essa questão MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; WEMAERE, Matthieu. *La diplomatie climatique: les enjeux d'un régime international du climat*. Paris: Pedone, 2010.

59 Nesse mesmo sentido, DE PERTHUIS, Christian;

Enfim, é necessário darmos um passo atrás e compreendermos os mercados de carbono dentro de uma perspectiva mais ampla, de luta contra o aquecimento global. A esse respeito, há inúmeras iniciativas que influenciam o funcionamento dos mercados, uma vez que eles afetam diretamente os atores que neles atuam (ao menos em âmbito da União Européia), a saber, as empresas. Nesse sentido, podemos distinguir dois tipos de iniciativas: aquelas que emanam do setor público e as que provêm do setor privado.

Diante da falta de ação dos governantes de alguns países, muitas iniciativas públicas “*bottom-up*” surgiram ao longo dos anos. Entre elas, merece destaque uma importante iniciativa da parte de algumas unidades federativas pertencentes a alguns Estados federais⁶⁰. Em particular, algumas entidades federadas norte-americanas, canadenses e australianas, que decidiram, em um dado momento, realizar as suas próprias ações em favor do clima, devido à apatia dos seus respectivos Estados federais. Só nos Estados Unidos, ao menos 28 Estados federados desenvolveram os seus próprios planos climáticos, bem como estabeleceram metas de redução das suas emissões de carbono.⁶¹

Quanto ao setor privado, as iniciativas já são mesmo incontáveis. Estas devem ser compreendidas como manifestações de um movimento mais amplo, de responsabilidade social corporativa (RSC) e de investimentos de impacto social e ambiental, que têm tido um crescimento significativo nos últimos quinze anos. Dessa forma, grandes grupos privados, fundos de investimento e instituições financeiras se orgulham das suas respectivas políticas comerciais que limitam as emissões de carbono, ou que proponham produtos financeiros “verdes”. O que é interessante, e o que a abordagem pragmática traz à tona, são os dispositivos que surgem com o intuito de controlar esses engajamentos voluntários e de

torná-los extremamente rigorosos, sem para isso haver necessidade de se recorrer aos mecanismos tradicionais do direito. A esse respeito, e paralelamente a tais compromissos, outras iniciativas verificam a fiel aplicação dessas promessas. Essa transparência tem por objetivo o de permitir à sociedade civil o exercício de um controle cuja sanção seria preponderantemente reputacional⁶². Assim, a sociedade civil, sozinha ou em cooperação com os órgãos públicos, cria cadastros, mecanismos de transparência e de monitoramento e classificações de empenho que institucionalizam esse controle. É o caso das *Cloud of Commitments*, um banco de dados que reúne os compromissos ambientais feitos pelos Estados e pelas empresas por ocasião da extensão da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, em 2012, conhecida como Rio + 20⁶³; ou ainda, a *Initiative Climate Data Base*, outro banco de dados, embora este atuante de forma mais colaborativa e crítica (wiki), exclusivamente dedicado às iniciativas ligadas ao clima (atualmente, há 189 compromissos registrados)⁶⁴. Do mesmo modo, cita-se a CSR Hub, responsável pelos “*Transparent ratings and rankings of 17,487 companies from 134 countries, driven by 535 industry-leading CSR/ESG data sources*”⁶⁵, que faz, da luta contra o aquecimento global, um dos seus critérios de análise e de classificação. E, por fim, menciona-se ainda os índices de responsabilidade social corporativa *FTSE4 Good* e *Ethibel Excellence*, que levam em conta a “luta contra o aquecimento climático” na construção da sua avaliação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A virada global da ciência do direito está em curso e provoca uma série de inovações à prática, à pesquisa e ao ensino do direito. A breve cartografia das escolas de direito global mencionadas neste artigo mostra como ele abrange teorias muito diferentes entre si. Mas mais

TROTIGNON, Raphaël. *Le climat, à quel prix ? La négociation climatique*. Paris: Odile Jacob, 2015. p. 94.

60 Nós pensamos em particular no pioneiro *Regional Greenhouse Gas Initiative* (<http://www.rggi.org>) ou na *Western Climate Initiative* (<http://www.westernclimateinitiative.org>) A nível local, salientamos o programa *Mayors in action* (<http://www.mayorsinaction.eu/home/>), que reúne 5741 cidades representando mais de 185 milhões de habitantes.

61 Recentemente, a retirada da participação dos Estados-Unidos do Acordo de Paris, feita por Donald Trump, revelou, este fenómeno com clareza, quando entidades locais e federadas quiseram liderar uma política climática diferente daquela conduzida a nível federal. Mas, até hoje, não há notícias sobre iniciativas concretas nessa direção.

62 Em uma pesquisa conduzida pela *Yale Program on Climate Change Communication* (2016), um consumidor a cada quatro admite boicotar os produtos de empresas que não tenham uma política de luta contra o aquecimento global. Para um estudo conduzido nos Estados-Unidos sobre o comportamento dos consumidores, ver ROSER-RENOUF, Connie; ATKINSON, Lucy. MAIBACH, Edward; LEISEROWITZ, Anthony. “The Consumer as Climate Activist”. *International Journal of Communication*, v. 10, p. 4759–4783, 2016.

63 <http://www.cloudofcommitments.org>

64 <http://climateinitiativesplatform.org/index.php/Welcome>

65 <https://www.csrhub.com/content/csrhub-data-schema/>

do que isso, ela testemunha também um pouco de uma atividade acadêmica abundante, que já faz de si um dos temas centrais da filosofia do direito do século XXI.

Entre todas elas, a abordagem pragmática da Escola de Bruxelas nos parece ser a mais adequada à compreensão do que está verdadeiramente em jogo a nível global, assim como nos fornece uma grade particularmente relevante de análise. Mas sejamos claros, essa abordagem não deseja (absolutamente) construir uma “ordem global”, mas sim desenvolver uma teoria elementar do direito global, sob a forma de um número finito de elementos simples cujas combinações permitem dar conta de uma multiplicidade de arranjos que a realidade dos dispositivos globais de regulação nos mostra. Ela nos abre, assim, caminho à uma compreensão e, talvez mesmo a uma prática, sobre o uso das normas em um meio não-soberano.

Voltando ao direito ambiental, a resposta à questão colocada no título deste artigo é, decididamente, sim. Com efeito, tanto o assunto “meio-ambiente” quanto os instrumentos utilizados na sua regulação nos convidam a repensar o direito sob a ótica de lentes teóricas diferentes daquelas herdadas dos Estados-nação. As questões ambientais, quase sempre transnacionais e muitas vezes globais na sua essência, assim como os desdobramentos recentes ocorridos em direito ambiental, testemunham amplamente a favor de uma explosão de OJNI, que se expressam de formas variadas e mal acomodadas pelas explicações oferecidas pelas teorias jurídicas clássicas. O exemplo dos mercados de carbono nos mostra que a abordagem pragmática permite entrar no campo da análise toda uma série de fatos, normas e atores essenciais à real compreensão da matéria.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

“Complex is beautiful”: What role for the 2015 Paris Agreement in making the Effective Links within the Climate Regime Complex?

“Complex is beautiful”: qual é o papel do Acordo de Paris de 2015 para estabelecer conexões efetivas no complexo regime climático?

Sandrine Maljean-Dubois

Matthieu Wemaëre

“Complex is beautiful”: What role for the 2015 Paris Agreement in making the Effective Links within the Climate Regime Complex?*

“Complex is beautiful”: qual é o papel do Acordo de Paris de 2015 para estabelecer conexões efetivas no complexo regime climático?

Sandrine Maljean-Dubois**

Matthieu Wemaëre***

ABSTRACT

The 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)¹ provides for the foundation of the international regime to fight against climate change. But it is widely acknowledged that it is neither efficient nor sufficient to tackle this challenge. As from 2000, a proliferation of policy initiatives outside this international climate regime has progressively questioned the centrality of the international governance on climate change as laid down by the UNFCCC. Climate talks under the auspices of the UNFCCC for the adoption of a new accord in Paris in December 2015 at the 21st Conference of the Parties to the UNFCCC provided a unique opportunity to rethink the role and structure of the international climate regime within its own boundaries. In order to increase the level of ambition of climate action as soon as possible and in the future, it was of crucial importance to design the Paris Accord in a way that it could be complemented and enhanced through synergies with other initiatives, which may be developed in other fora of international cooperation. This article analyses the role the Paris Agreement could play in achieving the defragmentation of the international governance on climate change, which could contribute to enhancing new cooperation dynamics, and to building a (more) consistent global climate law.

Keywords: Climate change, Paris agreement, defragmentation

RESUMO

A Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas de 1992 (UNFCCC) prevê a base do regime internacional para combater as mudanças climáticas. No entanto, é amplamente reconhecido que não é nem eficiente nem suficiente para enfrentar esse desafio. A partir de 2000, uma

* Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 18/12/2017

** Diretor de Pesquisa, CNRS / CERIC [França]. E-mail: maljean.dubois@gmail.com

*** Advogado, Ordem de Advogados de Bruxelas e de Paris; Pesquisador associado CERIC, UMR DICE 7318, Aix Marseille Université, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, 3 av. Robert Schuman 13628 Aix-en-Provence Cedex 1, France, Email: matthieu@wemaere-avocats.eu

1 UNITED Nations Framework Convention on Climate Change. *United Nations Treaty Series*, New York, v. 1771, n. 7, p. 107, 9 May 1992.

proliferação de iniciativas políticas fora deste regime climático internacional questionou progressivamente a centralidade da governança internacional sobre mudanças climáticas conforme estabelecido pela UNFCCC. Os debates referentes ao clima sob os auspícios da UNFCCC para a adoção de um novo acordo em Paris em dezembro de 2015 na 21ª Conferência das Partes da UNFCCC proporcionaram uma oportunidade única para repensar o papel e a estrutura do regime climático internacional dentro de seus próprios limites. A fim de aumentar o nível de ambição da ação climática o mais rápido possível, era de importância crucial projetar o Acordo de Paris de forma a ser complementado e aprimorado por meio de sinergias com outras iniciativas, que podem ser desenvolvidas em outros fóruns de cooperação internacional. Este artigo analisa o papel que o Acordo de Paris poderia desempenhar na realização da desfragmentação da governança internacional sobre mudanças climáticas, o que poderia contribuir para aprimorar novas dinâmicas de cooperação e para construir uma lei climática global (mais) consistente.

1. INTRODUCTION

Climate change is a highly complex policy challenge. Its causes cut across all economic sectors. Solutions require many different kind of policies in energy, infrastructure, finance and innovation, to name just a few. At the international level, the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) is widely seen as the central pillar of a broader 'regime complex', encompassing a number of formal and informal international policy processes.

Negotiations on a new climate agreement should be concluded under the UNFCCC by the end of 2015 in Paris.² Many countries expected these negotiations to produce a durable, legal agreement, which can structure climate cooperation in the long-term. But, regarding their difficulties to found a consensus, the Durban Platform gave birth to an *a minima* agreement in which the collective effort is the result of the aggregation of "nationally determined" contributions. The Parties themselves establish their contribution's level of ambition, at a national level, keeping in mind the collective objective of

holding global warming well under 2°C. The COP will likely provide further guidance to the States as to how they determine their contribution³, but until now there has been no burden sharing of the implementation of this collective objective, as it had been the case pursuant to the Kyoto Protocol and in particular as between the fifteen countries of the European Union at the time, who had allocated between themselves a common objective of reducing their emissions by 8%⁴. The objective of holding temperatures laid down in the Agreement is however completely unrealistic based on our emissions' trajectories. This is established on an annual basis by the United Nations Environment programme in its report entitled *The Emissions Gap*, released before each COP. This report analyses the gap in terms of ambition until 2020⁵. Several studies have also analysed the aggregate effect of States' national contributions prior to the COP 21, including a study commissioned pursuant to the UNFCCC for 31 October 2014⁶. It concluded that, combined altogether, these contributions do not take us towards 2°, even less 1.5°, but rather, according to estimates, towards 3 or 3.5°C. This is undoubtedly progress compared to the 4 or 5 °C expected by so-called "business-as-usual" scenarios. Even though today 191 Parties representing 98% of global emissions have submitted their national contribution, we are still very far from the objective set out in the Paris Agreement and, beyond that, from the safe operating space of our planet⁷.

Thus, to improve the level of ambition now and in the future, it is fundamental that the Paris agreement could be supplemented or even fuelled by other ini-

3 CCNUCC, Secretariat, Parties' views regarding further guidance in relation to the mitigation section of decision 1/CP.21, FCCC/ APA/2016/INF.1, 7 October 2016, add. 1, 18 October 2016.

4 This burden sharing was carried out by applying a basket of criteria established by the Utrecht University, based on the population, growth and energetic efficiency as well as opportunity or more political considerations. Phylipsen, G. et al. a triptych sectoral approach to burden differentiation: GHG emissions in the European bubble. *Energy Policy*, n. 26, p. 929-943, 1998.

5 See UNEP. *The Emissions Gap Report 2015*: summary for policymakers. Available at: <<http://uneplive.unep.org/media/docs/theme/13/EGR2015ESEnglishEmbargoed.pdf>>.

6 Synthesis report on the aggregate effect of the intended nationally determined contributions, Note by the secretariat, FCCC/CP/2015/7, 30 October 2015, 66 p. The Paris Decision takes note thereof (§16).

7 UNEP. UNFCCC Secretariat, Aggregate effect of the intended nationally determined contributions: an update, Synthesis report by the secretariat. *FCCC/CP*, n. 2, May 2016; Steffen, W. et al. Planetary Boundaries: Guiding human development on a changing planet. *Science*, v. 347, n. 6223, p. 1, 13 Feb. 2015.

2 UNFCCC. *Decision 1/CP.17 2011*: Establishment of an Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action.

tiatives, actions and policies, coming from other fora of international cooperation. This raises the question: what can the new agreement do in order to better forge effective synergies within the different elements of the climate regime, and to manage potential frictions? In a fragmented legal landscape (2), the Paris Agreement gives some new leverage tools for achieving the defragmentation of the international climate governance (3).

2. FROM A FRAGMENTED GOVERNANCE LANDSCAPE TO REGIME COMPLEXES

The issue of fragmentation has gained more weight in recent times, as researchers and policy makers realise the complexity of climate change, and search for effective solutions. We can highlight three central reasons why the climate regime has long displayed this degree of fragmentation.

First, as mentioned above, climate change is a high complex, multi-sector, multi-scale problem. Addressing it effectively requires coordinated policy responses in many domains. Ongoing work by the OECD, for example, assesses the multiple policy response required at the national level from different sectoral policy processes: from energy policy, trade and competition policy, innovation policy, infrastructure planning, and financial regulation. The same principle holds at the international level. An effective response to climate change will inevitably require a complex, multifaceted response, combining the expertise and mandates of different policy processes.

Secondly, there has also been in the past a divergence of views between countries and researchers regarding appropriate processes. This has been particular manifest in the debate about multilateral versus mini-lateral approaches to international coordination. Today it is probably fair to say that this conflict is perhaps less fundamental, and that a majority of experts and policy makers see multilateral and mini-lateral as complementary. This can be seen in the so-called Workstream 2 process under the UNFCCC and the Lima-Paris Action Agenda, which aims to catalyse a range of International Cooperative Initiatives.⁸ It is therefore being increasingly recognized that the UNFCCC is a core aspect of the global climate regime, but insufficient by itself.

Thirdly, international law is, by definition, a fragmented regime. Fragmentation arises logically from the principle of 'autonomy of treaties', according to which every treaty is independent of all other treaties. The fragmentation of the international legal order is even increasing, due to the twofold movement of expansion and diversification of international law.⁹ The situation is even worse in international environmental law, without a global environmental organization supervizing or even unifying the hundreds of autonomous institutional arrangements existing.¹⁰ In international law, "*normative conflict is endemic to international law*" as stated by an International Law Commission's report.¹¹

The UNFCCC forms, of itself, already a fairly complex legal regime. The Convention, the Kyoto Protocol, the Cancun Accords and now the Paris agreement all represent significant albeit distinct developments of the climate regime. Nonetheless, overall the UNFCCC regime represents a relatively cohesive whole. In the past, it can be argued that the sharing of the workload between the UNFCCC and institutions like the International Maritime Organization, the International Civil Aviation Organization, the World Trade Organization, or the Montreal Protocol or the Convention on Biological Diversity have not been fully synergistic.

But it should be noted that fragmentation is not necessarily prejudicial. What matters is the effectiveness of the policy response, and in the past it seems relatively clear that the lack of better coordination has hindered the policy response. Regarding its relationships with other regimes or policy spaces, the climate regime has proven to be naturally closed and loosely interacting. Indeed, Parties has been quite indifferent, or even hermetic to what occurred elsewhere, regarding the consequences of their action or inaction on other environmental regimes and initiatives, as well as the consequences on other regimes and initiatives on their action within the climate regime. Despite the openness of the

9 ICD. Fragmentation of International Law : Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. *Report of the Study Group of the International Law Commission*, A/CN.4/L.702, UNO, 28 July 2006.

10 Churchill, Robin R.; Ulfstein, Geir. Autonomous Institutional arrangements in multilateral environmental agreements : a little notice phenomenon. *American Journal of International Law*, p. 623, Oct. 2000.

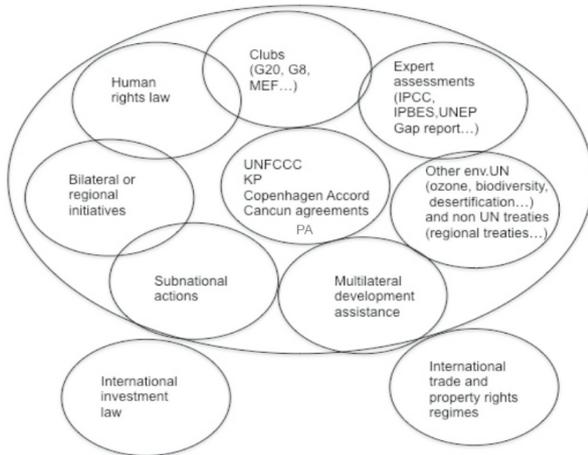
11 ICD, Fragmentation of International Law : Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. *Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, § 486, 13 Apr. 2006.

8 UNFCCC. *Decision 1/CP.20 2014*: Lima call for climate action.

‘constitutional’ framework, the later has in general functioned in a kind of “*clinical isolation*”¹² from other parts of international law. For example, measures adopted to implement the UNFCCC and its Kyoto Protocol have shown that Parties have had so far little consideration of biodiversity conservation issues, with some very few exceptions in relation to forest and land use management, but always as ancillary consequences of climate mitigation or adaptation objectives.¹³

International climate change governance consists of a ‘regime complex’ rather than just a single regime¹⁴ of norms and institutions under the 1992 UN Climate Change Convention, the Kyoto Protocol and now the Paris Agreement. Raustiala and Victor identified a regime complex as “*an array of partially overlapping and non-hierarchical institutions governing a particular issue-area*”.¹⁵ The figure 1 below is adapted from the one that Keohane and Victor proposed of the international regime complex for climate change.

Figure 1 - Adapted from The regime complex for managing climate change



Source: Keohane, R. O.; Victor, D. G. The regime complex for climate change. *Perspectives on Politics*, v. 9, p. 7-23, 2011.

As well as the UNFCCC, the complex includes nu-

¹² WTO Appellate Body Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 29.04.1996, p. 19.

¹³ Maljean-Dubois Sandrine, Wemaëre Matthieu. Climate Change and Biodiversity. In : *Encyclopedia of Environmental Law - Biodiversity and Nature Protection Law*, Edward Elgar Publishing, ed. Jona Razzaque et Elisa Morgera, 2016. pp. 295-308.

¹⁴ On regimes, Krasner S. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables, *International Organization*, vol. 36, n°2, pp. 1-21. 1982.

¹⁵ Raustiala K., Victor D. The regime complex for plant genetic resources, *International Organization*, vol. 58, pp. 277-309. 2004.

merous public and private institutions and initiatives which operate at the international, regional, bilateral, national and even subnational level, each with its own focus (for example, expertise with the IPCC, finance, technology, business...) and involving varying levels of commitment. The interactions between these different spheres vary both in their strength, and in whether they are intended or accidental. Orsini, Morin and Young later gave regime complexes the more precise, practical and operational meaning of “*a network of three or more international regimes that relate to a common subject matter; exhibit overlapping membership; and generate substantive, normative, or operative interactions recognized as potentially problematic whether or not they are essential in identifying regime complexes and analyzing their effects*”.¹⁶

After years of an abundant scholarship on the fragmentation of international law, this concept of regime complex has the advantage of highlighting that which links the different regimes together as much as that which divides them. Hence it offers an interesting analytical framework for understanding accurately a complex reality by focusing on the flow of both norms and actors which exist between the different legal and institutional realms. It therefore takes us further forward than the simple, well-established and relatively unhelpful observation that regime fragmentation exists, and towards a greater understanding of the relationships and interactions between these regimes.

From this perspective, we propose to view the Paris Accord as the bedrock of the regime complex for climate change. Otherwise the Accord and the whole regime complex are likely to be ineffective. To this end, the Accord should aim to fulfil two different but complementary objectives:

- on the one hand, a catalysing role to create a dynamic and contribute to raising the level of ambition in the other regimes that form part of the regime complex;
- on the other hand, to play the leading role in order to orchestrate climate governance, to strengthen coherence and ensure complementarity, ensure work is covered correctly and avoid duplication of effort etc.

¹⁶ A. Orsini, J.-F; Morin, O. Young. Regime complexes: a buzz, a boom, or a boost for global governance? *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, v. 19, n. 1, p. 29, 2013.

3. THE PARIS AGREEMENT AS THE BEDROCK OF THE 'REGIME COMPLEX' ON CLIMATE CHANGE

The COP Decision 1/CP.21, adopting the Paris Agreement at COP21, provides for several indicators towards a greater openness to external challenges than in the past. They acknowledge the need for a global approach to such challenges, which goes beyond the forum of meetings of Contracting Parties to the Paris Agreement, the climate COPs.

Depending on subjects, bridges have been built in two directions: either the Agreement takes into consideration other objectives or requirements, or it invites Parties or intergovernmental organisations to integrate better the climate change dimension. In its preamble, the Agreement refers to the need to ensure “*the integrity of all ecosystems, including oceans, and the protection of biodiversity, recognized by some cultures as Mother Earth*”, while recognizing the importance of “*the conservation and enhancement, as appropriate, of sinks and reservoirs of the greenhouse gases referred to in the Convention*”.

Regarding forests and sinks, it underlines “*the importance of incentivizing, as appropriate, non-carbon benefits associated with such approaches*” (art. 5). Such references could improve the coverage of biodiversity protection in the climate change framework which has been so far rather hermetic in that respect.

The preamble of the COP Decision 1/CP.21 also makes a reference to the Sustainable Development Goals, in particular to the SDG 13 on climate change as well as to Addis-Abeba Action Agenda adopted at the United Nations Third International Conference on Financing for Development and even to the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction. Indeed, it is crucial to create greater consistency among these global objectives at the international level. The reference to such “meta-norms” could play a key role in strengthening the regime complex on international climate change and linking efforts under the UNFCCC with others in the international environmental and development law arena. It assists in linking the work under the Convention with relevant regimes, environmental and other, to the benefit of each of those regimes. Crucially, it will guide Parties’ in their implementation of the Paris Accord so that it is consistent with those other regimes, thus enhancing international legal coherence and reducing fragmentation. The synergistic role of the

Aichi Targets in the field of biodiversity protection has already been pointed out.¹⁷ Developing commonalities between regimes through common principles or strategic objectives could help to prevent conflict between multilateral environmental agreements.

A link is also established between climate change and human rights, not in the operative part of the Agreement as initially proposed by some Parties, but in the preamble of the Accord, which emphasizes that “*climate change is a common concern of humankind, Parties should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity*”.¹⁸ However, this relates to the respect of “*respective obligations*” of States (existing or to be adopted in another context) : with such qualifier, some wanted to make sure that the Paris Accord would not create new obligations in this area.

On indigenous people, it must be noted that the Paris Accord also mentions the need to take into account traditional knowledge, knowledge of indigenous peoples and local knowledge systems, with a view to integrating adaptation into relevant policies and actions (art. 7, § 5). Noteworthy that indigenous people have welcomed the recognition of the ambitious objective to pursue efforts to limit temperature increase to 1,5° C as compared to pre-industrial levels in Article 2 of the Paris Agreement. However, stating that climate change is a “*common concern of humankind*” is not new, in as far as it was already affirmed by the preamble UNFCCC since 1992.

On finance, there has also been an effort towards greater consistency: the COP Decision “*Invites all relevant United Nations agencies and international, regional and national financial institutions to provide information to Parties through the secretariat on how their development assistance and climate finance programmes incorporate climate-proofing and climate resilience measures*” (§ 44). In doing so, the Agreement assumes to become the core framework and a catalyst of

17 Futhazar, G. The diffusion of the Strategic Plan for Biodiversity and its Aichi targets within the biodiversity cluster: an illustration of current trends in the global governance of biodiversity and ecosystems. *YIEL*, v. 25, n. 1, p. 133–166, 2015.

18 We can find a similar formula in the preamble of the Paris Decision.

the strengthened international cooperation on climate change, in and out the UNFCCC.¹⁹

By contrast, there is no reference made in the Paris Agreement to international trade law or agreements. Initially proposed as an option in the Geneva text, it has been withdrawn and not tabled again in the final rounds of talks before COP21. Therefore, the *statu quo* should remain, with a relative deference from the international climate regime with regard to international trade law.²⁰ Having in mind how much international trade law, particularly intellectual property rights, can affect its implementation, the Paris Agreement could have integrated, at least, a clause reflecting upon the mutual supportiveness principle. This principle requires consideration of whether there are areas of conflict given that the Parties are required to interpret and apply the rules emanating from the two different legal regimes in a way that is mutually compatible. It is therefore a principle that enables the different regimes to be linked and coordinated whilst avoiding a hierarchy. According to the International Legal Commission, “*The assumption is that conflicts may and should be resolved between the treaty partners as they arise and with a view to mutual accommodation*”.²¹

A reference to mutual supportiveness in the Paris Accord would have been helpful to the world of international business by providing a more balanced approach to the relationship between climate change and business than is currently the case. In terms of its environmental and commercial objectives, the Paris Agreement should not be subservient to international commercial law. More generally, it would have been beneficial to promote the principle of mutual supportiveness in the Paris Accord with a fairly general formulation that takes the mutual supportiveness principle out of its usual application specifically to international trade law.

The Paris Accord could have been inspired by the relatively balanced formulation contained in the Legal principles adopted in 2014 by the International Law Association. Article 10 entitled “Inter-Relationships” is

expressed thus:

“1. *In order to effectively address climate change and its adverse effects, States shall formulate, elaborate and implement international law relating to climate change in a mutually supportive manner with other relevant international law.*

2. *States in cooperation with relevant international organizations shall ensure that consideration of climate mitigation and adaptation will be integrated into their law, policies and actions at all relevant levels, as laid out in Article 3.*

3. *According to Article 8, States shall cooperate with each other to implement the inter-relationship principle in all areas of international law, whenever necessary [...]*”²².

Given that it represents a compromise, mutual supportiveness should have been a politically acceptable option and would have benefited the other areas of international environmental cooperation (in particular on ozone layer protection or biological diversity where there has already been some friction) and also more widely to the trade, investment, law of the sea and human rights domains. The clause proposed by the ILA is particularly interesting because it is balanced in aiming to take into account other areas of law in the drafting and implementation of climate law (§1), it also provides a principle of integration of climate demands into other policy areas at all relevant levels (§2) and provides, if necessary, for cooperation on the implementation of the principle of internormativity (§3). In this way, such a clause could enable secondary legislation (for example, previous COP decisions relating to the Paris Accord) to guide the implementation of the Accord in a direction which takes account of other normative areas in an evolutionary way. Such a clause could also inspire other normative areas to take better account of the relevant targets in the Paris Accord in a spirit of “win-win”.

To take the example of biodiversity, procedures and modalities for “Intended Nationaly Determined Contributions”²³ implementation could be used to authorise the COP to recommend to Parties that they take into account the need to protect biodiversity, with reference to decisions under the Convention on Biological Diversity (CBD) that relate to certain objectives, means or indicators. Combined with the principle of “no ba-

19 See Abbott, Kenneth W. et al. *International Organizations as Orchestrators*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

20 See Maljean-Dubois, Sandrine; Wemaëre, Matthieu. L'accord à conclure à Paris en décembre 2015: une opportunité pour 'dé'fragmenter la gouvernance internationale du climat ? *Revue juridique de l'environnement*, n. 4, p. 657, 2015.

21 ICD. Fragmentation of International Law : Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law. *Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi*, A/CN.4/L.682, 13 Apr. 2006, §276.

22 ILA. *Legal Principles Relating to Climate Change Draft Article*. 2014. Available at: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029>>.

23 UNFCCC, Decision 1/CP.19 (2013), Further advancing the Durban Platform.

eksliding”, such an initiative could produce a domino effect on biodiversity conservation (whose positive effects on climate change mitigation and adaptation are already well-known). Clearly, the level of resistance that can be expected from some Parties to such an initiative should not be under-estimated. This resistance originates from a fear that discussions within the CBD could be “contaminated” through the “importation” of difficulties and structural issues from the UNFCCC. It also stems from a fear of losing sovereignty by “importing” concepts and rules that emanate from the UNFCCC, also remembering that some important Parties such as the US are not parties to the CBD. It may also be worth thinking about the need for better coordinated action with the Montreal Protocol for example on the elimination of HFCs. This shows particularly well the need of coordination between two international regimes, in that case the climate regime and the ozone regime. The increasing use of HFCs is a climate issue, complicated by the international policy aiming to protect the ozone layer. It is exactly at the interface of the two regimes. There is not a single word on that in the Paris Agreement. The issue has been given only marginal consideration on the road to Paris, as an opportunity to mitigate climate change. However, the Paris Agreement created the momentum which has favoured the adoption of an agreement during the Kigali Meeting of the Parties to the Montreal Protocol, in October 2016²⁴. The Kigali amendment will guarantee a better consistency of international action in favour of climate and ozone.

By promoting voluntary cooperative approaches in its Article 6, the Paris Agreement offers also multiple benefits, both by enhancing the implementation of the climate and other international regimes, and by inspiring and providing good examples to other Parties which could in turn result in an acceleration of the global effort under the Convention. Given the difficulty in making substantial progress involving all Parties, enhanced cooperative action could be a key way of enhancing not just the implementation of work under the Convention, but also under other regimes by promoting synergies with the Convention, and thus reducing fragmentation in the realm of international law.

²⁴ Available at: <<http://www.unep.org/africa/news/kigali-amendment-montreal-protocol-another-global-commitment-stop-climate-change>>.

4. FINAL CONCLUSIONS

In recent years, other important environmental issues as forests, biodiversity, ozone, marine acidification, and so on, have in most cases been overshadowed by the issue of human-induced climate change, yet both are equally important, if not fundamental to the ongoing future of human populations and even planetary life. Indeed planetary boundaries are closely connected and this should be duly reflected in policies and legal tools²⁵. As shown by the lack of cross-reference in decisions taken in the context of the international climate change regime, the UNFCCC behaved sometimes like an autistic convention hermetic to external concerns. According to some authors, “*the connection with issues other than its own has been seen as an unwanted distraction to achieving its narrowly defined and interpreted object and purpose*”.²⁶ COP21 has provided an unique opportunity to make a decisive step toward a better open approach of other issues and regimes. The Paris Agreement shows timid progress from this point of view and States have now to assume their responsibilities. Who can claim today in good faith that the international climate regime could solve on its own the issue of climate change? Indeed the natural fragmentation of international law allows States to instrumentalize one policy space against another in order to protect their domestic interests, thereby undermining overall effectiveness in the end.²⁷ Here, the “*schism of reality*” that Amy Dahan and Stefan Aykut pointed out, seems particularly relevant and is problematic. It is the result of a growing gap between a given reality of the world based on the globalization of markets and the overexploitation of fossil fuels, with States being prisoners of a fierce competition who hang on as ever their national sovereignty on the one hand and a negotiating forum supported by international governance arrangements which gives the impression it can be a central regulator being capable of allocating emission rights, but with less and less grip on this given reality.²⁸ Scholars

²⁵ Biermann, F. Planetary boundaries and earth system governance: exploring the links. *Ecological Economics*, v. 81, p. 4, 2012.

²⁶ Chambers, W. B. *Interlinkages and the Effectiveness of Multilateral Environmental Agreements*. Tokyo: United Nations University Press, 2008.

²⁷ Doelle, M. *Re-thinking the Role of the UN Climate Regime*. 5 March 2015. Available at: <<https://blogs.dal.ca/melaw/2015/03/15/re-thinking-the-role-of-the-un-climate-regime/>>. Ostrom, E. Voir aussi E. Ostrom, *Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change*. *Global Environmental Change*, v. 20, p. 550, 2010.

²⁸ Dalmedico, A. Dahan, Aykut, S. *Gouverner le climat, 20 ans de négo-*

have definitely to pay more attention for the coming years both to interplays between the international regimes²⁹ but also to the management of regime complexity at the national level.³⁰

Acknowledgements. This work has been funded by the Agence nationale pour la recherche française within the project CIRCULEX <ANR-12-GLOB-0001-03 CIRCULEX> and by the Iddri (Paris). The authors would like to warmly thank Thomas Spencer, from the Iddri, for his advice and encouragements and Pierre Mazzega, GET Géosciences Environnement Toulouse UMR5563, CNRS / IRD / Université de Toulouse, for his useful insights and comments.

REFERENCES

- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Legal Principles Relating to Climate Change Draft Articles*. 2014. Available at: <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1029>>.
- Abbott, K. W. The Transnational Regime Complex for Climate Change. *Environment & Planning C: Government & Policy*, v. 30, n. 4, p. 571–590, 2012.
- Abbott, K. W.; Genschel, Snidal S.; Zangl B. *International Organizations as Orchestrators*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Betsil, M. et al. Building Productive Links between the UNFCCC and the Broader Global Climate Governance Landscape. *Global Environmental Politics*, v. 15, p. 1-10, 11 May 2015.
- Biermann, F. Planetary boundaries and earth system governance: exploring the links. *Ecological Economics*, v. 81, p. 4-9, 2012.
- Chambers, W. B. *Interlinkages and the Effectiveness of Multilateral Environmental Agreements*. Tokyo: United Nations University Press, 2008.
- Dahan, Dalmedico A.; Aykut, S. *Gouverner le climat, 20 ans de négociations internationales*. Paris: Presses de Science Po, 2015.
- Doelle, M. *Re-thinking the Role of the UN Climate Regime*. 15 March 2015. Available at: <<https://blogs.dal.ca/melaw/2015/03/15/re-thinking-the-role-of-the-un-climate-regime/>>.
- Futhazar, G. The diffusion of the Strategic Plan for Biodiversity and its Aichi targets within the biodiversity cluster: An illustration of current trends in the global governance of biodiversity and ecosystems. *YIEL*, v. 25, n. 1, p. 133-166, 2015.
- Keohane, R. O.; VICTOR D. G. The Regime Complex for Climate Change. *Perspectives on Politics*, v. 9, n. 1, p. 7-23, 2011.
- Maljean-Dubois, S. (Ed.). *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*. Aix-en-Provence: Confluence des droits, DICE, Aix-en-Provence, 2017. Available at: <https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/ouvrage_circulex_2017.pdf>.
- Maljean-Dubois, S.; Wemaëre, M. L'accord à conclure à Paris en décembre 2015: une opportunité pour 'dé'fragmenter la gouvernance internationale du climat? *Revue juridique de l'environnement*, n. 4, p. 649-671, 2015.
- Maljean-Dubois, S.; Wemaëre, M. Biodiversity and climate change. In: Razzaque, J.; Morgera, E. (Ed.). *Encyclopedia of Environmental Law: Biodiversity and Nature Protection Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 295-308.
- Oberthur, S.; La Vina, A. G. M.; Morgan, J. Getting specific on the 2015 Climate Change Agreement: Suggestions for the Legal Text with an Explanatory Memorandum. *WRI ACT2015 Working Paper*, May 2015.
- Arlinghaus, J. Impacts of Carbon Prices on Indicators of Competitiveness, A Review of Empirical Findings. *OECD Environment Working Papers*, n. 87, 36 p., 27 March 2015.
- Orsini, A.; Morin, J.-F.; Young, O. Regime Complexes: A Buzz, a Boom, or a Boost for Global Governance? *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, v. 19, n. 1, p. 27-39, Jan./Mar. 2013.
- Ostrom, E. Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change. *Global Environmental Change*, v. 20, p. 550-557, 2010.

ciations internationales. Paris: Presses de Science Po, 2015. p. 399-400.

²⁹ For example the CMS Convention or the Ramsar Convention, or even regional conventions. See for instance the stimulating proposals of Betsil, M. et al. Building Productive Links between the UNFCCC and the Broader Global Climate Governance Landscape. *Global Environmental Politics*, v. 15, p. 1-10, 11 May 2015

³⁰ Velázquez Gomar, J. O.; Stringer, L. C.; Paavola, J. Regime Complexes and National Policy Coherence: Experiences in the Biodiversity Cluster. *Global Governance*, v. 20, p. 119. 2014.

Steffen, W. et al. Planetary Boundaries: Guiding human development on a changing planet. *Science*, v. 347, n. 6223, p. 1, 13 Feb. 2015.

Trouwborst, A. Transboundary Wildlife Conservation in A Changing Climate: Adaptation of the Bonn Convention on Migratory Species and Its Daughter Instruments to Climate Change. *Diversity*, v. 4, p. 258-300, 2012.

Van Asselt, H. *The Fragmentation of Global Climate Governance. Consequences and Management of Regime Interactions*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

Velázquez Gomar, J. O.; Stringer, L. C.; Paavola, J. Regime Complexes and National Policy Coherence: Experiences in the Biodiversity Cluster. *Global Governance*, v. 20, p. 119-145, 2014.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Une illustration du droit global,
la *lex mercatoria* climatique?**
An Illustration of Global Law,
the Climatic *Lex Mercatoria*?

Mathilde Hautereau-Boutonnet

Une illustration du droit global, la *lex mercatoria* climatique*

An Illustration of Global Law, the Climatic *Lex Mercatoria*?

Mathilde Hautereau-Boutonnet**

RÉSUMÉ

La lutte contre le changement climatique revêt aujourd'hui différentes formes. À côté du rôle bien connu du droit international public, l'on assiste à la montée en puissance du rôle joué par les entreprises susceptibles de s'appuyer sur un instrument transnational important : le contrat. Or, instrument au cœur de la *lex mercatoria*, il pourrait favoriser l'émergence d'une « *lex mercatoria climatique* ». En tant que norme de droit et du droit, le contrat peut, d'un côté, accueillir des clauses climatiques et être facteur de *lex mercatoria* climatique, et d'un autre côté, subir l'influence de normes offrant une finalité plus favorable à la lutte contre le réchauffement climatique et être vecteur de *lex mercatoria* climatique. Il en découlerait un droit global, à savoir un droit créé par et pour ses destinataires (non étatiques) dans un espace juridique encore inoccupé par le droit climatique national et international, régulé opportunément par des normes climatiques globales (clauses contractuelles).

Mot-clé: Droit global. *Lex mercatoria*. *Lex mercatoria* climatique. Contrats transnational. Devoir de vigilance.

ABSTRACT

Nowadays, the fight against climate change takes different forms. In addition to the well-known role of public international law, there is a growing role for companies that can rely on an important transnational instrument: the contract. However, as an instrument at the heart of the *lex mercatoria*, it could favor the emergence of a “climatic *lex mercatoria*”. As a norm, the contract can, on the one hand, incorporate climatic clauses and be a factor of climatic *lex mercatoria*, and on the other hand, it can be influenced by norms offering a finer purpose to the fight against global warming and be a vector of climatic *lex mercatoria*. This would result in a global law, namely created by and for its (non-state) addressees in a legal area still unoccupied by national and international climate law and properly regulated by global climate standards (contractual clauses).

Keywords: Global Law, *lex mercatoria*, *climatic lex mercatoria*, *transnational contracts*, *due diligence*

* Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 18/12/2017

Este estudo foi realizado como parte do projeto de pesquisa PALSE Impulsion da Universidade Jean Moulin Lyon 3 intitulado “Qual direito para salvar o clima?”/”*Quel droit pour sauver le climat*” liderado por Mathilde Hautereau-Boutonnet.

** Professor da Universidade Jean Moulin, Lyon III. E-mail: mathildeboutonnet@gmail.com

1. INTRODUCTION

1.1. Illustration du droit global

Cette contribution a pour objet de montrer comment un droit typiquement global, la *lex mercatoria*, pourrait contribuer à lutter contre le réchauffement climatique. Ce droit viendrait compléter l'action normative des législateurs nationaux et internationaux en intégrant une dimension climatique dans les relations contractuelles économiques transnationales. Militant pour l'avènement d'une *lex mercatoria* climatique, notre contribution plaide ainsi pour les vertus d'un droit global entendu comme celui créé par les volontés individuelles des entreprises acteurs non étatiques et régulant des relations privées de manière interdépendante et en circulation dans un espace juridique volontairement inoccupé par les droits étatiques et interétatiques.

1.2. Lex mercatoria

Que la *Lex mercatoria* puisse être vue comme une illustration du droit global, cela ne saurait étonner¹. Droit du commerce international des marchands, au-delà des frontières, a-national ou au-delà du national, non étatique, issu de la volonté des destinataires des normes ou élaboré par des institutions non étatiques², il contient à lui seul les indicateurs de la globalité : des sujets de droit se construisant leur propre droit à travers et par delà les ordres juridiques nationaux ou internationaux pour réguler leurs propres relations et créer un nouvel « espace normatif »³.

1 A rattacher également, sans que les notions soient ici véritablement distinguées, au droit transnational, Sur ce rappel, Lhuillier, G. Le droit transnational, Dalloz. *Méthodes du droit*, n. 9, 2016. Plus spécialement sur la naissance de la *lex mercatoria*, Goldman, B. Frontières du droit et *lex mercatoria*, *APD*, t. 9, p. 177, 1964; La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international: réalités et perspectives, *JDI*, p. 475, 1979.

2 Nous laissons ici volontairement de côté le débat relatif à la réalité et la nature de la *Lex mercatoria*. Sur le sujet, Michaels, R. The true *Lex mercatoria*: law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, p. 447, 2007; Pellet, A. La *lex mercatoria*: tiers ordre juridique? Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle*, propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. *Litac*, p. 57, 2000; Lagarde, P. Approche critique de la *Lex mercatoria*, Le droit des relations internationales. *LGDJ*, 1982; Approche critique de la *Lex mercatoria*, Le droit des relations internationales, Mélanges en l'honneur de B. Goldman. *Litac*, p. 125, 1987.

3 G. Lhuillier, préc., p. 385 et s.

1.3. Droit transnational climatique

Que les changements climatiques soient l'objet d'une régulation de nature globale, à savoir ici non-étatique et volontaire, issue de l'initiative d'organismes privés et des entreprises-acteurs non étatiques, cela est également aujourd'hui connu d'une partie de la doctrine environnementaliste qui, jour après jour, donne à voir l'émergence d'un droit transnational de l'environnement. S'il existe déjà une importante littérature qui y est consacrée sans pour autant que les auteurs s'accordent sur ce que signifie l'expression⁴, une revue juridique est dédiée au thème du « *Transnational Environmental Law* »⁵. Surtout, les études s'affinent et montrent que le droit transnational de l'environnement tend à se décliner en branches avec, parmi elles, un droit transnational climatique. Ainsi suivant les pas de Daniel Botansky s'interrogeant sur l'appréhension du changement climatique par un « *Transnational Legal Order* »⁶, Géraud De Lassus Saint Genies a mis en évidence l'émergence d'un « droit transnational des changements climatiques » en présentant les normes qui le composent⁷. Dans tous les cas, le

4 V. la contribution de Priscila Pereira de Andrade, A emergência do direito transnacional ambiental, *Revista de Direito Internacional*, v. 13, n°3, 2016, pp. 18-30. Sur le sujet, v. la bibliographie mise en ligne par Natasha Affolder, *Transnational Environmental*, sur le site de l'IUCN. Déjà en 1994, *Transnational Environmental Law, its impact on corporate behaviour*, Urbani, E. J.; Rubin, C. P. *Transnational Juris Publications*, v. aussi: Line, J.; Kotzé, Louis J. *The Emergence of Transnational Environmental Law, à paraître in Rethinking Environmental Law and Governance for the Anthropocene*. Hart Publishing, 2017. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2895163>. Consulté le: 2 oct. 2017 ; D. M. Ong. From 'International' to 'Transnational' Environmental Law?: a Legal Assessment of the Contribution of the 'Equator Principles' to International Environmental Law. *Nordic Journal of International Law*, v. 79 n. 1, p. 35; 5 Disponible en: <<https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law>>.

La direction éditoriale présente la revue en ces termes : it is a peer-reviewed journal for the study of environmental law and governance beyond the state. It approaches legal and regulatory developments with an interest in the contribution of non-state actors and an awareness of the multi-level governance context in which contemporary environmental law unfolds.

6 Contribution dans l'ouvrage collectif dirigé par Halliday, T. C.; Shaffer, G. *Transnational Legal Order*. Cambridge: Cambridge Studies in Law and Society, 2015. p. 287. V. aussi, Dannenmaier, E. et al. Constructing Transnational Climate Regimes, in beyond territoriality: transnational legal authority in an age of globalization. 2012. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2056430>>. Pattberg, P.; Stripple, J. Beyond the Public et Private Divide: Remapping Transnational Climate Governance in the 21st Century. *International Environmental Agreements*, v. 8, p. 368, 2008.

7 Saint-Genies, G. de Lassus. À la recherche d'un droit transnational des changements climatiques. *RJE*, n. 1, p. 8à et s, 2016.

constat est le même: aujourd'hui la lutte contre les changements climatiques de l'environnement est le résultat d'une régulation à tous les niveaux, le droit interne et le droit international autant que le droit transnational, au-delà et à travers les États. L'action étatique et interétatique est complétée par l'action des acteurs économiques privés, en particulier les entreprises, à un niveau global. L'idée est toujours de montrer que la lutte contre les changements climatiques résulte d'un nouveau type de gouvernance dans laquelle les acteurs privés, comme les entreprises, ont une place essentielle en ce qu'elles peuvent agir au niveau international.

1.4. *Lex mercatoria* climatique?

Que l'on puisse par prolongement, en dressant le pont entre la doctrine du « climat » et celle de « l'entreprise », en déduire qu'il existe une *Lex mercatoria* climatique, c'est-à-dire un droit des marchands intégrant la lutte contre les changements climatiques, cela est moins évident. Le droit des marchands regroupe classiquement les règles régulant les contrats commerciaux d'échanges de biens et services, en particulier par le biais des principes découverts par les juges et arbitres et par les principes élaborés par l'organisation intergouvernementale UNIDROIT, voire du droit européen des contrats, mais encore les codifications professionnelles (Chambre de Commerce Internationale) ou contrats types et guides contractuels proposés par des organisations professionnelles⁸. Le rapport avec la lutte contre le réchauffement climatique semble a priori éloigné des règles veillant au respect des conditions de formation et d'exécution d'un contrat commercial transnational. Certes, la *Lex mercatoria* s'est densifiée : consacrée par certains arbitres comme « universelle »⁹, elle serait constituée de « branches particulières »¹⁰. Or, à côté de la *Lex sportiva*¹¹, *Lex petrolea*¹² et la *Lex electronica*¹³, nulle con-

sécration encore de la *Lex climatea*. Pourtant, à lire la doctrine, certains signes sont déjà là.

1.5. Les signes

Certains auteurs voient en effet dans les instruments issus du phénomène normatif de la RSE (Responsabilité Sociale des Entreprises)¹⁴, une « *New Lex Mercatoria* »¹⁵ ou une « *Eco Lex Mercatoria* »¹⁶. Sous l'influence des Principes directeurs de l'OCDE, des principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU, des normes ISO en particulier la norme ISO 26000, du Global Compact, et des Codes de bonnes conduites ou autres chartes éthiques, les entreprises seraient appelées d'ores et déjà à modifier leur comportement éthique et environnemental sur la scène du commerce international. S'agissant des changements climatiques, l'idée se découvre derrière la mise en évidence doctrinale des instruments du droit transnational du climat. Si la doctrine s'y intéresse pour montrer le renouveau du droit des changements climatiques en concurrence avec le droit international, ceux-ci peuvent aussi être vus comme porteur d'un renouveau de la *lex mercatoria*¹⁷. Il en est ainsi des normes relatives à la certification sur les marchés volontaires du carbone créées par des entités privées comme le *Gold Standard* ou le *Verified Carbon Standard*, à la comptabilisation des émissions de GES et à la communication d'informations sur les émissions de GES comme le *Carbon Disclosure Project* ou le *Greenhouse Protocol*, de la norme ISO 14064 et de celles concernant le commerce de droit d'émission ainsi que de toutes les autres normes volontaires des entreprises notamment les codes de bonnes conduites contenant spécifiquement des engagements en faveur du climat mais aussi les référentiels auxquels elles peuvent adhérer, comme, sous l'influence du global compact, l'initiative du *Caring for*

Bruxelles, 2001. p. 221.

14 Martin-Chenut, Not. K.; Quenaudon, R. de (Dir.). *La RSE saisi par le droit, perspectives internes et internationales*. Paris: éd. A Pedone, 2016.

15 Cette idée est portée par Ruggie, J. G.; Sherman, J. F. Adding Human Rights Punch to the New Lex Mercatoria: the Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 6, p. 455, 2015.

16 Expression de V. Monteillet dans sa thèse: La contractualisation du droit de l'environnement. Dalloz, *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, Préf. A. Pélissier, n. 548, 2016.

17 C'est ce qui ressort des propos de G. de Lassus Saint Gènes lorsqu'il observe que certains instruments semblent autant relever du droit transnational que de la *lex mercatoria*, préc., p. 91.

8 Sur la composition de la *Lex mercatoria*, B. Goldman, op. cit; également : P. Fouchard, E. Gaillard, B. Glodman. *Traité de l'arbitrage, commerce international. Kluwer Law international*, n. 1448, 1999; Osman, F. Les principes généraux de la *Lex mercatoria*, Contribution à l'étude juridique d'un ordre juridique a-national, *LGDJ*, 1992.

9 Sur cette consécration, G. Lhuillier, préc., n. 81.

10 Idem.

11 F. Latty, *Lex sportiva*, Recherche sur le droit transnational, thèse Paris X, 2005, Martinus Nijhoff, Boston, 2007

12 Sur sa reconnaissance, G. Lhuillier, préc., p. 123 et s.

13 Trudel, P. La *lex electronica*. In: Morand, C.-A. *Le droit saisi par la mondialisation*. Bruxelles: Bruylant Éditions de l'université de

climate lancée en 2007 par le secrétaire général des Nations Unies¹⁸. Toutes ces normes tendent à provoquer un changement de comportement des entreprises : en retour, leur adhésion à ce type de normes montrent que ces acteurs privés peuvent et veulent dorénavant exercer leur activité économique en tenant compte de la lutte contre les changements climatiques, en intégrant cette donnée environnementale dans leur activité économique. Or, derrière chaque entreprise, il y a bien souvent un marchand « mondial ». Ces entreprises ont toutes vocation pour exercer leur activité, à échanger, exporter ou importer sur le marché mondial des biens et des services. C'est alors, en toute logique, sur le terrain du commerce international que ce changement de comportement devrait se retrouver. Alors que classiquement elle veille à garantir les intérêts particuliers des acteurs économiques, partenaires contractuels commerciaux, cette nouvelle *lex mercatoria* contribuerait ainsi à garantir l'intérêt général environnemental et en particulier climatique à l'occasion des échanges commerciaux.

1.6. Évolution souhaitable

L'hypothèse d'une *lex mercatoria* climatique est quoiqu'il en soit souhaitable. Si l'activité des entreprises est en effet en première ligne dans le réchauffement climatique, les échanges commerciaux destinés à satisfaire l'exportation des biens et services des pays en développement du sud vers les pays émergents du nord y sont pour beaucoup¹⁹. Or, parce que ni le droit international, ni les droits nationaux ne se saisissent de cette difficulté, nous assistons à une « fuite du carbone », à savoir une tendance pour certaines entreprises à développer leurs échanges économiques avec des entreprises situées dans des juridictions possédant des normes nationales peu strictes en matière de lutte contre les changements climatiques²⁰. De ce fait, plus acceptée par les entreprises-destinataires qu'une législation non consentie – telle une taxe carbone –, la *lex mercatoria* a tout son rôle à jouer. En se rénovant au contact de cette nouvelle force créatrice que sont les changements climatiques, elle pourrait

participer à la construction d'un espace juridique encore inoccupé, propice à la régulation globale, c'est-à-dire construite par et pour les intéressés, s'enrichissant au contact de l'interdépendance des normes qui le composent, et ayant vocation à contribuer au bien de la planète. Elle renforcerait alors l'action d'ores et déjà entreprise au niveau international par les États, nécessaire mais insuffisante car notamment inapte à saisir les relations commerciales transnationales.

1.7. Évolution possible

La reconnaissance d'une *lex mercatoria* climatique est-elle pour autant possible ? Oui, si l'on regarde de plus près le potentiel offert par l'instrument essentiel de ce droit des marchands : le contrat transnational, support des relations commerciales entre les entreprises situées dans deux États différents. Si celui-ci ne fait pas partie des instruments que la doctrine plaide pour la reconnaissance d'une nouvelle *lex mercatoria* ou d'un droit transnational climatique examine, il a fait du côté français l'objet de l'attention de Vanessa Monteillet dans sa thèse sur *La contractualisation du droit de l'environnement*²¹. Il est vrai que le contrat est au cœur de la *lex mercatoria*. Le droit des marchands a pour finalité de réguler les relations contractuelles transnationales et ces relations sont elles-mêmes productrices de normes régulant leur comportement.

1.8. Double nature du contrat

Or, il convient de rappeler que, en tant que norme, le contrat possède une double nature²². Il est à la fois une norme *de* droit - régulateur et une norme *du* droit - régulée. Dans le premier cas, porteur de régulation inter-individuelle, il est une norme qui prescrit un comportement social. Il crée des normes régulatrices, comme une règle de droit, mais à titre individuel et non général. Il est alors, comme tout autre norme de la pyramide de Kelsen, « normateur ». Dans le second cas, il est une norme issue du monde normatif qui l'entoure. Il reste

18 V. l'analyse détaillée de ces instruments par G. de Lassus Saint Gènies, art. préc.

19 Hermann, I. T.; Hauschild, M. Z. Effects of globalization on carbon footprints of products. *CIRP Annals, Manufacturing Technology*, v. 58, éd. 1, p. 13, 2009.

20 Mitkidis, K. Peterkova. Using Private Contracts for climate Change Mitigation. *Groningen Journal of International Law, Energy and Environmental Law*, v. 2, n. 1, p. 59.

21 Préc.

22 Sur le contrat comme norme individuelle, Thibierge, C. *Libres propos sur les sources du droit*. Mélanges en l'honneur de P. Jestaz. p. 545; Kelsen, H. *La théorie juridique de la convention*, Sirey. *Archives de Philosophie du Droit et de sociologie juridique*, p. 33, 1940; D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, O. Jacob, 1997, p. 28; Ghestin, J. *Les données positives du droit*. *RTD civ*, 2002, 11. Appliqué à l'environnement,

une norme validée, encouragée, influencée, orientée ou justifiée par les autres normes qui composent le droit. Il est encadré et lui-même régulé par le droit. Il est en quelque sorte « normé ».

1.9. Facteur et vecteur de *lex mercatoria* climatique

Cette redécouverte du contrat comme norme *de* et *du* droit offre alors l'opportunité, en prolongement des premières recherches doctrinales mettant en évidence les premiers signes de la *lex mercatoria* climatique, d'apprécier la manière dont elle peut à l'avenir se densifier et, de cette manière, être consacrée comme nouvelle branche de ce droit des marchands transnational, manifestation d'un droit global construit par et pour ses destinataires, a-national et porteur de régulation dense et circulaire à travers les ordres²³. D'un côté, comme norme *de* droit, le contrat apparaît comme facteur de *lex mercatoria* : il peut la créer et devient lui-même source de régulation transnationale climatique. D'un autre côté, comme norme *du* droit, le contrat apparaît comme vecteur de cette nouvelle *lex mercatoria* mêlant les normes souples du droit transnational du climat et celles relevant aujourd'hui de la RSE. Elle l'entoure, le pousse à remplir une finalité climatique pour être mise en œuvre et, par conséquent, tend à incidemment en faire un nouvel objet de régulation. Ici, la *lex mercatoria* dans sa dimension climatique influence le contenu contractuel du contrat. Surtout, ce qui reste encore aujourd'hui dans l'ombre, rien n'empêche aussi d'examiner le potentiel de la *lex mercatoria* classique, tournée plus clairement vers la régulation contractuelle. Malléable, elle pourrait elle aussi favoriser l'insertion de considérations climatiques dans le contrat. Dans les deux cas, en retour, c'est la pratique de clauses climatiques qui pourraient alimenter et densifier les normes de la *lex mercatoria*, qu'elles soient souples ou dures. C'est bien la nature globale de la *lex mercatoria* climatique qui adviendrait : un droit à un niveau global, par le global et pour le global.

23 L'idée de densification revenant à plusieurs reprises dans notre contribution, elle montre combien la problématique climatique illustre encore le phénomène de densification normative ayant fait l'objet d'une recherche collective sous la direction de C. Thibierge, La densification normative, découverte d'un processus, Mares et Marin 2013. Plus précisément, elle montre comment la *lex mercatoria* peut se construire par la densification normative, v. dans cet ouvrage la contribution de J.-B. Racine et S. Menétray, La densification normative de la *lex mercatoria*, p. 415.

1.10. Plan

C'est pourquoi, sous le prisme de la double nature du contrat, nous souhaitons démontrer que la *lex mercatoria* climatique pourrait advenir en raison de sa capacité à en être le facteur (1) tout autant que le vecteur (2).

2. LE CONTRAT FACTEUR DE LA *LEX MERCATORIA* CLIMATIQUE

2.1. Des clauses climatiques à l'espace climatique

Le contrat, issu de la volonté des parties, est une norme qui crée du droit, des obligations contractuelles issues de la volonté des parties²⁴. Il régule les relations entre les individus et, à ce titre, à un niveau transnational, peut être facteur de *lex mercatoria* climatique. En effet, dans leurs relations contractuelles transnationales, il est déjà possible pour les marchands d'insérer dans leurs contrats des normes anticipant le risque climatique, par le biais de clauses issues de la volonté des parties. Initialement créées à une échelle individuelle, elles pourraient se densifier et occuper un espace juridique inoccupé en se multipliant à une échelle plus collective. C'est alors que, dans un nouvel espace climatique, le contrat-via les clauses- jouerait pleinement son rôle « normateur » pour réguler le comportement des marchands de manière globale - en dehors de toute intervention étatique et dans un espace transfrontière- à l'égard du réchauffement climatique. La *lex mercatoria* climatique serait le fruit de clauses contractuelles « normatrices », à vocation climatique, se multipliant dans un espace juridique régulé par le contrat lui-même.

2.2. Des *Climate contracts* aux clauses climatiques

Pour attester de cette possibilité, il convient de rappeler que, il y a quelques années, dans la continuité de travaux menés sur les « *environmental contracts* »²⁵, Eric W.

24 V. la nouvelle définition française issue de l'article 1101 du Code civil: Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

25 Orts, E. W.; Deketelaere, K. *Environmental Contracts* : compara-

Orts a mis en lumière le concept de « *climate contracts* »²⁶. Selon cet auteur, « *These "climate contracts" include not only international treaties but also national and regional regulations, public-private partnerships brokered by non-governmental organizations, various organizational alliances, and everyday transactions for goods and services* »²⁷. Cette catégorie contractuelle - plus symbolique que réelle tant à l'analyse les instruments observés ne sont pas toujours de vrais contrats- regroupe tous les traités interétatiques internationaux ou régionaux relatifs au climat, les accords conclus entre un État et une collectivité locale, ou une personne publique et une personne privée, ou encore entre personnes privées. Tous ces instruments ont pour point commun d'avoir pour finalité la lutte contre le changement climatique.

Parce que l'étude est faite sous le prisme premier du climat plus que du contrat, de ce qui est à constater plus que de ce qui est à deviner, un instrument échappe à l'observateur : le contrat de commerce international, de vente de marchandises, celui de la *lex mercatoria*. Or, ce contrat a un fort potentiel dans le domaine du changement climatique. Certes, il n'a pas initialement pour finalité de lutter contre le réchauffement climatique. Il s'agit de satisfaire les intérêts économiques des marchands, exportateurs et importateurs de biens. Toutefois, il peut contenir des obligations allant en ce sens et satisfaire l'intérêt général. En intégrant la lutte contre le réchauffement climatique dans des contrats à finalité purement économique, les entreprises peuvent devenir des acteurs globaux de la lutte contre le changement climatique de manière plus efficace tant les ventes de biens et services sont un facteur important d'émissions de gaz à effet de serre.

2.3. Clauses climatiques

C'est ici qu'apparaît le rôle des clauses climatiques contractuelles, emprunte des volontés individuelles²⁸,

tive approaches to regulatory innovation in the United States and Europe, Eds 2011. En droit français, M. Hautereau-Boutonnet, Le contrat et l'environnement, PUAM 2014, Préface G.-J. Martin et postface M. Mekki ; Le contrat et l'environnement, Etude de droit comparé, Bruylant, 2015.

26 Orts, E. W. Climate Contracts, 29 VA. *Environmental Law Journal*, v. 197, p. 198, 2011.

27 Idem, p. 199.

28 Sur le concept de clause, Helleringer, G. Les clauses contractuelles, Essai d'une typologie. *LGDJ*, t. 536, 2012. Mekki, M. L'essor du concept de clause contractuelle. 1^{ère} partie. *RDC*, 2006/3.

propices à la régulation individuelle. En prolongement de sa thèse s'intitulant « *Sustainability clauses in international business contracts* »²⁹, Katerina Peterkova Mitkidis a récemment mis en évidence la nécessité et possibilité d'instrumentaliser le contrat d'approvisionnement transnational, qui s'entend de celui permettant à une entreprise transnationale de s'approvisionner en biens et services auprès d'une autre entreprise sur un autre territoire, dans une finalité climatique³⁰. Il est vrai que, d'ores et déjà, l'on peut noter l'importance des clauses de développement durable dans ce secteur. Il s'agit, par la voie de clauses contractuelles, pour les entreprises d'un pays développé, d'inciter ses fournisseurs, producteurs et sous-traitants situés dans un pays en voie de développement, de modifier son comportement en faveur des droits de l'homme, de la santé et sécurité des personnes ainsi que de la protection de l'environnement. Si différentes études dressent l'importance de cette tendance – en premier lieu la thèse de Katerina Peterkova Mitkidis³¹ – et notent l'existence de certaines clauses favorables à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, il faudrait regarder de plus près quelles sont aujourd'hui les clauses climatiques pour apprécier l'efficacité du contrat dans le combat de la lutte contre le réchauffement climatique et, finalement, évaluer l'importance de la pratique des acteurs économique à un niveau global. Toutefois, cela demande à dépasser des difficultés pratiques : l'accès aux contrats eux-mêmes. C'est pourquoi, pour contourner ces difficultés, il est aussi possible de mettre en évidence ce que peuvent faire les entreprises en tant qu'acteur d'une *lex mercatoria* climatique, sur le fondement du contrat et par le biais de clauses contractuelles produisant des normes à vocation climatique.

2.4. Contenu des clauses climatiques

Les entreprises peuvent, par le biais de leurs volontés, intégrer le climat et insérant dans le contrat de vente

29 K. Peterkova mitkidis, *Sustainability clauses in international business contracts*, Eleven international publishing, 2015.

30 V. Using Private Contracts for climate Change Mitigation. *Groningen Journal of International Law*, v. 2, n. 1, Energy and Environmental Law, p. 54 et s.

31 K. Peterkova mitkidis, *Sustainability clauses in international business contracts*, Eleven international publishing, 2015. V. aussi, Vandenberg, M. P. The New Wal-Mart Effect : The Role of Private Contracting in Global Governance, *UCLA Law Review*, V. 54, p. 913-970, 2007. V. aussi l'étude réalisée par l'Université de PACE en collaboration avec IACCM Disponible em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/IACCM.html>>.

de marchandises deux types de clauses³². D'une part, les clauses d'adaptation. Celles-ci devraient permettre aux entreprises de préserver l'utilité économique du contrat une fois les conséquences négatives du changement climatique réalisées, d'anticiper les conséquences économiques qu'elles pourraient subir en cas de réalisation d'événements climatiques mais aussi de législation nationale climatique qui viendraient perturber leurs relations commerciales. Ici ce sont les clauses de résolution du contrat, de détermination des différentes responsabilités, d'indexation et surtout de *hardship* qui ont un rôle à jouer en vue de rétablir l'équilibre économique du contrat. D'autre part, les clauses d'atténuation. Celles-ci devraient quant à elles permettre aux entreprises de veiller à leurs intérêts économiques en luttant directement contre le mal à la source et en s'engageant dans la lutte contre le changement climatique plus intensément. Cette fois, ce sont les clauses orientant le comportement climatique des partenaires économiques de l'entreprise du pays développé qui ont toute leur place. Ainsi est-il possible de demander aux fournisseurs d'utiliser les meilleures techniques disponibles pour produire de manière plus propre, d'adhérer à un système de normalisation allant en ce sens, de respecter la législation la plus favorable à la lutte contre les émissions de gaz à effet de serre.

2.5. Circulation normative

Il faut ici noter l'importance de la circulation normative : le contrat peut conduire à la transplantation de lois nationales relevant du droit dur, comme celles imposant des limites de rejet de gaz à effet de serre ou la communication aux actionnaires de certaines données climatiques, et à concrétiser des normes de droit souple comme celles invitant les entreprises à communiquer des informations relatives à leur bilan carbone (via le *Carbon Disclosure Project* ou le *Greenhouse Protocol*). C'est alors une *lex mercatoria* climatique construite à partir de droits nationaux ou a-nationaux, dur et souple qui pourrait se construire, réceptacle d'un droit à la fois global et globalisé, en raison respectivement de sa vocation à saisir le global et à accueillir des normes transplantées.

32 M. Hautereau-Boutonnet, Le potentiel climatique du contrat d'approvisionnement transnational, *Energie, Environnement, Infrastructures* juin 2016. Plus généralement v. la thèse de K. Peterkova mitkidis, *Sustainability clauses in international business contracts*, Eleven international publishing, 2015.

2.6. Force des clauses climatiques

Toutefois ces clauses ne seront en ce sens efficaces que si elles détiennent une force susceptible d'agir véritablement sur le comportement du partenaire commercial. Outre que la rédaction des clauses devra manifester au minimum du prescriptif et au minimum de l'incitatif, les entreprises pourront prévoir dans le contrat d'approvisionnement des clauses de contrôle et de prérequis. Alors que dans le premier cas, la clause impose au partenaire commercial d'attester de son bon comportement climatique pendant le déroulement du contrat sous peine de sanctions, notamment en transmettant des informations sur son bilan carbone, dans le second cas, il s'agira clause de faire preuve de ce comportement avant la conclusion du contrat sous peine de ne pas pouvoir devenir contractant.

2.7. Espace climatique

Surtout, l'ensemble de ces clauses ne pourra régir le comportement des entreprises à grande échelle – de manière donc globale – que si ces clauses se diffusent dans un espace normatif, propre à la régulation des échanges économiques transnationaux. En effet, le réchauffement climatique n'est pas dû à l'activité d'une seule entreprise mais de toutes les entreprises, celles détenant des activités bien distinctes autant que celles participant à la création d'un même produit. Le pari de la *lex mercatoria* climatique repose alors sur la possible diffusion des clauses climatiques: le contrat doit être facteur d'un droit des marchands à grande échelle. Or, à l'examen, la régulation inter-individuelle pourrait donner lieu, années après années, à un mouvement de densification des clauses³³ et opérer une régulation plus collective à un niveau global, propice à la création d'un « espace climatique ».

2.8. Diffusion des clauses climatiques

Deux voies sont envisageables. Premièrement la diffusion par la répercussion³⁴. Dans ce cas, il s'agit pour les entreprises débitrices d'une obligation climatique *via* une clause contractuelle de répercuter cette même obli-

33 V. l'expression de G. Helleringer in *La densification normative*, dir. C. Thibierge, Mare et Martin, 2015.

34 V. Monteillet, Thèse préc., n° 479.

gation sur son propre partenaire commercial, son fournisseur ou sous-traitant. Ainsi l'entreprise demandera-t-elle à son tour à son contractant d'effectuer un bilan carbone ou d'attester de certaines informations climatiques ou de produire selon les meilleures techniques disponibles etc. Là encore un système de contrôle sera mis en place. Possible, cette contractualisation en cascade tout au long de la chaîne de valeur est même nécessaire si l'entreprise société mère ou tête de réseaux l'impose à leurs partenaires les plus proches. Elle est propice à la création d'une « zone d'intégralité environnementale »³⁵. Secondement, la diffusion par imitation. Le pari est celui de l'imitation par les entreprises concurrentes du comportement « climatique » des autres entreprises. Parce que ces clauses seront utilisées par certaines grosses entreprises et seront source d'une valeur ajoutée sur le marché, les autres entreprises pourraient être tentées de reproduire dans leurs propres relations contractuelles ce type de clause. S'opérera le passage d'une pratique individuelle contractuelle isolée à une pratique contractuelle additionnée, porteuse in fine de clauses types et usages...

2.9. Perspectives

Certes, nous sommes ici dans le monde du « possible ». Toutefois, les clauses spécialement climatiques devraient être effectivement de plus en plus courantes dans la pratique contractuelle. En effet, le changement climatique est devenu un risque économique pour les entreprises : outre qu'à l'avenir leur source d'approvisionnement pourrait être fragilisée par les conséquences climatiques, leur manque de vigilance dans ce combat pourrait mettre à mal leur réputation sur le marché et les conduire également à répondre de leurs actes devant les juges. Nous assistons aujourd'hui au phénomène du contentieux climatiques tendant à mettre en jeu la responsabilité des Etats pour défaut de mesures climatiques suffisamment adaptées à l'atténuation du rejet de gaz à effet de serre³⁶, les entreprises pour-

raient aussi être visées comme le montrent les différentes actions engagées contre elles aux Etats-Unis et l'ouverture d'une enquête contre l'entreprise Exxon se voyant reprocher d'avoir caché aux actionnaires des informations relatives aux effets néfastes de son activité sur le climat aux actionnaires³⁷. Surtout, la lutte contre le changement climatique peut aussi être vue, non plus comme un risque à intégrer mais une chance économique à saisir. Pour asseoir leur réputation sur le marché auprès des actionnaires, concurrents et consommateurs, les entreprises ont dorénavant tout intérêt à adopter un comportement favorable à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, à l'imposer à leurs partenaires commerciaux et à opérer sa répercussion en cascade. Enfin, les entreprises en ont aussi la possibilité. Il a été démontré que le contrat est un lieu de pouvoir : il permet à l'entreprise la plus forte d'imposer un comportement au partenaire dont le sort économique dépend de la volonté de la première³⁸. Or, dans le domaine climatique, il s'agirait d'instrumentaliser son pouvoir dans un sens favorable à l'intérêt général et non uniquement à ses intérêts particuliers, asseoir le pouvoir tout au long des chaînes de valeurs dans une finalité favorable à la lutte contre le réchauffement climatique.

2.10. Indicateurs du global

Apparaîtront alors les indicateurs forts du global : des acteurs économiques transnationaux créateurs et diffuseurs de leurs propres normes pour réguler des relations mondiales délaissées par les droits étatiques et interétatiques et appréhender un enjeu global, le climat. Prenant possession d'un îlot normatif inoccupé, par le biais de normes individuelles et non plus générales, le contrat et spécialement les clauses contractuelles issues de leur volonté et productrice de normes climatiques, les entreprises deviendraient créatrices de leur propre *lex mercatoria* climatique. Les clauses climatiques seraient ainsi, par la voie de la création, circulation et diffusion, de comportements climatiques « normateurs ». Or, cette tendance pourrait s'accroître si l'on se souvient de toutes les capacités du contrat : facteur de la *lex mercatoria* climatique, il en est aussi le vecteur.

35 Expression de M. Mekki, Postface in *Le contrat et l'environnement*, dir. M. Hautereau-Boutonnet, PUAM, p. 543. Idée développée par la thèse de V. Monteillet, n. 481 s.

36 V. le rapport du *Sabin Center for Climate Law* de l'École de droit de *Columbia University*. Disponible em: <<http://columbiaclimatelaw.com>>. Consulté le: 24 oct. 2017. V. Décision du 25 juin 2015, Canal-Forgues, V. E.; Perruso, C. La lutte contre le changement climatique en tant qu'objet juridique identifié? *Énergie-Environnement-Infrastructures*, 2015. Comm. 72. V. Tabau, A.-S.; Cournil, C. Nouvelles perspectives pour la justice climatique. Cour du District de La Haye, 24 juin 2015,

Fondation Urgenda contre Pays-Bas), *RJE*, n. 4, p. 672, 2015.

37 Disponible em: <http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2015/11/06/la-justice-americaine-demande-des-comptes-a-exxon-mobil-sur-le-rechauffement-climatique_4804277_3222.html>.

38 Sur ce rappel, v. la thèse de V. Monteillet, n. 476 et s.

3. LE CONTRAT VECTEUR DE LA *LEX MERCATORIA* CLIMATIQUE

3.1. Vecteur ?

Norme *de* droit ou « régulateur », le contrat est aussi une norme *du* droit ou régulée : relevant d'un ordre normatif qui l'entoure, l'encercle, l'influence et le valide, il est aussi régulé par des normes qui orientent sa finalité³⁹. Or, à ce titre, l'on peut d'ores et déjà observer qu'il existe certaines normes qui peuvent et pourraient favoriser la mise en œuvre de la prise en considération du climat dans le contrat. Autrement dit, le contrat, lui-même norme *de* et *facteur de* la *lex mercatoria*, doit aussi être considéré comme un instrument *vecteur* des autres normes issues *de* cette même *lex* ! C'est ainsi que la *lex mercatoria* climatique pourrait advenir dans toute sa globalité : réguler à un niveau global, par le global, à savoir sous l'impulsion d'acteurs non-étatiques et la mise en relation et interaction d'une multiplicité de normes.

3.2. Quelle *lex mercatoria* climatique ?

Reste à savoir ce que sont ces normes climatiques ou potentiellement climatiques issues de la *lex mercatoria* et, donc susceptibles, parce qu'elles régulent les relations contractuelles commerciales d'insuffler cette dynamique climatique et de constituer, avec le contrat et en le régulant, une « *lex mercatoria* climatique ». Si c'est ici que resurgit la mise en évidence doctrinale du droit transnational du climat, de la *new lex mercatoria* et de l'*éco lex mercatoria*, cela ne doit pas faire oublier que c'est aussi la *lex mercatoria* traditionnelle qui pourrait jouer un rôle et influencer la finalité climatique du contrat. Dans les deux cas, tout l'intérêt est qu'il s'agit d'une régulation qui en amont peut renforcer, accompagner les volontés des entreprises mais aussi remédier au manque de volontarisme de ces dernières dans l'insertion de clauses climatiques. Elles permettent alors de densifier la *lex mercatoria* climatique et de soutenir ainsi sa reconnaissance. Toutefois, ce soutien diffère car chacune n'entretient pas le même rapport avec le contrat transnational : alors que la première régule incidemment le contrat en

l'instrumentalisant, la seconde le régule directement en le contrôlant.

3.3. L'avènement de la nouvelle *lex mercatoria*

Du côté de la nouvelle *lex mercatoria*, l'on retrouve les différents instruments de droit souple précités qui, mis en relation avec le contrat, tendent à l'instrumentaliser⁴⁰. A cheval sur le droit de l'entreprise et les droits de l'homme, ce droit ne vise pas directement les contractants ou les relations contractuelles. Il n'entend pas relever du droit des contrats. Toutefois, incidemment, le contrat fait partie des leviers indispensables à leur mise en œuvre. En invitant l'entreprise à jouer un rôle actif dans la protection des droits de l'homme, de sa santé et sa sécurité, et dans la protection de l'environnement, ces instruments tendent à influencer son comportement contractuel transnational, à faire d'elle une entreprise autant qu'un contractant responsable. Pour répondre aux exigences fixées par ces instruments souples auxquels elles adhèrent volontairement, les entreprises sont invitées à adopter un comportement approprié dans leurs relations contractuelles. Il en est ainsi sous l'impulsion du Pacte mondial (Global Compact) lorsque son principe 8 affirme que « les entreprises sont invitées à prendre des initiatives tendant à promouvoir une plus grande responsabilité en matière d'environnement »⁴¹ ou sous l'impulsion des Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales⁴² qui au paragraphe VI concernant l'environnement les invitent à exercer leur activité de manière à ce qu'elle contribue au développement durable.

3.4. *Lex mercatoria* climatique

Si la protection de l'environnement fait naturellement place au climat, parmi ces instruments, certains intègrent d'ailleurs clairement la problématique climatique. Alors que ces mêmes principes de l'OCDE encouragent les entreprises à produire des biens et services qui « réduisent les émissions de gaz à effet de serre »⁴³, le *Caring for climate*, initiative des Nations-Unies parallèle

39 Le contrat demeure un instrument contribuant à l'intérêt général, sur ce rappel, M. Mekki, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004, préface J. Ghestin.

40 Notes 15 et 16.

41 Disponible en : <<http://www.globalcompact-france.org/p-87-principe-8>>.

42 Disponible en : <<http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf>>.

43 V. Paragraphe VI (6.a) des Principes Directeurs de l'OCDE.

au Pacte mondial a pour but de promouvoir le rôle des entreprises dans la lutte contre les changements climatiques⁴⁴. Dans tous les cas, l'on devine la place du contrat transnational pour mettre en œuvre ces réductions de gaz à effet de serre. Peu étonnant alors que le contrat se découvre assez facilement derrière le contenu de ces instruments. Ainsi du côté toujours des principes de l'OCDE, ceux-ci invitent les entreprises à améliorer leurs performances environnementales au niveau non seulement de l'entreprise, mais aussi de sa chaîne d'approvisionnement⁴⁵. C'est incidemment inciter ces transnationales à insérer des mesures appropriées via les contrats d'approvisionnement transnationaux.

3.5. Devoir de vigilance

Surtout, plus concrètement, parmi ces instruments de droit souple, certains ont créé une obligation déterminante pour notre démonstration tant elle est propice à la régulation contractuelle transnationale. Il s'agit du devoir de vigilance invitant en substance les entreprises transnationales à contrôler et réduire le risque d'atteintes aux droits de l'homme, à leur sécurité et santé ainsi qu'à l'environnement créé par leur activité ou l'activité de leurs filiales et partenaires commerciaux se trouvant dans leur sphère d'influence, y compris ceux se trouvant sur les sols étrangers⁴⁶. Le risque climatique étant porteur de ces trois atteintes, il devrait lui aussi naturellement faire l'objet de vigilance. Reconnu par les Principes Directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales (dernière édition, Principes Généraux II, A-2), ce devoir est aussi prévu par la norme ISO 26000 sur les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale des organisations publiée en novembre 2010 (article 2.4., ISO 26000) et les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits fondamentaux élaborés par le Représentant spécial du Secrétaire général John Ruggie chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises et approuvés par le Conseil des Droits de l'homme dans sa résolution du 17/4 du 16 juin 2011⁴⁷.

44 Disponible en: <<http://newsroom.unfccc.int/lpaa-fr/entreprises/caring-for-climate-c4c-promouvoir-le-role-des-entreprises-face-au-changement-climatique/>>.

45 V. Paragraphe VI (6) des Principes Directeurs de l'OCDE.

46 V. le Pierre-Samuel, Par et al. Le big bang des devoirs de vigilance ESG : les nouveaux enjeux de RSE et de droits de l'homme, *RLDA*, n. 104, mai 2015;

47 Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/>

3.6. Portée sur le contrat

Dans tous les cas, pour mettre en œuvre ce devoir de vigilance dans le domaine spécifiquement climatique, les entreprises débitrices sont appelées à instrumentaliser les contrats d'affaires transnationaux pour faire peser sur leurs partenaires commerciaux, fournisseurs sous-traitants, des obligations permettant d'identifier, contrôler et réduire les risques créés par leur activité⁴⁸. Le lien avec la régulation contractuelle, par le contrat, est plus explicite. Ainsi les principes de l'OCDE précisent-ils que les entreprises débitrices du devoir de vigilance doivent « encourager dans la mesure du possible leurs partenaires commerciaux, y compris leurs fournisseurs et leurs sous-traitants, à appliquer des principes de conduite responsable conformes aux Principes directeurs » (art.13 du paragraphe II) et fait référence à la chaîne d'approvisionnement à plusieurs reprises⁴⁹. Les entreprises transnationales sont ainsi appelées à insérer les clauses climatiques étudiées pour inviter leurs partenaires à réduire les rejets de gaz à effet de serre ou au moins à contrôler leur activité dans ce domaine en leur imposant la transmission de certaines informations. On en retient que si les clauses climatiques, issues du contrat comme facteur de *lex mercatoria*, ont toutes les chances d'être créées et de se propager, c'est parce que les entreprises adhérentes à ces normes ou référentiels internationaux sont invitées à les insérer dans leurs relations contractuelles sous l'impulsion du devoir de vigilance, norme de la nouvelle *lex mercatoria* au contenu plus souple et à la finalité incidente.

3.7. Fragilité ?

Certes, rien n'oblige les entreprises transnationales à adhérer à ce type de normes incitatives et surtout à contractualiser le devoir de vigilance. Or, sans contractualisation ou au moins influence sur les relations contractuelles par le biais de clauses favorables à la réduction des rejets de gaz à effet de serre, l'on ne peut plus parler de *lex mercatoria* climatique. Celle-ci ne doit son existence que parce qu'elle régule les relations contractuelles. Toutefois, ces instruments prévoient tous des systèmes de

Business/IntroductionsGuidingPrinciples_fr.pdf>.

48 Mekki, M. Contrat et devoir de vigilance. *RLDA*, n. 104, p. 89, mai 2015; Trébulle, F.-G. Contractualiser la responsabilité sociale? *Environnement*, n. 3, 2013, Repère 3.

49 V. les commentaires sur les principes généraux p. 24 et s.

contrôle, assez souples mais pas inutiles, qui consistent en substance à imposer aux entreprises la transmission d'informations relatives à leurs activités et à la manière dont elles agissent contre le réchauffement climatique et, pour l'organisme de contrôle, à en tirer certaines conséquences en cas de non-respect des engagements, notamment l'impossibilité pour l'entreprise de faire valoir son adhésion à la norme méconnue. L'exemple du *Caring Climate* est topique : par le biais d'un document écrit, le *Caring for climate Statement*, l'entreprise s'engage au respect des engagements en matière climatique, en particulier améliorer l'efficacité énergétique et réduire l'empreinte carbone de ses biens et services et procédés de production, et à faire part de ses résultats régulièrement. À défaut, l'entreprise peut être exclue⁵⁰. On peut alors penser que l'instrumentalisation du contrat, en particulier la mise en évidence d'une politique climatique permettant de contrôler le comportement des fournisseurs et sous-traitants via les contrats d'affaires peut faire partie des éléments à faire connaître pour apparaître comme un bon élève au nom des engagements prônés par le *Caring Climate* et, ainsi, assurer sa bonne réputation sur le marché.

3.8. Autres normes

Par ailleurs, l'ensemble de ces normes et référentiels internationaux, en incitant à la contractualisation, peut et pourrait être également producteur d'autres normes relevant plus généralement de la pratique contractuelle qui, pris indépendamment, relèvent elles aussi de ce nouveau droit souple transnational⁵¹. Il en est ainsi des guides contractuels expliquant la démarche de contractualisation de la vigilance avec les partenaires commerciaux. S'il n'en existe pas encore dans le domaine climatique, les premiers signes sont là en matière de droits de l'homme et pourraient s'affiner. L'on pense au guide des Achats sur le marché international de l'Alliance du commerce⁵² ou au Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsable en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque⁵³. L'on peut aussi noter, révélateur des évolutions en cours, que l'organisation UNIDROIT

prépare actuellement, suite à l'adoption du guide sur l'agriculture contractuelle, un guide sur les contrats d'investissement en terre agricole en collaboration avec la FAO, qui invite à intégrer les problématiques environnementales dans les contrats et à réfléchir aux modes d'insertions d'obligations environnementales contractuelles⁵⁴. Par ailleurs, certaines ONG n'hésitent pas, d'ores et déjà, à proposer un modèle de contrat type dit « contrat durable » qui pourrait, demain, certainement appréhender de plus près le risque climatique et modéliser certaines clauses climatiques types⁵⁵. Là encore, ce contrat type apparaît comme une norme incidemment incitative. C'est alors que, de plus en plus, par le biais de l'affinement et la densification, cette nouvelle *lex mercatoria* ira à la rencontre de la *lex mercatoria* plus traditionnelle, celle appelée à gouverner directement les relations contractuelle, en rénovant et complétant certains de ces instruments classiques, guides et contrats types dans les relations commerciales transnationales.

3.9. Originalité normative de la nouvelle *lex mercatoria*

Ainsi parce qu'elle pousse, à sa manière, à la contractualisation de clauses climatiques dans les contrats transnationaux, cette nouvelle *lex mercatoria* au cœur de laquelle se trouve l'obligation de vigilance, peut être vue à la fois comme un nouvel ordre contractuel composé non plus de normes dures mais de normes souples⁵⁶, un nouvel ordre des marchands composé non plus uniquement de normes régissant directement les relations contractuelles mais aussi de normes les régulant indirectement⁵⁷ et comme un renouveau de la *lex mercatoria* plus traditionnelle. C'est alors une *lex mercatoria* climatique dans toute sa globalité qui apparaît, mêlant et mettant en relation normes nouvelles et traditionnelles.

54 Disponible en : <<http://www.unidroit.org/english/documents/2017/study80b/wg/s-80b-02-e.pdf>>.

55 Queindec, V. Y. L'émergence de contrats durables pour exercer sa vigilance. *Revue Lamy Droit des Affaires*, p. 61, 2014; Launay, A.; Queindec, Y. De la prévention à la réparation des impacts ESG: Le contrat durable, outils de formalisation du devoir de vigilance. In: Martin-Chenut, K.; Quenaudon, R. de. *La RSE saisie par le droit: perspectives interne et internationale*. Paris: Pedone, 2016. p. 471.

56 L'expression ordre contractuel est de Denis Mazeaud, Le nouvel ordre contractuel, in *Ruptures et permanence dans le droit des contrats*, *RDC*, n. 1, p. 295, 2003.

57 V. la distinction de V. Monteillet entre ordre contractuel environnemental et ordre transversal environnemental, p. 433 et s.

50 Sur ce rappel, G. De Lassus Saint-Genies, art. préc., p. 90.

51 Sur cette possible tendance à venir v. la thèse de V. Monteillet,

52 *Les cahiers de l'Alliance*, Paris, n. 9, juin 2014.

53 Disponible en : <<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mnc/ Guide-OCDE-Devoir-Diligence-Minerais-%20Edition3.pdf>>.

3.10. Le renouveau de la *lex mercatoria* traditionnelle

La *lex mercatoria* traditionnelle ne pourrait-elle pas d'ailleurs jouer un rôle déterminant dans la construction de la *lex mercatoria* climatique ? C'est ce que nous pensons. Il faut rappeler que le contrat de vente internationale ou plus particulièrement le contrat d'approvisionnement transnational, peut être soumis à différents droits des contrats selon la loi applicable. Il peut être régi par le droit national, la loi des parties, certaines conventions internationales comme la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) mais aussi par les normes de la *lex mercatoria*. Dans ce cas, le contrat est régulé directement : la *lex* s'assure du respect des conditions de conclusion et d'exécution du contrat. Il ne s'agit pas d'instrumentaliser le contrat mais de le contrôler. C'est par ce biais qu'il peut être vecteur d'une *lex mercatoria* climatique. En effet, le droit souple (la nouvelle *lex mercatoria*) pourrait jour après jour avoir une influence sur ce droit certes a-national mais dur et surtout général, et l'inviter à davantage appréhender l'enjeu du changement climatique. C'est ainsi que, à l'écoute des nouvelles forces créatrices, sociales, écologiques mais aussi de plus en plus économiques, il en découlerait une *lex mercatoria* également climatique, tendant à l'adoption d'un comportement contractuel soucieux de la lutte contre le réchauffement climatique.

3.11. Principes communs

Il convient alors de regarder de plus près les canaux traditionnels par lesquels pourrait se construire cette *lex mercatoria* climatique. Ici, ce sont en particulier certains principes de la *lex mercatoria* guidant la conclusion et l'exécution du contrat qui ont un rôle à jouer tant ils sont susceptibles de s'adapter et évoluer aux nouvelles considérations. En laissant de côté le principe de force obligatoire du contrat (*pacta sunt servanda*) qui à l'évidence renforcerait l'efficacité des clauses climatiques, deux principes méritent l'attention.

3.12. Bonne foi

En premier lieu, le principe de la bonne foi qui est reconnu par les différents droits internes, les principes UNIDROIT (art. 1.9) et les usages et principes du com-

merce international ou de la *lex mercatoria*. S'il pourrait certes permettre au juge ou à l'arbitre d'imposer aux contractants le respect des obligations climatiques, il pourrait aussi, à l'avenir, les inciter au nom de l'exigence de collaboration ou coopération qui en découle au respect d'obligations climatiques plus concrètes, bien que non prévues dans le contrat. Il en serait ainsi de la nécessité pour les contractants de communiquer certaines informations relatives aux conséquences de leurs activités sur le réchauffement climatique, de réduire les émissions de gaz à effet de serre issues de son activité en respectant les meilleures pratiques disponibles, de contrôler le comportement climatique des sous-traitants, de renégocier le contrat au vu de l'évolution des données scientifiques disponibles dans un but d'adaptation ou d'atténuation, etc. en déduire le nécessaire respect de certaines obligations non prévues explicitement par les parties.

3.13. Cohérence contractuelle

En second lieu, le devoir de cohérence contractuelle ou, selon les principes UNIDROIT (art. 1.8), de l'impossibilité pour une partie « d'agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage ». Celui-ci pourrait conduire à imposer un comportement cohérent face à certains engagements favorables au climat. Ainsi, en supposant qu'une entreprise fournisseur fasse publiquement valoir le fait qu'elle s'engage dans ses relations commerciales à adopter un comportement favorable à la lutte contre le réchauffement climatique pourrait laisser penser à l'autre contractant qu'elle développe concrètement des actions en ce sens. Il en est de même, pour faire le lien avec la nouvelle *lex mercatoria*, si elle a publiquement déclaré être adhérente à des normes prônant notamment le devoir de vigilance. L'arbitre ou le juge pourrait ici être conduit à imposer certaines obligations comme exercer une activité économique davantage respectueuse du climat, au nom de ce que l'on pourrait attendre de ces engagements, mais cette fois, extracontractuels. L'on voit ici la communication possible entre les *lex mercatoria* nouvelle et traditionnelle et la manière dont la densification de la *lex mercatoria* climatique s'opère et, à travers elle, comment le global se manifeste.

3.14. Obligations implicites et usage

Surtout, les juges ou arbitres pourraient être tentés, au regard de la densification des clauses contractuelles climatiques, via le contrat facteur de *lex mercatoria* climatique à l'échelle individuelle puis collective, de découvrir des obligations implicites ou un usage de la clause climatique. Dans le premier cas, il s'agit, pour reprendre la formule doctrinale française, de « greffer » des obligations au contrat⁵⁸. Du côté des principes UNIDROIT⁸¹, dans leur dernière version de 2010, les parties doivent respecter les obligations expresses mais également « implicites » découlant notamment de la nature et du but du contrat. Les juges et arbitres pourraient alors découvrir certains « devoirs climatiques » implicites et les imposer aux parties. Dans le second cas, ces acteurs du droit pourraient estimer se trouver face à un usage. Selon, l'article 1.9 des Principes UNIDROIT, les parties sont liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable. De même, les usages, qui résultent notamment d'une pratique contractuelle répétée et considérée comme obligatoire, sont considérés comme des normes composant la *lex mercatoria*⁸⁶. A terme, le juge ou l'arbitre pourrait ainsi considérer que la nécessité d'exercer une activité propre et conciliable avec l'objectif de réduction de gaz à effet de serre est constitutive d'usage du commerce international et implique le respect de diverses obligations lors de la conclusion ou l'exécution du contrat, telles celles prévues par la grande majorité des entreprises transnationales dans les contrats d'échange. C'est alors que, au regard du respect de cet usage, tout contrat transnational d'échange de bien devrait devenir climatique !

3.15. Construction de la *lex mercatoria* climatique

La *lex mercatoria* climatique se construirait alors en aller-retour, du côté du pôle de la *lex mercatoria* produite par le contrat et de la *lex mercatoria* régulant le contrat (facteur/vecteur) : alors que l'insertion des clauses climatiques dans les contrats par la pratique contractuelle sous l'impulsion du droit souple précité pourrait pou-

ser à la découverte d'un usage, en retour, ce dernier issu du droit de *lex mercatoria* dur (traditionnelle) influencerait le contenu climatique des contrats à un niveau global. Norme de droit générale de la *lex mercatoria*, l'usage a en effet la capacité de réguler le contrat transnational à grande échelle. Certes, l'hypothèse n'est pas simple : pour que l'usage soit reconnu encore faudra-t-il se trouver face à une pratique répétée et considérée comme obligatoire ou, selon les critères fixés par l'article 1.9 des principes UNIDROIT, que l'usage soit « largement connu et régulièrement observé par les parties dans la branche commerciale considérée ». Cela demandera à regarder de plus près les signes d'une pratique contractuelle potentiellement créatrice d'usage, se manifestant notamment dans l'importance quantitative des clauses climatiques, non seulement issues des contrats eux-mêmes, mais aussi des documents contractuels ou conditions générales d'achat, les guides, clausiers, voire contrats types les proposant élaborés également sous l'impulsion de la nouvelle *lex mercatoria*⁵⁹ !

4. CONCLUSION

Au final, si demain il y a construction d'une *lex mercatoria* climatique dans toute sa globalité (acteurs, normes, espace, finalité), elle devrait être le fruit d'un contrat inter-normatif, en prise avec différentes normes en interaction, support d'une densification. En tant que facteur de la *lex mercatoria* climatique, normes individuelles (les clauses climatiques) mais potentiellement collective et propice à la construction de normes souples (guides, clausiers) et dures (usages); en tant que vecteur de la *lex mercatoria* climatique : normes souples mais potentiellement dures (les principes de la *lex mercatoria* traditionnelle), toutes deux propices à la création et diffusion de normes individuelles puis générales.

58 Jossierand, L. Le forçage du contrat. *Etudes Gény*, t. 2, Sirey, p. 340, 1934. Sur ce rappel, not. M. Fabre-Magnan, préc., p. 496.

59 Sur ce rappel, not. V. Monteillet, Thèse n. 548. V. aussi M. Hautereau-Boutonnet, le contrat d'approvisionnement, préc.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Océans et changements climatiques : Rechercher les interactions au sein de la fragmentation du droit international

Oceans and Climate Change: Looking for Interactions in the Fragmentation of International Law

Oceanos e Mudanças Climáticas: Procurando Interações na Fragmentação do Direito Internacional

Sophie Gambardella

Océans et changements climatiques : Rechercher les interactions au sein de la fragmentation du droit international*

Oceans and Climate Change: Looking for Interactions in the Fragmentation of International Law

Oceanos e Mudanças Climáticas: Procurando Interações na Fragmentação do Direito Internacional

Sophie Gambardella**

RÉSUMÉ

Les océans jouent un rôle majeur dans la régulation du climat et à l'inverse, les changements climatiques ont des effets néfastes irréversibles sur les océans. Les questions climatiques et océaniques sont ainsi étroitement liées et “sauver le climat” ne sera possible que si, dans le même temps, nous sauvons les océans. Pourtant le droit international peine à refléter ce lien. L'objectif de cette étude est alors d'identifier aussi bien dans le droit international positif qu'au-delà de ses frontières – dans la sphère dite du “droit global” – les freins et leviers à une meilleure interaction entre les régimes juridiques de droit de la mer et du droit international du climat.

Mots clés: Océans – changements climatiques – Fragmentation du droit international – Accord de Paris

ABSTRACT

The oceans play a major role in climate regulation and, conversely, climate change has irreversible adverse effects on the oceans. Climate and ocean issues are thus closely linked and “saving the climate” will only be possible if, at the same time, we save the oceans. Yet international law struggles to reflect this link. The aim of this study is therefore to identify both in positive international law and beyond its borders - in the sphere known as “global law” - the barriers and the facilitators for a better interaction between the legal regimes of law of the sea and international climate law.

Key words: Oceans – climate change – fragmentation of international law – Paris Agreement

* Este estudo foi realizado como parte do projeto de pesquisa *PALSE Implusion* da Universidade Jean Moulin Lyon 3 intitulado “Qual direito para salvar o clima?” liderado por Mathilde Hautereau-Boutonnet, professora da Universidade Jean Moulin Lyon 3

** Pesquisadora Associada CNRS, Universidade de Estrasburgo, CNRS, SAGE UMR 7363, F-67000 Strasbourg França, Email: gambardella@unistra.fr

RESUMO

Os oceanos desempenham um papel importante na regulação do clima e, inversamente, as mudanças climáticas têm efeitos adversos irreversíveis sobre os oceanos. As questões do clima e do oceano estão assim intimamente ligadas e “salvar o clima” só será possível se, ao mesmo tempo, salvemos os oceanos. No entanto, o direito internacional luta para refletir esse link. O objetivo deste estudo é, portanto, identificar tanto o direito internacional positivo como além das suas fronteiras - na esfera conhecida como “lei global” - os freios e alavancas para uma melhor interação entre os regimes legais de lei do mar e lei climática internacional.

Palavras chave: Oceanos – Mudanças climáticas – fragmentação do direito internacional – Acordo de Paris

Ne pas s'égarer dans la complexité du labyrinthe menant des océans vers le climat et du climat vers les océans est le premier défi de cette étude. Complexité car d'une part, le droit du climat évolue au sein d'un système institutionnel et normatif de plus en plus complexe, fragmenté ; complexité d'autre part, car le constat de la fragmentation institutionnelle et normative a été fait de longue date en droit de la mer. La fragmentation résulte, en grande partie dans ce domaine, d'une vision elle-même scindée des questions relatives aux mers et aux océans : la question de la gestion des ressources et celle de la gestion des milieux ayant, dès l'origine, été traitées séparément. Le terrain de recherche des éventuelles interactions entre droit de la mer et droit du climat se présente ainsi comme un « complexe de régimes »¹. Il faut, toutefois garder à l'esprit pour bien cerner le terrain de la recherche que « la notion de complexe de régimes ne préjuge pas d'une quelconque cohérence interne. Elle désigne simplement des espaces qui, parce qu'ils sont consacrés au même objet, même s'ils l'abordent sous un angle différent ou seulement partiellement, interagissent »². A ce premier écueil de

la fragmentation, la journée d'étude, qui nous a réunis à Brasilia, en a ajouté un second en nous invitant à penser le droit de l'environnement comme un laboratoire du droit global. Or, le droit global, tel qu'appréhendé par le Centre Perelman de Philosophie du droit de Bruxelles, a notamment pour ambition de « penser le droit sans l'ordre juridique »³. Ainsi, les processus de multiplication des normes et des acteurs en dehors des enceintes traditionnelles de création du droit ou encore le développement de nouveaux types de régulation ne seraient peut-être pas les symptômes d'une fragmentation malade du droit international mais un phénomène normal de vitalité du droit, dans un contexte de droit global. La fragmentation du droit international impulserait ainsi des réactions parfois normatives de la part d'acteurs du droit international et ces réactions, à leur tour, inciteraient à une défragmentation du droit international. Un tel cercle vertueux existe-t-il vraiment ? Le droit global peut-il finalement être perçu comme à la fois l'un des produits de la fragmentation du droit international et comme l'un des cadres conceptuels pour penser sa défragmentation ? La défragmentation du droit est entendue comme la possibilité pour les normes et les acteurs de circuler entre et dans les enceintes internationales, de rendre ainsi poreuses les frontières institutionnelles. Pour tenter d'esquisser une réponse à cette interrogation, nous nous proposons de renverser la logique du raisonnement en procédant à tâtons afin de ne pas enfermer notre étude dans un cadre conceptuel pré-défini. Ainsi, le raisonnement se laissera guider par une démarche juridique empirique sur la thématique ciblée « océans-climat » pour penser la problématique au fil de nos propos. Une telle méthodologie impose donc de commencer cette étude par un questionnement somme toute assez basique, mais finalement indispensable en tant que préambule à un questionnement sur la fragmentation et la défragmentation du droit international : existe-t-il des interactions de quelque nature qu'elles soient entre les océans et le climat ?

1 Sur la notion de « complexe de régimes » voir notamment : K. Raustiala, D.G. Victor, « The regime complex for plant genetic resources », *International Organization*, v. 58, p. 277-309, 2004. R. O. Keohane, D. G. Victor, « The Regime Complex for Climate Change », *Perspectives on Politics*, v. 9, n. 1, mar. 2011, p. 7-23. A. Orsini, J.-F. Morin, O. Young, « Regime Complexes: A Buzz, a Boom, or a Boost for Global Governance? », *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, January-March 2013, v. 19, n. 1, p. 27-39.

2 S. Maljean-Dubois et D. Pesche, « Introduction générale - Circu-

lations de normes et réseaux d'acteurs. La gouvernance internationale de l'environnement entre fragmentation et défragmentation », in S. Maljean-Dubois (Dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Collection Confluence des droits, Aix-en-Provence 2016, p. 14. [Consultable en ligne]: < https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/ouvrage_circulex_2017.pdf >

3 B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. Cherot et B. Frydman (Dir.), « *La science du droit dans la globalisation* », Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 21.

Existe-t-il, tout d'abord, des interactions biologiques ou physiques, entre les océans et le climat, qui justifieraient que le droit s'empare de la question ? De telles interactions entre océans et climat sont aujourd'hui incontestables. D'une part, les changements climatiques ont des impacts dorénavant bien connus sur les mers et océans : montée des eaux, fonte des glaciers, acidification des océans, prolifération des espèces invasives, dégradation des milieux, perte de biodiversité... D'autre part, les océans jouent un rôle fondamental dans la régulation du climat – la haute mer étant considérée comme le plus grand puits de carbone car les océans stockent cinquante fois plus de carbone que l'atmosphère. En effet, les océans abritent une double pompe à carbone : une pompe à carbone biologique et une pompe à carbone physique. La pompe à carbone physique permet à l'eau plus dense de couler vers les profondeurs et d'entraîner le carbone dissout avec elle. Le phénomène est facilité en eau froide. Or, le réchauffement climatique tend à amoindrir le rôle joué par cette pompe à carbone. La pompe à carbone biologique, quant à elle, permet le transfert de carbone de la surface vers les fonds marins *via* la chaîne alimentaire. Le carbone est alors stocké sur le long terme. Toutefois, les déséquilibres rapides des écosystèmes marins peuvent inverser les phénomènes de sorte que les puits deviennent parfois sources comme dans l'Atlantique Nord-Est. Les interactions biologiques et physiques intrinsèques entre océans et climat devraient, dès lors, trouver écho en droit international. La recherche du point de vue du droit international peut alors se mener selon deux axes. Le premier axe consistera à identifier aussi bien dans le droit international du climat que dans le droit international de la mer, non seulement les acteurs qui participent à un traitement, à l'échelle internationale, des interactions océans-climat mais aussi les normes qui viennent encadrer, réguler ces interactions. Ce premier axe permettra de dessiner une cartographie au sein du droit positif des acteurs et normes relatifs aux interactions océans-climat et ainsi de comprendre quelles enceintes internationales sont compétentes pour encadrer de telles interactions (I). Le second axe de recherche viendra compléter le premier dans la mesure où nous nous demanderons si au delà du droit positif et des acteurs traditionnels du droit international les interactions entre océans et climat font l'objet d'attentions particulières par d'autres acteurs ou par le biais d'autres normes que les normes juridiques. Cet axe nous invitera à nous demander si de tels phénomènes nécessitent d'être appréhendés à l'aune du droit global pour en saisir toute la portée (II).

1. LES INTERACTIONS JURIDIQUES ENTRE OCÉANS ET CLIMAT AU SEIN DU DROIT INTERNATIONAL

La recherche de référence aux océans au sein des textes du droit du climat peut rapidement se révéler décevante tant les océans et les mers ne semblent nulle part dans le droit du climat. Toutefois, lorsqu'on prend acte que la construction du droit international du climat est très récente par rapport à celle du droit de la mer, la lecture de cette intégration lente de la question océanique dans le droit du climat peut être mieux appréhendée (a). A l'inverse, il semble que l'intégration de la question climatique dans le droit de la mer se soit faite dans certaines enceintes très rapidement notamment sous l'impulsion du régime climatique lui-même. La coordination entre les enceintes internationales du régime climat et l'organisation maritime internationale est d'ailleurs relativement développée (b).

1.1. L'intégration à petits pas de la question océanique au sein du droit international du climat

Force est de constater que les références aux océans dans le droit international du climat sont relativement pauvres. Dans la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, le préambule fait référence deux fois, de manière relativement indirecte, aux océans et aux mers. Il préconise, d'abord et de manière relativement classique, de la part des États, une utilisation non dommageable de leur territoire et de leurs ressources⁴. Il note, par ailleurs, les effets néfastes éventuels d'une hausse du niveau des mers sur les îles et les zones côtières. Seul l'article 4 de la Convention relatif aux engagements cite explicitement les océans et les écosystèmes marins : « Encouragent la gestion rationnelle et soutiennent par leur coopération la conservation et, le cas échéant, le renforcement des puits et réservoirs de tous les gaz à effet de serre non réglementés par le Protocole de Montréal, notamment la biomasse, les forêts et les océans de même que les autres écosystèmes terrestres, côtiers et marins ». Par cet article, la Convention établit

⁴ « Les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur propre politique d'environnement et de développement, et ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale ».

un pont vers les régimes juridiques existants de protection et de conservation de la biodiversité marine. Cette disposition aurait dû permettre une mise en cohérence du régime juridique du climat avec les autres régimes juridiques existants de gestion et de conservation de la biodiversité notamment marine. Elle aurait pu servir de point d'appui pour articuler les régimes juridiques existants. En effet, en filigrane de cet article, le principe de soutien mutuel se laisse entrevoir. Toutefois, les textes ultérieurs du régime juridique du climat interrogent, quant à la portée de cette disposition, dans la mesure où le régime climat semble peu à peu délaïsser la question océanique. En effet, alors que ces textes ont réaffirmé les interactions nécessaires entre climat et forêts, la biodiversité, les océans et les mers ont quant à eux été écartés du régime juridique climatique.

Dans le Protocole de Kyoto, aucune référence directe aux océans n'est faite. Le Protocole, en son article 2§2, fait même explicitement sortir de son champ d'application la question de la limitation ou de la réduction des émissions de gaz à effet de serre provenant des combustibles de soute utilisés dans le transport maritime. Il œuvre ainsi textuellement pour une fragmentation institutionnelle du traitement des questions océans-climat. Il confie à l'Organisation maritime internationale la compétence pour diminuer les émissions maritimes de gaz à effet de serre alors même qu'à cette époque, l'Organisation n'était pas armée juridiquement pour intégrer une telle question⁵. La volonté était alors d'écartier des négociations climatiques une question épineuse aussi bien d'un point de vue technique, la comptabilisation des émissions maritimes de gaz à effet de serre nationales et internationales s'avérant extrêmement difficile, que du point de vue politique. Toutefois, ce choix interroge quant à la cohérence du système climatique. Alors que le caractère global des changements climatiques est incontestable et qu'à ce titre l'échelle internationale est apparue comme le niveau pertinent d'action, le régime juridique climatique décentralise le

traitement de certaines questions en fragmentant ainsi l'action globale, au sens anglo-saxon du terme c'est-à-dire l'action mondiale. Ce mouvement de fragmentation des questions va, par ailleurs, être accentué avec l'Accord de Paris.

L'Accord de Paris est important dans l'analyse des interactions entre océans et climat car il fait explicitement référence aux océans. Cette référence est toutefois très partielle puisqu'elle est confinée au préambule du texte qui dispose : « qu'il importe de veiller à l'intégrité de tous les écosystèmes, y compris les océans [...] ». Le préambule fait ainsi écho à la *Convention des Nations Unies sur les changements climatiques* dans la mesure où il est possible de voir dans ces lignes réapparaître le principe de soutien mutuel. Toutefois, il s'agit ici de la seule référence explicite aux océans. Ces derniers sont ensuite concernés, de manière indirecte, par d'autres dispositions de l'Accord et notamment par son article 4 qui demande aux États d'« opérer des réductions rapidement par la suite conformément aux meilleures données scientifiques disponibles de façon à parvenir à un équilibre entre les émissions anthropiques par les sources et les absorptions anthropiques par les puits de gaz à effet de serre au cours de la deuxième moitié du siècle ». Cet article qui pose l'objectif de zéro émissions nettes ouvre ainsi la porte au développement de technologies à émissions négatives qui concernent directement les océans. Depuis les années 70, la communauté scientifique s'intéresse, en effet, à des techniques de géo-ingénierie permettant d'augmenter la pompe à carbone océanique. Il s'agit principalement du stockage et du captage de CO₂ et de la fertilisation des océans. Toutefois, il n'existe pas de consensus scientifique quant aux risques que font peser ces techniques sur les milieux et les espèces ainsi que sur la santé humaine. Cette disposition de l'Accord de Paris semble ainsi encourager les entreprises à recourir à des technologies qui pourraient avoir des impacts néfastes sur le milieu marin sauf si sa lecture se fait à la lumière du préambule du texte. Ainsi, cette référence aux océans dans le préambule de l'Accord de Paris qui paraissait anodine en première lecture peut prendre toute sa dimension si l'article 4 se lit à sa lumière. En effet, cela signifierait que tant qu'il n'existe pas de certitude sur l'absence d'impacts négatifs des technologies de géo-ingénierie sur le milieu marin, celles-ci ne peuvent être autorisées. Toutefois, le droit du climat ne s'est pas emparé directement de la question de la géo-ingénierie. Il y fait référence implicitement mais l'encadrement juri-

⁵ Les débats à l'Organisation maritime internationale pour déterminer comment intégrer juridiquement la question de la réduction des émissions maritimes de gaz à effet de serre à l'arsenal juridique existant ont été houleux. Alors que certains Etats militaient pour l'adoption d'une nouvelle Convention, d'autres arguaient qu'une nouvelle annexe à la Convention MARPOL 73/78 suffirait. Finalement, les dispositions relatives aux émissions maritimes de gaz à effet de serre ont été intégrées à une Annexe préexistante de la Convention : l'annexe VI relative à la prévention de la pollution de l'atmosphère par les navires.

dique est réalisé dans d'autres enceintes, du moins pour celles relatives aux mers et aux océans.

A ce stade de la réflexion, il importe de se demander si le régime climat doit intégrer la question océanique et dans quelle mesure il doit le faire. Il faut à notre sens comprendre la double interaction biologique entre le climat et les océans pour répondre à cette question. D'une part, les océans sont « victimes » des changements climatiques et, à ce titre, le droit du climat doit s'attacher à rappeler les impacts du changement climatique sur le milieu marin, notamment dans les préambules de ses textes, afin de permettre une lecture circonstanciée de leurs dispositions. Toutefois, le droit du climat n'a pas vocation à assurer la conservation du milieu marin, d'autres régimes juridiques tels que ceux adoptés dans le cadre de l'Organisation maritime internationale ou encore dans le cadre du Programme des Nations Unies pour l'Environnement relatif aux mers régionales, sont compétents dans ce domaine. D'autre part, les océans sont des régulateurs du climat car ils constituent des réservoirs naturels de carbone. L'équation est ici plus délicate car d'un côté le régime climat a pris acte de ce rôle joué par les océans mais d'un autre côté, ce rôle semble aujourd'hui perçu en termes de potentialités pour compenser les effets néfastes des activités anthropiques. Or, il nous semble que si le droit du climat se doit de ne pas encourager des pratiques qui nuiraient au milieu marin, l'encadrement juridique de ces éventuelles pratiques doit, quant à lui, être réalisé par les régimes juridiques de protection du milieu marin qui ont une compétence principale en ce domaine.

1.2. L'intégration galopante de la question climatique au sein du droit international de la mer

Dans le domaine de la protection du milieu marin, le principal acteur qui intervient à l'échelle internationale est l'Organisation maritime internationale⁶. Comme nous l'avons évoqué précédemment, le Protocole de Kyoto a laissé pleine compétence à cette organisation pour la gestion des émissions de gaz à effet de serre provenant du transport maritime. L'Accord de Paris a,

6 De nombreux textes régionaux ont, par ailleurs, été adoptés comme la Convention de Barcelone sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée ou encore la Convention pour la protection de l'environnement marin de l'Atlantique Nord-est mieux connue sous l'acronyme OSPAR.

par ailleurs, renforcé son rôle. Si l'article 4 de l'Accord ouvre la porte au développement de la géo-ingénierie, l'Organisation maritime internationale s'est, de son côté, déjà emparée de ces questions. L'OMI s'est, dans un premier temps, intéressée à la question « du piégeage et du stockage du dioxyde de carbone [entendu comme] un processus consistant à séparer le CO₂ de ses sources industrielles et énergétiques, à le transporter dans un lieu de stockage et à l'isoler de l'atmosphère sur le long terme »⁷. Un amendement de 2006 au Protocole de Londres de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets a permis d'étendre le champ d'application du Protocole à cette technique⁸. Les textes juridiques n'autorisent que le stockage géologique dans les zones économiques exclusives et les plateaux continentaux des États. Le stockage dans la colonne d'eau est donc interdit en raison des forts risques d'acidification des océans. Le surcoût de cette technique pour les entreprises va de 20 à 40 % ce qui explique le peu d'engouement jusqu'à présent pour son application. Même si le cadre juridique pose des garde-fous à l'utilisation de ces technologies (sélection des sites de stockage, permis de stockage et d'exploration, obligation d'information...), le risque n'est pas nul. D'ailleurs, l'OMI n'est pas la seule enceinte internationale à s'être emparée de la question du piégeage et du stockage de CO₂, preuve de la sensibilité de la question. Des travaux ont aussi été menés dans le cadre de la Convention pour la protection du milieu-marin de l'Atlantique Nord-Est⁹ et dans le cadre de l'Union européenne. L'OMI s'est, par ailleurs, emparée d'une seconde question de géo-ingénierie : la fertilisation des océans. Il s'agit d'une technique visant à stimuler artificiellement la pompe biologique à carbone par l'ensemencement avec des nutriments, le plus souvent du fer, des zones des océans pauvres en biomasse. Là encore, il aura fallu un amendement en 2013 au Protocole de Londres de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets pour faire entrer cette question dans le champ d'application du Protocole¹⁰. De manière

7 Rapport spécial du GIEC en 2005.

8 Autres textes sur la questions : Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique Nord-Est (OSPAR), Directive 2001/39/CE du 23 avril 2009 relative au stockage géologique du CO₂.

9 Dans le cadre de la Convention OSPAR, des lignes directrices pour l'évaluation et la gestion des risques du stockage des flux de CO₂ dans les structures géologiques ont notamment été adoptées.

10 Il semblerait que l'ajout artificiel de fer ne tienne pas ses

relativement logique, les régimes juridiques de gestion et de conservation du milieu marin se sont ainsi saisis des questions de géo-ingénierie, sans pour autant que les autres régimes juridiques intéressés par la question ne soient écartés.

Les travaux sur le stockage de carbone aussi bien que ceux sur la fertilisation des océans menés par l'OMI sont, en effet, intéressants car ils sont, par certains aspects, révélateurs des leviers d'action de la défragmentation des régimes juridiques à l'échelle internationale. En effet, en 2009, lorsque les travaux sur la fertilisation des océans ont commencé au sein de l'OMI, l'étude réalisée par le Secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique* ainsi que le document de l'UNESCO/COI, intitulé « Fertilisation des océans » ont été examinés par l'organisation. Cette coopération entre l'OMI d'un côté, le secrétariat de la *Convention sur la diversité biologique* et l'UNESCO de l'autre s'est, par ailleurs, poursuivie et se poursuit encore aujourd'hui sur les questions de fertilisation des océans. La Conférence des parties à la *Convention sur la diversité biologique*, s'appuyant sur les travaux de l'OMI, a ainsi fait application du principe de précaution et déclaré que « la fertilisation à grande échelle des océans n'est pas justifiée, étant donné le niveau de connaissance actuel »¹¹. La coopération entre les deux organisations est ainsi une coopération technique qui a abouti à la détermination d'une position politique commune. La volonté de réaliser un objectif commun incite ainsi ces organisations à s'organiser en réseau et à harmoniser leurs politiques. Il en est de même dans les relations entre l'OMI et la *Convention des Nations Unies sur les changements climatiques*. Lorsque l'OMI s'est saisie de la question du stockage du carbone, le Secrétariat de l'organisation a été prié de prendre contact avec le Secrétariat de la CCNUCC et de rassembler des informations générales supplémentaires sur les aspects juridiques et scientifiques liés à cette question. Là encore, la coopération est avant tout technique mais elle permet de tisser un réseau entre ces systèmes juridiques complexifiant, d'un côté, davantage le paysage institutionnel et normatif mais permettant, d'un autre côté de défragmenter les systèmes juridiques océans et climat par une circulation des normes scientifiques et techniques. Ces exemples de coopération entre

promesses, la fertilisation artificielle serait dix fois moins efficace que la fertilisation naturelle pour stocker du carbone. Par ailleurs, la fertilisation ne fonctionnerait pas dans certaines régions océaniques comme le Pacifique oriental.

11 Décisions IX/16, X/29, XI/20 de la COP de la *Convention de Rio sur la diversité biologique*.

institutions internationales sur des questions techniques ne doivent cependant pas nous conduire à dissimuler la volonté de chaque enceinte de préserver ses spécificités. Ainsi, l'OMI notamment s'applique à rappeler que le principe directeur des négociations dans son enceinte est le principe de discrimination. Or, l'encadrement juridique de certaines interactions entre océans et climat à son échelle ne peut justifier l'introduction du principe des responsabilités communes mais différenciées comme principe général de ses négociations. Ce débat a surgi, au sein de l'OMI, lors des négociations relatives à la réduction des émissions maritimes de gaz à effet de serre et l'Organisation a tenu à affirmer ses spécificités et son autonomie vis-à-vis du régime climat. Ainsi, si la coopération entre institutions internationales ouvre la voie à une défragmentation du droit international cela ne signifie pas pour autant une uniformisation du droit. Les phénomènes de défragmentation semblent ici servir une logique de mise en cohérence des systèmes juridiques, d'harmonisation de ces systèmes.

Les interactions observées entre organisations internationales tendent à une globalisation des questions océans/climat, mais à une globalisation horizontale. Le terme de globalisation vient du terme anglais *global* qui signifie mondial. La globalisation est alors un processus qui tend à un changement d'échelle dans le traitement des questions, dans notre hypothèse, celles relatives aux interactions entre océans et climat. Or, la globalisation se veut ici horizontale dans la mesure où le traitement de la question dépasse les frontières institutionnelles pour circuler entre les enceintes internationales. L'analyse de telles relations de coopération entre organisations internationales peut toutefois se faire sans recourir à la notion de droit global dans la mesure où il s'agit de relations classiques entre sujets du droit international bien appréhendées par cet ordre juridique. En revanche, d'autres phénomènes qui influent sur la défragmentation du droit international sont plus difficilement saisissables par le biais du cadre théorique du droit international.

2. LES FACTEURS D'UN RENFORCEMENT DES INTERACTIONS ENTRE OCÉANS ET CLIMAT AU SEIN DU DROIT INTERNATIONAL

L'impression d'immobilisme du droit international conjuguée à l'urgence de la situation environnementale

conduit certains acteurs à se mobiliser pour impulser un mouvement, une action à l'échelle internationale. En ce qui concerne les interactions entre océans et climat, la référence faite dans l'Accord de Paris aux océans doit, par exemple, beaucoup à la mobilisation d'organisations non gouvernementales. Les initiatives entièrement privées ou en partenariat avec une organisation publique dans le domaine du droit de l'environnement et plus spécifiquement en matière d'interactions entre océans et climat sont plus atypiques pour le juriste internationaliste rompu au seul jeu des Etats et des organisations internationales. Pourtant, ce type d'initiatives se multiplie sur la scène internationale. Ces actions se réalisent soit dans le cadre des négociations internationales (a) soit en marge de ces négociations (b).

2.1. L'amplification des leviers d'action *bottom up*

Si le droit du climat ne s'empare pas de la question des interactions entre climat et océans, des initiatives volontaires ont pour objectif de mettre ces interactions au cœur des négociations climatiques. A travers deux exemples, il est possible de dessiner le rôle essentiel joué par ces acteurs dans les négociations internationales et leur impact sur la défragmentation du droit international.

Le premier exemple, que nous voudrions développer ici, est celui de la plateforme Océan/Climat. Avant la COP 21 qui s'est tenue à Paris en 2015, Tara Océans, l'UNESCO et le Centre National de la Recherche Scientifique se sont réunis pour créer une plateforme dite « Océan/Climat » dont l'objectif était double : faire connaître les recherches sur les interactions entre les océans et le climat et peser sur les négociations. La plateforme a été, petit à petit, rejointe par des ONG, des associations, des entreprises privées et compte aujourd'hui plus de 70 membres. En début d'année 2017, l'alliance des initiatives océan-climat a été lancée pour mettre au point des réponses d'adaptation et d'atténuation des changements climatiques pour les océans. Cette mobilisation des acteurs publics et privés pour la prise en compte de la question océanique dans les négociations climat a eu des répercussions dans le régime du climat. En effet, le 18 avril 2016, le GIEC a décidé d'établir un rapport spécial sur le changement climatique et ses incidences sur les océans. Il s'agit là d'un premier pas important pour la reconnaissance dans le régime climat des interactions entre océans et climat puisque les décideurs disposeront

d'un rapport scientifique sur lequel s'appuyer durant les négociations. Le rôle joué, dans ce cas, par la plateforme Océan/Climat échappe à une analyse classique du droit international de type *top down* pour laisser place à une analyse *bottom up* de l'appréhension par le droit du climat de la question océanique. Or, ce type de mouvement qui conduit à faire circuler de manière certes verticale mais dans une verticalité inversée notamment les normes scientifiques qui président à une décision politique résulte en partie de l'incapacité du droit international du climat à interagir suffisamment avec les régimes de gestion des mers et des océans. La fragmentation du droit international devient, dans cette hypothèse, le vecteur d'initiatives privées/publiques qui tendent à leur tour à défragmenter le traitement des questions à l'échelle internationale.

De la même manière, les ONG ont beaucoup œuvré pour que la question climatique soit intégrée dans les régimes juridiques relatifs à la gestion et à la conservation du milieu marin. Le second exemple du rôle de ces acteurs dans les négociations internationales est ainsi relatif aux rôles des ONG au sein de l'OMI. L'ONG Greenpeace a, en effet, été très présente sur les questions de géo-ingénierie au sein de l'OMI. Elle a, en premier lieu, été à l'origine de l'inscription de cette question à l'ordre du jour de la session de l'OMI de 1999. Puis, elle a permis l'adoption de l'amendement au Protocole à la Convention de Londres élargissant son champ d'application aux activités de géo-ingénierie. Elle est enfin une vraie source d'information scientifique pour l'Organisation. Elle produit régulièrement des rapports scientifiques et techniques pour les sessions de l'Organisation. De la même manière, l'ONG ETC Group avait recensé 13 treize essais significatifs d'ensemencement des océans par injection de fer au cours des vingt dernières années, avant que le moratoire ne soit adopté en 2008 par la *Convention sur la diversité biologique*. Sous la pression de cette ONG, l'entreprise Planktos Inc., qui prévoyait de fertiliser, à l'aide de plusieurs tonnes de particules de fer, un carré de 10 000 km² du Pacifique a renoncé à son projet et dans la foulée, le moratoire a été adopté, puis étendu en 2010 à toute opération de fertilisation des océans. Là encore, le rôle joué par les ONG, pour inscrire à l'ordre du jour des négociations internationales la question des interactions entre océans et climat, est primordial. Non seulement, les ONG agissent comme des leviers d'action pour permettre la globalisation de la question mais elles

permettent aussi parfois de débloquent des négociations internationales compliquées en fournissant les données scientifiques et techniques manquantes.

Si le rôle joué par les ONG est de plus en plus prégnant sur la scène internationale, celui-ci n'est, en revanche, pas nouveau. En ce qui concerne les interactions entre océans et climat, les ONG œuvrent pour leur prise en compte dans les négociations internationales. Leur principal moyen d'action est de permettre la circulation verticale de type *top down* de documents scientifiques et techniques pour engendrer une prise de conscience des décideurs politiques. Dans cette perspective, la défragmentation du droit international est incarnée par la perméabilité des frontières institutionnelles qui permettent de réceptionner des documents techniques produits hors de l'enceinte. Toutefois, là encore, la grille de lecture du droit international suffit à appréhender ces mouvements dans la mesure où les ONG sont des acteurs maintenant classiques des relations internationales. La nouveauté semble moins dans le rôle joué par les ONG que dans la nécessité en revanche pour l'analyste d'élargir son regard pour tenir compte de ces actions lors de son analyse du droit positif.

2.2. Le développement d'initiatives privées en marge du droit international positif

L'insuffisance des mesures prises sur la scène internationale en ce qui concerne les interactions entre océans et climat a incité certains acteurs à sécréter des normes techniques en dehors de tout ordre juridique et d'autres acteurs à mettre en place des actions non encore prévues par les textes. Or, ce type d'initiatives est difficilement saisissable par le seul cadre théorique du droit international.

Dans le domaine des émissions maritimes de gaz à effet de serre, l'OMI a longtemps vu les négociations bloquées pour des raisons politiques. Jusqu'en 2016, très peu de mesures ont ainsi été adoptées pour réduire les émissions maritimes de gaz à effet de serre. En revanche, en parallèle, des standards privés ont commencé à émerger sur la scène internationale. Clean Cargo Working Group et Right Ship ont développé des normes techniques à destination des armateurs¹². Or ces

derniers ont tendance à respecter ce type de normes car des contreparties leur sont offertes. Ces normes ne peuvent ainsi pas être ignorées par l'analyste car elles jouent un rôle primordial sur la scène internationale. Souvent, les standards environnementaux proposés par ces normes techniques ne sont pas très élevés. Toutefois, elles présentent le mérite de faire consensus auprès des armateurs. Il est donc impossible dans une analyse des interactions juridiques entre océans et climat de les ignorer. Reste que le cadre théorique du droit international et notamment la théorie des sources du droit international ne permet pas d'appréhender ce type de normes malgré leurs effets en pratique. Ici, recourir à la notion de droit global permettrait de réfléchir à l'opportunité d'une circulation au sein des enceintes internationales de ces standards dits « privés » et des leviers à mobiliser pour permettre une telle circulation. En effet, réfléchir en dehors de tout ordre juridique, permettrait de s'affranchir des frontières fictives posées par l'existence des ordres juridiques identifiés afin de permettre une circulation de normes qui ne sont ni secrétées dans un ordre juridique, ni réceptionnées par celui-ci. Si en théorie, une telle approche permet de saisir l'ensemble des phénomènes existants pour développer une approche plus holistique de notre matière, en pratique, ne faudrait-il pas que ce type de normes soit tout de même réceptionné, par l'ordre juridique international, pour être efficace ? En effet, si l'effectivité de ces normes s'observe, leur efficacité en termes de conservation du milieu marin est plus discutable dans la mesure où elles retiennent souvent des standards environnementaux peu élevés. Dès lors, la réception, dans le cadre de l'OMI, de certaines d'entre elles ne serait-il pas une manière de valider juridiquement leur qualité, eu égard à l'objectif environnemental poursuivi ? Ainsi, dans cette perspective, le droit global permettrait de saisir l'existence de ces normes pour mieux réfléchir à un « mieux légiférer » dans les enceintes internationales.

Un autre phénomène, dans le domaine des interactions entre climat et océans, pose un défi d'appréhension pour le juriste internationaliste : les initiatives « carbone bleu ». Sur le même modèle que les mécanismes REDD pour les forêts, ont émergé des projets de « Carbone Bleu » ou « REDD Bleu ». Les projets sont généralement mis en œuvre dans une zone déterminée d'une mangrove, dans le but de la conserver ou de la restaurer - la na-

12 Voir sur ce point : J. Scott, T. Smith, N. Rehmatulla, B. Milligan. « The Promise and Limits of Private Standards to Reduce Greenhouse Gas Emissions from Shipping », *Journal of Environmental Law*,

v. 2, n. 29, p. 184-197.

ture de ces projets laisse d'ailleurs planer le doute sur le caractère bleu ou vert de la REDD. En 2009, par exemple, la transnationale française Danone, avec l'UICN et RAMSAR, a organisé la restauration de mangroves au Sénégal. Si pour l'instant, les initiatives de « Carbone bleu », pour des raisons technologiques, se sont limitées aux régions côtières, de nombreuses organisations veulent étendre le mécanisme. Ainsi, le PNUE ou l'UICN aimeraient qu'un tel mécanisme soit inclus dans un texte sur le climat. L'extension des mécanismes REDD aux interactions entre océans et climat marque une volonté d'intégrer la question océanique au sein du régime juridique climat en dehors là encore, pour l'instant, de l'échelle internationale mais tout en s'appuyant sur une initiative et un cadre juridique internationaux. La circulation des normes est ici celle d'un va-et-vient entre l'échelle internationale et l'échelle nationale. Le REDD bleu a bien pour ambition d'étendre à l'échelle nationale, un mécanisme international pour ensuite le soumettre à la fois au cadre juridique international et au cadre juridique national. Le mécanisme REDD bleu a ainsi vocation à se globaliser par sa diffusion aux échelles nationales. Toutefois, ce mécanisme est très discuté sur la scène internationale en raison des risques qu'il représente pour le milieu marin¹³, comme le montrent les réflexions au sein de l'OMI sur le captage et le stockage de carbone. Reste que ce type d'initiatives, qui à l'origine émane des enceintes onusiennes avant d'être récupéré notamment par des entreprises privées, démontre que des pratiques se développent en marge de l'ordre juridique international et que seule une vision holistique des questions permet à la fois de s'intéresser à ces pratiques mais aussi de réfléchir à leur rôle sur la scène internationale.

Que se soient la production de standards privés ou encore les initiatives « Carbone bleu », certains phénomènes échappent au cadre d'analyse classique du droit international. Toutefois, réfléchir en termes de circulation des normes et des acteurs permet non seulement d'appréhender ces phénomènes mais aussi et peut-être surtout de les intégrer à une analyse du droit international en pensant leur articulation avec les systèmes juridiques classiques. En effet, les standards privés, s'ils ne sont pas secrétées par des acteurs du droit

international classique, sont en revanche mis en œuvre par les armateurs, destinataires directes des normes juridiques élaborées dans l'enceinte de l'OMI. Dès lors, comme ces acteurs participent à certaines réunions de l'OMI, la circulation des standards privés pourrait s'opérer par leur canal. Par ailleurs, en ce qui concerne les initiatives « Carbone bleu », celles-ci découlent directement d'actions de sujets du droit international tels que le PNUE ou tout au moins d'acteurs classiques du droit international comme l'UICN. Si notre regard d'analyste se pose alors sur les circulations de ces acteurs, l'appréhension de phénomènes construits en dehors de l'ordre juridique international devient possible.

3. CONCLUSION

En conclusion, il nous faut reprendre les cinq sens de l'expression « droit global » dégagés par Frédéric Rouvière pour comprendre où se situe notre angle de vue. Le droit global ferait référence soit à « la circulation des règles juridiques », soit à « la situation de pluralisme juridique », soit à « l'inter-normativité », soit à « l'unification du contenu des règles de droit » soit enfin à « l'unification de la théorie du droit »¹⁴. *A priori*, notre réflexion en termes de circulation des normes et des acteurs s'inscrirait dans un interstice entre le premier et le second sens du « droit global », entre la circulation des normes et le pluralisme juridique. En effet, si rechercher les frémissements d'une défragmentation du droit international conduit à le penser en termes de circulation des normes et des acteurs notamment à l'échelle internationale, faire le constat de sa fragmentation revient à admettre l'existence d'un pluralisme juridique, au sens retenu par François Ost et Michel Van de Kerchove¹⁵. Reste que même ainsi défini, le concept de droit global interroge, dans notre contexte, sur son utilité. A quoi sert, dans ce contexte, le concept de droit global ?

¹⁴ F. Rouvière, « La globalisation du droit : une idée théoriquement inutile », in J.-Y. Cherot et B. Frydman (Dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012. p. 113-115.

¹⁵ « Pour notre part, nous entendons par là le simple fait que plusieurs systèmes juridiques coexistent au même moment. [...] [U]ne telle conception du pluralisme juridique suppose donc une pluralité de *systèmes* et non pas seulement une pluralité de *mécanismes* ou de *normes juridiques* », in F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002. p. 186.

¹³ Les pêcheurs, eux-mêmes sont d'ailleurs très sceptiques vis-à-vis de ces mécanismes qu'ils considèrent comme un moyen de privatiser la nature.
 Voir : http://worldfishers.org/wp-content/uploads/2016/09/Blue_Carbon_FR_web.pdf

En premier lieu, le droit global nous est apparu comme une méthode d'analyse de nos objets. Il nous impose de regarder au-delà de l'ordre juridique international pour saisir des phénomènes créateurs de pratiques et parfois de normes. Dans le domaine des interactions entre océans et climat, ces pratiques ne sont pas aussi prolifiques que dans d'autres domaines. Toutefois, les insuffisances du droit international positif laisse la porte ouverte à un développement de normes ou d'initiatives privées. En second lieu, la notion de droit global, en ce qu'elle plaide pour une approche holistique d'un domaine, a fait écho, dans nos recherches, à l'approche écosystémique qui, en droit de l'environnement, plaide aussi pour une telle approche holistique. L'approche écosystémique invite, en effet, à appréhender la complexité environnementale par une défragmentation du droit international. Ainsi, le droit global pourrait-il être le canevas théorique en droit pour penser l'approche écosystémique ? La convergence des objectifs des deux approches invite, en tout cas, à se poser la question.

BIBLIOGRAPHIE

- B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. Cherot et B. Frydman (Dir.), « *La science du droit dans la globalisation* », Bruxelles, Bruylant, 2012. p. 21.
- R. O. Keohane, D. G. Victor, « The Regime Complex for Climate Change », *Perspectives on Politics*, v. 9, n. 1, mar. 2011, p. 7-23.
- S. Maljean-Dubois (Dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, Collection Confluence des droits, Aix-en-Provence 2016, p. 14. [Consultable en ligne]: < https://dice.univ-amu.fr/sites/dice.univ-amu.fr/files/public/ouvrage_circulex_2017.pdf >
- A. Orsini, J.-F. Morin, O. Young, « Regime Complexes: A Buzz, a Boom, or a Boost for Global Governance? », *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, January-March 2013, v. 19, n. 1, p. 27-39.
- K. Raustiala, D.G. Victor, « The regime complex for plant genetic resources », *International Organization*, v. 58, p. 277-309, 2004.
- F. Rouvière, « La globalisation du droit : une idée théoriquement inutile », in J.-Y. Cherot et B. Frydman (Dir.), « *La science du droit dans la globalisation* », Bruxelles: Bruylant, 2012. p. 113-115.
- J. Scott, T. Smith, N. Rehmatulla, B. Milligan, « The Promise and Limits of Private Standards to Reduce Greenhouse Gas Emissions from Shipping », *Journal of Environmental Law*, v. 2, n. 29, p. 184-197.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Une gouvernance globale du climat par la transparence depuis l'Accord de Paris: le droit global de l'environnement comme solfège?

Governança global do clima através da transparência desde o Acordo de Paris: o direito ambiental global como solfeggio?

Anne-Sofie Tabau

Une gouvernance globale du climat par la transparence depuis l'Accord de Paris: le droit global de l'environnement comme solfège?*

Governança global do clima através da transparência desde o Acordo de Paris: o direito ambiental global como solfeggio?

Anne-Sofie Tabau**

RÉSUMÉ

Les négociations internationales relatives aux changements climatiques ont révélé une attente croissante de transparence sur la gouvernance de ce phénomène global, dans un contexte de prise de conscience affinée de son caractère multifactoriel et multiscalair. Partant de ce constat, cette contribution entend illustrer la capacité du droit global, dans ces différentes déclinaisons doctrinales, à permettre aux juristes de mieux apprécier les mutations du droit induites par l'exigence accrue de transparence en matière climatique et consacrée dans l'Accord de Paris. Tel est le cas, dans la mesure où, le droit global tient compte des acteurs et des normes régulant la société internationale, mais aussi des acteurs et des normes qui, dans les faits, exercent leur influence sur la société globalisée. Les théories du droit global proposent donc avant tout une méthode renouvelée d'analyse juridique. Elles offrent une approche du droit qui traduit la complexité des phénomènes que celui-ci contribue à réguler. Le droit global serait en quelque sorte un solfège, susceptible d'être mobilisé comme outil pour composer et orchestrer une musique juridique harmonieuse. Ainsi, le droit global permet-il de concevoir les interactions normatives induites par le caractère central de la transparence en matière climatique, mais aussi de comprendre l'orchestration originale à l'oeuvre, en mettant également en évidence les interactions d'acteurs qui sont nécessaires pour rendre cette transparence opérationnelle.

Mots-clés: gouvernance globale, climat, Accord de Paris

RESUMO

As negociações internacionais sobre mudanças climáticas revelaram uma crescente expectativa de transparência na governança deste fenômeno global, em um contexto de consciência refinada de sua natureza multifatorial e multiscalas. Com base nesta observação, esta contribuição destina-se a ilustrar a capacidade do direito global para permitir que os juristas apreciem melhor as mudanças na lei provocadas pelo aumento da procura de transparência em questões climáticas, consagradas no Acordo de Paris. Isso ocorre porque o Direito global leva em consideração atores e normas que regulam

* Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 18/12/2017

** Professora de Direito Público da Universidade de Reunião. Membro do Centro de Pesquisa (CRJ-EA 14), Membro Associado do Centro de Estudos e Pesquisa Internacional e Comunitário (CERIC-UMR DICE 7318). E-mail: anne-sophie.tabau@wanadoo.fr

a sociedade internacional, mas também atores e normas que, de fato, exercem sua influência na sociedade globalizada. As teorias do direito global, portanto, propõem acima de tudo um método renovado de análise legal. Eles oferecem uma abordagem à lei que reflete a complexidade dos fenômenos que ajuda a regular. O direito global seria, de certa forma, um solfeggio, provavelmente mobilizado como ferramenta para compor e orquestrar uma música legal harmoniosa. Assim, o direito global permite conceber as interações normativas induzidas pela centralidade da transparência em questões climáticas, mas também para entender a orquestração original no trabalho, destacando também as interações de atores que são necessárias tornar esta transparência operacional.

Palavras-chave: governança global, clima, Acordo de Paris

1. INTRODUCTION

Tout au long de la vingt-et-unième Conférence des Parties à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (COP 21), le président des négociations, Laurent Fabius, n'a eu de cesse d'invoquer la transparence. De fait, la transparence constitue la raison d'être de l'Accord de Paris. Le mot « transparence » apparaît 30 fois dans le texte de la décision adoptée par la Conférence des Parties lors de la COP 21, dont 13 occurrences se trouvent dans l'Accord de Paris qui y est annexé. S'ajoutent à cela des expressions liées à la transparence, comme la « clarté », la « compréhension » ou encore le fait de « publier » certaines informations.

Cette profusion sémantique témoigne d'une attente croissante de transparence sur la gestion des phénomènes sociaux globalisés, que le climat incarne tout particulièrement, ne serait-ce qu'en raison du caractère planétaire et transversal du problème ou des solutions pour y faire face.

La transparence peut être définie comme un système au sein duquel l'information pertinente est disponible¹. L'inverse de la transparence n'est pas seulement l'opacité, le secret ou la confidentialité, c'est aussi la complexité et le désordre. Au titre de la « gouvernan-

ce globale », la transparence doit ainsi permettre que l'activité des « acteurs globaux » soit observée, interprétée et évaluée.

Les théoriciens de l'École de New-York ont d'ailleurs identifié la transparence parmi les normes du « droit administratif global »². Toutefois, cette transparence a alors été conçue de manière relativement étroite, en n'étant expressément associée qu'à la participation du « public » aux processus décisionnels. C'est davantage à travers la notion d'« *accountability* » des « administrations globales » que d'autres fonctions de la transparence ont pu être envisagées, celle-ci constituant un prérequis à celle-là.

Les travaux dirigés par Anne Peters du *Max Planck Institute* et Andrea Bianchi de l'Université de Genève ont cherché à déterminer si la transparence était devenue un principe de droit international, voire un principe du « droit public global », permettant notamment de compenser le déficit démocratique de la société internationale. C'est ainsi principalement en termes de redistribution du pouvoir que la transparence a été conçue, à travers l'identification de nouveaux « obligés » et « bénéficiaires » de cette transparence³.

L'approche « pragmatique » du droit global, développée par le Centre Perelman de l'Université de Bruxelles, est également intéressante, dans la mesure où en préconisant une réflexion « micro-juridique », c'est-à-dire à la fois empirique et adoptant la perspective des acteurs, elle a permis de mettre en évidence des phénomènes de concurrence normative et d'apparition d'instruments normatifs originaux⁴, que l'on retrouve en matière de transparence dans le domaine du climat.

Il est, enfin, possible de classer parmi les « émanations des fractures sectorielles de la société globale »⁵,

1 PETERS, Anne. The Transparency Turn of International Law. *The Chinese Journal of Global Governance*, Leiden, v. 1, n. 1, p. 4, 2015.

2 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law & Contemporary Problems*, Durham, v. 68, n. 3, p. 15-62, 2005.

3 BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne (Ed.). *Transparency in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

4 FRYDMAN, Benoît; LEWKOWICZ, Gregory; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. De la recherche à l'enseignement du droit global. In: ANCEL, Pascal; HEUSCHLING, Luc (Dir.). *La transnationalisation de l'enseignement du droit*. Bruxelles: Larcier, 2016. p. 241-254. Voir également la contribution d'Arnaud VAN WAEYENBERGE dans ce numéro.

5 Selon l'expression de FRYDMAN, Benoît; LEWKOWICZ, Gregory; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. De la recherche à l'enseignement du droit global. In: ANCEL, Pascal; HEUSCHLING, Luc (Dir.). *La transnationalisation de l'enseignement du droit*. Bruxelles: Larcier, 2016. p. 244.

que cherchent à capturer les approches « systémiques » du droit global⁶, les réflexions sur l'émergence d'un droit global de l'environnement, qui mettent l'accent sur les phénomènes de circulation normative⁷. Prolongeant les travaux de Mireille Delmas-Marty au collège de France sur le « pluralisme ordonné »⁸, le « droit global de l'environnement » désignerait, ainsi, le résultat de phénomènes de production normative allant du transplant à la convergence et de l'intégration à l'harmonisation, qu'il serait possible d'illustrer, notamment, à partir d'une série de principes développés dans les systèmes juridiques nationaux, internationaux, et transnationaux en réponse aux enjeux environnementaux⁹.

Les travaux dirigés par Sandrine Maljean-Dubois ont, toutefois, démontré qu'au-delà de cette circulation normative, la « dé-fragmentation » de la gouvernance internationale de l'environnement suppose aussi de s'intéresser aux réseaux d'acteurs¹⁰, que les juristes ont encore du mal à appréhender. A l'heure où les sciences politiques et la géographie critiquent le « tournant de la transparence »¹¹ qu'a pris la gouvernance globale de l'environnement, ces différentes lectures du droit global permettent-elles aux juristes de mieux se saisir des mutations induites par l'exigence accrue de transparence en matière climatique ?

Il est possible de considérer que tel est bien le cas,

6 TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
7 YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. The Emergence of Global Environmental Law. *Ecology Law Quarterly*, Berkeley, v. 36, p. 615-664, 2009; HEY, Ellen. Global Environmental Law and Global Institutions: A System Lacking "Good Process". In: PIERIK, Roland; WERNER, Wouter (Ed.). *Cosmopolitanism in Context: Perspectives from International Law and Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 45-72; YANG, Tseming. The Emerging Practice of Global Environmental Law. *Transnational Environmental Law*, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 53-65, 2012.

8 DELMAS-MARTY, Mireille. Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné. Paris: Seuil, 2006. t. 2.

9 Sur les déclinaisons des réflexions sectorielles sur le droit global de l'environnement, en droit global du climat, voir FARBER, Daniel A.; PEETERS, Marjan. The emergence of global climate law. In: FAURE, Michael (Ed.). *Encyclopedia of environmental law: climate change law*. Cheltenham: Elgaronline, 2016. v. 2. p. 687-702.

10 MALJEAN-DUBOIS, Sandrine (Dir.). Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement. Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen, Confluence des droits. 2017. Disponible sur Internet: <<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>>. Voir également la contribution de Sandrine MALJEAN-DUBOIS dans ce numéro.

11 GUPTA, Aarti; MASON, Michael. *Transparency in Global Environmental Governance, Critical Perspectives*. Cambridge: MIT Press, 2014.

dans la mesure où, en s'affranchissant des catégories normatives et d'acteurs, mais aussi de la notion rigide d'ordre juridique, le droit global, permet d'identifier les manifestations empiriques de la transparence comme processus de régulation globale. Cela permet d'en apprécier les effets en tant que tel et d'envisager des leviers d'amélioration, par le jeu, notamment, du droit dérivé du « régime climat », dans lequel s'inscrit l'Accord de Paris. Ce traité et les décisions des organes qu'il met en place, ne constituent, ainsi, qu'un point d'ancrage de l'analyse qui doit être étendue au « complexe de régimes »¹² se révélant au cours de la circulation de l'exigence de transparence. Ainsi, le caractère central de la transparence depuis l'Accord de Paris modifie les interactions normatives à l'oeuvre, conduisant à composer une nouvelle partition pour la gouvernance du climat (I). L'opérationnalisation de cette transparence renouvelle, dès lors, également les interactions entre les acteurs de la gouvernance globale du climat, ce qui donne lieu à une orchestration originale¹³ (II).

2. LES NORMES DE TRANSPARENCE: UNE PARTITION À COMPOSER POUR LA GOUVERNANCE GLOBALE DU CLIMAT

Sur le plan substantiel, l'Accord de Paris aménage une importante marge de manoeuvre aux Parties. La dynamique descendante (*top-down*) du Protocole de Kyoto a cédé la place à une logique ascendante (*bottom-up*), incarnée par la fixation d'objectifs d'atténuation, d'adaptation et de soutien par les Parties elles-mêmes, à travers leurs « contributions déterminées au niveau national »¹⁴. En revanche, l'Accord de Paris comporte aussi des dispositions procédurales qui sont, quant

12 MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; PESCHE, Denis. Introduction générale: Circulations de normes et réseaux d'acteurs. La gouvernance internationale de l'environnement entre fragmentation et défragmentation. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine (Dir.). Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement. Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen, Confluence des droits. 2017. p. 10. Disponible sur Internet: <<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>>.

13 Sur la distinction entre « *transparency for global governance* » et « *transparency of global governance* », voir MITCHELL, Ronald B. Transparency for Governance: The Mechanisms and Effectiveness of Disclosure-based and Education-based Transparency Policies. *Ecological Economics*, Washington, v. 70, p. 1882, 2011.

14 Accord de Paris, Article 4.

à elles, formulées en termes contraignants et imposent des obligations relatives à la transparence de l'action des Parties (A). La démarche consiste à favoriser l'effectivité de l'Accord de Paris, par un suivi de l'action climat individuelle. Toutefois, ce qui est plus innovant, du point de vue du droit global, ce sont les tentatives d'extension de cette transparence à l'action des entités non parties (B), en vue de renforcer l'efficacité de l'Accord de Paris.

2.1. La transparence de l'action des Parties

Dès le lancement des négociations internationales sur l'« après-2012 », la transparence de la mise en œuvre des engagements des Parties a constitué une question centrale. Il s'agissait d'étendre *ratione personae et materiae* le système des rapports étatiques et de leur traitement établi par le Protocole de Kyoto, qui n'était applicable qu'aux Parties visées à l'annexe I l'ayant ratifié, excluant de fait les Etats-Unis et la Chine, et ne couvrait pas la question du soutien aux pays en développement. Il est toutefois rapidement apparu que l'extension pure et simple du mécanisme de contrôle particulièrement sophistiqué du Protocole de Kyoto ne serait pas admise. A la suite de la Conférence de Copenhague, celui-ci a été progressivement remplacé par un mécanisme plus souple, moins intrusif et non contentieux, établi sous les auspices de la Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC), différenciant les pays en développement et les pays développés.

Si l'Accord de Paris ne retient plus cette catégorisation figée, il maintient une flexibilité tenant compte des capacités respectives des Parties¹⁵. Plus globalement, le système de transparence adopté pour suivre la mise en œuvre des actions d'atténuation, d'adaptation et du soutien s'inscrit dans la continuité de celui instauré par les accords de Cancún. L'objectif du « cadre de transparence renforcé », visé à l'article 13 de l'Accord de Paris, est ainsi de « renforcer la confiance mutuelle et de promouvoir une mise en œuvre efficace » [...], « en éclairant et en suivant les progrès accomplis par chaque Partie en vue de s'acquitter de sa contribution [...] nationale », en donnant « une image claire de l'appui fourni et de l'appui reçu par chaque Partie concernée » [...] « et, dans la mesure du possible, une vue d'ensemble de l'appui financier global fourni », le tout « d'une façon qui soit

axée sur la facilitation, qui ne soit ni intrusive ni punitive, qui respecte la souveraineté nationale et qui évite d'imposer une charge excessive aux Parties »¹⁶.

Concrètement, les Parties, à l'exception des pays les moins avancés et des petits Etats insulaires particulièrement vulnérables, sont tenues de remettre des rapports tous les deux ans sur la façon dont elles mettent en œuvre leurs contributions nationales¹⁷. Les lignes directrices à cet égard demeurent toutefois encore insuffisantes pour garantir la fiabilité, l'exhaustivité et la comparabilité des informations fournies. Ces lignes directrices ont néanmoins vocation à être précisées d'ici 2018, par le biais de décisions de l'organe plénier de l'Accord de Paris. Si l'entreprise risque de s'avérer délicate, la cadence soutenue de ces rapports permettra de comparer les rapports d'une même Partie entre eux, pour autant que la Partie se soumette effectivement à cet exercice. A ce dernier égard, la décision de la Conférence des Parties met en place l'Initiative de renforcement des capacités pour la transparence, dans le but d'aider les pays en développement à fournir leur rapport.

Ces rapports feront ensuite l'objet d'un examen technique conduit par des équipes internationales d'experts¹⁸, à l'aide d'une enquête sur le territoire de la Partie concernée ou simplement sur dossier. La teneur de cet examen technique sera de plusieurs ordres. Pour les pays en développement qui en ont besoin, ce processus d'examen les aidera à définir leurs besoins en matière de renforcement des capacités. Plus globalement, il mettra en évidence les domaines se prêtant à des améliorations chez la Partie concernée et permettra de vérifier que les informations communiquées sont conformes aux lignes directrices... Ce qui suppose, bien évidemment, qu'elles soient au préalable arrêtées.

Le dernier volet du cadre de transparence renforcé consistera en un « examen multilatéral » des progrès ac-

¹⁵ La portée, la fréquence et le niveau de détail requis seront moins importants. Décision 1/CP.21, paragraphe 90.

¹⁶ Accord de Paris, Article 13.

¹⁷ Ces rapports comprendront l'inventaire des émissions et absorptions de gaz à effet de serre et les informations nécessaires pour suivre les progrès dans la mise en œuvre et l'atteinte des contributions nationales. En outre, lorsque cela s'avère pertinent, ces rapports porteront des informations relatives aux impacts des changements climatiques et à l'adaptation ainsi que des données sur le soutien fourni, requis ou reçu. Accord de Paris, Article 13(7), (8), (9) et (10).

¹⁸ Cet examen ne concernera que les informations relatives aux inventaires d'émission et d'absorption de gaz à effet de serre, l'information pour suivre les progrès dans la réalisation des contributions nationales et l'information sur le soutien fourni.

complis. Ni l'Accord de Paris, ni la décision de la COP ne fournissent plus de détails à cet égard. Toutefois, l'un comme l'autre indiquent que le système de transparence devra être élaboré sur la base de l'expérience passée. Au titre des accords de Cancún, cette évaluation était conduite à travers des séances de questions-réponses entre toute Partie à la Convention-cadre et la Partie concernée par l'évaluation et faisait l'objet d'un document final. Néanmoins, la procédure ne précisait aucune suite, alors qu'il aurait été souhaitable de prévoir que la Conférence des Parties formule, le cas échéant, des recommandations, voire que soit déclenchée une procédure de non-respect sur le modèle de celle établie dans le cadre du Protocole de Kyoto. S'il y a peu de chance pour que le système de transparence établi au titre de l'Accord de Paris aille aussi loin, afin de ne pas dissuader la participation universelle, son article 15 prévoit la mise en place d'un mécanisme pour « faciliter la mise en œuvre et promouvoir le respect des dispositions », dont les modalités de fonctionnement restent là aussi encore largement à définir, mais qui pourrait avoir un rôle à jouer suite à cet examen multilatéral.

2.2. La transparence de l'action des entités non parties

Une autre originalité de l'Accord de Paris est d'avoir pris la mesure de la nécessité pour les Parties de s'appuyer sur les acteurs infra-étatiques (collectivités locales, villes) et non-étatiques (entreprises, banques, organisations non gouvernementales, peuples autochtones, ...) pour parvenir à mettre en œuvre leurs contributions nationales, mais aussi pour en élever progressivement le niveau d'ambition.

L'Accord de Paris ne fixe pas d'obligation, même de nature procédurale, à ces entités non-parties. En revanche, ce Traité, et plus encore la décision de la Conférence des Parties à laquelle il est annexé, reconnaissent l'importance de leur action¹⁹ et les encourage à com-

¹⁹ Le préambule de l'Accord de Paris indique ainsi que les Parties reconnaissent « l'importance de la participation des pouvoirs publics et des divers acteurs, conformément aux législations nationales respectives des parties, dans la lutte contre les changements climatiques ». De manière plus affirmée, la décision 1/CP.21 comporte plusieurs dispositions en ce sens : « Convenant de soutenir et de promouvoir la coopération régionale et internationale afin de mobiliser une action climatique plus forte et plus ambitieuse de la part de toutes les et des autres acteurs, y compris la société civile, du secteur privé, des institutions financières, des villes et des autres autorités infranationales, des communautés locales et des peuples autochtones » (préambule) ; « Se félicite des efforts déployés par

muniquer des informations à cet égard via un portail dédié, le site NAZCA (pour Non-state Actor Zone for Climate Action).

Il s'agit là d'une extension intéressante des destinataires de la régulation globale du climat. Toutefois, il faut insister sur le fait que ces engagements et leur inscription demeurent purement volontaires. Ils ne sauraient donc donner une vue exhaustive de l'action des entités non parties. En outre, le portail NAZCA ne vise par tant à donner une image des actions réalisées qu'à refléter celles qui sont envisagées. Dès lors, l'observateur qui souhaiterait avoir une idée de la mise en œuvre effective de ces engagements volontaires est-il renvoyé vers d'autres bases de données, telles que le « *Carbon Climate Registry* » qui se présente comme le *leader* des plateformes mondiales pour le rapport de l'action climat des gouvernements locaux et infranationaux, le « *Climate Bonds Initiative* » qui se prévaut d'avoir suivi les marchés verts depuis 2009, ou encore le « *Carbon Disclosure Project* » qui évalue depuis 2003 les efforts d'atténuation des principales entreprises mondiales cotées en bourse, mais aussi ceux d'autres entités non parties. En réalité, ce type de plateforme et autres méthodologies d'établissement des données prolifèrent. Cette occupation de terrain répondant à un besoin normatif a d'ailleurs été reconnue lors de la COP 22 par les deux Championnes de haut niveau, lorsqu'elles ont mis en place le Partenariat de Marrakech pour l'Action climat globale (*Global Climate Action - GCA*). Les progrès dans la mise en œuvre des actions inscrites dans le portail NAZCA ont ainsi vocation à être renseignés « *in collaboration with relevant data custodians and analysts* » et « *in a user-friendly fassions* »²⁰.

Si le flux d'information s'est donc accru par rapport à ce qui existait avant l'adoption de l'Accord de Paris, et s'il est permis de penser que cette information est désormais davantage centralisée, cela signifie-t-il pour autant que l'action des entités non parties, ou même que l'action climat en général, soit plus transparente ? Est-elle plus intelligible ? Plus évaluable ? Rien n'est moins sûr, et ce pour deux raisons.

les entités non parties afin de développer leurs actions en faveur du climat, et encourage l'affichage de ces actions sur le portail des acteurs non étatiques pour l'action climatique » (§118 ; voir aussi les §134, §135 et §136)

²⁰ MARRAKECH Partnership for Global Climate Action. Disponible sur internet: <http://unfccc.int/files/paris_agreement/application/pdf/marrakech_partnership_for_global_climate_action.pdf>.

Tout d'abord, ces différentes normes de transparence de l'action des entités non parties entrent en concurrence. Cela pourrait permettre aux plus crédibles de s'imposer, mais cela n'exclut pas non plus une « course vers le bas », qui conduirait à ce que la transparence de l'action climat soit simplement simulée. A cet égard, le mouvement collaboratif qui s'accroît et s'institutionnalise entre les entités non parties, à travers des réseaux transnationaux plus ou moins homogènes, pourrait constituer un gage de fiabilité, par le jeu d'un contrôle par les pairs, à partir d'une grille commune, garantissant une concurrence loyale pour l'image verte que les participants entendent se donner (attractivité touristique, bilan politique, adhésion des consommateurs, ...). D'ailleurs, en l'état actuel des lignes directrices, il est possible de considérer que c'est une dynamique similaire qui gouverne la transparence de l'action des Parties à l'Accord de Paris: plus un Etat fait la démonstration de sa participation effective à la riposte mondiale aux changements climatiques, plus son action semble crédible, moins sa société civile ou ses pairs, voire la « société globale », risquent de lui reprocher ses carences, y compris en justice.

Or, la transparence de l'action des Parties est inextricablement liée à la transparence de l'action des entités non parties. C'est d'ailleurs là que se situe en creux le second doute que l'on peut formuler quant à l'accroissement réel de la transparence de l'action climat, suite à l'adoption de l'Accord de Paris. En effet, les entités non parties qui ont volontairement fait part de leurs actions dans le portail NAZCA, participent généralement à plusieurs initiatives collaboratives simultanément. Ces actions imbriquées, ces chevauchements d'initiatives, mais aussi l'inévitable implication des entités non parties dans la mise en oeuvre des contributions nationales accentuent le risque de « double comptage » des actions climatiques. Par exemple, lorsqu'une entreprise s'engage volontairement à atteindre un objectif d'atténuation, et que la région dans laquelle elle est implantée fait de même, les réductions d'émission de gaz à effet de serre doivent-elles être comptées au bilan de la première, de la deuxième ou de l'Etat sous la juridiction duquel elle est placée? La clé de répartition n'a pas été fixée. Un patchwork d'action climatique s'est ainsi substitué aux poupées russes privilégiées dans le système précédent. L'avantage est que cela libère potentiellement les initiatives, ce qui est susceptible d'élever le niveau d'ambition par un effet d'entraînement. Tou-

tefois, le risque est d'empêcher à l'avenir toute véritable transparence de l'action climatique, rendant invérifiable l'idée selon laquelle la transparence serait le rouage principal d'une plus grande ambition. Le partenariat de Marrakech pour une Action climat globale a d'ailleurs souligné la nécessité de prendre des mesures pour améliorer la transparence de l'action des entités non parties, mais se contente d'indiquer que la question sera traitée de manière accrue²¹.

Il est, néanmoins, possible de considérer que le bilan périodique des progrès accomplis collectivement, instauré par l'article 14 de l'Accord de Paris contribuera à limiter les risques de « *greenwashing* »²², en révélant, au moins, les effets cumulés de tels comportements. Cet exercice, prévu pour se dérouler la première fois en 2023 (et même dès 2018 sous la forme d'un « dialogue de facilitation »), puis tous les 5 ans, constituera un rendez-vous important en termes de transparence de l'action climat, dans la mesure où il sera établi non seulement à partir des informations résultant du cadre de transparence renforcé mais aussi d'autres sources d'information, notamment les rapports du Groupe intergouvernemental d'experts sur l'évolution du climat (GIEC), des organes subsidiaires et des informations fournies par les entités non parties²³. Toutefois, les sources d'information ne pourront pas être multipliées excessivement, au risque, sinon, de devenir inexploitables.

Il résulte de l'analyse de la transparence de l'action climat globale que la réalité de celle-ci dépendra nettement des lignes directrices encadrant la collecte de l'information et de la façon dont sera traitée cette information. Dès lors, l'analyse de la transparence *pour* la gouvernance globale du climat doit être complétée par celle de la transparence *de* la gouvernance globale du climat.

21 MARRAKECH Partnership for Global Climate Action. Disponible sur internet: <http://unfccc.int/files/paris_agreement/application/pdf/marrakech_partnership_for_global_climate_action.pdf>.

22 Le terme « *greenwashing* » (ou « éco-blanchiment »), popularisé par des ONG, dénonce l'utilisation d'une réputation écologique qui ne correspond pas à la réalité.

23 VAN ASSELT, Harro. The Role of Non-State Actors in Reviewing Ambition, Implementation, and Compliance under the Paris Agreement. *Climate Law*, Leiden, v. 6, n. 1-2, p. 91-108, 2016.

3. LES ACTEURS DE LA TRANSPARENCE: UNE ORCHESTRATION ORIGINALE DE LA GOUVERNANCE GLOBALE DU CLIMAT

L'analyse des manifestations normatives de l'exigence de transparence, et de leurs interactions, conduit à penser que, pour l'heure, la transparence de l'action climat globale demeure hypothétique, voire utopique. Dès lors, la gouvernance de cette transparence doit elle-même être aussi claire que possible. Cette question renvoie aux réflexions plus générales sur la compensation du déficit démocratique des régulateurs de la gouvernance globale²⁴. La transparence de l'action climat donne lieu, en effet, à une gouvernance par orchestration, c'est-à-dire un mode de gouvernance dans lequel un acteur (l'orchestrateur) sollicite un (ou des) acteur(s) intermédiaire(s) pour réguler le comportement d'un (ou de plusieurs) acteur(s) tiers, conformément aux objectifs poursuivis par l'orchestrateur²⁵. L'originalité de l'Accord de Paris, à cet égard, vient du fait que ces rôles d'orchestrateur et d'intermédiaires peuvent être assurés aussi bien par des « régulateurs *de jure* », c'est-à-dire ceux vis-à-vis desquels a été consenti une délégation de pouvoir afin d'encadrer la transparence de l'action climat (A), que par des « régulateurs *de facto* », c'est-à-dire des acteurs du complexe de régimes climat dont les initiatives viennent combler les besoins de la gouvernance globale sur cette question (B). Par ailleurs, cette orchestration est à la fois évolutive et en cascade, dans la mesure où les destinataires de cette gouvernance par orchestration peuvent toujours devenir des méta-intermédiaires, dès lors qu'ils décident de prendre une initiative en ce sens.

3.1. La régulation de jure de la transparence

Le régime climat issu de la CCNUCC est au cœur de la gouvernance globale du climat. Ce rôle central a néanmoins bien failli être remis en cause à la suite de la Conférence de Copenhague de 2009 qui a abouti à un texte négocié à huis clos par quelques Etats seule-

ment, que la Conférence des Parties a, dans un premier temps, refusé d'endosser. Cette crise de légitimité a mis en évidence l'importance de la transparence de la gouvernance globale du climat. Depuis, des efforts ont été entrepris afin de rétablir la confiance envers ce processus onusien. Si le régime climat n'a pas formellement adopté une politique de transparence interne, diverses règles ou pratiques en ce sens peuvent être identifiées, dont certaines s'avèrent pertinentes pour apprécier, sous l'angle juridique, la légitimité de la gouvernance globale du climat.

La transparence de la gouvernance globale du climat se traduit tout d'abord par la participation du « public » aux processus décisionnels conduits sous les auspices de la CCNUCC. Les réunions des organes institués à ce titre sont, ainsi, en principe, directement accessibles aux observateurs accrédités, qui peuvent faire des interventions avec l'accord du président de séance²⁶. Pour autant les acteurs non-étatiques ne sont pas titulaires d'un « droit » à l'information et à la participation au processus décisionnel. Le dernier mot appartient toujours à la CCNUCC, ses organes subsidiaires et ses Parties. En pratique, sans être totalement ouvertes, les négociations de l'Accord de Paris, et celles qui se tiennent depuis, ont généralement été jugées comme suffisamment transparentes. Il n'en demeure pas moins que le processus est régulièrement critiqué pour son opacité, y compris lorsque ce qui est discuté porte précisément sur la transparence. Des représentants chevronnés d'organisations non gouvernementales (ONG) majeures dans le domaine du climat dénonçaient ainsi récemment la décision de ne pas permettre l'accès des observateurs accrédités aux négociations intersession de Bonn sur le cadre de transparence renforcé²⁷. Il y a évidemment là une forme d'incohérence, susceptible de nuire à la crédibilité du processus et de mettre en péril la logique de partenariat entre l'action des Parties et celle des acteurs non parties, affichée comme la dynamique de mise en œuvre de l'Accord de Paris. Si la fermeture de certaines discussions peut être justifiée par des considérations liées à leur efficacité, elle semble paradoxale lorsque ce qui

24 BACKSTRAND, Karin; KUYPER, Jonathan W. The democratic legitimacy of orchestration: the UNFCCC, non-state actors, and transnational climate governance. *Environmental Politics*, Londres, v. 26, n. 4, p. 764-788, 2017.

25 ABBOTT, Kenneth W. Orchestration. In: PATTERSON, Philip; ZELLI, Fariborz (Ed.). *Encyclopedia of global environmental governance and politics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 487-495.

26 Article 7(6) de la CCNUCC, article 13(8) du Protocole de Kyoto et article 16(8) de l'Accord de Paris.

27 DUYCK, Sébastien; HMAIDAN, Watel. Negotiating transparency behind closed doors: an ironically ill-suited approach for ongoing negotiations. *Huffington Post*, March 22 2017. Disponible sur internet: <http://www.huffingtonpost.com/entry/negotiating-transparency-behind-closed-doors-an-ironically-us_582d2a416e4b002482d6e6d38>.

est négocié concerne précisément la transparence, un domaine où l'expertise des entités non parties est par ailleurs reconnue et sollicitée.

Au-delà de l'ouverture des négociations relatives au cadre de transparence renforcé, la question de la participation des observateurs aux travaux de ce mécanisme ou de ceux qui y sont associés est également importante pour en apprécier la transparence. Il est possible de présumer que tel sera le cas des travaux conduits au titre du cadre de transparence renforcé, du bilan périodique et du mécanisme pour la facilitation de la mise en oeuvre et la promotion du respect des dispositions. Pour autant, cette ouverture ne saurait être totale et des aménagements seront certainement prévus. Ainsi, par exemple, le cadre de transparence renforcé comportera-t-il une phase de traitement de l'information qui n'impliquera que des « équipes internationales d'experts ». Or, les compétences représentées dans ces équipes, et plus largement leur composition, restent encore à être déterminées et rien n'indique pour l'heure qu'elles seront ouvertes à une plus vaste palette d'experts qu'en vertu du système de suivi de la mise en oeuvre du Protocole de Kyoto. De même, au regard des discussions en cours²⁸, le mécanisme pour la facilitation de la mise en oeuvre et de promotion du respect des dispositions délibèrera probablement à huit clos, en dépit de son caractère résolument non juridictionnel. Pour considérer que cette gouvernance de la transparence de l'action climat demeure légitime sur le plan juridique, ces exceptions à la participation du public aux travaux des organes du « régime climat » en charge de la transparence de l'action climat devront néanmoins être justifiées²⁹.

Ces exceptions devront, en outre, être compensées par un accès aux décisions, documents préparatoires et autres comptes rendus relatifs à la transparence de l'action climat. A cet égard, le régime climat, en général, peut aussi être jugé comme satisfaisant, dans la mesure où l'ensemble des travaux conduits sous ses auspices sont accessibles en ligne, quasiment en temps réel. Tel a d'ailleurs également été le cas du processus de « mesu-

re, rapport et vérification » (MRV) conduit au titre des accords de Cancun. Pour autant, la publication de ces nombreux documents, souvent techniques, ne garantit pas leur intelligibilité. Aussi, le rôle « d'intermédiaire » des acteurs susceptibles d'évaluer, de vulgariser et de diffuser cette information auprès d'un public plus large, ne doit pas être négligé. Les ONG jouent à cet égard un rôle majeur, qui soulève la question de leur propre transparence et légitimité³⁰.

L'effort de transparence peut également être décelé dans les règles procédurales qui encadrent le fonctionnement des organes mis en place par le « régime climat » afin de favoriser la transparence pour la gouvernance globale du climat. Ces dispositions visent, en particulier, à garantir la représentation des intérêts en présence et à exclure l'arbitraire. Par le passé, certains organes établis par le régime climat ont pu être critiqués à cet égard. Tel a, par exemple, été le cas du Conseil exécutif du Mécanisme pour un développement propre, décrié comme incapable de se saisir de la question de la violation des droits humains par certains projets. Il est possible de considérer que c'est pour se prémunir contre de telles crises de confiance que l'Accord de Paris prévoit, s'agissant du futur Comité pour la facilitation de la mise en oeuvre et la promotion du respect des dispositions, que celui-ci devra fonctionner de manière transparente. Ni l'Accord de Paris, ni la décision de la Conférence des Parties à laquelle il est annexé, ne précisent toutefois les implications de cette transparence. Il résulte des rapports du Groupe de travail *ad hoc* sur l'Accord de Paris que cela pourrait concerner non seulement l'accès aux documents considérés, mais aussi les conflits d'intérêt des membres du Comité ou encore la motivation de ses décisions³¹. On retrouve là les exigences de transparence qui pèsent généralement sur les juridictions (ou quasi-juridictions) internationales³².

Se pose, enfin, la question de la transparence de la gouvernance du portail NAZCA en tant qu'outil, et du GCA en tant que processus. A cet égard, l'accessibilité facilitée des données relatives à l'action climat des en-

28 Informal Note by the co-facilitators for APA Agenda item 7. Disponible sur internet: <http://unfccc.int/files/meetings/bonn_may_2017/application/pdf/apa_item7_informalnote_provisional_17may2017@1100_final.pdf>.

29 Voir le concept de « méta-transparence » développé par NEUMANN, Thore; SIMMA, Bruno. *Transparency in International Adjudication*. In: BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne (Ed.). *Transparency in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 472-474.

30 Voir développements *infra*, sur les régulateurs *de facto* de la transparence.

31 Informal Note by the co-facilitators for APA Agenda item 7. BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne (Ed.). *Transparency in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

32 NEUMANN, Thore; SIMMA, Bruno. *Transparency in International Adjudication*. BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne (Ed.). *Transparency in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

tités non parties doit être saluée. Il en va de même du caractère très ouvert du NAZCA et du GCA en termes de participation. Toutefois, ces indices de transparence, ne doivent pas faire perdre de vue que la gouvernance par orchestration a précisément été utilisée parce que les organes du « régime climat » ne disposaient pas de la capacité juridique pour réguler directement la transparence de l'action climat des entités non parties. Au-delà des caractéristiques propres au portail NAZCA ou au processus GCA, le caractère indirect de ce mode de gouvernance suppose, aussi et peut-être surtout, d'apprécier la clarté des liens entre l'orchestrateur et l'(ou les) intermédiaire(s). Autrement dit, les fondements juridiques des liens entre la Conférence des Parties en tant qu'orchestrateur et les Champions de haut niveau en tant qu'intermédiaires sont-ils identifiables? L'orchestrateur (ou les orchestrateurs) ayant désigné le Secrétariat en tant qu'intermédiaire pour administrer le portail NAZCA est-il légitime?

Tout d'abord, en termes de compétences, le mandat des Champions de haut niveau et du Secrétariat en tant qu'administrateur du portail NAZCA résulte d'une décision de la Conférence des parties³³, tandis que celui du Secrétariat en tant qu'administrateur du portail NAZCA résulte d'une initiative conjointe de la présidence péruvienne de la COP 20 et de la présidence française de la COP 21, dans le cadre du programme de Lima pour l'action climat³⁴. Ensuite, sur le plan organique, seul le Secrétariat peut, sans conteste, être considéré comme un organe subsidiaire de la Conférence des Parties, dans la mesure où il est visé par l'Accord de Paris. Ce dernier demeure, en revanche, silencieux concernant les Champions de haut niveau ou encore les entités non parties, dont la création ou la reconnaissance au titre du « régime climat » ne résulte, là aussi, que d'une décision de la Conférence des Parties. Or, les décisions des Conférences des Parties sont des instruments normatifs dont la valeur juridique reste débattue³⁵. Quoi qu'il en soit, c'est la désignation expresse de ces intermédiaires, par un orchestrateur considéré comme légitime du point de vue du droit international³⁶, qui peut conduire, en chaussant

les lunettes du droit global, à les considérer comme des régulateurs *de jure* au titre de la gouvernance de la transparence de l'action climat. Toutefois, cette dernière considération n'épuise pas le débat.

En effet, la gouvernance par orchestration de la transparence de l'action climat des entités non parties suppose aussi de s'intéresser aux liens qui unissent les Champions de haut niveau, en tant qu'intermédiaires, aux « méta-intermédiaires »³⁷ que sont les « *data custodians* ». Le changement de perspective caractéristique du droit global permet, en effet, d'analyser également ce deuxième lien sous un angle juridique, alors même qu'il implique alors un (ou des) régulateur(s) *de facto* de la transparence de l'action climat globale.

3.2. La régulation *de facto* de la transparence

Compte tenu du caractère encore très général des lignes directrices établies par le « régime climat » pour orchestrer la transparence de l'action climat globale, des régulateurs de fait sont en train d'émerger afin de combler les besoins normatifs en la matière. Les dépositaires et analystes de données ne peuvent, en effet, être considérés que comme des régulateurs *de facto*, dans la mesure où ils ne sont mentionnés que dans le Partenariat de Marrakech, c'est-à-dire un document élaboré par les Champions de haut niveau, agissant en tant qu'intermédiaires, dont la valeur juridique est encore plus relative qu'une décision de la Conférence des Parties. En outre, ils y sont désignés, non pas individuellement, mais en tant que catégorie générique. Tout se passe donc comme si les régulateurs intermédiaires *de jure* que sont les Champions de haut niveau, dont la légitimité dérive d'une simple décision de la Conférence des Parties, lançaient un appel à la « lutte pour le droit » en réponse à un besoin normatif, en l'occurrence celui de mettre en place des bases de données pour apprécier l'action climat des entités non parties, supposant des choix méthodologiques et, par conséquent, une forme de régulation.

Il n'en demeure pas moins que les destinataires de ces régulations, c'est-à-dire les entités non parties, sont

33 Décision 1/CP.21, paragraphe 122.

34 Décision 1/CP.20.

35 MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; SPENCER, Thomas; WEMAËRE, Matthieu. La forme juridique du futur accord de Paris sur le climat: enjeux et principales options. *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n. 5, p. 177-208. 2015. Disponible sur Internet: <<http://cdst.revues.org/416>>.

36 Si, en raison de sa composition, tel peut être le cas de la Confé-

rence des Parties, la légitimité des initiatives des présidents de COP est certainement plus polémique.

37 C'est-à-dire les « transnational actors that act as standard-setters of standard-setters », selon l'expression de ABOIT, Kenneth W.; BERNSTEIN, Steven. The high-level political forum on sustainable development: orchestration by default or design. *Global Policy*, v. 6, n. 3, p. 222-233, 2015.

des tiers par rapport aux régulateurs *de jure* et par rapport aux régulateurs *de facto*. Ces derniers jouent alors le rôle de méta-intermédiaires entre les entités non parties et les intermédiaires *de jure*, qui sont les seuls à pouvoir se prévaloir d'une compétence juridique pour réguler la transparence de l'action climat, sans pour autant bénéficier d'une compétence opérationnelle afin de mettre en oeuvre ce mandat.

La régulation *de facto* de la transparence de l'action climat suppose donc de s'interroger sur la pertinence de l'opérationnalité comme critère d'appréciation de la transparence *de la* gouvernance globale du climat. Le juriste est-il le mieux placé pour se prononcer à cet égard? A tout le moins, son analyse devra-t-elle s'appuyer sur des enquêtes auprès des utilisateurs des régulations en compétition dans le cadre de cette « lutte pour le droit », afin de déterminer celle ayant leur préférence mais aussi les raisons de cette préférence. Finalement, le changement de perspective offert par le droit global, permettra davantage en bout de course de favoriser la reconnaissance juridique de plus en plus consolidée sur le plan formel ou précise sur le plan matériel de la place occupée par le régulateur qui aura su s'imposer dans les faits dans le cadre d'une gouvernance par orchestration. Cette reconnaissance contribue à leur conférer une existence juridique globale, à la manière dont avait été admise, en 1949, la personnalité juridique internationale de l'Organisation des Nations unies³⁸.

Cela témoigne, en outre, des caractères circulaire et dynamique³⁹ du lien unissant, dans une gouvernance par orchestration, les orchestrateurs, les intermédiaires et les méta-intermédiaires. L'exemple spécifique de la transparence de la finance climat est particulièrement significatif à cet égard⁴⁰. En effet, l'orchestration de la transparence de la finance climat s'inscrit dans un modèle pluraliste, au sein duquel le droit international spé-

cial - c'est à dire les traités internationaux en matières de climat ou établissant des organisations internationales - interagit avec d'autres systèmes normatifs, qui incluent le droit dérivé de certaines institutions internationales (banques de développement, OCDE, PNUD, PNUE...), des normes nationales, et des normes émanant d'acteurs transnationaux. Tandis que le fondement normatif de l'ensemble peut être identifié au sein des traités internationaux relatifs au climat, leur mise en œuvre est, de fait, déléguée à des régulateurs globaux de différentes sortes et mobilisant des outils normatifs variés.

Or, ces régulateurs globaux agissent en priorité à travers leurs propres réglementations et bénéficient d'une importante marge de manœuvre sur des questions sensibles politiquement, comme la définition du périmètre de la finance climat. Cela s'explique en raison de la faiblesse des obligations internationales en la matière et du plus petit dénominateur commun résultant, jusqu'à présent, du processus impliquant plus classiquement les Parties par voie de consensus.

Si différentes raisons expliquent l'attractivité de l'OCDE comme régulateur, voire comme orchestrateur de fait de la transparence de la finance climat (son organisation, ses méthodes de travail, ses fonctions ou encore la pertinence des ses travaux)⁴¹, la question mérite d'être posée – et l'a d'ailleurs été par certains Etats⁴² – de savoir si cette Organisation qui ne réunit que 34 Etats peut prétendre réguler, ou même orchestrer, une question non seulement globale mais qui est, de surcroît, fortement empreinte d'enjeux opposant pays en développement et pays développés, sur fond de considérations liées à la justice climatique, à l'équité ou encore à la responsabilité, en somme à l'*accountability*.

4. CONCLUSION

La lecture empirique, large et contextualisée de la transparence proposée dans cette contribution ne visait pas à révéler qu'il s'agit d'un principe comptant parmi

38 CIJ, Avis consultatif, 11 avril 1949, Réparation des dommages subis au service des Nations unies, Rec. 1949, p. 174.

39 En ce sens DELMAS-MARTY, Mireille. Vers une cinétique juridique: D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique. In: BONNET, Baptiste (Dir.). *Traité des rapports entre ordres juridiques*. Paris: LGDJ, 2016. p. 141-150.

40 TABAU, Anne-Sophie. La transparence de la finance climat: de la circulation du principe à la circulation de ses modalités d'application. In: MAIJEAN-DUBOIS, Sandrine (Dir.). *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*. Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen, Confluence des droits. 2017. p. 165-186. Disponible sur Internet: <<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>>.

41 BONUCCI, Nicola; THOUVENIN, Jean-Marc. L'OCDE, site de gouvernance globale? In: SFDI. *Le pouvoir normatif de l'OCDE*. Paris: Pedone, 2013. p. 28-34.

42 Voir, en particulier, la position critique de l'Inde et le document de discussion DASGUPTA, Dipak. *Analysis of a Recent OECD Report: Some Credible Facts Needed*. Climate Change Finance Unit, Department of Economic Affairs, Ministry of Finance, Government of India, 2015.

les éléments systémique du droit global, du droit global de l'environnement ou du droit global du climat. Elle entendait, néanmoins, plus modestement, mettre en évidence l'intérêt de penser la gouvernance globale du climat sous l'angle du droit global, en particulier depuis l'adoption de l'Accord de Paris.

En établissant des obligations procédurales, plus que des obligations de résultat, mais aussi en reconnaissant le rôle essentiel des entités non parties pour sa mise en oeuvre, l'Accord de Paris a placé la transparence au coeur de la stratégie renouvelée de riposte au changements climatiques.

Au-delà de la démocratisation du processus décisionnel, la transparence, conçue sous l'angle du droit global, permet ainsi d'évaluer plus finement l'effectivité et l'efficacité de la lutte contre les changements climatiques, à la suite de l'adoption de l'Accord de Paris, mais aussi de demander des comptes à une plus large palette d'acteurs. La transparence est ainsi nécessaire, mais non suffisante, pour rendre opérationnels d'autres concepts qui lui sont liés, comme l'*accountability*.

Dans la mesure où il demeure encore difficile de garantir que l'action climat des Parties, comme des entités non parties à l'Accord de Paris sera transparente, il est essentiel de garantir, *a minima*, que la gouvernance de cette transparence soit elle-même transparente. Or, seules les « lunettes du droit global » permettent d'apprécier l'étendue et les composantes de cette gouvernance qui fait intervenir des régulateurs de fait, à côté des régulateurs de droit.

Les recherches à venir devront associer différentes disciplines (juristes, sociologues, politistes, ...) pour déterminer de manière plus approfondie les facteurs qui permettent à ces régulateurs de fait de s'imposer et d'exercer leur influence sur la gouvernance globale du climat.

REFERENCES

ABBOTT, Kenneth W. Orchestration. In: PATTBERG, Philipp; ZELLI, Fariborz (Ed.). *Encyclopedia of global environmental governance and politics*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 487–495.

ABBOTT, Kenneth W.; BERNSTEIN, Steven. The high-level political forum on sustainable development: or-

chestration by default or design. *Global Policy*, v. 6, n. 3, p. 222–233, 2015.

BACKSTRAND, Karin; KUYPER, Jonathan W. The democratic legitimacy of orchestration: the UNFCCC, non-state actors, and transnational climate governance. *Environmental Politics*, Londres, v. 26, n. 4, p. 764–788, 2017.

BIANCHI, Andrea; PETERS, Anne (Ed.). *Transparency in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

BONUCCI, Nicola; THOUVENIN, Jean-Marc. L'OCDE, site de gouvernance globale? In: SFDI. *Le pouvoir normatif de l'OCDE*. Paris: Pedone, 2013. p. 28–34.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2006. t. 2.

DELMAS-MARTY, Mireille. Vers une cinétique juridique: D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique. In: BONNET, Baptiste (Dir.). *Traité des rapports entre ordres juridiques*. Paris: LGDJ, 2016. p. 141–150.

FARBER, Daniel A.; PEETERS, Marjan. The emergence of global climate law. In: FAURE, Michael (Ed.). *Encyclopedia of environmental law: climate change law*. Cheltenham: Elgaronline, 2016. v. 2. p. 687–702.

FRYDMAN, Benoît; LEWKOWICZ, Gregory; VAN WAEYENBERGE, Arnaud. De la recherche à l'enseignement du droit global. In: ANCEL, Pascal; HEUSCHLING, Luc (Dir.). *La transnationalisation de l'enseignement du droit*. Bruxelles: Larcier, 2016. p. 241–254.

GUPTA, Aarti; MASON, Michael. *Transparency in Global Environmental Governance, Critical Perspectives*. Cambridge: MIT Press, 2014.

HEY, Ellen. Global Environmental Law and Global Institutions: A System Lacking "Good Process". In: PIETRIK, Roland; WERNER, Wouter (Ed.). *Cosmopolitanism in Context: Perspectives from International Law and Political Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 45–72.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. *Law & Contemporary Problems*, Durham, v. 68, n. 3, p. 15–62, 2005.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine (Dir.). Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance inter-

nationale de l'environnement. Aix-en-Provence: Droits International, Comparé et Européen, Confluence des droits. 2017. Disponible sur Internet: <<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>>.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; SPENCER, Thomas; WEMAËRE, Matthieu. La forme juridique du futur accord de Paris sur le climat: enjeux et principales options. *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, n. 5, p. 177-208. 2015. Disponible sur Internet: <<http://cdst.revues.org/416>>.

MITCHELL, Ronald B. Transparency for Governance: The Mechanisms and Effectiveness of Disclosure-based and Education-based Transparency Policies. *Ecological Economics*, Washington, v. 70, p. 1882, 2011.

PETERS, Anne. The Transparency Turn of Internatio-

nal Law. *The Chinese Journal of Global Governance*, Leiden, v. 1, n. 1, p. 4, 2015.

TEUBNER, Gunther. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VAN ASSELT, Harro. The Role of Non-State Actors in Reviewing Ambition, Implementation, and Compliance under the Paris Agreement. *Climate Law*, Leiden, v. 6, n. 1-2, p. 91-108, 2016.

YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. The Emergence of Global Environmental Law. *Ecology Law Quarterly*, Berkeley, v. 36, p. 615-664, 2009.

YANG, Tseming. The Emerging Practice of Global Environmental Law. *Transnational Environmental Law*, Cambridge, v. 1, n. 1, p. 53-65, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

La progressive harmonisation des règles du procès environnemental: manifestation de l'émergence d'un droit global?
The progressive harmonization of the procedural rules of environmental law: expression of the emergence of a global right?

Eve Truilhé-Marengo

La progressive harmonisation des règles du procès environnemental: manifestation de l'émergence d'un droit global?*

The progressive harmonization of the procedural rules of environmental law: expression of the emergence of a global right?

Eve Truilhé-Marengo**

RESUMÉ

Parce que certains risques environnementaux manifestent aujourd'hui un caractère global et irréversible, défiant les frontières du temps et de l'espace, ils bousculent la nature a priori locale du litige environnemental. Cela invite le juriste à s'interroger sur la spécificité, l'adaptabilité et l'efficacité du procès face à l'objectif de protection de l'environnement. Il semble que, partout dans le monde, la cause environnementale soit en train de bousculer les règles du procès en les mettant à l'épreuve de certaines questions inédites qui défient le temps tout autant que les frontières juridiques et spatiales au travers de la complexité technique et juridique, de l'incertitude scientifique, et surtout du « global ». Peut-on affirmer qu'il existe-t-il une circulation des normes relatives au procès en matière environnementale ? Pour essayer de répondre à cette question, nous étudions en amont de l'instance la question de l'accès au juge en matière d'environnement et nous constatons ainsi une diffusion progressive du droit au juge. Nous nous intéressons ensuite aux règles relatives au déroulement de l'instance, et spécifiquement celles, centrales, qui régissent l'administration de la preuve pour constater ici aussi une certaine harmonisation au nom de la spécificité des contentieux environnementaux.

Mots-clés : harmonisation, règles de procédure, environnement

ABSTRACT

Because some environmental risks are nowadays global and irreversible, defying the frontiers of time and space, they jostle the *a priori* local nature of the environmental dispute. This invites the jurist to question the specificity, the adaptability and the effectiveness of the procedural rules in view of the objective of environmental protection. It seems that everywhere in the world, the environmental cause is shaking up such rules by putting them to the test of some new issues that challenge time as well as legal and spatial boundaries through technical complexity and legal, scientific uncertainty, and especially the “global” issue. Can it be said that there is a circulation of environmental standards for procedural rules? To try to answer this ques-

* Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 07/12/2017

Este artigo aborda questões de pesquisa do projeto “PROENVP”, apoiado pela Missão de Pesquisa Direito e Justiça (*Droit et Justice*). Este projeto é também o objeto de Grupo de Pesquisa Internacional (*Groupement de Recherche Internationale GDRI*) apoiada pelo CNRS: Direito Ambiental e Justiça. O projeto visa explorar as especificidades dos processos ambientais através do estudo comparativo do direito interno, do direito internacional e europeu, bem como de direitos estrangeiros (principalmente Direito dos EUA, Canada, Japão, Brasil e Chili), para propor soluções que fortalecem a capacidade dos processos de lidar com o coletivo, o técnico, o incerto e o global no campo ambiental.

** Eve Truilhé-Marengo é Diretora de Pesquisa no CNRS, ela dirige a Clínica Direito ambiental e co-dirige o Master 2 Direito internacional e europeu do meio ambiente (Universidade de Aix Marseille; Universidade de Toulon, Univerisidade Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, França). Email: eve.truilhe@gmail.com

tion, we study beforehand issue of access to the judge in environmental matters and we thus note a progressive diffusion of the right judicial access. We then examine the rules related to the conduct of the proceedings, and specifically those, central, which govern the administration of evidence to see a certain harmonization in the name of the specificity of environmental litigation.

Keywords: harmonization, procedural rules, environment

1. INTRODUCTION

Les contentieux portant sur l'environnement sont des « litiges complexes »¹, porteurs de spécificités qui constituent autant de difficultés juridiques à résoudre. Parce que, dans une grande majorité de systèmes juridiques, la nature elle-même n'est pas un sujet de droit, la question de l'accès au juge constitue sans doute la première d'entre elles. Elle justifie l'aménagement des conditions de recevabilité de l'action en justice et, invite, plus profondément, à déterminer la place de la défense des intérêts environnementaux et collectifs dans le procès autant que la solution qui en est issue, oscillant entre les impératifs de prévention, réparation et sanction². Ensuite parce que les dommages causés à l'environnement se révèlent souvent être à longue distance et à long et même très long terme, et qu'ils peuvent avoir des sources cumulatives, il s'avère bien souvent difficile de rapporter les preuves nécessaires à l'établissement des faits. Causes diffuses ou lointaines, dommages hypothétiques ou causés aux générations futures : la preuve d'un lien de causalité direct et certain entre les nombreuses activités humaines et tel ou tel dommage déterminé est difficile à rapporter³. La dimension technique et scientifique

du procès environnemental, impliquant quasi-systématiquement des savoir-faire « extérieurs »⁴ au droit pose au juge certaines difficultés : celui-ci doit savoir faire avec l'incertitude et composer avec les difficultés notamment de la réparation des atteintes à l'environnement, dans la mesure où il s'agit de dommages difficiles à évaluer, bien souvent irréversibles, rendant impossible une remise en l'état. Le présent article a pour objet de répondre à la question suivante : les « règles du procès »⁵ peuvent-elle être analysées comme l'une des manifestations de la globalisation du droit en matière d'environnement ?

Commençons par préciser que le procès (du latin *procedere* aller de l'avant), s'il est l'instance devant un juge sur un différend entre deux ou plusieurs parties⁶, désigne plus largement « non seulement le litige porté devant un juge, mais aussi la façon dont ce litige sera traité par la juridiction saisie »⁷. C'est donc à l'ensemble des éléments constitutifs du procès que nous nous intéresserons, à savoir l'action procédant du litige autant que l'instance et la solution juridictionnelle en résultant. A la question ainsi posée, il semble **à première vue que l'on puisse répondre par la positive**. Parce que certains risques environnementaux manifestent aujourd'hui un caractère global et irréversible, défiant les frontières du temps et de l'espace, ils bousculent la nature *a priori* locale du litige environnemental. Provenant de multiples activités au-delà des frontières étatiques, une pollution peut aussi engendrer des conséquences pour un ensemble de personnes dans différents États. Ces mêmes activités peuvent en outre être exercées par des acteurs échappant à la compétence de ces différents ordres juridiques⁸. L'affaire Chevron, mêlant procédure arbitrale et procédures étatiques (en équateur et aux États Unis) est tout à fait emblématique de cette globalisation des litiges qui est en marche. Il en va de même pour les tristement célèbres affaires Deepwater horizon ou Probo Koala⁹.

1 Selon l'expression de la doctrine américaine qui vise les cas de « *complex litigations* » en y insérant le domaine environnemental, v. not. MARCUS, R. L., SHERMAN E. F.; ERCHSON H. M. *Complex Litigation: Cases and Material on Advanced Civil Procedure*. 6. th. West Academic Publishing, 2015.

2 Sur ce rappel, VINEY, G. *L'action d'intérêt collectif et le droit de l'environnement*, Rapport français in Les responsabilités environnementales dans l'espace européen, point de vue franco-belge, sous la direction de VINEY, G.; DUBUISSON B., BRUN PH. *ET THUNIS X.* Bruxelles: Bruylant, LGDJ, 2005. p. 217.

3 M. Boutonnet, « La preuve du préjudice environnemental, entre science et droit », in *La preuve juridique et la preuve scientifique*, Truilhé-Marengo E., Larcier, 2011, p. 181 ; « Le risque de la preuve en droit de l'environnement », in *La preuve, regards croisés*, CADIET L., GRIMALDI C., MEKKI M., Dalloz, Thèmes et commentaires,

2015.

4 DUMOULIN L., « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement: de la ressource à la contrainte », *Droit et société*, 2000, p. 199-223.

5 Sur ce développement, CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès*, PUF Thémis, 2. éd. p. 567 s. 6 Dictionnaire Littré.

7 Sur la définition du procès, CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Op. Cit.*, 305 s.

8 THIBIERGE, C., *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile)*, *RTD civ.* 199, p. 568.

9 Trafigura, entreprise multinationale, cherchait à faire traiter des déchets toxiques, après avoir tenté à plusieurs reprises, sans succès, de se défaire de ces déchets, elle fait charger les déchets sur son

Les litiges sont donc de plus en plus souvent globaux : la tendance est nette, même au-delà de ces affaires très médiatisées. Elle invite le juriste à s'interroger sur la spécificité, l'adaptabilité et l'efficacité du procès face à un des défis majeurs du 21^e siècle : la protection de l'environnement. Il semble que, partout dans le monde, la cause environnementale soit en train de faire craquer le moule traditionnel du procès en le mettant à l'épreuve de certaines questions inédites qui défient le temps tout autant que les frontières juridiques et spatiales au travers de la complexité technique et juridique, de l'incertitude scientifique, et surtout du « global ».

Pour autant peut-on affirmer qu'il existe-t-il une circulation des normes relatives au procès en matière environnementale, et, dans l'hypothèse d'une réponse positive : quel est le degré « d'efficacité » de cette circulation ? A-t-elle permis des transferts de normes, des legal transplant, ou une véritable uniformisation permettant de penser un droit commun du procès environnemental, défini comme un procès « pour l'environnement » ? Pour essayer de répondre à ces questions, il semble qu'il faille étudier en amont de l'instance la question de l'accès au juge en matière d'environnement : nous constaterons ainsi une diffusion progressive du droit au juge (I). Nous nous intéresserons ensuite aux règles relatives au déroulement de l'instance, et spécifiquement celles, centrales, qui régissent l'administration de la preuve pour constater ici aussi une certaine harmonisation au nom de la spécificité des contentieux environnementaux (II).

2. DIFFUSION PROGRESSIVE DU DROIT AU JUGE

Le droit d'accéder à la justice constitue un élément du volet procédural du droit de l'homme à un environnement sain, qui sinon resterait « théorique et illusoire » pour reprendre les mots de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH). Il est le moyen concret de faire valoir le droit subjectif au respect des dispositions protégeant l'environnement. En tant que tel, le droit au juge a été consacré, certes de manière non contraig-

navire, le Probo Koala, qui prend la route de la Côte d'Ivoire. Une société ivoirienne déversera plus de 500 mètres cubes de déchets dangereux, à ciel ouvert, dans la décharge d'Akouédo à Abidjan ainsi que dans une vingtaine d'autres sites publics autour de la ville provoquant la mort de 17 personnes et l'intoxication de dizaines de milliers de personnes.

nante, par la déclaration de Rio en 1992 au principe 10 selon lequel « Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré ».

Mais, la nature n'étant pas, dans la majorité des ordres juridiques, sujet de droit, ce sont donc ses représentants qui doivent pouvoir agir en justice pour défendre ses intérêts. Dans ce contexte, la question de l'accès au juge face à des intérêts non-individuels et même non-humains constitue sans doute la première difficulté juridique posée dans le cadre d'un litige environnemental. Existe-t-il une globalisation des règles relatives à l'accès au juge en matière d'environnement ? Constate-t-on une diffusion du droit au juge à l'ensemble des systèmes juridiques ? Comment s'opère cette diffusion ?

Le principe 10 de la Déclaration de Rio selon lequel « La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré » a donné naissance à un certain nombre de réalisations concrètes au sein de l'Union européenne (A) mais aussi au-delà (B).

2.1. Au sein de l'Union européenne

En Europe la Convention sur l'accès à l'information, à la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement dite « Convention d'Aarhus »¹⁰, signée par 39 États le 25 juin 1998, constitue sans doute le standard international le plus ambitieux en matière d'accès à la justice. Il s'agit ni plus ni moins que de créer des droits procéduraux spéciaux au profit des organisations de protection de l'environnement. L'article 9-3 relatif à l'« accès à la justice » prévoit que « chaque Partie veille à ce que les

10 Texte disponible sur: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43f.pdf>

membres du public qui répondent aux critères éventuels prévus par son droit interne puissent engager des procédures administratives ou judiciaires pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement ». Si elle consacre bien un droit au juge en matière d'environnement, cette disposition permet clairement aux Etats parties d'établir des critères spécifiques auxquels les membres du public habilités à contester les violations du droit de l'environnement doivent répondre. Le texte n'institue donc pas une *actio popularis* en droit de l'environnement ¹¹.

Au sein de l'Union européenne la Convention, signée à la fois par chacun des Etats membres et par l'Union, participe à la promotion d'un véritable « droit à la démocratie environnementale »¹². En application de la Convention mais également du droit dérivé qui la met en œuvre¹³, l'accès aux juges nationaux est largement protégé par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE). Sous l'effet du droit de l'Union, le droit allemand a été forcé d'évoluer vers une plus grande ouverture à la défense des intérêts collectifs. Dans un premier arrêt rendu en 2011¹⁴ La Cour avait affirmé que restreindre le droit au recours des associations au seul motif que celles-ci protègent des intérêts collectifs, comme le fait le droit allemand, mettrait à mal l'objectif « d'assurer au public concerné un large accès à la justice », cela « les priverait très largement de la possibilité de faire contrôler le respect des normes issues de ce droit, lesquelles sont, le plus souvent, tournées vers l'intérêt général et non vers la seule protection des intérêts des particuliers pris individuellement ». Plus récemment plusieurs lois allemandes ont été condamnées par la CJUE en ce

qu'elles étaient trop restrictives en matière d'accès au juge au regard du droit de l'Union¹⁵. La Cour juge contraire aux dispositions du droit de l'Union le fait pour la législation allemande de restreindre la qualité pour agir des associations environnementales et l'étendue du contrôle juridictionnel des recours portés par de telles associations aux seules dispositions qui confèrent des droits aux particuliers. Dans un arrêt rendu le 15 octobre 2009¹⁶, le juge de Luxembourg avait estimé que la législation suédoise, qui subordonnait le droit de recours des associations de protection de l'environnement à ce que celles-ci disposent de plus de 2 000 adhérents, était incompatible le droit de l'Union. Le niveau fixé risquant de priver, de fait, les associations de toute possibilité de recours.

Le droit d'accès à la justice se diffuse donc de manière très efficace dans les Etats membres de l'UE. S'agissant de l'accès à la Cour elle-même, le bilan est nettement moins positif. Malgré les potentialités du règlement n° 1367/2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus, l'Union européenne semble exiger des États membres ce qu'elle-même ne parvient pas à garantir. La Cour de Justice dans ce cas, ne se départi pas de sa position extraordinairement réservée concernant l'accès des requérants individuels à son prétoire, y compris lorsque des intérêts environnementaux sont en jeu.

2.2. Au delà de l'Union européenne : vers une application mondialisée de la Convention d'Aarhus ?

Au-delà de l'Union européenne, qui ne constitue peut-être pas l'exemple idéal s'agissant de la question de la globalisation du droit (quoique), on note des progrès dans les pays non membres de la Convention Aarhus. Dans la foulée de Rio+20, un projet de Convention sud-américaine sur l'information, la participation et l'accès à la justice en matière d'environnement a pris corps. Les négociations sont en cours pour essayer de diffuser le modèle Aarhus au continent sud-américain. Le continent asiatique a également été le terrain d'avancée con-

11 ANDRUSEVYVH K., *Case Law of the Aarhus Convention*, 2004-2011, p. 80.

12 NAIM-GESBERT E., *Droit général de l'environnement*, Lexis-Nexis, Paris, 2011.

13 En ce qui concerne les Etats membres, l'accès à la justice est à ce jour garanti de façon générale par l'article 11 de la directive sur l'évaluation des incidences (*dir. 2011/92/UE, 13 déc. 2011 : JOUE n° L 26, 28 janv. 2012, p. 1*) qui correspond largement à l'article 9-2 de la Convention et par l'article 25 de la directive relative aux émissions industrielles (version 2010), lequel permet un droit de recours juridictionnel contre les actes adoptés en matière de participation du public aux décisions environnementales et ce, sur le modèle de la directive 2003/35 prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, copié-collé ou presque de la convention d'Aarhus.

14 CJUE arrêt du 12 mai 2011, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV*, aff. C-115/09, *Rec. p. 3673*

15 CJUE, 2e ch., 15 oct. 2015, aff. C-137/14, *Commission c/ Allemagne*

16 CJCE, 15 octobre 2009, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskydds-förening et le Stockholms kommun genom dess marknämnd*, aff. n° C-263/08, *Rec. p. 9967*.

sidérables en ce sens durant les vingt dernières années. Des pays comme les Philippines, l'Indonésie, l'Inde et même la Chine ont ouvert bien plus largement leurs prétoires aux actions environnementales. Et l'idée d'une convention Aarhus asiatique, si elle est loin d'aboutir, fait son chemin¹⁷.

Une généralisation du droit au juge en matière environnementale est donc à l'œuvre. Notons toutefois que le phénomène a ses limites. Le droit d'accéder à la justice se heurte en pratique aux spécificités des systèmes juridictionnels et donc aux fondements sociaux et culturels de chaque ordre juridique. Certains juges internes comme internationaux restent hermétiques à la défense des intérêts collectifs. C'est ainsi par exemple qu'au Japon, accéder au juge pour défendre uniquement des intérêts collectifs demeure impossible. Ou que la CJUE, malgré l'élargissement opéré par le Traité de Lisbonne, ne s'impose pas à elle-même ce qu'elle garantit au niveau interne¹⁸. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, si une requête individuelle peut parfois incidemment protéger des intérêts collectifs, l'exigence de la qualité de « victime directe ou indirecte d'une violation de la Convention » reste un frein à une défense supra individuelle¹⁹. Quant à la CIJ elle n'a encore jamais déclaré recevable une action tendant à la défense d'un intérêt collectif²⁰.

Sous la double influence de la globalisation des litiges et de l'incitation du droit international on constate non pas une uniformisation mais une globalisation du principe de l'accès au juge en matière environnementale. Doit-on y voir un des éléments d'un modèle du procès environnemental marqué par l'émergence du droit glo-

bal ou plus simplement la marque de la lente application des normes, non contraignantes, du droit international public ? Cette question, somme toute d'importance essentiellement théorique (en pratique l'avancée est d'importance) demeure de notre point de vue sans réponse pour l'heure. Reste que, démontrer un intérêt à agir, accéder à un prétoire, n'est qu'une étape pour faire entendre efficacement une cause environnementale. Encore faut-il dans un second temps avoir les moyens de convaincre le juge. Sur ce point ce sont les règles probatoires qui jouent un rôle majeur du fait qu'en matière environnementale il peut être difficile d'identifier avec précision le fait générateur de celui-ci ainsi que d'établir le lien de causalité entre l'acte litigieux et le dommage.

3. HARMONISATION DE RÈGLES PROBATOIRES

Les grands principes du procès, c'est connu, sont largement mondialisés : principe du contradictoire, respect des droits de la défense, impartialité des organes de jugement, se sont imposés, sans que l'on puisse voir ici la marque du droit global, mais simplement la généralisation de certaines valeurs de référence. Sur le plan des règles probatoires il semble en revanche qu'il puisse y avoir matière à réflexion. Parce que le discours scientifique a été l'une des forces créatrices de ces pans de notre droit²¹ ; Parce que, dans ce domaine, les sciences peuvent tout à la fois apporter un soutien au juge et, de plus en plus souvent, être l'objet même du procès ; mais surtout parce que ces domaines sont le terrain d'élection de l'incertitude scientifique, du risque, et donc du principe de précaution. En lien avec la santé humaine ou l'environnement, l'incertitude peut prendre des formes et des degrés divers. Elle peut concerner l'existence même d'un risque, ou plus fréquemment, porter sur la probabilité ou l'étendue de celui-ci. Les connaissances scientifiques peuvent être insuffisantes ou contradictoires. Car, si le scientifique, en qualité de chercheur ou d'expert, peut se contenter de faire part de la relativité de ses connaissances, décider de suspendre son « jugement »²², le juge lui doit trancher sous peine de déni de justice. Il se tourne alors naturellement vers la science afin d'évaluer les éléments scientifiques qui lui sont ap-

17 Voir en ce sens : N. Okubo, Participation Principle Indicators under the Environmental Law: Towards Establishing International Collaboration in Pursuit of Environmental Justice" at 9th-10th March 2015, http://greenaccess.law.osaka-u.ac.jp/wp-content/uploads/2015/03/3-1-01_okubo_full.pdf

18 SIMON D., Droit au juge et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout in Libertés, justice, tolérance, *Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, pp. 1399-1419 ; DE SADELEER N., PONCELET C., Contestation des actes des institutions de l'Union susceptibles de porter atteinte à l'environnement et à la santé humaine, un pas en avant, deux pas en arrière, *RTDE*, janv-mars 2013, p. 15.

19 VOEFFRAY F. (dir.), *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, préc. p. 70 s.

20 VOEFFRAY F. *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*. Paris: Publications de l'IIHEI, Genève, PUF, 2004. p. 406; MARCHI J.-F. *Bien. commun et droit international*. *Les cahiers Portalis*, n. 4, p. 66-67, sept. 2016.

21 En ce sens : MARTIN G., *La « vérité » scientifique à l'épreuve du droit – L'exemple du droit de l'environnement*.

22 LAGARDE X., *Preuve*. *Dictionnaire de la justice*. Cadet (L.) (Dir.). Paris: PUF, 2004. p. 1034.

portées par les parties à titre de preuve et à défaut en chercher de plus probants par lui-même.

Or, les règles relatives à la preuve sont très intimement liées aux valeurs propres à chaque époque, à chaque ordre juridique, elles sont fortement empreintes de localisme. Peut-on déceler une unité sous la diversité des règles du procès en matière environnementale ? Les spécificités des litiges environnementaux ont-elles entraîné un traitement commun des questions probatoires ?

Pour prétendre répondre à ces questions il convient d'envisager les règles probatoires sous deux angles différents. Il est évidemment primordial de savoir laquelle des deux parties va devoir en premier démontrer qu'il y a ou qu'il n'y a pas violation d'une règle de droit, autrement dit déterminer sur qui pèse la charge de la preuve. Mais l'issue du litige dépend aussi de la façon dont l'organe de jugement va évaluer la qualité des éléments de preuve apportés. Dans le cadre d'un litige environnemental, cela revient bien souvent à poser la question du poids donné à l'incertitude scientifique dans le processus de démonstration des faits.

3.1. Charge de la preuve

Il est question de déterminer *qui*, d'entre les parties, doit apporter la preuve des faits de la cause, « quelle partie doit en premier démontrer qu'il y a ou qu'il n'y a pas violation? »²³. Répartir la charge de la preuve revient à désigner la partie qui devra perdre le procès si elle ne remplit pas l'obligation qui lui incombe. Selon R. H. Gaskin, la charge de la preuve constitue la réponse du droit face à l'ignorance²⁴ et de fait, face à une situation d'incertitude scientifique, c'est aux règles gouvernant la charge de la preuve que revient le rôle prépondérant dans la résolution du litige.

3.1.1. Refus généralisé d'un renversement de la charge de la preuve

Ici, les règles sont largement harmonisées. Etant à l'origine de l'action, le demandeur supporte le premier

la charge de la preuve. Ainsi, lorsqu'il invoque des faits que l'adversaire conteste, il doit les prouver conformément à l'adage *actori incumbit probatio* : au demandeur (*actor*) incombe la charge de la preuve. Et cela dans la grande majorité des systèmes juridiques. Or, pour une partie de la doctrine, surtout internationaliste²⁵, le principe de précaution aurait ici un rôle à jouer en permettant d'opérer un renversement de la charge de la preuve en matière de santé et d'environnement. Il reviendrait, en vertu de cette théorie découlant de ce qui a été présenté comme un nouvel adage «*in dubio pro natura*»²⁶, à la partie plaignante de prouver que l'activité ou le produit en cause est exempt de risque.

Mais du côté des juridictions, c'est de façon presque unanime qu'elles répugnent à admettre un tel renversement du fardeau de la preuve au nom du principe de précaution. La CEDH le rejette²⁷, le Tribunal international pour le droit de la mer (TIDM) également²⁸. Dans son arrêt *Artegoda*, le juge de l'Union européenne le refuse clairement : « le fait d'admettre que, en cas d'incertitude scientifique, des doutes raisonnables concernant l'efficacité ou l'innocuité d'un médicament sont susceptibles de justifier une mesure de précaution ne saurait être assimilée à un renversement de la charge de la preuve »²⁹. La CIJ, qui a eu l'occasion de se prononcer sur cette question récemment, en fait de même. Dans l'affaire *Usine de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la CIJ va rappeler³⁰ que, selon le principe *onus probandi incumbit actori*, c'est à la partie qui avance les faits d'en apporter la preuve. S'agissant des conséquences de l'approche de précaution, la Cour affirme que celle-ci peut se révéler

25 CAZALA J. *Le principe de précaution en droit international*. Paris: LGDJ, 2006. p. 413. Voir également les références citées par KERBRAT Y.; MALJEAN DUBOIS S. La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), RGDIP, jan-mars 2011, p. 63-64.

26 OST F. Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour le milieu. In: OST F. GUTWIRTH S. (Éd.). *Quel avenir pour le droit de l'environnement?* Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996. p. 19.

27 CEDH, *Tatar c. Roumanie*, 27 janvier 2009, n° 67021/01, §105.

28 Ordonnance du 3 décembre 2001, Affaire de l'Usine Mox (Irlande c. Royaume-Uni), disponible sur le site internet du TIDM: http://www.itlos.org/start2_fr.html

29 TPICE, 26 novembre 2002, *Artegoda GmbH e.a. c. Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. 2002, p. II-4945.

30 Voir notamment: *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, 3 mai 2008, Rec. CIJ 2008, §45; *Délimitation maritime en mer Noire*, 3 février 2009, Rec. CIJ 2009, §68.

23 États-Unis – Mesures affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses de laine tissés en provenance d'Inde. Rapport de l'Organe d'appel du 25 avril 1997, WT/DS33/R, §15.

24 GASKIN R.H., *Burden of proof in modern Discourse*, New Haven - Yale University Press, 1992, 4.

pertinente pour l'interprétation et l'application du Statut mais qu'elle ne permet pas d'opérer un renversement de la charge de la preuve³¹. La position du juge de l'OMC correspond finalement assez bien à celle des autres juges internationaux qui ont eu l'occasion de s'exprimer sur ce point, tout comme elle correspond également à celle des juges français alors même que le principe de précaution est consacré au plus haut niveau de notre ordre juridique³². L'une des raisons à cette position est que la preuve de l'absence de risque est bien souvent impossible à rapporter, une preuve négative, quasi impossible à produire.

3.1.2. Admission des aménagements de la charge de la preuve

Si le renversement n'est généralement pas admis, certains aménagements³³ de la charge de la preuve le sont en revanche permettant de faciliter la preuve du dommage environnemental. Le juge de l'Union européenne admet depuis un arrêt du 9 mars 2010 que le lien de causalité pouvait, dans certaines conditions, se présumer.

Un arrêt de la Cour de cassation Française, du 18 mai 2011, illustre parfaitement le refus du renversement de la charge de la preuve au profit de la preuve par présomptions. Le litige était marqué par l'incertitude scientifique: des agriculteurs exploitaient un élevage bovin et porcin sur des terrains et des bâtiments situés à proximité d'une ligne à très haute tension et soutenait que les champs magnétiques émis par les lignes électriques à haute tension sont bien à l'origine des « désordres sanitaires multiples et importants ayant affecté les élevages ». Sur le fondement du principe de précaution, ils demandaient à l'exploitant des lignes à haute tension, indemnisation des préjudices matériels et économiques subis. Les juges d'appel ont rejeté les demandes

en raison de l'incertitude sur le lien de causalité entre les courants électromagnétiques et les désordres causés à l'élevage en considérant que : « il y a certes des indices quant à l'incidence possible des champs électromagnétiques (CEM) sur l'état des élevages mais auxquels s'opposent des éléments sérieux divergents et contraires et qu'il subsiste des incertitudes notables de telle sorte que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, il n'apparaît pas que l'existence d'un lien de causalité soit suffisamment caractérisé ». Dans ce contexte, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel : « la charte de benvironnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes »³⁴.

Il est alors permis de se demander si le recours aux présomptions constitue l'un des éléments d'un modèle mondialisé de procès environnemental. Ou s'il n'est pas simplement le résultat attendu des efforts déployés par les juges pour faire face aux difficultés rencontrées. Quoi qu'il en soit, la charge de la preuve n'épuise pas les questionnements relatifs aux règles probatoires. L'issue du litige dépend aussi de la façon dont le juge va évaluer la qualité des éléments de preuve apportés, leur force probante. Sur ce terrain, une tendance à l'harmonisation est patente. Qu'en est-il de la qualité attendue des éléments de preuve ?

3.2. Qualité de la preuve

S'agissant des règles relatives à l'établissement des faits, il est classique d'opposer deux modèles juridictionnels : le modèle inquisitoire qui accorde un rôle actif au juge dans la recherche de la preuve et le modèle accusatoire qui confie cette tâche aux parties. A l'analyse pourtant cette opposition est dépassée au profit d'une discussion plus générale sur les pouvoirs du juge³⁵.

3.2.1. Appréciation de la force probante des éléments de preuve

Sur le niveau de certitude attendu pour justifier une mesure de protection, on constate clairement des exi-

31 CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, (Argentine c. Uruguay), 20 avril 2010, §164.

32 Pour une illustration récente du maintien des règles classiques d'attribution de la preuve, un arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2011, qui confirme qu'il « appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration » en ajoutant tout de même « sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes », Cass. Civ. III, 18 mai 2011, n° 10-17.645. BOUTONNET, M. *Les présomptions*: un remède inefficace au refus d'influence des principes environnementaux sur la preuve de la causalité. *Dalloz*, 2011. p. 2089.

33 VERGES E.; VIAL G.; LECLERC O. *Droit de la preuve*. PUF, Thémis, 2015. p. 229 et s.

34 Cass. 3^e civ., 18 mai 2011 préc.

35 JOUANNET E., p. 240.

gences harmonisées de la part des juridictions internationales qu'il n'y a pas lieu de développer ici. Disons simplement que n'ayant pas les moyens d'apprécier la valeur des données scientifiques produites, les juges pratiquent généralement un contrôle étendu sur le respect des conditions procédurales applicables à la mesure contestée : respect des exigences en matière d'évaluation des risques, du principe de proportionnalité, des délais, du principe du contradictoire etc. *Grosso modo*, en situation d'incertitude où s'applique le principe de précaution, la plupart des juridictions adoptent une attitude commune que l'on peut résumer en citant les arrêts Alpharma et Pfizer rendus par le juge de l'Union européenne pour qui « le principe de précaution ne peut [...] être appliqué que dans des situations de risque, notamment pour la santé humaine, qui, sans être fondées sur de simples hypothèses scientifiquement non vérifiées, n'a pas encore pu être pleinement démontré »³⁶. Une telle formulation est très proche de ce qu'a développé l'Organe de règlement des différends de l'OMC par exemple³⁷. Le principe de précaution ne saurait donc s'appliquer si la controverse scientifique n'a pas atteint un seuil minimal de consistance. Car même si l'absence de preuve n'est pas la preuve de l'absence, les risques hypothétiques reposant sur des intuitions purement spéculatives sans aucun fondement scientifique doivent être exclus du champ d'application du principe de précaution³⁸. Malgré la diversité des règles juridiques, il apparaît que s'élabore progressivement une harmonisation des contenus, l'émergence de principes directeurs de la procédure scientifique.

Cette globalisation des règles procédurales en situation d'incertitude se fait sans doute essentiellement par crainte du contentieux. Parce que les litiges environnementaux ont de fortes implications économiques, ils sont susceptibles d'être tranchés par une pluralité de

juridictions qui entraînent un « lissage » des conditions d'acceptabilité des mesures environnementales.

3.2.2. Encadrement du recours à l'expertise

En matière environnementale, la complexification des faits se double d'une complexification du droit. Le domaine, plus que les autres, est marqué par la difficulté de juger. Antennes relais de téléphonie mobile, dissémination des organismes génétiquement modifiés dans la nature, effets du rejet des gaz à effet de serre, sont autant d'illustrations d'une certaine complexification des faits, conséquence, notamment, de l'apparition de ces nouveaux risques, dommages, caractérisés par l'incertitude scientifique, non seulement s'agissant de leur évaluation mais aussi de leur réalisation.

Le recours à l'expertise est un élément clé des différents systèmes probatoires et un élément déterminant dans l'issue des litiges environnementaux. Que l'on songe, en dehors du cas français³⁹, aux affaires relatives aux bovins élevés aux hormones tranchées par l'Organe de règlement des différends de l'OMC⁴⁰ ou à la façon dont le juge néerlandais s'appuie sur les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) pour mettre à la charge de l'Etat un devoir de *due diligence* dans l'affaire Urgenda, condamnant l'État néerlandais pour sa carence en matière de lutte contre le changement climatique⁴¹. La question centrale alors est: Dans quelles conditions, l'expertise, peut-elle constituer une réponse juridique adéquate à l'incertitude scientifique?

Les règles qui gouvernent l'expertise scientifique, élément déterminant dans l'issue des litiges environnementaux⁴², semblent elles-aussi être progressivement harmonisées. Sous l'égide de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales,

36 Conclusions l'Avocat général Geelhoed (L.A.), 7 septembre 2004, Affaire C-434/02, Arnold André GmbH & Co. KG contre Landrat des Kreises Herford; affaire C-210/03, Swedish Match AB et Swedish Match AB UK Ltd contre Secretary of State for Health, point 98.

37 États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS320/AB/R, §721.

38 En ce sens, notamment, de Sadeleer (N.) *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*: essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 176; L. Boisson de Chazournes. Le principe de précaution: nature, contenu et limite, in *Leben*, Charles/Verhoeven, Joe (Dir.), *Le principe de précaution*: aspects de droit international et communautaire. Paris: Panthéon-Assas, 2002. p. 81.

39 LECLERC, O. *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la sciences*. LGDJ, T. 443, 2003.

40 Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (CE – Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R et WT/DS26/R/USA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R ; États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones, WT/DS320/R du 31 mars 2008. L'OMC et les risques sanitaires: réflexions autour du rapport de l'Organe d'Appel dans l'affaire Hormones II, *RJE*, 2010, n°2.

41 Cour du district de La Haye, 24 juin 2015, Fondation Urgenda contre Pays-Bas.

42 « *La relation juge expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux* », la documentation Française, 2010, 400 p.

de la jurisprudence son juge et notamment de son *arrêt Mantovanelli contre France* du 18 mars 1997,⁴³ les opérations d'expertise sont entrées dans la sphère du procès équitable. Et sur ce point s'est instauré, en tout cas sur le continent européen un dialogue des juges auquel concourent les problématiques sanitaires et environnementales. La CJUE par exemple dans un arrêt du 10 avril 2003, *J. Steffensens*⁴⁴ rendu en matière de contrôle des denrées alimentaires a répondu à la question préjudicielle qui lui était posée qu'il appartient à une juridiction nationale, en transposant littéralement le paragraphe 36 du célèbre arrêt de la CEDH à la situation qui lui était soumise. Cette « européanisation » des règles du procès a conduit à un dépassement des divisions classiques en cette matière: *Civil law* et *Common Law*, contentieux civil, pénal et administratif... Les règles procédurales applicables à l'expertise sont à présent communes à toutes les expertises qu'elles soient judiciaires, administrative ou autre.

Mais la diffusion d'un modèle d'expertise en situation d'incertitude scientifique semble aller au delà de cette « européanisation » qui n'est sans doute pas topique du droit global.

La diffusion progressive de la procédure appelée « *Concurrent evidence* »⁴⁵, mise en place dans certaines provinces australiennes et étendue à d'autres systèmes juridiques (Grande-Bretagne, Hong Kong, Japon) pourrait parfaitement faire office de modèle pour les contentieux particulièrement sensibles ou hautement techniques. Dans ce système qui prend clairement acte de l'importance capitale de l'expertise pour l'issue de certains litiges, les experts sont nommés à titre individuel, pour chaque affaire. Ils commencent par rendre chacun leur rapport. Puis, les éléments d'accord et de désaccord entre les experts désignés sont consignés dans un rapport commun discuté par les experts eux-mêmes au cours d'une réunion présidée par le juge et pendant laquelle celui-ci comme les avocats peuvent

les questionner. Un consensus doit se dégager sur les points d'accord et de désaccord et c'est sur le fondement de ce consensus que le juge tranche. En procéduralisant le dialogue entre les scientifiques, cette procédure permet sans doute au juge de se faire une idée plus précise de la validité scientifique des données avancées : elle est donc particulièrement adaptée aux contentieux environnementaux ou sanitaires.

Un modèle concurrent sans doute à celui consiste à mettre en place une expertise interne à la formation de jugement, en créant des juridictions spécialisées. La question se pose d'autant plus que certains pays ont fait le choix d'établir, soit des commissions environnementales privilégiant la résolution *via* les modes alternatifs de règlements des litiges (comme c'est le cas au Japon où une commission arbitrale a été mise en place pour indemniser rapidement les victimes des atteintes à l'environnement, y compris celles de la catastrophe nucléaire de Fukushima.)⁴⁶, soit des tribunaux environnementaux (Thaïlande, Philippines, Inde⁴⁷, Australie...⁴⁸). On pourrait même aller plus loin et offrir, comme au Chili, une vraie place aux experts scientifiques, ces derniers endossant le rôle de juge et permettant ainsi d'adapter la solution judiciaire et son suivi aux enjeux techniques⁴⁹. Cette solution a le mérite d'adapter la solution judiciaire et son suivi aux enjeux techniques⁵⁰, ce qui semble très utile au moment d'imputer une responsabilité ou d'imposer des mesures de réparation suite à un dommage environnemental.

46 YAMAMOTO K. Le mode alternatif de résolution des conflits environnementaux au Japon: un exemple de contractualisation des litiges environnementaux, in *Le contrat et l'environnement, Etude de droit comparé*, préc., p. 282.

47 AMIRANTE D. Environmental Courts in Comparative Perspective: Preliminary Reflections on the National Green Tribunal of India, 29 *Pace Envtl. L. Rev.* 441 (2012) Available at: <http://digitalcommons.pace.edu/pelr/vol29/iss2/3>

48 PRING C. PRING G., *Specialized Environmental Courts and Tribunals: The Explosion of New Institutions to Adjudicate Environment, Climate Change, and Sustainable Development at the Confluence of Human Rights and the Environment* (2010), at 3, <http://www.law.du.edu/documents/ectstudy/Unitar-Yale-Article.pdf>; N. Okubo, art. préc.

49 v. VALDES DE FERARI S., The role of a non lawyer in an environmental Court, *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 18; ASENJO R., L'action en réparation du préjudice écologique et l'expérience du Tribunal environnemental de Santiago, *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 17.

50 v. S. Valdès de Ferari, The role of a non lawyer in an environmental Court, *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 18; R. Asenjo, L'action en réparation du préjudice écologique et l'expérience du Tribunal environnemental de Santiago, *Energie-Environnement-Infrastructures*, août 2016, dossier 17.

43 CEDH, 18 mars 1997, aff. 8/1996/627/810, *JCP*, G, 1998, I, 107, n°24 note Sudre.

44 CJCE, 10 avril 2003, C-276/01); MARIATTE F., Note sous l'arrêt, *Europe*, juin 2003, pp. 14-15.

45 P. McClellan, Medicine and Law Conference keynote address: Concurrent Expert Evidence, 2007, p. 19, [http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/vwFiles/mcclellan291107.pdf/\\$file/mcclellan291107.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/vwFiles/mcclellan291107.pdf/$file/mcclellan291107.pdf). Voir également : http://www.pace.edu/school-of-law/sites/pace.edu.school-of-law/files/IJIEA/jciMcClellan_New%20Methods%20with%20Experts%203-9_cropped.pdf

En conclusion, nous dirons que de la diversité des systèmes étudiés, il se dégage clairement un « fonds commun du procès », une « modélisation » signe du « droit commun [...] de tous les procès »⁵¹ environnementaux. Mais ce qui apparaît comme étant véritablement globalisé, c'est la nécessité du procès comme le montre aujourd'hui le phénomène des procès climatiques, initialement américains et se propageant maintenant à travers le monde⁵². Cette communication entre les règles procédurales entrainera à mon avis, presque mécaniquement, une globalisation des règles substantielles. Atteste également de ce besoin du procès, le développement des « procès fictifs », issus de la société civile à l'instar de celui qui s'est déroulé très récemment devant le Tribunal Monsanto⁵³ qui a examiné l'impact des activités de cette société sur le droit de l'environnement et les droits de l'homme et s'est prononcé en avril 2017 sur la non-conformité de la conduite de l'entreprise au regard des principes et des règles de droit international⁵⁴. On pense également au Tribunal international pour les droits de la Nature, qui s'est tenu à Paris en décembre 2015, en parallèle de la COP 21 traitant du changement climatique, du recours aux organismes génétiquement modifiés ou encore la gestion de l'eau. Des « tribunaux moraux »⁵⁵ donc, avec pour juges, des experts de la société civile et, pour jugement, une « sanction morale ou éthique »⁵⁶, au cours desquels les règles du procès... ne sont pas respectées. Il apparaît du coup absolument indispensable de construire une « justice

globale de l'environnement »⁵⁷, une justice qui soit apte à traiter du litige environnemental qui est par essence trans-disciplinaire, transnational, transgénérationnel, global en définitive.

51 GUINCHARD S. et Alli, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, n° 5.

52 Sur ce phénomène contentieux, GERRARD M.B., MAXDOUGALD J.A., *An introduction to climate change liability litigation and View to the Future*, *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 20/1. V. le site commentant l'ensemble des procès : <http://columbiaclimatelaw.com/>

53 <http://www.monsanto-tribunalf.org>. Voir également : <http://www.maisondesmetallos.org/2015/07/22/tribunal-international-des-droits-de-la-nature>

54 Tribunal International Monsanto, 17 avril 2017, avis consultatif disponible : http://fr.monsantotribunal.org/upload/asset_cache/180671266.pdf.

55 Selon l'expression de SOTIS, C. Juger des crimes environnementaux internationaux: approche juridictionnelle et institutionnelle. In: NEYRET L. (Dir.). *Des écocrimes à l'écocide. Le droit pénal au secours de l'environnement*, préc., p. 216: not. Tribunal permanent des peuples, Tribunal international de la conscience des crimes contre la nature, Tribunal international Mosanto, Tribunal international des droits de la nature.

56 Selon l'expression de la charte créant le Tribunal international de la conscience des crimes contre la nature, <http://www.tribunal-nature.org>

57 *Le droit pénal au secours de l'environnement*, Rapport de synthèse de FOUCHARD I. NEYRET L. qui évoque la justice pénale globale, p. 423; DELMAS-MARTY, M. A crime globale, justice globale, *Le Monde*, 30 janvier 2002.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A participação social na
construção do direito ambiental
global**

**La participation sociale dans
la construction du droit
environnemental global**

**Social participation in the
Construction of Global
Environmental Law**

Michelle Lucas Cardoso Balbino

A participação social na construção do direito ambiental global*

La participation sociale dans la construction du droit environnemental global

Social participation in the Construction of Global Environmental Law

Michelle Lucas Cardoso Balbino**

RESUMO

O direito ambiental global, conjunto de princípios jurídicos desenvolvido por sistemas regulatórios ambientais nacionais, internacionais e transnacionais, para a proteção do meio ambiente, é influenciado e influencia uma gama de atores, inclusive, a comunidade e as partes interessadas na proteção ambiental global. A participação social na construção desse direito ambiental global é fator que norteia a elaboração deste artigo, que propõe a análise da utilidade e dos limites da participação social para a construção do direito ambiental global. Na primeira parte do artigo, busca-se a verificação dos critérios de utilidade e instrumentos da participação social, em uma atuação coadjuvante, na construção do direito ambiental global, com acesso à informação e a vulnerabilidade como critérios de condição e justificativa, respectivamente, da participação social na construção do direito ambiental global. A segunda parte do artigo define os limites da participação social na construção do direito ambiental global, definindo limites endógenos e exógenos à participação social. Assim, conclui-se que a participação social é útil para a construção do direito ambiental global, realizando uma atuação *bottom-up* dessa construção. Contudo, certos aspectos internos e externos da participação social limitam sua atuação sem retirar as contribuições que têm a oferecer.

RÉSUMÉ

Le droit environnemental global, l'ensemble des principes juridiques développés par les systèmes de réglementation environnementale nationaux, internationaux et transnationaux pour la protection de l'environnement, est influencé par et influe sur une gamme d'acteurs, notamment les communautés et les acteurs de la protection environnementale globale. Cet article propose une analyse de l'utilité et des limites de la participation sociale pour la construction du droit environnemental global. La première partie de l'article examine les critères d'utilité et les instruments de participation sociale, dans le cadre d'une action de soutien vers la construction du droit environnemen-

* Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 19/12/2017

** Coordenadora do Curso de Direito da Fac-
tu/Unai. Professora Universitária. Advogada.
Mestre em Sustentabilidade Socioeconômico
e Ambiental pela Escola de Minas pela Uni-
versidade Federal de Ouro Preto (Ufop/Ouro
Preto). Especialista em Direito, Impacto e Re-
cuperação Ambiental pela Escola de Minas pela
Universidade Federal de Ouro Preto (Ufop/
Ouro Preto). Pós-graduada em Gestão Pública
Municipal pela Universidade Federal de Uber-
lândia (UFU/Uberlândia). E-mail: michellebal-
bino@hotmail.com

tal global en se basant respectivement sur les critères de l'accès à l'information et de vulnérabilité. La deuxième partie de l'article définit les limites de la participation sociale dans la construction du droit environnemental global, soulignant, de la sorte, des limites endogènes et exogènes à la participation sociale. Ainsi, conclut-on que la participation sociale est utile dans la construction du droit environnemental global, en effectuant une performance bottom-up de cette construction. Cependant, certains aspects internes et externes de la participation sociale limitent, leur performance sans enlever les éventuelles contributions.

ABSTRACT

Global environmental law consists in a set of legal principles developed by national, international and transnational regulatory systems for the protection of the environment, it influences and is influenced by a range of actors, including community and stakeholders interested in global environmental protection. Social participation in the construction of this global environmental law is the object of this article, which proposes the analysis of the utility and limits of social participation for the construction of global environmental law. The first part of the article seeks to verify the utility and instruments of social participation, in supporting the construction of global environmental law. Access to information and vulnerability being respectively the condition and justification of social participation in the construction of global environmental law. The second part of the article defines the limits of social participation in the construction of global environmental law. It defines endogenous and exogenous limits to social participation. Thus, it is concluded that social participation is useful in the construction of global environmental law, performing a bottom-up action to this construction. However, certain internal and external aspects of social participation limit their performance but do not withdraw the contributions it has to offer.

1. INTRODUÇÃO

Por meio da globalização das atividades socioeconômicas e da transnacionalização das relações sociais, hou-

ve a necessidade de abandonar a ideia de que apenas os Estados Nacionais detêm a prerrogativa de criar e aplicar o direito¹. Essa globalização disseminou a preocupação com o meio ambiente, influenciando na construção de inúmeras normas ambientais², o que contribuiu para o surgimento do direito ambiental global, conceituado como um conjunto comum de princípios jurídicos substantivos e métodos processuais desenvolvido por sistemas regulatórios ambientais nacionais, internacionais e transnacionais³ para a proteção do meio ambiente e gerenciamento de recursos naturais⁴. A característica central do Direito Ambiental Global a capacidade que as normas desenvolvidas em nível local, regional ou mundial afetarem indivíduos e grupos na sociedade, influenciando estes a utilizarem instrumentos legais por meio dos quais eles possam reivindicar seus direitos e interesses na proteção do meio ambiente⁵. Tais questões refletem as transformações do Direito na era global, principalmente em relação à proteção do meio ambiente, indo além dos tradicionais instrumentos de direito internacional, sofrendo influência tanto de atores estatais, como não estatais⁶.

A forças da globalização acabaram por relativizar as fronteiras estatais de atuação, tendo em vista os avanços quanto aos fluxos globais de informação, comércio, deslocamento populacionais e de afetação de impactos ambientais. Assim, a organização normativa, tradicionalmente organizada em categorias público-privado e interno-internacional, passa a criar vínculos mais estre-

1 BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional ("global law") e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 157.

2 Tal questão é visualizada em nível local, regional, nacional e internacional, tanto por Estados, como por empresas, principalmente quanto da definição de questões sustentáveis e direitos humanos nos Códigos de Ética/Conduta e Relatórios de Sustentabilidade das empresas.

3 Andrade (2016, p. 21) "destaca que o termo "transnacional" supera, portanto, o estudo das relações internacionais exclusivamente interestatais para considerar também o estudo das relações privadas que envolvem atividades transfronteiriças".

4 YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. *The Emergence of Global Environmental Law. Ecology Law Quarterly*, n. 36. *Research Paper n. 2009-36. Maryland Legal Studies and Vermont Law School Research Paper* n. 09-09. 15 out. 2009.

5 HEY, Ellen. *Global Environmental Law*. 22 nov. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1511188>>.

6 ANDRADE, Priscila Pereira de. A emergência do direito transnacional ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 19.

tos entre os sistemas legais internacionais e nacionais⁷. O conteúdo do direito ambiental global interaciona com complexos problemas socioeconômicos, científicos, técnicos e políticos influenciando na tomada de decisões e refletindo em outras áreas do direito, como o direito internacional e comercial⁸. Assim, o Direito Ambiental global é visto como um campo de atuação unificado dos direitos internacional, nacional e transnacional (todos de uma única vez)⁹. Nesse aspecto, verifica-se a existência de uma evolução da legislação ambiental global, principalmente devido à existência de danos ambientais transfronteiriços¹⁰. Esses danos, normalmente, são causados por produtos e materiais rotineiramente comercializados em todo o mundo como: produtos químicos e bens de consumo (principalmente aqueles que provocam grandes impactos ambientais e apresentam indícios de influência nas alterações climáticas^{11,12}), além de aspectos globais como a legislação e a política de segurança alimentar (reconhecendo a economia global, liberalização do comércio e preocupações com a segurança alimentar e danos ambientais como elemento de direito ambiental global)¹³. Outro ponto que fomenta a elaboração global de um direito ambiental é a existência de fatores como a liberalização do comércio e a terceirização da atividade industrial, influenciadas por organizações como a Organização Mundial do Comércio (OMC)¹⁴ e o Banco Mundial, este último considerado

ator central no direito ambiental global quando da sua atuação em países em desenvolvimento¹⁵.

As preocupações com os danos ambientais transfronteiriços tem estimulado litígios por parte de governos estaduais e entes privados, os quais devem ser responsabilizados por eventuais danos. Contudo, alguns autores denotam a existência de um fracasso do direito internacional público em definir a responsabilidade por danos ambientais transfronteiriços¹⁶. Tais fatores condicionaram a existência de uma “nova era” de aplicação da legislação ambiental em sede global, o que aqui chamamos de direito ambiental global¹⁷. Para a estruturação dessa “nova era” da legislação e da regulamentação ambiental em nível global é notório o aumento da colaboração transfronteiriça entre os governos, organizações não governamentais (ONG) e empresas multinacionais, além do estabelecimento de redes ambientais transnacionais¹⁸. Essa pluralidade de atores é ponto essencial para a estruturação do direito ambiental global. A atuação de partes privadas e atores não estatais representa valor expressivo no litígio ambiental transnacional¹⁹, até porque, estes precisam mudar seu comportamento se metas ambientais devem ser atingidas²⁰.

Como visto, o direito ambiental global é influenciado e influencia uma gama de atores, inclusive, a comunidade e as partes interessadas em relação à proteção ambiental global. Afinal, ninguém pode saber tudo do outro, se nem mesmo sabe tudo de si ou o que está por vim. Nas palavras de Enrique Leff²¹, esse não sa-

7 YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. *The Emergence of Global Environmental Law. Ecology Law Quarterly*, v. 36. *Research Paper n. 2009-36. Maryland Legal Studies and Vermont Law School Research Paper* n. 09-09. 15 out. 2009.

8 HEY, Ellen. *Global Environmental Law*. 22 nov. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1511188>>.

9 YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. *The Emergence of Global Environmental Law. Ecology Law Quarterly*, v. 36. *Research Paper n. 2009-36. Maryland Legal Studies and Vermont Law School Research Paper* n. 09-09. 15 out. 2009.

10 PERCIVAL, Robert V. *Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law. Maryland Journal of International Law*, v. 25, p. 37, 2010.

11 BOYD, William. *Climate Change, Fragmentation, and the Challenges of Global Environmental Law: Elements of a Post-Copenhagen Assemblage. University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 32, n. 2, p. 457, 01 set. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1739123>>.

12 PERCIVAL, Robert V. *Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law. Maryland Journal of International Law*, v. 25, p. 37, 2010.

13 CZARNEZKI, Jason J.; LIN, Yanmei; FIELD, Cameron. *Global Environmental Law: Food Safety & China. 21 ago. 2012. Vermont Law School Research Paper n. 20-12*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2133551> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2133551>>.

14 YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. *The Emergence of*

Global Environmental Law. Ecology Law Quarterly, v. 36. *Research Paper n. 2009-36. Maryland Legal Studies and Vermont Law School Research Paper* n. 09-09. 15 out. 2009.

15 HEY, Ellen. *Global Environmental Law*. 22 nov. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1511188>>.

16 Dentre eles Robert Percival (2010) e Yang & Percival (2009). Robert Percival (2010) inclusive aponta que a responsabilidade do Estado tem produzido poucos progressos, sendo que as organizações não-governamentais (ONGs) desempenham um papel importante.

17 PERCIVAL, Robert V. *Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law. Maryland Journal of International Law*, v. 25, p. 37, 2010.

18 YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. *The Emergence of Global Environmental Law. Ecology Law Quarterly*, v. 36. *Research Paper n. 2009-36. Maryland Legal Studies and Vermont Law School Research Paper* n. 09-09. 15 out. 2009.

19 PERCIVAL, Robert V. *Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law. Maryland Journal of International Law*, v. 25, p. 37, 2010.

20 HEY, Ellen. *Global Environmental Law*. 22 nov. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1511188>>.

21 LEFF, Enrique. *Discursos sustentáveis*. Tradução Silvana

ber abre portas para o futuro. Em outra passagem, esse autor define que a solução dos danos transfronteiriços, denominado por ele por crise ambiental, é uma aproximação holística entre métodos interdisciplinares e o pensamento complexo, que somente será alcançado se houver uma real participação social. Assim, a comunidade já tem sua participação²² na criação do direito ambiental em dois grandes aspectos: a partir do processo legislativo, com a atuação por iniciativa popular de ações de proteção ambiental, e em relação à participação em órgãos colegiados dotados de poderes normativos, representando, assim, a comunidade na definição normativa. Contudo, a visão limitada dessa participação nos leva a considerar que a participação estaria restrita apenas à formulação de normas para futura proteção ambiental. Porém, a atuação dessa participação vai além da participação da comunidade apenas em relação ao aspecto normativo do direito ambiental. Essa participação também é observada em diversos outros aspectos que possibilita a construção de um direito ambiental global.

Surge, assim, o objetivo geral deste artigo, que propõe a análise da utilidade e dos limites da participação social para a construção do direito ambiental global. Contudo, antes de adentrar ao presente estudo, é importante esclarecer que, para este trabalho, a participação social é considerada gênero, e exige **várias espécies, como: participação popular (limitada a comunidade do entorno), participação da sociedade civil organizada (ONG's, sindicatos, grupos formalizados) e participação dos Stakeholders** (nestes compreendidos: os denunciantes — pessoa ou grupo que revela informações que demonstram ser ilegais ou imorais —; vítimas — no caso de danos já averiguados — e acionistas)^{23,24}.

O presente trabalho justifica-se pela importância de se estudar as contribuições que a participação social

pode fazer em relação à construção do direito ambiental global. Até porque representa uma construção *bottom-up*²⁵ (de baixo para cima) do direito ambiental global, ou seja, os problemas locais e regionais, que recebem direta participação social, representam componentes do direito ambiental global, pois o foco é o ambiente como um todo, ou seja, todos os males ambientais existentes e em todos os níveis²⁶. Assim, a atuação da participação social, caso a caso, em pequenos e grandes impactos, mas com repercussão local e regional, também contribui para a construção do direito ambiental global, pois os riscos sofridos diante dos impactos ambientais são compartilhados por todos²⁷, fator que justifica a atuação ativa da participação social frente aos impactos socioambientais em sede local. Até porque, a valorização dos saberes locais garante um aprimoramento do conhecimento científico, em sua pretensão objetiva e universalidade, ao abrir novas perspectivas para compreender e construir um direito ambiental global por meio dos saberes arraigados nas condições ecológicas do desenvolvimento das culturas²⁸. Além do que o direito ambiental global se preocupa, cada vez mais, com atividades ocorridas em cada território singular, afinal, os efeitos potencialmente nocivos de tais atividades, mesmo que estes **não se apliquem, em sentido físico, para além do território do Estado** onde ocorreu o dano em questão, são motivos de preocupação toda a comunidade global²⁹.

O presente artigo está dividido em 02 (duas) partes. A primeira busca verificar os critérios de utilidade e instrumentos da participação social na construção *bottom-up* do direito ambiental global, tendo o acesso à informação como critério de condição e a vulnerabilidade

25 Ou seja, será por meio da análise da atuação em casos concretos. Observa-se que se trata da realização de uma análise de “baixo para cima” (*bottom-up*), com análise de caso a caso, com resultados aferidos após a interconexão destes. Representa a aplicação da indução analítica, como método e estratégia de pesquisa qualitativa deste trabalho. A indução analítica representa, devido a suas múltiplas abordagens, um dos diversos métodos de pesquisa qualitativa existentes (Pinkse; Kuss; Hoffmann, 2009) (Kaushik; Mahadevan, 2011) (Deslauriers, 2014).

26 YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. *The Emergence of Global Environmental Law. Ecology Law Quarterly*, v. 36. *Research Paper n. 2009-36. Maryland Legal Studies and Vermont Law School Research Paper* n. 09-09. 15 out. 2009.

27 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

28 LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. Tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

29 HEY, Ellen. *Global Environmental Law*. 22 nov. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1511188>>.

Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

22 MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência, glossário**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 195.

23 A estruturação da participação social encontra-se em fase de teste, resultado dos estudos do Projeto de Doutorado intitulado: “A função da participação social na construção jurídica da responsabilidade social empresarial (RSE): rumo à prevenção de impactos socioambientais” do Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) de autoria dessa doutoranda.

24 Yvonne Muller (2016) aponta que a empresa não pode se basear unicamente nos interesses de seus acionistas, mas também nas vontades das partes interessadas, ou seja, aqueles que, direta ou indiretamente, possuem interesses em atividades da empresa.

como critério de justificativa da participação social para a construção do direito ambiental global. A segunda parte do artigo define os limites da participação social para a construção do direito ambiental global, definindo limites endógenos e exógenos à participação social. Importante esclarecer que, mesmo existindo limites à participação social, isso não significa que esta não tenha utilidade na construção do direito ambiental global. Afinal, são os limites que definem o verdadeiro escopo da influência da participação social em relação à construção *bottom-up* do direito ambiental global, dando real contorno a essa participação.

2. A PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO COADJUVANTE DE UMA CONSTRUÇÃO *BOTTOM-UP* DO DIREITO AMBIENTAL GLOBAL

A participação social pode contribuir para a definição de um direito ambiental global, principalmente quando pautado na atuação das partes interessadas e diretamente envolvidas em significativos impactos socioambientais, garantindo, assim, uma atuação coadjuvante dessa participação³⁰ em relação à construção *bottom-up* do direito ambiental global.

A participação social das comunidades possui diversas vantagens para empresas e Estados³¹, das quais destacam-se: conformidade com as normas internacionais de RSE; antecipação das reações das pessoas afetadas pela implementação de um negócio; pacificação dos conflitos sociais que podem afetar a imagem comercial da empresa; redução dos riscos ambientais, financeiros e trabalhistas; prevenção de processos judiciais; a confiança dos investidores, e maior credibilidade e reputa-

30 A expressão coadjuvante da participação na construção do direito ambiental global está compreendida na atuação auxiliar da participação social para essa construção. Como se sabe, o coadjuvante, termo emprestado das artes cênicas, atua como um reforço aos protagonistas, garantindo o sucesso deste último. Assim também é a atuação da participação social em relação ao direito ambiental, pois ela busca reforçar e garantir o sucesso na construção de esse direito de forma global.

31 Sobre essa questão, Ziero (2016, p. 91) aponta para a importância do processo participativo realizado por meio do diálogo de diversos atores sociais “que estejam relacionados com tal cenário, por exemplo, produtores de soja, trabalhadores, sindicatos e representantes do Ministério Público do Trabalho, visando construir uma solução coletiva e sensível as particularidades do cenário no qual incide tal conflito normativo”.

ção para Estados e empresas³².

Assim, a participação social possui significativa utilidade na construção *bottom-up* do direito ambiental global, caracterizada por critérios (2.1) e instrumentos (2.2). Nesse panorama, é conveniente considerar que o acesso à informação representa uma condição para existência dessa participação social em relação à construção do direito ambiental global (2.1.1), sendo a vulnerabilidade uma justificativa para a existência dessa participação social (2.1.2); que tem a audiência pública como instrumento viável de participação social das comunidades locais (2.2).

2.1. Critérios de utilidade da participação social para a construção *bottom-up* do direito ambiental global

O acesso à informação (2.1.1) e a vulnerabilidade (2.1.2) são critérios (condição e justificativa, respectivamente) que demonstram a utilidade da participação social para a construção *bottom-up* do direito ambiental global. Ou seja, caracterizando a atuação coadjuvante da participação social em relação à construção de um direito ambiental global com atuação dos ambientes locais para gerar impactos em todo o mundo. Cabe ressaltar que esses critérios não definem os meios para essa atuação coadjuvante da participação social, para tanto, são necessários certos instrumentos, que serão apontados no item 2.2 deste trabalho.

2.1.1. O acesso à informação como condição da participação social para a construção do direito ambiental global

Como visto, a participação social é considerada gênero do qual possui várias espécies³³. Ao analisar referidas espécies, observa-se que um dos principais elementos para a definição da participação social está na representação do princípio do democrático, existente no Direito Ambiental, que assegura aos cidadãos o direito de participar das discussões para a defesa do meio ambiente e

32 MARTIN-CHENUT, Kathia; PERRUSO, Camila; VARISSON, Leandro. *La difficile réparation des rapports sociaux*. In: MARTIN-CHENUT, Kathia; QUENAUDON, René de. *La RSE saisie par le droit: perspective interne et internationale*. A. Pedone, 2016, p. 397416.

33 Participação popular; participação da sociedade civil organizada; participação dos *Stakeholders* (denunciante; vítimas e acionistas).

elaboração das políticas públicas ambientais³⁴. Importante destacar que, para assegurar a realização do princípio do democrático, e, com isso, a participação social, é necessário que todas as partes vinculadas ao processo (neste artigo limitada a construção do direito ambiental global) devem ter assegurado o acesso às informações existentes sobre os fatos e condições necessários as tomadas de decisão.

Assim, o acesso às informações representa condição para a existência da participação social, pois, sem as informações reais dos possíveis danos que podem ser causados, torna-se impossível existir um direito ambiental global. Até porque a participação social pode auxiliar, direta e indiretamente, a identificação de possíveis impactos ambientais, por estarem (as partes interessadas) vinculadas às consequências dos danos ambientais. Portanto, o acesso à informação cria condições para que essa participação social exista e, assim, contribua com a construção do direito ambiental global.

Com a realização da Conferência Rio 92, o acesso adequado à informação passou a fazer parte das discussões ambientais, estando diretamente atrelada à questão da participação social das comunidades afetadas por impactos significativos³⁵. O acesso à informação depreende da possibilidade de saber sobre produtos e atividades realizadas por Estados e empresa (ditas atividades perigosas) como na possibilidade de participar do processo de decisão acerca da viabilidade ou não os empreendimentos com significativo impacto ambiental. O acesso à informação contribui para a estimulação da conscientização crítica da população, o que fomenta e assegura a participação desta na atuação juntamente a mecanismos judiciais e administrativos para a compensação e reparação de danos ambientais³⁶. Observa-se que o acesso à informação é assegurando tanto na qualidade da informação dada como no modo como esta chegará às partes interessadas. Assim, cabe à parte interessada a escolha dos meios adequados para receberem tais informações e não aos entes que detêm a informação (a Convenção

sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais de 1992 define esses detentores de informações como Parte de origem). Tanto as Partes afetadas como as Partes de origem (incluem todas as partes interessadas, garantindo a participação social – gênero), com o acesso à informação pertinentes, são capazes de participar dos processos, apresentar suas opiniões e preocupações em relação às decisões para decisões que, efetivamente, garantam a prevenção de possíveis impactos ambientais³⁷ e a precaução de impactos ainda não definidos, como o caso da previsão estabelecida pela Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992)³⁸.

Em relação à qualidade da informação disponibilizada à população, os Princípios das Nações Unidas sobre Empresas e os Direitos Humanos (2011)³⁹, tanto em relação às medidas adotadas para os impactos aos direitos humanos, como para a garantia de eficácia de mecanismos⁴⁰, as informações devem ser suficientes e assegurarem a equidade e transparência. Sobre esse aspecto, o Relatório de Desenvolvimento Humano da ONU de 2014⁴¹ também aponta que o acesso à informação aumenta a consciência da opinião pública, garantindo, assim, o reconhecimento deste como condição para a utilidade da participação social no direito ambiental global. O Relatório aponta, inclusive, que os governos devem assegurar informações precisas sobre as vulnerabilidades dos indivíduos e acompanhar os efeitos das in-

37 Art. 9º da Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais (1992). Disponível em: <<https://dre.pt/application/file/541296>>.

38 Que define em seu art. 6º que as Partes devem, ao cumprirem suas obrigações garantir o “ii) o acesso público a informações sobre a mudança do clima e seus efeitos; e iii) a participação pública no tratamento da mudança do clima e de seus efeitos e na concepção de medidas de resposta adequadas”. Disponível em: <http://www.unu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf>.

39 ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l’homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l’homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies.** 21 mar. 2011.

40 Neste aspecto, a participação social também poderá contribuir para a criação de mecanismos de informação, conforme previsão descrita no art. 12, 2 do Protocolo de Nagoia no Âmbito da Convenção da Diversidade Biológica. 29 out. 2010. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Protocolo_de_nagoia.pdf>.

41 PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2014 - Sustentar o Progresso Humano: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resiliência.** Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf>.

34 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** 17 ed. amplamente reformulada. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015.

35 Tal fato pode ser comprovado pelo número de diplomas legais estabelecidos durante a Conferência e que apresentam em seu texto a garantia do acesso à informação e consulta pública, como Declaração do Rio (1992); Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais (1992) e a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992).

36 Conforme dispõe o Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

tervenções políticas, o que garante a realização de uma participação direta por parte dos cidadãos.

Assim, diversos diplomas normativos elaborados durante a Conferência Rio 92 inter-relacionaram o acesso à informação à participação social definindo que: trata-se da garantia de conhecimento de informações com a qualidade necessárias para estimular a conscientização e fomenta/assegura a apresentação das opiniões e preocupações das partes interessadas em relação à prevenção e precaução de impactos ambientais. Como se pode observar, o acesso à informação cria condições para que a participação social possa repercutir seus efeitos na estruturação do direito ambiental global. Afinal, as sociedades, ao terem acesso às informações, podem realizar atuações conscientes e críticas para a proteção ambiental, objetivo maior do direito ambiental, passando, assim, a compor o quadro de agentes que constroem esse direito global.

A legislação brasileira, também, aponta para o mesmo sentido, ao descrever que o acesso à informação é condição para a garantia da participação social. Tal questão está prevista em diversas normas e regulamentos que descrevem que a sociedade deve ter as informações necessárias para a sua efetiva participação nos processos que afetem o meio ambiente⁴². Mesmo porque, definem mecanismos para garantir o acesso às informações e a participação da sociedade, como: o acesso ao Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), a documentos e informações produzidos e a participação em audiências públicas para discussão das informações que tiveram acesso^{43,44,45}. Esse conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem o acesso à informação e, com isso, a participação social em relação às questões

42 Resolução Conama 01/86; Lei n.º 8.666/1993 (institui normas para licitações e contratos da Administração Pública); Lei n.º 10.257/2001 (estabelece diretrizes gerais da política urbana); Resolução n.º 25/2005 (Regula o Estatuto das Cidades); Lei n.º 12.305/2010 (Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos) e Decreto n.º 8.243/2014 (institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS).

43 CONAMA. Resolução CONAMA n.º 001, de 23 de janeiro de 1986. **D.O.U.** 17 fev. 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>.

44 BRASIL. Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>.

45 Art. 39 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 e art. 8.º e 9.º da Resolução n.º 25, de 18 de março de 2005 que regula o Estatuto das Cidades.

ambientais é definido como controle social^{46,47}, realizado pelas populações interessadas, o que representa a atuação *bottom-up* da participação social para a construção do direito ambiental global. Por fim, a legislação brasileira reconhece que a participação social é direito do cidadão e expressão de autonomia, garantindo, nas diretrizes gerais do Decreto n.º 8.243/2014, que institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS⁴⁸, a necessidade de mecanismos e instancias democráticas complementares, transversais e integradas para a transparência e o controle social nas ações públicas, que representa o direito ao acesso à informação como condição dessa participação social. Mesmo porque, existindo o acesso à informação, criam-se possibilidades para que as partes interessadas realmente possam influenciar nas tomadas de decisão e assim, realizar ações *bottom-up* para a construção do direito ambiental global.

Todas as previsões trazidas nas normas brasileiras e internacionais e destacadas acima são confirmadas por diversas decisões judiciais nacional e internacional. Principalmente quanto ao reconhecimento de uma maior atuação das partes interessadas quando existe acesso às informações⁴⁹. Até porque a ausência de acesso à informação acaba gerando problemas às partes interessadas e estas passam a judicializar demandas para esse fim⁵⁰. Inclusive, existe o reconhecimento pelos julgados de que a existência de garantias de acesso às informações pelas leis proporciona um maior engajamento e uma participação mais ativa no processo de consulta pública⁵¹.

46 BRASIL. Decreto n.º 8.243, de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>.

47 BRASIL. Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>.

48 BRASIL. Decreto n.º 8.243, de 23 de maio de 2014. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>.

49 Como ocorrido nos casos Sawhoyamaxa Vs. Paraguai; Claude Reyes e outros Vs. Chile e no Agrado de Instrumento n.º 00286189620144010000. Decisão: 20/02/2017 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1).

50 Como ocorrido nos casos Claude Reyes e outros Vs. Chile.

51 CorteIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai**. Organização dos Estados Americanos (OEA). 29 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se>>

Diversas decisões judiciais, também, confirmam a necessidade de definição de mecanismos para garantir o acesso das comunidades às informações⁵². Cabe registrar que tal questão também foi considerada como um dos critérios para a solução amistosa de conflitos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos durante o Informe n.º 30/04 – Petição 4617/02 (Caso Mercedes Julia Huenteao Beroiza e outras Vs. Chile) em 11 de março de 2004. Nesse caso, os peticionários apresentaram pedido de medidas cautelares para evitar danos irreparáveis aos direitos das vítimas, quando da inundação de terras ocupadas pelas vítimas para construção de barragem. As partes manifestaram, formalmente, a sua intenção de buscar uma solução amistosa em 26 de fevereiro de 2003. Durante a audiência realizada, definiram, entre outras medidas, que, para promover o desenvolvimento e conservação ambiental no setor do Alto Bío Bío, deveriam ser acordados mecanismos para assegurar que as comunidades indígenas sejam mantidas informados e sejam ouvidos para o monitoramento e controle de obrigações ambientais do Projeto da Hidrelétrica Ralco.

Os julgados possuem o mesmo objetivo apresentado pela legislação, tanto em sede nacional como internacional. Deve ser garantido o acesso à plena informação dos interessados, inclusive da comunidade, para facilitar o controle social tanto administrativamente como judicialmente⁵³. O que mais uma vez confirma o acesso à informação como condição para a existência de participação social em relação à prevenção de impactos ambientais, contribuindo, assim, para a construção do direito ambiental global.

O acesso à informação como condição de efetiva participação social também foi reconhecido ressentimento pelo Parecer Consultivo do Tribunal Internacional Monsanto⁵⁴, é um “tribunal de opinião”, extraordinário, criado pela sociedade civil para examinar, de

acordo com o processo judicial, as regras de direito aplicável a eventos ou situações altamente problemáticas. Preocupação afetam, diretamente, as pessoas ou grupos de pessoas. Tendo como objetivo alertar o público, as partes interessadas e os tomadores de decisão. Os resultados são compartilhados com as partes interessadas e são amplamente disseminados na comunidade nacional e internacional. No caso do Tribunal Monsanto, o Parecer Consultivo aponta para a capacidade da sociedade de engajar um diálogo civil a fim de encorajar uma política ambiental eficaz, colocando o acesso à informação como uma das questões cruciais para o debate e a efetiva participação social.

2.1.2. A vulnerabilidade como justificativa da participação social para a construção do direito ambiental global

Como visto no item 2.1.1, o acesso à informação é condição de efetivação da participação social para a construção do direito ambiental global, contudo, fica a dúvida em relação à necessidade dessa participação. Realmente é necessário existir uma participação social para que se construa o direito ambiental global? O direito ambiental global, como já descrito acima, é visto como sendo um conjunto de princípios, normas e sistemas regulatórios/jurídicos ambientais nacionais, internacionais e transnacionais que tem o objetivo de proteger o meio ambiente. Esse direito nasce da colaboração cada vez maior entre governos, organizações não governamentais (ONG), empresas multinacionais e redes ambientais transnacionais que influenciam na legislação e na regulamentação ambiental⁵⁵.

Pesquisa realizada com o objetivo de definir um conceito jurídico de comunidade⁵⁶ constatou que a vulnerabilidade é vista como critério para a confirmação da existência de uma comunidade, presente tanto nos textos normativos, como em julgados, nacionais e internacionais. Em decorrência dessa pesquisa, o critério vulnerabilidade permaneceu em destaque, tendo em vista os casos práticos existentes⁵⁷. Como visto, o critério

riec_146_esp2.pdf>.

52 Como no Informe de Admissibilidade n.º 62/14 – Petição 1216-03 (Colonos de Quishque-Tapayrihua Vs. Peru da Comissão Interamericana de Direitos Humanos); REsp 769.753/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 10/06/2011; TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0223.12.026598-6/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/03/2017, publicação da súmula em 31/03/2017.

53 REsp 769.753/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 10/06/2011.

54 TRIBUNAL MONSANTO. **Tribunal Internacional Monsanto**. Avis Consultatif. La Haye, 18 abr. 2017. p. 19.

55 YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. *The Emergence of Global Environmental Law*. **Ecology Law Quarterly**, v. 36. *Research Paper n. 2009-36. Maryland Legal Studies and Vermont Law School Research Paper* n. 09-09. 15 out. 2009.

56 MONEBHURRUN, Nitish et al. A definição jurídica da “comunidade”. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016.

57 Devido à natureza e à situação de fragilidade com potencial

da vulnerabilidade está presente nas comunidades, ou seja, segmento da população de um determinado país em “situação jurídica diferenciada e especial por sofrer historicamente de uma discriminação e de uma ameaça cultural ou mesmo física”⁵⁸. Observa-se que a pluralidade de atores envolvidos contribui, diretamente, para a estruturação do direito ambiental global, assim, a atuação da sociedade reflete a importância da realização de participação social, tendo a vulnerabilidade como justificativa para essa participação. Assim, a característica vulnerável também foi estabelecida como critério que justifica a utilidade da participação social nas tomadas de decisão e, assim, refletindo na construção *bottom-up* do direito ambiental global.

Em relação à reanálise dos textos normativos e julgados, nacionais e internacionais, utilizados na pesquisa “Definição Jurídica da Comunidade”, foi possível identificar que a vulnerabilidade garante um tratamento diferenciado e proteção jurídica especial⁵⁹, que possibilita uma atuação mais ativa das partes em ações de proteção ambiental. Inclusive, o Relatório do Desenvolvimento Humano da ONU (2014) aponta que “as convenções e conferências mundiais anteriores aumentaram os direitos e a visibilidade de grupos limitados pela vulnerabilidade estrutural”⁶⁰. O mesmo Relatório aponta, ainda, que “os governos, ao estabelecerem relações estreitas com o público, podem obter informações precisas sobre as vulnerabilidades dos indivíduos e acompanhar os efeitos das intervenções políticas”⁶². Contribuindo para

que a participação social garanta uma liberdade e capacitação ativa da comunidade para atuação/influência nas tomadas de decisões.

Na prática, a vulnerabilidade é verificada considerando as ameaças sofridas, das quais destacam-se: as ameaças à sobrevivência humana, quando envolve cuidados nutricionais, médicos e de saúde (i.)⁶³, as ameaças ao bem-estar social, quando relacionado as características econômico e social (ii)⁶⁴; as ameaças em virtude de situação especial, tendo como base o direito consuetudinário, razões históricas, valores e costumes da comunidade (iii)⁶⁵; as ameaças pela ausência de conhecimento de medidas técnicas e científicas (iv)⁶⁶, e, por fim, as ameaças derivadas a ausência de capacidade jurídica(v)⁶⁷ que proporcione encontrar uma solução definitiva. Assim, as comunidades são consideradas as partes vulneráveis na relação jurídica, tendo em vista as ameaças existentes em decorrência da ausência de conhecimentos diversos, tanto em relação aos recursos (técnicos e financeiros) das atividades impactantes como em relação à atuação para a identificação/recuperação de impactos ambientais que podem decorrer dessas atividades.

Ademais, o Relatório do Desenvolvimento Humano da ONU (2014) aponta que a participação social é uma resposta eficiente de atuação das comunidades em relação às situações de vulnerabilidade vividas, ou seja, as ameaças que influenciam a definição vulnerável das comunidades⁶⁸. Constatada a vulnerabilidade das partes interessadas, tendo em vista os aspectos descritos acima, verifica-se que essa vulnerabilidade representa pon-

ameaça e, ainda, em virtude da existência de um reconhecimento de situação jurídica diferenciada e especial aplicada a estas, conforme definido na pesquisa “A definição jurídica da ‘comunidade’”.

58 MONEBHURRUN, Nitish et al. A definição jurídica da “comunidade”. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 457.

59 Conforme constatado na pesquisa já referenciada acima sobre a definição jurídica de comunidade.

60 PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2014** - Sustentar o Progresso Humano: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resiliência. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf>.

61 Questões confirmadas nas Convenções n° 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais; sobre a proteção das crianças (20/11/1989); sobre a eliminação de discriminação contra as mulheres (18/12/1979); América sobre os Direitos Humanos e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (art. 25).

62 PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2014** - Sustentar o Progresso Humano: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resiliência. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf>.

63 Conforme observado no caso *Xákmok Kásek Vs. Paraguai* (24/05/2010);

64 Constatado a existência nos casos *Kichwa de Sarayuku Vs. Equador* (27/06/2012); *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua* (31/08/2001) e *Saramaka Vs. Suriname* (28/11/2007); Processo n.º 0015808-66.2009.4.01.4300 - AC 2009.43.00.007547-1 / TO; Apelação Cível. Relator Desembargador Federal Néviton Guedes - Órgão 5ª Turma. Publicação 30/07/2015 e DJF1 P. 1086 - Data Decisão 17/06/2015 e STJ - REsp 1.187.097 - j. 16/4/2013 - julgado por Marco Aurélio Gastaldi Buzzi - DJe 25/4/2013.

65 Casos *Kichwa de Sarayuku Vs. Equador* (27/06/2012); *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua* (31/08/2001) e *Saramaka Vs. Suriname* (28/11/2007).

66 Conforme observado nos casos *Xákmok Kásek Vs. Paraguai* (24/05/2010) e *Saramaka Vs. Suriname* (28/11/2007);

67 O caso *Saramaka Vs. Suriname* (28/11/2007) aponta nesse sentido;

68 PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2014** - Sustentar o Progresso Humano: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resiliência. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf>.

to de justificativa para a existência de uma participação social em relação à construção do direito ambiental.

Portanto, a garantia da participação social das comunidades nas tomadas de decisão ambiental⁶⁹ proporciona a constatação de futuros impactos garante que possam resultar em danos ao meio ambiente e a comunidade. Tal questão foi verificada no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua (31/08/2001) que previu a realização de arranjo contratual com a empresa exploradora do recuso natural em suas terras, levando em consideração a participação dos habitantes da região, tanto para a construção legislativa (processo de consulta do Anteprojeto de Lei de titulação da propriedade comunitária indígena) como para a discussão das formas de atuação da empresa. Em que pese a realização dessa garantia participativa, constatou-se, ao final, que houve demora injustificada dos processos perante os tribunais; a recusa dos recursos interpostos pela Comunidade, e o descumprimento da sentença que declarou inconstitucional a concessão⁷⁰. Portanto, a utilidade da participação social para a construção *bottom-up* do direito ambiental global é justificada pela vulnerabilidade existente no cerne de definição das comunidades, como visto acima.

As empresas e os Estados, como atores fomentadores do direito ambiental, detêm, em sua relação, uma certa autonomia na atuação, contudo, a vulnerabilidade em que se encontram, na prática, justifica a atuação da participação social em relação à construção do direito ambiental global, garantindo a quem é vulnerável uma atuação real, mesmo que coadjuvante para a construção do direito ambiental.

As contribuições coadjuvantes da participação social para a construção do direito ambiental estão, portanto, atrelada a uma formação *bottom-up*, pois a partes interessadas, ao terem sua participação garantida na prática (em cada caso concreto), contribuirão para que os problemas locais e regionais tenham a devida atenção e soluções para que haja a preservação e recuperação do

69 Ponto reconhecido nos julgados: Caso Yakye Axa Vs. Paraguai (17/06/2005); Xákmok Kásek Vs. Paraguai (24/05/2010); Kichwa de Sarayuku Vs. Equador (27/06/2012); Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua (31/08/2001) e Saramaka Vs. Suriname (28/11/2007);

70 CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua**. Organização dos Estados Americanos (OEA). 31 ago. 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_por.doc>.

meio ambiente. Esses fatores contribuem, diretamente, para a construção do direito ambiental global em sua modalidade *bottom-up*⁷¹.

2.2. A audiência pública como instrumento viável de participação social para a construção bottom-up do direito ambiental global

Como visto ao longo deste artigo, a utilidade da participação social em relação à construção do direito ambiental está atrelada à garantia do acesso à informação às partes interessadas (2.1.1), tendo em vista sua vulnerabilidade (2.1.2). Observa-se que esses dois critérios da utilidade da participação social somente serão garantidos se houverem instrumentos que viabilizem uma real participação social das comunidades na atuação do direito ambiental. Sabe-se que tanto as empresas como os governos possuem estratégias e recursos financeiros, tecnológicos e humanos para contribuir e apresentar seus pontos de vista para a construção do direito ambiental. Contudo, na maioria das vezes, estes (empresas e governos) não resguardam a participação social das comunidades nessa construção⁷². Existem diversos instrumentos capazes de estabelecer consulta pública às partes interessadas no âmbito internacional, a consulta pública está prevista na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (1989) que define que os povos interessados terão a consulta garantida mediante instrumento apropriados para isso. Esses meios devem garantir a participação livre, devendo os Estados estabelecer e manter procedimentos de consulta (art. 6º e 15 da Convenção⁷³). Nessa órbita, a Convenção sobre Biodiversidade Biológica (1992)⁷⁴ define que as consultas aos grupos interessados estão atreladas à aprovação

71 YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. *The Emergence of Global Environmental Law. Ecology Law Quarterly*, v. 36. *Research Paper n. 2009-36. Maryland Legal Studies and Vermont Law School Research Paper* n. 09-09. 15 out. 2009.

72 Muitas vezes realizado apenas como “protocolo” ou atendimento da legislação, sem real efetividade na garantia de acesso a população na construção de elementos fundantes do direito ambiental, como é o caso de realização de audiências públicas em locais de difícil acesso ou horário comercial para evitar efetiva participação social.

73 OIT. Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais**. 7 de junho de 1989.

74 ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, jun. 1992.

e participação destes quanto aos aspectos relacionados às práticas que afetem a biodiversidade biológica. E, por fim, a Assembleia Geral das Nações Unidas definiu os Princípios das Nações Unidas sobre Empresas e os Direitos Humanos⁷⁵, conhecidos como Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos – John Ruggie, aponta a necessidade de consulta pública às partes interessadas para a identificação e avaliação de riscos pelas empresas (Princípio 18). Em sede normativa brasileira, as legislações apontam as consultas públicas como instrumento participativo para garantir a gestão democrática e participação social nos processos decisórios⁷⁶.

Existem diversas maneiras de estruturar uma consulta pública e, para tanto, pode-se empregar diferentes ferramentas para conduzir o processo⁷⁷. Em análise de julgados, foi constatado que, no Brasil, dentre as ferramentas existentes para a consulta pública, a audiência pública representa a ferramenta mais recorrente nos tribunais superiores e estaduais⁷⁸. Tal questão é confirmada pela doutrina que aponta que a audiência pública representa um dos formatos mais conhecidos de con-

sulta pública⁷⁹. Diante desses pontos, o presente trabalho delimitou a análise para esse instrumento de consulta pública. Sendo constatado que a audiência pública representa instrumento viável para a realização dessa participação social na construção *bottom-up* do direito ambiental global.

Na legislação brasileira, a realização de audiências públicas está atrelada, diretamente, à participação da comunidade, sendo caracterizado como mecanismo de participação social “caráter presencial, consultivo, aberto a qualquer interessado, com a possibilidade de manifestação oral dos participantes, cujo objetivo é subsidiar decisões governamentais”⁸⁰. No aspecto ambiental, a legislação define a obrigatoriedade de realização de audiências públicas visando assegurar aos interessados as informações sobre atividades empresariais e seus possíveis impactos ambientais⁸¹, garantindo a estes a possibilidade de dirimir dúvidas e apresentar críticas e sugestões a respeito⁸². Afinal, a democratização das tomadas de decisões, por meio da institucionalização da participação social das partes interessadas (*stakeholders*), contribuem para a prevenção, reparação e compensação de impactos negativos das ações empresariais⁸³. Como se pode observar, a legislação ambiental brasileira garante, por meio da realização de audiências públicas, o acesso à informação, ponto já descrito neste artigo como condição para efetivação da participação social em relação à construção do direito ambiental. Ademais, por meio da legislação ambiental, houve a inauguração da prática de audiência públicas, as quais forma disseminadas em diversas outras finalidades⁸⁴. Portanto, a audiência pública

75 ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie**. *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies*. 21 mar. 2011.

76 Tanto na Constituição Federal (art. 231, §3º), como na Política Urbana (Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001); na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010) e na Política Nacional de Participação Social (Decreto n.º 8.243, de 23 de maio de 2014);

77 A título de exemplo, as diversas ações ambientais, como: ação civil pública ambiental; improbidade administrativa ambiental; ação popular ambiental; mandado de segurança coletivo; além das possibilidades extrajudiciais como: acordos judiciais para monitoramento ambiental realizado pela empresa em locais de possíveis impactos socioambientais; inquérito civil ambiental; compromisso de ajustamento de conduta ambiental; audiências públicas; de participação popular da comunidade na elaboração legislativa de iniciativa popular ambiental; participação popular em Comitês e Conselhos de Meio Ambiente; participação da sociedade civil organizada (ONGs) na elaboração de projetos técnicos de grande impacto socioambiental, dentre outros.

78 A título de exemplo, tem-se: Agravo de Instrumento n.º 00060213120174010000, Desembargador Federal Souza Prudente, TRF1, 14/03/2017; Agravo de Instrumento n.º 00286189620144010000. Relator(a): Desembargador Federal Kassio Nunes Marques - TRF1 (24/02/2017); Agravo de Instrumento - Civ 1.0210.11.002407-7/001 – TJMG; Ação Direta Inconstitucionalidade n.º 1.0000.13.064955-1/000 – TJMG (21/11/2014) e Ação Direta Inconstitucionalidade n.º 1.0000.00.254954-1/000 – TJMG (07/12/2001).

79 SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. 2 ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013, p. 477.

80 Inciso VIII do art. 1º do Decreto n.º 8.243, de 23 de maio de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>.

81 Tal questão está prevista no §2º do art. 11 da Resolução Conama n.º 001, de 23 de janeiro de 1986 e no art. 39 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

82 Art. 1º da Resolução Conama n.º 009/87, de 03 de dezembro de 1987. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>.

83 MARTIN-CHENUT, Kathia; PERRUSO, Camila; VARISSON, Leandro. *La difficile réparation des rapports sociaux*. In: MARTIN-CHENUT, Kathia; QUENAUDON, René de. **La RSE saisie par le droit: perspective interne et internationale**. A. Pedone, 2016, p. 397416.

84 SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambien-**

também é mecanismo de participação social na realização de planos de gestão (como nos casos da elaboração de plano diretor⁸⁵ e Plano Nacional de Resíduos Sólidos⁸⁷), sendo observado, pelos pontos já apresentados, como instrumento de efetivação de participação social.

Para garantir essa efetivação da participação social, a Resolução Conama n.º 009/87, de 03 de dezembro de 1987, aponta que as audiências deverão ser públicas, com definição de local e horário acessíveis e previamente anunciados em edital com ampla divulgação⁸⁸. Diversas decisões judiciais no Brasil apontam no mesmo sentido da legislação ao reconhecer que as audiências públicas devem ser realizadas em locais de fácil acesso e devem contar com a participação de diversos segmentos da sociedade civil⁸⁹.

Ademais, em razão da dificuldade de acesso das partes interessadas ao local, poderá ser realizada mais de uma audiência. Sendo dever dos órgãos ambientais a direção das audiências públicas para garantir o acesso real às informações e opiniões da população consultada, afinal, as informações colhidas em audiência servirão de base para que, juntamente aos dados disponibilizados pelo empreendedor nos estudos de avaliação de impacto ambiental (EIA/RIMA), possam embasar uma tomada de decisão coerente, visando menor impacto ambiental. Até porque, se o Estado não realizar audiência pública, a concessão da licença não terá validade⁹⁰. Contudo, na prática, os Tribunais não adotam de pleno esse posicionamento, pois consideram desnecessária a realização de audiências públicas em diversos municí-

pios afetados por um único empreendimento, se existir amplo convite aos representantes das comunidades locais (associações, representantes de órgãos públicos, institutos e fundações que atuam na defesa do meio ambiente). Portanto, existe entendimento jurisprudencial de que, se houver convite realizado pelo empreendedor aos diversos representantes das comunidades, poderá ser reduzido o número de audiências públicas, pois demonstraria a ciência por parte desses segmentos⁹¹. Em que pese o entendimento jurisprudencial, sabe-se que a realização restrita de audiências públicas, quando atinge um número maior de municípios, pode representar uma restrição à consulta realizada aos interessados, pois, mesmo o convite realizado, fatores exógenos e endógenos, conforme apontado no item 3 deste artigo, podem prejudicar ainda mais a participação social.

Observa-se que, na maioria dos casos jurisprudenciais, a audiência pública é reconhecida como instrumento capaz de atribuir as informações necessárias às comunidades, fator que pode garantir a efetiva participação social nas tomadas de decisão^{92,93,94,95,96}. Tal fato também foi verificado em audiência realizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Durante a audiência pública (no caso Mercedes Julia Huenteao Beroiza e outras Vs. Chile – 11/03/2004), houve a oitiva das partes, o que possibilitou a solução amistosa entre a empresa, Estado e comunidade⁹⁷. Contudo, mesmo constatando a importância da audiência pública para a participação social em relação à prevenção de impactos ambiental, observa-se que não existe a efetivação dessa utilidade na prática regular (nem sede internacio-

tal: conceitos e métodos. 2 ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013, p. 478.

85 BRASIL. Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>.

86 BRASIL. Resolução n.º 25, 18 mar. 2005. **DOU** Seção 1, Edição N.º 60 p.102. 30/03/2005. Disponível em: <<http://planodiretor.mprs.mp.br/arquivos/resolucao025.pdf>>.

87 BRASIL. Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>.

88 CONAMA. **Resolução Conama n.º 009/87**, de 03 de dezembro de 1987.

89 ACO 2868, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 03/08/2016, publicado em DJe-166 DIVULG 08/08/2016 PUBLIC 09/08/2016.

90 CONAMA. **Resolução Conama n.º 009/87**, de 03 de dezembro de 1987.

91 ACO 2868, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 03/08/2016, publicado em DJe-166 DIVULG 08/08/2016 PUBLIC 09/08/2016.

92 AgRg na SLS 1.552/BA, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/05/2012, DJe 06/06/2012.

93 AC 981, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00140

94 ACO 876 MC, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00148 RTJ VOL-00200-01 PP-00210.

95 TJMG. Ação Direta Inconstitucionalidade n.º 1.0000.13.064955-1/000, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Wander Marotta, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 10/10/2014, publicação da súmula em 21/11/2014.

96 TJMG. Ação Direta Inconstitucionalidade n.º 1.0000.13.063910-7/000, Relator(a): Des.(a) Antônio Sérvulo, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 26/02/2014, publicação da súmula em 14/03/2014

97 CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe n.º 30/04. Petição 4617/02. **Solução Amistosa Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras Vs. Chile**. Organização dos Estados Americanos (OEA). 11 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Chile.4617.02.htm>>.

nal⁹⁸ e nem mesmo nos tribunais brasileiros⁹⁹¹⁰⁰¹⁰¹).

Outro ponto que deve ser considerado é o fato de que a audiência pública é vista como uma oportunidade para o debate, com participação de todos os segmentos da comunidade local¹⁰²¹⁰³, representando a participação social em sua maior atribuição, assim, contribuindo para a construção *bottom-up* do direito ambiental global.

Como visto na legislação brasileira, é dever do Estado efetivar a participação social por meio de audiências públicas, demonstrando, tanto na legislação como na prática, o reconhecimento destas como instrumento válido na efetivação da participação social na construção do direito ambiental global. Contudo, na prática, se observa que os no Brasil não se efetiva as audiências públicas conforme apontado pela legislação, existindo, como já descrito acima, diversos casos de afronta ao princípio, inclusive, a desnecessidade de realização de múltiplas audiências públicas se houver convite aos representantes das partes interessadas.

Observa-se que, nesses casos, sequer houve a verificação de ausência de participação da comunidade por desinteresse ou por desconhecimento, tendo em vista a necessidade de cumprimento, apenas, de meio formal de convite. Como visto, a efetiva participação social em sede de audiências pública possui dificuldades de ordem prática.

Ademais, cabe registrar que, ainda, existem outros critérios que agravam as dificuldades enfrentadas, para a efetivação da participação social em sede de audiência pública, como a disponibilidade das partes interessadas e seus representantes nos debates em audiências (devido ao tempo, vontade e falta de conhecimento). Afinal, nos casos de audiências pública para realização

de EIA/RIMA em licenciamentos, para os debates em audiência, a parte interessada deve ter conhecimento dos dados contidos no RIMA, que muitas vezes são mal redigidos, além de que a falta de conhecimentos técnicos sobre o tema pode atrapalhar o entendimento em relação a atividade fruto do licenciamento¹⁰⁴.

Portanto, observa-se que existe um reconhecimento legislativo e jurisprudencial das contribuições que as audiências públicas, como instrumento viável, para a construção *bottom-up* do direito ambiental global. Contudo, na prática, **não existe uma efetiva articulação das ações neste sentido, o que limita a atuação da participação social**¹⁰⁵. É necessário, portanto, uma articulação¹⁰⁶ com o objetivo de efetivar e otimizar a atuação desse instrumento, atribuindo na prática o reconhecimento já visto tanto nas normas como em diversas decisões judiciais e doutrina em relação às possibilidades na articulação para uma real participação social.

3. LIMITES DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL GLOBAL

Como visto, a participação social possui significativa utilidade para a construção *bottom-up* do direito ambiental global (item 2). Essa participação pode contribuir para a definição de um direito ambiental pautado na atuação de todas as partes interessadas nos empreendimentos, principalmente naqueles com significativos impactos socioambientais, garantindo, assim, uma atuação coadjuvante dessa participação¹⁰⁷ para a construção

98 Como ocorrido no caso *Saramaka Vs. Suriname* (28/11/2007), quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos ouviu testemunhas e peritos para a coleta de informações sobre as atividades da empresa multinacional no território da comunidade.

99 RE 871744, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 24/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 27/03/2015 PUBLIC 30/03/2015

100 ACO 876 MC, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00148 RTJ VOL-00200-01 PP-00210.

101 AC 981, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00140

102 ARE 978302, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 01/08/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 03/08/2016 PUBLIC 04/08/2016

103 TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.031493-4, de Garopaba, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 04-06-2013.

104 SÁNCHEZ, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. 2 ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013, p. 478.

105 Tais pontos serão explanados no item 3 deste trabalho que define os limites endógenos e exógenos para a participação social.

106 Essa articulação deve pautar-se, não somente, na atuação estatal para uma real participação social, sendo imprescindível o reconhecimento pelas empresas do papel e das contribuições da participação social no seu dia a dia. Ponto já explanado nos aspectos introdutórios desse item 2, quando MARTIN-CHENUIT, Kathia; PERRUSO, Camila; VARISON, Leandro (2016) apontam as vantagens da participação social das comunidades para as empresas e os Estados, principalmente em relação à prevenção de impactos ambientais e danos às comunidades afetadas e à pacificação de conflitos (sociais e judiciais) com essas comunidades.

107 A expressão coadjuvante da participação para a construção do direito ambiental global está compreendida na atuação auxiliar da participação social para essa construção. Como se sabe, o coadjuvante termo, emprestado das artes cênicas, atua como um reforço os protagonistas, garantindo o sucesso desse último. Assim também

bottom-up do direito ambiental global. Contudo, verifica-se que na prática a participação social está limitada tanto à falta de recursos das comunidades locais para a identificação de impactos ambientais (limite endógeno) (3.1) como à ausência de uma real consulta prévia, livre e informada das comunidades (limite exógeno) (3.2).

3.1. Um limite endógeno à participação social

A falta de recursos das comunidades locais para a identificação de impactos ambientais

A participação social no direito ambiental representa a efetivação do princípio democrático¹⁰⁸ e da participação comunitária¹⁰⁹, questão já consolidada em diversas decisões judiciais e doutrina nacional e internacionais¹¹⁰. Assim, a existência de uma efetiva participação social não representa uma alteração dos instrumentos existentes¹¹¹, mas sim um aprofundamento do exercício democrático, otimizando a atuação dos instrumentos e mecanismos existentes, como o caso das audiências públicas, ponto exposto na primeira parte deste artigo. Como visto acima, a participação social é útil para a construção *bottom-up* do direito ambiental global, pois, por meio da atuação das comunidades, é possível verificar todos os gargalos existentes em nível local e identificar mecanismos e ações para atuação em nível global, realizando, assim, uma construção do direito ambiental global de

é a atuação da participação social em relação ao direito ambiental, pois ela busca reforçar e garantir o sucesso para a construção desse direito de forma global.

108 GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de Direito Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

109 Esse princípio não representa exclusividade de aplicação nas questões ambientais, estando presente em todo o ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

110 Como exemplo: AgRg na SLS 1.552/BA, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/05/2012, DJe 06/06/2012. AC 981, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00140. ACO 876 MC, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00148 RTJ VOL-00200-01 PP-00210. TJMG. Ação Direta Inconstitucionalidade n.º 1.0000.13.064955-1/000, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Wander Marotta, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 10/10/2014, publicação da súmula em 21/11/2014. TJMG. Ação Direta Inconstitucionalidade n.º 1.0000.13.063910-7/000, Relator(a): Des.(a) Antônio Sérvulo, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 26/02/2014, publicação da súmula em 14/03/2014

111 LANDER, Edgardo. El Estado y las tensiones de la participación popular en Venezuela. **OSAL**, Buenos Aires: CLACSO, ano VIII, n, 22, septiembre, 2007. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22Lander.pdf>>.

baixo para cima, retratando as realidades existentes em cada caso para construir um direito que contribua para a proteção global do ambiente. Ponto de extrema importância para a identificação e prevenção de impactos socioambientais.

Contudo, a falta de recursos (técnicos e financeiros) prejudica a real participação da comunidade em relação à identificação de impactos ambientais, e assim, limita as contribuições da comunidade para a construção de um direito ambiental global, definindo um limite endógeno da comunidade, em virtude de estar centrado em ações internas da mesma. Cabe registrar que os limites endógenos¹¹² de uma comunidade acabam por limitar suas capacidades em atuar para a construção do direito ambiental, ou seja, a falta de recursos pela comunidade limita suas próprias capacidades de atuação. Assim, a falta de recursos técnicos e financeiros representa um limite endógeno à participação social, pois está expressa na ausência da capacidade interna da comunidade em realizar uma real participação social e, assim, contribuir para a construção *bottom-up* do direito ambiental global, conforme analisado na primeira parte deste artigo.

Tal questão é observada em diversos casos Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA)¹¹³, observa-se que as comunidades¹¹⁴, ao buscarem seus direitos juntamente aos Estados Partes, **não conseguiram** seus objetivos, em virtude de ausência de recursos técnicos e financeiros. Afinal, provar seus direitos eram necessários aspectos intrínsecos ao conhecimento de especialistas, momento em que as comunidades buscaram a intervenção internacional para assegurar tal questão. Dentre os principais pontos encontrados, destaca-se que os Estados-Partes não proporcionaram às comunidades o acesso a recursos técnicos para garantir sua atuação. Inclusive foi verificada, em sentença proferida pela CIDH, em 24 agosto de 2010¹¹⁵, a obrigatoriedade de o Estado

112 Endógeno representa o que se origina no interior de organismo ou sistema. Neste artigo a expressão representa o que se origina (ou seja, falta) no interior de uma organização/comunidade.

113 Comunidades Indígenas Xákmok Kásek Vs. Paraguai; Yakyé Axa Vs. Paraguai; Sawhoyamaxa Vs. Paraguai; Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua;

114 Nesses casos tendo como reflexo expressivo as comunidades indígenas.

115 CorteIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai**. Organização dos Estados Americanos (OEA). 24 ago. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>.

do Paraguai garantir, por meio de meios técnicos especializados, a participação de líderes comunitários na identificação específica do território e os seus limites. Efetivando, assim, uma participação social justa e com real impacto na construção do direito ambiental global. Outro ponto observado foram as constantes tentativas dos Estados Partes em realizar ações reiteradas para adiar a formação de provas em sede administrativa prévia aos julgados. Houve a solicitação por parte das Comunidades para a realização de uma inspeção ocular nas terras reivindicadas, que não foi realizado, gerando atrasos nos processos administrativos examinados¹¹⁶. Mais uma vez, observa-se que o empoderamento das comunidades por meio de recursos técnicos e financeiros poderá garantir a efetivação de um direito ambiental global, realizado *bottom-up*, ou seja, realizado com base nas comunidades e com garantia efetiva da proteção do meio ambiente.

Em julgados brasileiros, também existem apontamentos em relação às contribuições dos recursos técnicos e financeiros para efetivar a participação social das comunidades. Observa-se, contudo, que certos órgãos do governo brasileiro realizam a função de dar apoio técnico e financeiro às comunidades, como no caso do IBAMA e FUNAI. Como no caso da Apelação Cível n.º 0000.96.81.920114-013900 – PA (Ação Civil Pública) contra a exploração de recursos energéticos em área indígena na UHE Belo Monte pelo descumprimento de condicionantes estipuladas na licença prévia n.º 342/2010. Nesse caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com base no Parecer técnico 21/2009 da FUNAI, determinou ao Estado brasileiro que adote urgentes providências para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas; garanta a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na bacia do Xingu e adote medidas efetivas para a proteção dos mencionados territórios ancestrais ante a apropriação ilegítima e ocupação por não indígenas, e frente à exploração ou ao deterioramento de seus recursos naturais. E, no caso do Agravo de Instrumento n.º 00057554420174010000, proferido pelo TRF1, em que a Associação Indígena Bayprã de Defesa do Povo Xikrin do O-Odja interpôs contra indeferimento dos pedidos de gratuidade da justiça e de antecipação da tutela, formulados em ação civil pública ajuizada contra o

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), objetivando o reconhecimento da nulidade das licenças ambientais concedidas pelo Ibama ao Empreendimento Ferro Carajás. Aliás. O IBAMA, com base no art. 4º, §1º da Resolução CONAMA n.º 237/1997, realizou consulta a entidade especializada nos interesses indígenas durante os diversos atos do processo de licenciamento, garantindo, assim, que estes tivessem uma real participação no processo. Tem em vista o caráter de vulnerabilidade da comunidade frente à complexidade do processo licitatório.

Caso curioso foi observado em relação ao *Habeas Corpus* n.º 0072.24.81.320114-010000/BA, em que o Ministério Público havia interposto Ação penal pelo suposto cometimento de crime de dano ambiental em desfavor do Reitor da Universidade do Estado da Bahia – UNEB, que teria colaborado a prática de dano mediante quando houve o fornecimento de projeto e apoio técnico para a construção da “Oca de Cultura Zabelê” nos limites do Parque Nacional do Descobrimento – PND. Em sede de *Habeas Corpus*, ficou definida a falta de justa causa para ação penal, determinando o trancamento da ação penal. Contudo, o que se extrai desse caso como sendo mais importante é o fato de que muitas vezes o apoio técnico e financeiro realizado em favor das comunidades garantindo, assim, uma efetiva participação social para a construção do direito ambiental (neste caso integrado a questão da educação — também inclusa a educação ambiental), pode ser vista como uma afronta aos interesses de certas empresas e governos, fator que nos leva a refletir sobre como devem ser aceitas os apoios às comunidades. No caso em análise, **não houve qualquer dano à Unidade de Conservação**.

Até porque esse limite endógeno à participação social é observado também na legislação, pois tanto as normas internacionais como nacionais reconhecem a necessidade dos Estados e empresas auxiliarem as comunidades para acesso aos recursos técnicos e financeiros. Afinal, a participação social somente será efetivada se houver uma condição “relativa” de igualdade pelas partes interessadas em relação às informações quanto aos impactos socioambientais e quanto à reflexão sobre as responsabilidades frente ao direito ambiental.

Desde a Agenda 21¹¹⁷ **já se reconhecia a neces-**

116 Como ocorrido nos casos *Yakye Axa Vs. Paraguai* e *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*

117 ONU. Organização das Nações Unidas. **Agenda 21**. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, jun. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/>>

sidade de estabelecer comitês intersetoriais nos planos político e técnico com ativa participação da comunidade interessada (formação de redes para compartilhamento de conhecimentos)¹¹⁸. Ademais, a mesma Agenda ainda acrescenta que os mecanismos de participação social somente poderão ser desenvolvidos de forma continuada se houver uma otimização “do uso adequado dos recursos financeiros e humanos da comunidade”¹¹⁹.

A necessidade de acesso à recursos financeiros técnicos pelas comunidades também estão previstos na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas¹²⁰. Para tanto, definiu a necessidade de cooperação, tanto financeira como de assistência técnica, para a definição dos mecanismos necessários à “participação dos povos indígenas em relação aos assuntos que lhes afetem”¹²¹.

Ademais, os Princípios das Nações Unidas sobre Empresas e os Direitos Humanos (2011)¹²² também definem a necessidade de assegurar as vítimas (estabelecidas no rol de *Stakeholders*¹²³, aqui definida como espécie da participação social¹²⁴), “acesso razoável às fontes de informação, ao assessoramento e aos conhecimentos especializados necessários para iniciar um processo de

denúncia em condições de igualdade, com plena informação e respeito”¹²⁵. Afinal, nos casos/litígios entre empresas e partes interessadas, existe uma desvantagem, pois as partes interessadas possuem menos acesso à informação e não possuem grandes recursos técnicos e financeiro para usá-lo. Importante refletir que, enquanto “este desequilíbrio não for corrigido, pode comprometer tanto o culminar de devido processo e a percepção que o público tem e torná-lo mais difícil de alcançar soluções duradouras”¹²⁶.

A legislação brasileira também assegura a necessidade de recursos técnicos e financeiros para a garantia de uma real participação social. Em uma perspectiva geral, tal questão é analisada na criação de Conselhos, como observado pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS)¹²⁷ e no Decreto nº 7.272, de 25 de agosto de 2010. Regulamenta a Lei no 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada¹²⁸. Já em na perspectiva ambiental existem os Programas de Apoio à Conservação Ambiental e de Fomento às Atividades Produtivas Rurais, instituídos pela Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011¹²⁹. Essa norma, além da ambiental, social, edu-

rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>.

118 Instituições científicas, culturais, religiosas, médicas, empresariais, sociais e outras instituições municipais (item 6.34 da Agenda 21);

119 Item i, alínea b, Capítulo 6 - Projeção e promoção das condições da saúde humana da Agenda 21.

120 ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 29 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>.

121 Art. 41 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 29 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>.

122 Também denominados Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos - John Ruggie. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf>.

123 A ISO 2600 define o termo *stakeholders* ao apontar no item 3.3, denominado “Características da responsabilidade social” que “uma parte interessada tem um ou mais interesses que podem ser afetados pelas decisões e atividades de uma organização. **Esse interesse dá à parte interessada uma “participação” na organização, que cria uma relação com a organização.** Essa relação não precisa ser formalizada ou mesmo reconhecida pela parte interessada ou pela organização. **As partes interessadas podem também ser chamadas “stakeholders”.** Ao determinar quais interesses de partes interessadas serão reconhecidos, convém que a organização considere a legalidade desses interesses e sua consistência com as normas internacionais de comportamento” (grifo e destaque).

124 Como definido no item 2.1.1 deste artigo – Nota de rodapé 29.

125 Item “d” do Princípio 31 dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos - John Ruggie

126 CONECTAS. **Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos**: implementação dos parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. mar. 2012. p. 23. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%A0DpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%A0DpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)>.

127 BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>.

128 BRASIL. Decreto nº 7.272, de 25 de agosto de 2010. Regulamenta a Lei no 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PNSAN, estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7272.htm>.

129 BRASIL. Lei nº 12.512, de 14 de outubro de 2011. Institui o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais; altera as Leis nºs 10.696, de 2 de julho de 2003, 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e 11.326, de 24 de julho de 2006. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12512.htm>.

cacional, técnica e profissional das comunidades, busca, ainda, incentivar a organização associativa e cooperativa de seus beneficiários para a conservação dos ecossistemas, entendida como sua manutenção e uso sustentável.

Observa-se que a necessidade de definir recursos técnicos e financeiros para a garantia de uma real participação social é observada tanto na legislação brasileira como internacional. Na legislação brasileira, essa participação está diretamente atrelada às políticas públicas. Essa última análise reflete o caráter político das normas brasileiras em relação à implementação de políticas com participação social, sempre atreladas aos órgãos ou às entidades públicas de controle dessa efetivação. Essa questão também é observada em julgados brasileiros, conforme apontado acima. Portanto, tanto a legislação brasileira como diversas decisões judiciais reconhecem a necessidade de existência de recursos técnicos e financeiros às comunidades para garantir a efetiva participação social em relação à proteção ambiental. Contudo, o Estado brasileiro sempre atrela o oferecimento desse apoio técnico e financeiro a um instituto ou órgão governamental, o que demonstra a atuação Estatal frente à vulnerabilidade das partes existentes em virtude das ameaças definidas pela ausência de conhecimento de medidas técnicas, científicas e jurídicas (conforme verificado no item 2.1.2 deste artigo). Essa atuação Estatal representa o cumprimento, mesmo não completo pelo Estado brasileiro, da responsabilidade deste em garantir a participação social das partes interessadas, conforme aponta as legislações internacionais e nacionais, já descritas neste trabalho.

Como visto até o presente momento, a ausência de recursos técnicos e financeiros às comunidades inviabiliza a efetivação da participação social. Contudo, casos concretos que garantiram recursos técnicos e financeiros às comunidades apontam para a garantia de uma maior participação social das comunidades¹³⁰. Tendo como destaque o trabalho realizado pelo Fundo Mundial para a Natureza do World Wildlife Fund (WWF) na comunidade Awas Tingni na Nicarágua para assessoria. Nesse caso, a comunidade já havia iniciado um arranjo contratual com a empresa MADENSA, Maderas y Derivados de Nicaragua, para exploração madeireira que levasse em consideração a participação dos habitantes

130 Ponto observado no caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua, em sentença proferida pela CIDH em 31 de agosto de 2001.

da região. O Fundo Mundial para a Natureza encontrou, no caso da relação contratual, uma possibilidade de manejo florestal. O papel do Fundo Mundial para a Natureza consistiu em assegurar apoio à comunidade, com a formação de uma equipe técnica legal e o oferecimento de assessoria florestal, bem como assegurar que seria realizado um processo com a união de diferentes partes, com negociações realizadas por meio de um facilitador, o que resultou em um convênio tripartite (Comunidade, Estado e empresa). Observa-se, nesse caso, o apoio técnico e financeiro realizado pelo WWF resultou em uma real participação social e na proteção dos interesses da Comunidade, além de assegurar o manejo sustentável da floresta, ponto que liga o presente caso à construção *bottom-up* do direito ambiental global¹³¹. Outro caso de interesse trata-se da sentença proferida pela CIDH em 27 de junho de 2012 (Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador¹³²) que relatou a existência de um Conselho de Direção composto por líderes tradicionais, autoridades comunitárias, ex-dirigentes, anciãos, sábio tradicional e grupos consultivos e comunidade técnica para tomadas de decisões em conjunto. Observa-se, mais uma vez, a presença de apoio técnico e financeiros às comunidades para assegurar a participação social destas nas decisões. Nesse caso tratava-se da ausência de consulta prévia à comunidade para a concessão de exploração de petróleo e exploração no território indígena. A gestão relativa à ausência de consulta será foco mais adiante deste trabalho. Mas observa-se que, somente após o apoio técnico realizado na comunidade, por meio do Conselho de Direção, esta passou a ter voz na declaração de suas vontades.

Tal questão também pode ser verificada nos casos em que houve ativa participação social dos interessados em relação à elaboração de legislação, como ocorrido com na Lei Francesa (LOI n° 2017-399, de 27 de março de 2017¹³³) que aponta o dever de vigilância

131 CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua**. Organização dos Estados Americanos (OEA). 31 ago. 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_por.doc>.

132 CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador**. Organização dos Estados Americanos (OEA). 27 jun. 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>.

133 FRANÇA. LOI n° 2017-399, de 27 de março de 2017. **Legifrance**. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&dateTexte=&categorieLien=id>>.

das sociedades-mães e empresas doadoras. Referida lei buscou fortalecer a responsabilidade social empresarial (RSE) e contou com uma abordagem profundamente humanista, sendo construída como de forma coletiva com a colaboração de ONGs, sociedade civil, especialistas, políticos, ministros e sindicatos, o que representa a ativa participação das partes interessadas durante o processo de elaboração da lei. Observa-se que, para garantir a participação social em relação à elaboração dessa norma, houve a necessidade de colaboração de especialistas, garantindo, assim, os recursos financeiros e técnicos necessários para a participação da sociedade civil no processo democrático. Tal questão demonstra que, se houvesse mais recursos financeiros e técnicos disponíveis às comunidades, a atuação destas, para a construção do direito ambiental, teria maior representatividade e poderia contribuir para a prevenção de impactos socioambientais.

Cabe registrar neste artigo, o papel fundamental do *amicus curiae* que garante, tanto na legislação como apontado no Código de Processo Civil brasileiro de 2015¹³⁴ e em diversas decisões judiciais (supracitadas), uma atuação concreta de apoio técnico às comunidades, permitindo, assim, uma real participação social e contribuindo para a prevenção de impactos socioambientais.

Verifica-se, assim, que, diante dos casos e legislações descritos acima¹³⁵, existem comprovações de que as contribuições da participação social na construção *bottom-up* do direito ambiental global são válidas e, assim, podem contribuir para a prevenção de impactos socioambientais. Nesse sentido, essa participação social pode resultar na redução de conflitos (comunidades do entorno, Estados e empresas), quando realmente utilizarem os instrumentos disponíveis de forma adequada (item 2.2), em consonância com a garantia dos recursos técnicos e financeiros às comunidades locais, resultando em uma redução da vulnerabilidade existente na atuação das comunidades (item 2.1.2).

Essa questão é apontada, inclusive, pelo Relatório do

134 Código de Processo Civil 2015 - art. 138. “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.

135 Casos meramente exemplificativos e não exaustivos.

Desenvolvimento Humano da ONU (2014): “mesmo conferências a nível consultivo podem incentivar os Estados a tomar medidas com vista à redução da vulnerabilidade estrutural”¹³⁶. Como ocorrido no caso do Tribunal Monsanto, já apontado no item 2.1.1 deste trabalho, que reconheceu o acesso à informação essencial para dar condições à efetiva participação social¹³⁷, afinal, tem o objetivo de alertar o público, as partes interessadas e os tomadores de decisão sobre aspectos importantes da atuação empresarial, mesmo com seu caráter meramente consultivo. Assim, o caráter meramente consultivo não retira a atuação das partes interessadas para a construção do direito ambiental global, pois, ao atuarem em relação à proteção de “bens públicos globais, as partes se sentem “cidadãos do mundo — membros de uma comunidade global que beneficia de controle de capital, direitos laborais e direitos das mulheres”¹³⁸.

3.2. Um limite exógeno à participação social

A ausência de real consulta prévia, livre e informada das comunidades interessadas

Os limites à participação social para a construção *bottom-up* do direito ambiental global também estão fundadas em aspectos exógenos às capacidades das comunidades, principalmente quanto à ausência de informações/ transparência por parte das empresas e Estados frente a proteção ambiental. Assim, a ausência de uma real consulta prévia, livre e informada das comunidades representa o limite exógeno dessa participação social. Afinal, inexistência de consulta (na prática ambiental) representa indício de ausência de participação social, o que leva à realização de um direito ambiental vazio do aspecto social essencial para sua construção. Nesse aspecto, a comunidade cada vez mais se envolve nos problemas ambientais, principalmente pelo amadurecimento da consciência da sociedade do dever democrático. Assim, o direito à consulta implica a necessidade de

136 PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2014** - Sustentar o Progresso Humano: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resiliência. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf>.

137 TRIBUNAL MONSANTO. **Tribunal Internacional Monsanto**. Avis Consultatif. La Haye, 18 abr. 2017.

138 PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2014** - Sustentar o Progresso Humano: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resiliência.

acesso à informação às partes interessadas, que, como já exposto neste trabalho, representa meio de condição para a participação social na construção do direito ambiental global. Afinal, o primeiro passo está na possibilidade de ser informado, ouvido, e fazer as suas propostas, por todos os meios possíveis para chegar a um acordo através do diálogo intercultural¹³⁹.

Ponto relevante é o fato de que as consultas à comunidade devem ser adequadas a cada perfil comunitário que será destinado, garantindo com isso uma real participação social das comunidades na forma de consultas. Sobre esse aspecto, já apontado no item 2.2, tanto a Convenção n° 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho – OIT¹⁴⁰ como Convenção sobre Biodiversidade Biológica (1992)¹⁴¹ e os Princípios das Nações Unidas sobre Empresas e os Direitos Humanos¹⁴² apontam para a importância das consultas públicas. A Convenção n° 169 da OIT, desde 1989 já apontava para a obrigatoriedade dos governos em realizar as consultas. Inclusive determina a necessidade de definição de procedimentos apropriados nos casos em que as populações são diretamente afetadas (medidas legislativas ou administrativas) (art. 6°, 1, a). Nos termos do n° 2 do artigo 6°, a Convenção n° 169 da OIT considera que “as consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias [...]”. Ademais, no n° 1, do art. 7°: “os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual”, além de “participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente”. Outro ponto importante é o fato de que as consultas aos grupos interessados estão atreladas

à aprovação e à participação destes quanto aos aspectos relacionados às práticas que afetem a biodiversidade biológica. Tal fato é observado no art. 8°, “j” que aponta a necessidade de consulta às comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais ao definir que o Estado deve “incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento inovações e práticas”. E, por fim, em se tratando de normas de aplicação internacional, ainda cabe destacar que conhecidos como Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos – John Ruggie, aponta, em seu Princípio 18, item “B” que a identificação e avaliação de riscos pelas empresas devem levar em consideração no processo “consultas substanciais com grupos potencialmente afetados e outras partes interessadas, em função do tamanho da empresa e da natureza e do contexto da operação”. E, no Princípio 31, destaca que, para existir eficácia dos mecanismos não judiciais de denúncia, tanto estatais como não estatais, estes devem pautar-se na participação e no diálogo por meio de consultas aos grupos interessados. Portanto, o diálogo representa um dos requisitos necessários para a configuração das consultas eficazes. Em sede normativa brasileira, as legislações apontam as consultas públicas como instrumento participativo para garantir a gestão democrática e participação social nos processos decisórios¹⁴³. Dentre os pontos de destaque, está o parágrafo único do art. 15 da Política Nacional de Resíduos Sólidos¹⁴⁴ que aponta que o Plano Nacional deverá ser elaborado por meio de processo de mobilização e participação social, colocando as consultas públicas como instrumento dessa participação. Cabe registrar que este também é o entendimento da Política Nacional de Participação Social¹⁴⁵ que a consulta pública como um dos mecanismos de participação social. Assim, a consulta pública além de ser um mecanismo participativo, possui caráter consultivo, aberto a qualquer interessado, devendo, ainda, apresentar os resultados da consulta com a indicação do procedimento adotado para alcançá-los¹⁴⁶.

139 IMAI, Shin. *El Medioambiente, los Pueblos Indígenas y la Minería en Canadá. Indigenous Peoples in Canada and Peru: Free Prior Informed Consent*. 25 nov. 2012. *Osgoode CLPE Research Paper n. 46/2012*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2180658>>.

140 OIT. Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais**. 7 de junho de 1989.

141 ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, jun. 1992.

142 ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie. Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies**. 21 mar. 2011.

143 Tanto na Constituição Federal (art. 231, §3°), como na Política Urbana (Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001); na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010) e na Política Nacional de Participação Social (Decreto n.º 8.243, de 23 de maio de 2014);

144 BRASIL. Lei n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>.

145 Art. 6°, inciso VIII da Política Nacional de Participação Social; 146 Inciso IX do art. 2° da Política Nacional de Participação Social e art. 34 da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal;

Com base em todo o exposto, que a consulta prévia, livre e informada representa um mecanismo participativo, de caráter consultivo, não obrigatório para as comunidades interessadas, devendo ser adequada a cada perfil comunitário e com procedimentos de apresentação dos resultados bem definidos para garantir uma real participação social das comunidades nos processos decisórios. Assim, a consulta garante a participação social, contudo, não se trata de uma permissão social, ou seja, ela possui caráter assessorial (ou seja, consultivo), não aferindo *status* de permissão.

Nesse sentido, parte da doutrina aponta que a consulta pública deveria ter caráter de permissão e não apenas um caráter consultivo. Esse é o entendimento de Kathia Martin-Chenut; Camila Perruso e Leandro Varison¹⁴⁷ que apontam que a permissão social é uma ferramenta que ainda tem de demonstrar a sua eficácia, pois a permissão social deveria ser vista como um consentimento da comunidade e não como uma mera consulta. Ainda concluem que: *l'obstacle majeur pour cela est sans doute le risque de son détournement par des entreprises qui, tout en continuant à dédaigner le respect des rapports sociaux, utilisent le permis social pour afficher une image socialement responsable*. Diante do que aponta os autores, a mera consulta não representaria uma verdadeira participação social. Contudo, diante do que se pode analisar na aplicação prática da consulta prévia, livre e informada, sequer a consulta está sendo realizada conforme preconizam as legislações apontadas até aqui, o que dirá a consideração de uma permissão social, que significaria a opção de uma comunidade negociar medidas de compensação e reparação ao se posicionar frente à empresa causadora de impactos ambientais, condicionaria a comunidade a possibilidade de negar a presença da empresa e de proibir o desenvolvimento das atividades econômicas no território, o que a consulta não pode fazer dentro do que está preconizado nas legislações.

Nesse aspecto, vale considerar que a ideia de consulta prévia e participação social podem ser vistas como formas de promover o diálogo intercultural, porém, saber se o resultado desse diálogo pode significar real impacto nas tomadas de decisão, como cancelamento de um projeto¹⁴⁸ é ponto principal nesta indagação.

Na prática a falta de consulta prévia, livre e informada é recorrente, fator que limita a participação social para a promoção da proteção ambiental e para a construção *bottom-up* do direito ambiental global. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), em diversos casos¹⁴⁹, já mencionados¹⁵⁰¹⁵¹¹⁵²¹⁵³¹⁵⁴, aponta para o afrontamento da consulta prévia, livre e informada. Nesses casos, a CIDH reconheceu que o Estado deve garantir a participação e consentimento informado das vítimas, expressa através de seus representantes e líderes. Além de ter a obrigação de tomar medidas legislativas, administrativas ou outras que se revelem necessário para fazer cumprir, dentro de um prazo razoável, o direito de consulta prévia dos povos e comunidades indígenas e tribais e mudar aquelas que impedir a seu livre e pleno exercício. Ponto importante é o fato de que a CIDH, também, confirma que a consulta deve ser adequada a cada perfil comunitário, destacando sua própria forma de consulta e decisão, tendo em vista valores e costumes, presente nos julgados para assegurar a participação da própria comunidades. Ressalta-se que, no caso *Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*¹⁵⁵, o parecer emitido pelo Juiz Caçado Trindade apontou que, em relação à

149 Casos Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador; Sawhoyamaxa Vs. Paraguai; Yakye Axa Vs. Paraguai; Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua; Xákmok Kásek Vs. Paraguai; Mayas Del Distrito de Toledo Vs. Belice (Informe n.º 40/04 – 12/10/2004).

150 CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 29 mar. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>.

151 CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 27 jun. 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>.

152 CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguai**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 17 jun. 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>.

153 CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso da Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 31 ago. 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_por.doc>.

154 CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 24 ago. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>.

155 CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 29 mar. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>.

147 MARTIN-CHENUT, Kathia; PERRUSO, Camila; VARISSON, Leandro. *La difficile réparation des rapports sociaux*. In: MARTIN-CHENUT, Kathia; QUENAUDON, René de. **La RSE saisie par le droit: perspective interne et internationale**. A. Pedone, 2016, p. 403-404.

148 IMAI, Shin. *El Medioambiente, los Pueblos Indígenas y la Minería en Canadá*. **Indigenous Peoples in Canada and Peru: Free Prior Informed Consent**. 25 nov. 2012. *Osgoode CLPE Research Paper n. 46/2012*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2180658>>.

participação ativa nos processos de consulta, tal questão deve-se aos peticionários individuais tornaram-se ativamente envolvidos em todas as fases do processo perante o Tribunal.

Já no Brasil existem julgados que corroboram a necessidade de consulta prévia, livre e informada das comunidades tradicionais, representando, inclusive, justificativa para indeferimento de estudos, projetos e licenças de obras de significativo impacto ambiental, nos casos de ausência^{156,157,158}. Também existem julgados que apontam que a consulta dos povos interessados deve ter o seu procedimento apropriado, adequado a cada perfil comunitário¹⁵⁹, não devendo ficar restrita a consulta apenas aos indígenas, devendo ser feita em toda a comunidade do entorno¹⁶⁰. Contudo, o que se pode observar é o fato de que os julgados encontrados, em sua maioria, se restringem a casos de consulta prévia, livre e informada dos índios nos casos de aproveitamento dos recursos hídricos (potenciais hidroelétricos), tendo em vista a vedação constitucional para a realização de obras de significativo impacto nesses casos (art. 231, §3º da Constituição Federal).

Outra questão que se deve considerar é o momento de realização da consulta prévia, em análise dos julgados, verificou-se que a consulta prévia deve ser feita após levantamento preliminar dos dados técnicos, tendo como objetivo discutir com as comunidades sobre questões de natureza socioambiental e culturais inerentes a obra. Contudo, não há impedimento que diferentes segmentos da sociedade sejam consultados durante os estudos de viabilidade do projeto¹⁶¹.

156 BRASIL. **Apelação Cível PA – Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte**. Relator(a): Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Decisão: 09/11/2011. Publicação: e-djfl. 25/11/2011, p. 566.

157 BRASIL. **Apelação Cível MT – Hidrovia Paraguai-Paraná. Porto de Morrinhos, na Região de Cáceres/MT**. Relator(a): Desembargador Federal João Batista Moreira. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Decisão: 27/08/2007. Publicação: e-djfl. 05/10/2007, p. 60

158 BRASIL. REsp 1410732/RN. Rel. Ministro Herman Benjamin. STJ. 2ª Turma. Decisão: 17/10/2013, Publicação: DJe 13/12/2016.

159 BRASIL. **Embargos de Declaração na Apelação Cível PA - Usina Hidrelétrica de Belo Monte**. Relator(a): Desembargador Federal Souza Prudente. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Decisão: 13/08/2012. Publicação: e-djfl. 27/08/2012, p. 316

160 BRASIL. **Apelação Cível PA – Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte**. Relator(a): Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Decisão: 09/11/2011. Publicação: e-djfl. 25/11/2011, p. 566.

161 BRASIL. **Apelação Cível PA – Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte**. Relator(a): Desembargadora Federal Selene Ma-

Assim, em caráter jurisprudencial, pode-se concluir que a consulta prévia, livre e informada não está sendo cumprida pelas empresas que geram impactos socioambientais¹⁶². Essa constatação nos leva a verificar certos problemas que derivam em uma análise da participação social dessas comunidades não consultadas. Pois, como já afirmado, a consulta é vista por muitos como uma garantia do princípio do democrático, o que seria, em uma análise prévia, a garantia de uma certa participação social. Portanto, é necessária a realização de uma verdadeira consulta às comunidades tradicionais para a efetivação da participação de grupos minoritários na tomada de decisões ambientais.

4. CONCLUSÕES

Ao longo deste artigo, foi possível verificar que a participação social está diretamente vinculada ao direito ambiental global, tanto em relação ao aspecto normativo como em relação ao entendimento de diversos julgados e na doutrina (presente em nível internacional e também no ordenamento interno brasileiro).

A utilidade da participação social para construção do direito ambiental global é reconhecida ao trazer contornos reais ao conceito ora construído, qual seja, a proteção do meio ambiente e o gerenciamento dos recursos naturais, através de critérios e instrumentos já existentes e aplicados na prática ambiental. Como critérios de utilidade na construção *bottom-up* do direito ambiental global, destacam-se a acesso à informação e a vulnerabilidade. O acesso à informação é visto, tantos nas normas como em diversas decisões judiciais e doutrina, como condição para existência dessa participação social na construção do direito ambiental global. Enquanto a vulnerabilidade é considerada meio de justificativa para a existência dessa participação social. Em relação aos ins-

ria de Almeida. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Decisão: 09/11/2011. Publicação: e-djfl. 25/11/2011, p. 566.

162 Constatado a existência nos casos Kichwa de Sarayuku Vs. Equador (27/06/2012); Colonos de Quishque-Tapayrihua Vs. Perú (24/07/2014); Agravo de Instrumento n.º 0031.50.72.320144-010000 – AM. Relator(a): Desembargador Federal Ney Bello. TRF 1. 3ª Turma (09/06/2015); Apelação Cível n.º 0005.89.18.120124-013600 – MT. Relator(a) Desembargador Federal Souza Prudente. TRF 1. 5ª Turma (09/10/2013); Agravo n.º 00060213120174010000. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente, TRF1 (14/03/2017) e Agravo de Instrumento n.º 00057554420174010000. Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, TRF1 (16/02/2017).

trumentos, a audiência pública é considerada, na maioria dos casos estudados (nacionais e internacionais), como instrumento mais aplicado e, assim, considerada viável para a participação social das comunidades locais, fator que vincula, mais uma vez, a participação social como fator útil à construção *bottom-up* do direito ambiental global.

Em que pese a existência de uma utilidade da participação social para a construção do direito ambiental global, essa atuação, no formato e modo como vem sendo aplicada, é limitada, em aspectos internos (a falta de recursos das comunidades locais para a identificação de impactos ambientais) e externos (a ausência de real consulta prévia, livre e informada das comunidades interessadas), conforme observado na prática nacional e internacional.

Portanto, conclui-se que a participação social é útil para a construção do direito ambiental global, realizando uma atuação *bottom-up* dessa construção, contudo, existe limites que devem ser considerados nesta análise, os quais não retiram o fulgor dessa atuação. E, por fim, cabe mencionar que referido tema é essencialmente novo, tanto em relação à criação do direito ambiental global, como em relação à atuação da participação social. Logo, evidencia-se a necessidade de ampliação desse tema em futuras pesquisas, principalmente em relação ao enfrentamento dos aspectos inerentes aos limites internos e externos da participação e em relação à definição de soluções para a redução desses limites, ampliando, assim, a atuação da participação social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Priscila Pereira de. A emergência do direito transnacional ambiental. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 17-28.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17 ed. amplamente reformulada. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015.

BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 145-158

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOYD, William. *Climate Change, Fragmentation, and the Challenges of Global Environmental Law: Elements of a Post-Copenhagen Assemblage*. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, v. 32, n. 2, p. 457, 01 set. 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1739123>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Cautelar 981. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00140. DJe 06/06/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Cautelar 981. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00140

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Cautelar 981. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00140.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Cível Originária 876 MC. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 18/12/2006, publicado em DJ 01/02/2007 PP-00148 RTJ VOL-00200-01 PP-00210.

BRASIL. **Apelação Cível MT – Hidrovia Paraguai-Paraná. Porto de Morrinhos, na Região de Cáceres/MT**. Relator(a): Desembargador Federal João Batista Moreira. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Decisão: 27/08/2007. Publicação: e-djfl. 05/10/2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ACO 876 MC-AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2007, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-01 PP-00044 RTJ VOL-00205-02 PP-00537.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 769.753/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 10/06/2011.

BRASIL. **Apelação Cível PA – Aproveitamento Hidroelétrico Belo Monte**. Relator(a): Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Decisão: 09/11/2011. Publicação: e-djfl. 25/11/2011.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na SLS 1.552/BA, Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/05/2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Re-

gimental na SLS 1.552/BA. Rel. Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/05/2012, DJe 06/06/2012.

BRASIL. **Embargos de Declaração na Apelação Cível PA - Usina Hidrelétrica de Belo Monte.** Relator(a): Desembargador Federal Souza Prudente. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Decisão: 13/08/2012. Publicação: e-djf1. 27/08/2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp 1187097/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 25/04/2013.

BRASIL. **AP - Apelação.** n.º 0005.89.18.120124-013600. Relator(a): Desembargador Federal Souza Prudente. TRF – 1ª Região. 3ª Turma. Decisão: 09/10/2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 871744. Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 24/03/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-061 DIVULG 27/03/2015 PUBLIC 30/03/2015

BRASIL. **AI - Agravo de Instrumento.** n.º 00031.50.72.320144-010000. Relator(a): Desembargador Federal Ney Bello. TRF – 1ª Região. 3ª Turma. Decisão: 09/06/2015.

BRASIL. **APREENEC - Apelação/Remessa Necessária.** n.º 0015808-66.2009.4.01.4300. Relator(a): Desembargador Federal Néviton Guedes. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Publicação 30/07/2015 DJF1 P. 1086 - Data Decisão 17/06/2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário 978302. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 01/08/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 03/08/2016 PUBLIC 04/08/2016

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Cível Originária 2868. Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 03/08/2016, publicado em DJe-166 DIVULG 08/08/2016 PUBLIC 09/08/2016.

BRASIL. REsp 1410732/RN. Rel. Ministro Herman Benjamin. STJ. 2ª Turma. Decisão: 17/10/2013, Publicação: DJe 13/12/2016.

BRASIL. **AI - Agravo de Instrumento.** n.º 00057554420174010000. Relator(a): Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. TRF – 1ª Região. 6ª Turma. Decisão: 16/02/2017.

BRASIL. **AI - Agravo de Instrumento.** n.º 00286189620144010000. Relator(a): Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. 6ª Turma. Decisão: 20/02/2017.

BRASIL. **AI - Agravo de Instrumento.** n.º 00060213120174010000. Relator(a): Desembargador Federal Souza Prudente. TRF – 1ª Região. 5ª Turma. Decisão: 14/03/2017.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe n.º 30/04. Petição 4617/02. **Solução Amistosa Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras Vs. Chile.** Organização dos Estados Americanos (OEA). 11 mar. 2004. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Chile.4617.02.htm>>.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Comunidades Indígenas Mayas do Distrito de Toledo Vs. Belize.** Organização dos Estados Americanos (OEA). 12 out. 2004. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>>.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Colonos de Quishque-Tapayrihua Vs. Perú.** Organização dos Estados Americanos (OEA). 24 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2014/PEAD1216-03ES.pdf>>.

CONAMA. **Resolução Conama n.º 009/87,** de 03 de dezembro de 1987. D.O.U. 05 set. 1990, Seção I, p. 12. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res87/res0987.html>>.

CONAMA. **Resolução n.º 237, de 19 de dezembro de 1997.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>.

CONAMA. **Resolução CONAMA n.º 001, de 23 de janeiro de 1986.** D.O.U. 17 fev. 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>.

CONNECTAS. **Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos:** implementação dos parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. mar. 2012. p. 23. Disponível em: <[http://www.connectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.connectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)>.

CorteIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicarágua.** Organização dos Estados Americanos (OEA). 31 ago. 2001. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_por.doc>.

CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguai**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 17 jun. 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>.

CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 29 mar. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>.

CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 19 set. 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>.

CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 28 nov. 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>.

CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 24 ago. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>.

CorteIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador**. Organización dos Estados Americanos (OEA). 27 jun. 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>.

CZARNEZKI, Jason J.; LIN, Yanmei; FIELD, Cameron. **Global Environmental Law: Food Safety & China**. 21 ago. 2012. *Vermont Law School Research Paper n. 20-12*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2133551> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2133551>>.

DESLAURIERS, Jean-Pierre. A indução analítica. In: POUPART, Jean et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis/RJ, Editora Vozes, 2014, p. 337-352.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de Direi-**

to Ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HEY, Ellen. **Global Environmental Law**. 22 nov. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1511188>>.

IMAI, Shin. *El Medioambiente, los Pueblos Indígenas y la Minería en Canadá. Indigenous Peoples in Canada and Peru: Free Prior Informed Consent*. 25 nov. 2012. *Osgoode CLPE Research Paper n. 46/2012*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2180658>>.

KAUSHIK, Uma; MAHADEVAN, B. Strategic Sourcing: Trends and Emerging Issues for Research. 20 dez. 2011. In: **IIM Bangalore Research Paper n.º 335**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2121140> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2121140>>.

LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. Tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

MARTIN-CHENUT, Kathia; PERRUSO, Camila; VARISON, Leandro. *La difficile réparation des rapports sociaux*. In: MARTIN-CHENUT, Kathia; QUENAUDON, René de. **La RSE saisie par le droit: perspective interne et internationale**. A. Pedone, 2016, p. 397-416.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, jurisprudência, glossário**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.00.254954-1/000, Relator(a): Des.(a) Almeida Melo, CORTE SUPERIOR, julgamento em 14/11/2001, publicação da súmula em 07/12/2001).

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0210.11.002407-7/001, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/10/2011, publicação da súmula em 17/11/2011.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.13.063910-7/000, Relator(a): Des.(a) Antônio Sérvulo, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 26/02/2014, publicação da súmula em 14/03/2014.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.13.064955-1/000, Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Wander Marotta, ÓRGÃO ESPECIAL, julgamento em 10/10/2014,

publicação da súmula em 21/11/2014.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0223.12.026598-6/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/03/2017, publicação da súmula em 31/03/2017.

MONEBHURRUN, Nitish et al. A definição jurídica da “comunidade”. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 443-471. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4472/pdf>>.

MULLER, Yvonne. *RSE et intérêt social* In: MARTIN-CHENUT, Kathia; QUENAUDON, René de. **La RSE saisie par le droit: perspective interne et internationale**. A. Pedone, 2016, p. 223-232.

OIT. Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais**. 7 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>.

ONU. Assembleia General das Nações Unidas. **Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie**. *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies*. 21 mar. 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf>.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf>.

PERCIVAL, Robert V. **Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law**. *Maryland Journal of International Law*, v. 25, p. 37, 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1673887>>.

PINKSE, Jonatan; KUSS, Matthias; HOFFMANN, Volker H. *On the Implementation of a 'Global' Environmental Strategy: The Role of Absorptive Capacity*. 26 nov. 2009. **International Business Review**, Spring 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1513862>>.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2014 - Sustentar o Progresso Humano: Reduzir as Vulnerabilidades e Reforçar a Resilência**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2014_pt_web.pdf>.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. **Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos**. 2 ed. São Paulo: Oficina de Textos, 2013, p. 477.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.031493-4, de Garopaba, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 04-06-2013.

TRIBUNAL MONSANTO. **Tribunal Internacional Monsanto**. Avis Consultatif. La Haye, 18 abr. 2017. p. 19. Disponível em: <http://fr.monsantotribunal.org/upload/asset_cache/180671266.pdf>.

YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. **The Emergence of Global Environmental Law**. *Ecology Law Quarterly*, v. 36. *Research Paper n. 2009-36. Maryland Legal Studies and Vermont Law School Research Paper n. 09-09. 15 out. 2009*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1269157>>.

ZIERO, Gabriel Webber. O conceito de conduta empresarial responsável à luz dos ordenamentos jurídicos brasileiro, internacional e transnacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016, p. 80-94.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A proteção ambiental como
efeito indireto do sistema de
gestão de energia ISO 50001**

**Environmental protection as an
indirect effect of the ISO 50001
energy management system**

Matheus Linck Bassani

Ricardo Serrano Osorio

A proteção ambiental como efeito indireto do sistema de gestão de energia ISO 50001*

Environmental protection as an indirect effect of the ISO 50001 energy management system

Matheus Linck Bassani**

Ricardo Serrano Osorio***

RESUMO

O artigo possui o objetivo de analisar o alcance da proteção ambiental internacional mediante a adoção, implementação e certificação da norma ISO 50001, que trata sobre Sistemas de Gestão de Energia (SGE). A problemática de pesquisa parte do fato de que a dependência energética global está aumentando pela constante aposta pelos recursos derivados de combustíveis fósseis, o que o direciona à necessidade de explorar novas fontes de energia, assim como a implementação de novos instrumentos de gestão empresarial ambiental que salvaguardem tanto os interesses operacionais das organizações, quanto a sua responsabilidade socioambiental com todos os agentes que estejam sobre seu entorno de negócios. De fato, se as fontes de energia não são renováveis, os recursos naturais são exauríveis e podem desaparecer num futuro próximo. Para evitar essa tendência de infortúnio, surge a necessidade de adotar novos padrões de eficiência energética na sua geração e consumo para alcançar maior proteção ambiental de alcance global. Nesse contexto, parte-se da hipótese de que a norma ISO 50001 para SGE poderia contribuir, sim, na redução de consumo de energia propriamente mediante maior eficiência energética. Mediante método dedutivo, chegou-se ao resultado de que a ISO 50001 não é uma fonte do direito ambiental global em razão de apresentar efeitos indiretos na proteção ambiental, já que sua natureza é uma norma de gestão ou procedimento e não uma norma de desempenho, dificultando o *compliance* e o *enforcement*, e sua finalidade está fundada na procura da otimização dos custos de produção dos bens produzidos, isto é, sobre a redução de todos seus custos de transações operacionais localizados a cadeia de valor organizacional.

Palavras-chave: Direito Ambiental Global. Proteção Ambiental Internacional. Custos de produção organizacionais. Organização Internacional de Padronização. ISO 50001- Sistemas de Gestão de Energia. Eficiência energética.

ABSTRACT

The article aims to analyze the scope of international environmental protection through the adoption, implementation and certification of ISO

* Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 30/11/2017

** Doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor convidado do curso de especialização “O Novo Direito Internacional” pela UFRGS. Pesquisador visitante do Center for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy (CEPMLP), Universidade de Dundee, Escócia. Bolsista pela CAPES. E-mail: matheusbassani@hotmail.com.

*** Professor convidado na Especialização em Direito dos Negócios pela UNISINOS. Doutorando em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Mestre em Direito Internacional pela UCS/RS, Brasil. Especialização em Direito Corporativo e formado em Direito pela USMP, Peru. Pesquisador Associado na CEPAL, Chile: richi27985@hotmail.com

50001 that deals with the efficiency of Energy Management Systems. The research problem is based on the fact that global energy dependence is increasing by the constant commitment of resources derived from fossil fuels, which points to the need to explore new sources of energy, as well as the implementation of new environmental business management instruments that safeguard both the operational interests of the organizations and their socio-environmental responsibility with all the agents that are about their business environment. In fact, if energy sources are not renewable, natural resources are exhausting and may disappear shortly. To avoid this misfortune, necessary to adopt new energy efficiency standards in its generation and consumption to achieve greater global environmental protection. In this context, it is assumed that the norm ISO 50001 for SGE could contribute rather to reducing energy consumption properly through greater energy efficiency. Through the deductive method, it has been found that ISO 50001 is not a source of global environmental law because it has just indirect effects on environmental protection, since its nature is a management standard and not a performance standard, hindering compliance and enforcement. Lastly, its purpose is based on the search for the optimization of the production costs of the goods produced, that is, on the reduction of all their operational transaction costs located in the organizational value chain.

Keywords: Global Environmental Law. International Environmental Protection. Organizational production costs. International Organization for Standardization. ISO 50001- Energy Management Systems. Energy efficiency.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo foi concebido e aperfeiçoado com base na proposta do colóquio Direito Ambiental Global, promovido pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) em junho de 2017. A proposta é verificar se a norma de padronização ISO 50001 – Sistemas de Gestão de Energia (SGE – *Energy Management Systems*), emitida pela Organização Internacional de Padronização (*International Standard of Organization – ISO*), pode ser considerada como um instrumento do direito ambiental global, com o fim último de proteger o meio ambiente.

Hodiernamente, a adoção de uma certificação internacional de normalização de qualidade de produtos e/ou serviços, assim como de gestão de qualidade destes por parte das organizações empresariais, é considerada como um dos principais dispositivos internacionais a serem aplicados pelos agentes econômicos para obter um maior dinamismo de competitividade no comércio internacional. Para sua obtenção, as organizações precisam adequar-se a uma série de exigentes requisitos a serem devidamente cumpridos com o intuito de tornar-se um líder no mercado.

Especificamente, a norma ISO 50001 para SGE é considerado um dispositivo internacional que auxilia a estrutura organizacional de uma firma para gerenciar o fornecimento e o consumo de energia em todas suas fases operacionais¹, pelo qual se procura uma otimização da utilização e desempenho em prol de uma eficiência energética por parte de uma organização sustentável, entendendo-se esse último como uma firma que promova, adote e ostente os pilares dos seus princípios empresariais, responsabilidade do produto, transparência societária, direitos humanos, práticas trabalhistas, desempenho econômico e ambiental, todos estes sobre uma atuação conjunta e paralela.

Nessa linha, em base à problemática de pesquisa, procurara-se responder sobre os delineamentos de porque uma norma ISO poderia ou não ser considerada como uma norma do Direito Ambiental Global, isto é, quais seriam as delimitações, objetivos e finalidades do “planejamento estratégico empresarial” para a implementação do ISO 50001 por parte das organizações globais. Questiona-se se seria uma finalidade de gestão empresarial para redução de custos ou para a redução das externalidades negativas contra o meio ambiente.

Para tanto, mediante método dedutivo, será realizada uma breve exposição sobre a compreensão do direito

1 “A norma ISO 50001 para SGE foi desenvolvida pelo ISO Technical Committee (TC) 242 - Energy Management. No Brasil, o Comitê Brasileiro de Gestão e Economia de Energia (CB 116), pertencente à estrutura organizacional da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), foi pioneiro na publicação da norma na medida em que disponibilizou a versão em português do seu texto no mesmo dia em que a norma foi publicada pela ISO no cenário internacional. No Brasil, a norma é denominada ABNT NBR ISO 50001”. CU. *Guia para aplicação da norma ABNT NBR ISO 50001*: Instituto Brasileiro do Cobre PROCOBRE. São Paulo: Internacional Copper Association Brazil, 2017. Disponível em: <http://procobre.org/media-center/pt-br/component/jdownloads/send/2-publicacoes/242-guia-para-aplicacao-da-norma-abnt-nbr-iso-50001-gestao-da-energia.html?option=com_jdownloads>. Acesso em: 15 nov. 2017

ambiental global perpassando pelo direito ambiental transnacional, mediante a definição do seu conceito, finalidade e aplicação, no sentido de proporcionar as bases para verificar, posteriormente, se a norma ISO 50001 pode ser enquadrada como um instrumento para atingir as suas finalidades. Com o intuito de evitar maiores discussões interpretativas, ressalta-se que o termo *norma* poderá ser utilizado tanto com significado jurídico como não jurídico.

Necessário ressaltar a necessidade de verificação da natureza jurídica da norma ISO, o seu propósito, assim como a razão pelo qual os agentes econômicos realizam a tomada de decisão de adoção/aplicação do ISO em questão, ou seja, cogitam-se três hipóteses: (i) proteção do meio ambiente; (ii) redução dos custos ou externalidades positivas ou negativas (critério de bem societário) ou, ainda, (iii) se o seu propósito é simplesmente melhorar a imagem social da organização ou empresa. Em definitivo, procurou-se focar na efetividade da norma, deixando-se de abordar nessa exposição outras discussões mais profundas como a vinculação ou não de normas privadas no direito internacional, ou sobre sua legalidade no direito transnacional².

2. NORMA DE PADRONIZAÇÃO ISO - INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION

2.1. Natureza

Normas no cenário internacional têm sido emitidas para regular matérias das mais diversas, em inúmeros setores, muitas vezes com conteúdos sobrepostos, conflitantes, levando à identificação de uma fragmentação de normas³. No direito internacional ambiental, essa ideia também se reflete diante da crescente celebração de tratados e normas por diversos atores.

Atores que se multiplicaram rapidamente nos últimos 30 anos, e esse fenômeno foi causado por, ao me-

nos e não exaustivos, dois fatores: (i) a impossibilidade dos atores tradicionais (os Estados notadamente) de suprirem as necessidades de alteração do quadro global ambiental, da urgência na mudança de políticas de cooperação eficientes para prevenir a iminente degradação do meio ambiente, principalmente as de caráter transfronteiriços; e (ii) em razão do aumento da velocidade dos fluxos de informação possibilitando maior facilidade das organizações privadas em se conectarem, se organizarem e se constituírem em redes⁴ mundialmente atuantes.

Em razão da diversidade de conteúdo e pluralidade de atores e de fontes, se torna mais complexa a governança⁵, sistematização e definição de normas privadas

4 CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003. v. 1.

5 Diante desse cenário, serão elencados alguns fatores que obstaculizam uma governança global de energia mais efetiva:

a) A ausência de coesão do sistema de governança de energia; ou seja, o sistema de governança de energia existe de forma incidental, como uma agregação de várias organizações e processos ligados à economia de energia. Ocorre que a comunidade internacional não tem interesse em lidar com a economia global de energia como uma entidade coesa, o que facilita ações individuais e permite a “não prestação de contas” aos demais atores.

b) A fragmentação do regime global de governança de energia, em que uma série de atores atua em diversas camadas, muitas vezes com condutas contraditórias, com interesses distintos, e focos esparsos. Elementos da economia global de energia como comércio, investimento, mudanças climáticas etc., são temas que perpassam pelas atuações dos Estados e organizações internacionais. Poucos esforços dos Estados para promover o bem coletivo e muito menos a segurança universal de energia são identificados, talvez pela própria natureza das relações internacionais que estão profundamente condicionados pela dinâmica do mercado e pelo fato de que a comunidade internacional é composta por Estados egoístas.

c) A pluralidade de atores, como os Estados, organizações internacionais e não governamentais, empresas transnacionais, afetam a economia global de energia. Em decorrência, surge uma diversidade de interesses, incluindo conflitos nos níveis nacional, regional e internacional, causados pela incoerência e instabilidade das normas. Esta pluralidade de organizações internacionais, bem como a diversidade e a variedade de interesses energéticos, ilustram a sofisticada e fragmentada complexidade de uma governança global de energia.

d) A diversidade de fontes de energia, com grande dependência nas fontes tradicionais como, carvão, petróleo e gás natural, que são exauríveis, gera maior competição e dificulta assegurar a estabilidade energética. A tendência do estabelecimento de uma transição para uma matriz energética com fontes renováveis é uma saída para reduzir a dependência dos combustíveis fósseis e aumentar a segurança no fornecimento de energia.

e) A autoridade dos Estados mina a possibilidade de maior evolução de uma governança global de energia. A comunidade internacional é um conjunto de atores distintos em que os Estados soberanos possuem interesses diversos, com níveis de poder e de força econômica desproporcionais. Eventual cooperação internacional surge quando os interesses dos Estados, mais influentes suficientemente coinci-

2 HEYVAERT, Veerle. The Transnationalization of Law: Rethinking Law through Transnational Environmental Regulation. *Transnational Environmental Law*, p. 1–32, 2017.

3 KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*, p. 553–579, 2002.

como um fenômeno jurídico. No entanto, mesmo fragmentada e heterogênea, há um fator de homogeneidade que se expressa no propósito comum de normas privadas: melhorar a qualidade dos produtos a que se aplicam.⁶

As normas de padronização (ISO) são independentes, sem fins lucrativos, composta por 163 membros nacionais de padronização, entre eles a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) no Brasil. Representando seus membros, especialistas se reúnem para compartilhar conhecimentos e desenvolver padrões internacionais voluntários, baseados em consenso e relevantes para o mercado e para a indústria, que apoiem a inovação e proporcionem soluções para os desafios globais.⁷

O relatório da OECD/ISO procura avaliar se as regras da ISO poderiam ser objeto de uma cooperação considerando o contexto, características, impactos, desafios e sucessos. Em razão da voluntariedade na adoção da norma, a ISO não se considera um ator regulador no sentido tradicional. Mas, quando governos e indústrias aplicam suas normas, emerge um efeito de promover a cooperação entre países, facilitando o comércio e criando regras de fato (*de facto rules*) e melhores práticas no nível internacional, que podem ser consideradas promotoras de uma cooperação regulatória internacional (CRI)⁸. Interessante salientar que a ISO não é uma organização internacional tradicional nem uma organização intergovernamental pela ausência de tratado constitutivo, nem uma organização não governamental. Possui uma natureza híbrida: uma organização quase

governamental, entre a intergovernamental e a não governamental.⁹

Em relação à tipologia das organizações, o relatório da OCDE faz a seguinte constatação:

This divide between “IO” and “NGO” is increasingly criticized by scholars, who underline that the two categories merely exist in legal theory and do not facilitate the understanding of today’s more complex international institutional landscape. Scholars still struggle to agree on a terminology to name such organisations and, besides “IO” and “NGO” (or “international NGO”), ISO can also be referred to as a “hybrid organisation” (Lagrange, 2013), “transnational regulatory organisation” (OECD, 2014), “international private standard-setting organisation” (OECD, 2016) or “private standardsetting institution” (Benvenisti, 2012). What makes ISO unique in comparison to other NGOs is the fact that it is structurally organised as a federation, with the ISO members as the key actors for all core activities of the Organization (for example, the technical committees that develop standards are composed of representatives of the ISO members). ISO is therefore a heavily decentralised and very member-driven organisation.¹⁰

Os membros (públicos e privados), portanto, escolhem seus representantes que compõem comitês técnicos para tomarem a iniciativa para a discussão e elaboração de normas, de forma descentralizada.

Dentre as inúmeras naturezas de organizações internacionais que a OCDE propôs em outro estudo¹¹, a ISO é considerada uma *private standard setting organization* (as outras hipóteses são: (i) *IGO open – universal membership*; (ii) *IGO closed – restricted membership*; (iii) *supranational organization*; (iv) *secretariat of convention*; (v) *transgovernmental network*). Sua principal atividade é a emissão de standards técnicos não vinculantes (*production of technical standards*)¹², com o propósito amplo (em contraste com

dem. Em certos elementos da economia global de energia, como o comércio, há um maior consenso de interesses que resultou em níveis satisfatórios de governança global, em outros, não há, como a exploração, extração, produção e alocação de recursos energéticos. EAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. The fragmented governance of the global energy economy: a legal-institutional analysis. *The Journal of World Energy Law & Business*, p. 5-6, 2013.

6 SARROUF, Muriel. *Les normes privées relatives à la qualité des produits: étude d’un phénomène juridique transnational*. 2012. Dissertação (Doutorado em Direito) - Université Panthéon-Assas, 2012. Disponível em: <<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/3e147cb6-71da-4292-b171-53e6475fe545>>. Acesso em: 10 maio 2017.

7 ISO. *Deliverables*. Available at: <<https://www.iso.org/deliverables-all.html>>. Access at 05/05/2017>.

8 Denominado no original de *international regulatory co-operation* (IRC). OECD/ISO. *International Regulatory Co-operation and International Organizations: The Case of the International Organization for Standardization (ISO)*, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ISO_Full-Report.pdf>. Acesso em: 28 maio 2017.

9 OECD/ISO. *International Regulatory Co-operation and International Organizations: The Case of the International Organization for Standardization (ISO)*, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ISO_Full-Report.pdf>. Acesso em: 28 maio 2017.

10 OECD/ISO. *International Regulatory Co-operation and International Organizations: The Case of the International Organization for Standardization (ISO)*, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ISO_Full-Report.pdf>. Acesso em: 28 maio 2017.

11 OECD. *International Regulatory Co-operation: The Role of International Organisations in Fostering Better Rules of Globalisation*. Paris: OECD Publishing, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264244047-en>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

12 OECD. *International Regulatory Co-operation: The Role of International Organisations in Fostering Better Rules of Globalisation*.

a outra classificação de propósito específico) de intervenção em diversas áreas da indústria, desde tecnologia à segurança alimentar, saúde e agricultura¹³.

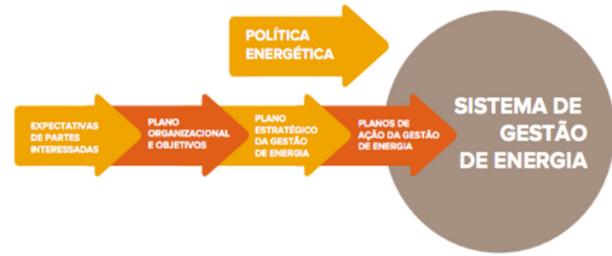
De forma mais objetiva, a ISO é denominada pela UNCTAD como uma organização privada baseada na indústria¹⁴, e já publicou mais de 21300 normas internacionais de padronização e documentos. Uma norma internacional de padronização estabelece regras, diretrizes ou características para atividades ou para seus resultados, visando alcançar o grau ótimo de ordem em um dado contexto, podendo assumir muitas formas. Além da padronização de produtos, outros exemplos incluem: métodos para teste, códigos de conduta, padrões de diretrizes e *padrões de sistemas de gestão*, que é o foco desse estudo.¹⁵

A padronização ISO 50001 possui exatamente esse objetivo: prover bases para a gestão no setor de energia com intuito de tornar mais eficiente os processos dos agentes. Mesmo com a possibilidade de certificação por auditoria em todos os membros em que a organização atua, não se verifica a juridicidade da norma pela sua natureza voluntária e pela ausência de *enforcement*, principalmente pela própria ISO não se considerar como agente regulador.

2.2. Procedimento da ISO 50001 - Sistemas de Gestão de Energia (SGE)

Questiona-se o que é um Sistema de Gestão de Energia (SGE). O SGE ajuda as organizações a gerenciar melhor seu fornecimento e consumo de energia ao longo de todas as etapas operacionais da firma: trata-se de desenvolver e implementar uma política energética, fixar metas para o uso de energia e conceber planos de ação para alcançá-los. Isso pode incluir a implementação de novas tecnologias de eficiência en-

érgica, a redução do desperdício de energia ou a melhoria dos processos em curso de redução de custos de energia.¹⁶



Fonte: Guia para aplicação da norma ABNT NBR ISO 50001¹⁷

A ISO 50001 propõe o desenvolvimento de um sistema de gestão de energia eficaz, e como outros padrões do sistema de gestão ISO, segue o processo *Plan-Do-Check-Act* (planejar-fazer-quebrar-executar) para melhoria contínua, mediante um conjunto de requisitos que permitem às organizações:

1. Planejar: executar a revisão energética e estabelecer a linha de base¹⁸; Reunir dados (indicadores de desempenho energético – IDEs) para melhor compreender e tomar decisões sobre o uso e consumo de energia; Desenvolver uma política para uma utilização mais eficiente, Fixar metas e objetivos para atender a essa política;
2. Fazer: implementar os planos de ação da gestão da energia;
3. Checar: monitorar e medir processos e caracte-

16 ISO. *ISO 50001: energy management systems*. Available at: <https://www.iso.org/files/live/sites/iso.org/files/archive/pdf/en/iso_50001_energy_management_systems.pdf>. Access at: 30 apr. 2017.

17 CU. *Guia para aplicação da norma ABNT NBR ISO 50001*: Instituto Brasileiro do Cobre PROCOBRE. São Paulo: Internacional Copper Association Brazil, 2017. Disponível em: <http://procobre.org/media-center/pt-br/component/jdownloads/send/2-publicacoes/242-guia-para-aplicacao-da-norma-abnt-nbr-iso-50001-gestao-da-energia.html?option=com_jdownloads>. Acesso em: 15 nov. 2017.

18 Linha de base energética: referência quantitativa fornecendo uma base para comparação do desempenho energético. Nota 1: Uma linha de base energética reflete um período de tempo especificado. Nota 2. Uma linha de base energética pode ser normalizada usando variáveis que afetam o uso e/ou consumo de energia, como nível de produção, graus-dia (temperatura exterior) etc. Nota 3. A linha de base energética é também utilizada para cálculo da economia de energia, como uma referência antes e depois da implementação de ações de melhoria de desempenho energético. BRASIL. BRASIL. *ABNT NBR ISO 50001/2011: Sistema de gestão de energia*. São Paulo: ABNT, 2011. p. 10.

Paris: OECD Publishing, 2016. p. 210. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264244047-en>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

13 OECD. *International Regulatory Co-operation: The Role of International Organisations in Fostering Better Rules of Globalisation*. Paris: OECD Publishing, 2016. p. 213. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264244047-en>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

14 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*, n. 4, p. 301, July 1998.

15 ISO. *Deliverables*. Available at: <<https://www.iso.org/deliverables-all.html>>. Access at: 5 may 2017>.

rísticas principais de operações que determinam o desempenho energético em relação à política e objetivos energéticos, e divulgar os resultados obtidos;

4. Executar: tomar ações para melhorar continuamente o desempenho energético e rever a eficácia da política.¹⁹

Esse procedimento é um ciclo permanente no intuito de aprimorar e adequar o sistema dos agentes que adotem a padronização. No entanto, a flexibilidade que os agentes possuem em ativar o ciclo de forma constante, respeitando o contexto de cada um, tende também a flexibilizar a identificação dos resultados, sejam financeiros ou ambientais. Abaixo segue um fluxograma que resume a estrutura da finalidade de implementação do ISO 50001 para SGE:



Fonte: Guia para aplicação da norma ABNT NBR ISO 50001²⁰.

Aprofundando essa questão, cabe ressaltar a distinção entre *normas de padronização* e *normas de desempenho*. Jennifer Clapp, ao analisar o caso da norma ISO 14000, concluiu que a decisão da ISO, em focar para normas de padronização de gestão em contraste em relação às normas de padronização de desempenho (*performance*), ocorreu justamente para se afastar de padrões técnicos já conhecidos para padrões *soft* com significativa relevância em política pública. A ISO argumentou que essa proposta foi adotada para que as normas fossem aplicadas globalmente, já que precisaria somente de agentes que se enquadrassem nas já existentes normas am-

bientais (que são distintas em cada país) e reduziria as chances de ser enquadrada como barreira ao comércio. Também, ao se considerar normas de padronização de gestão, buscou-se atuar mais na prevenção do que na reparação de eventuais danos ambientais, abordagem essa decorrente de observações após a aplicação da ISO 9000.²¹

O escopo da norma ISO 50001 propõe a organização (agente adotante da norma) a busca sistemática para o contínuo melhoramento do desempenho (*performance*) energético, incluindo eficiência energética, uso²² (para que a energia é utilizada) e consumo (quanto é utilizada) de energia.²³ A título crítico, necessário alertar que os termos utilizados pela ISO foram provavelmente utilizados no sentido econômico — e não jurídico — pois, juridicamente, o ato de consumir²⁴ presume a retirada fática e economicamente do mercado do produto/serviço pelo destinatário final²⁵, significando que energia não é direcionada para os fins de produção ou profissionais. A ignorância do conceito jurídico pela norma ISO é corroborada ao se avaliar a própria natureza da norma, que é destinada primordialmente à indústria. Ainda, a eficiência²⁶ é alcançada não apenas na redução do consumo, mas na possibilidade de realizar o mesmo trabalho com menor uso de energia.

Ainda, no mesmo escopo, a norma dispõe que a padronização não prescreve critérios de desempenho (*performance*) específicos em relação à energia, e que pode ser aplicada independentemente ou integrada com outras normas de gestão, como a ISO 14000. Interessante

21 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*, n. 4, p. 302-303, July 1998.

22 Uso de energia: modo ou tipo de aplicação de energia. Exemplos: ventilação, iluminação, aquecimento, resfriamento, transporte, processos, linhas de produção. BRASIL. *ABNT NBR ISO 50001/2011: Sistema de gestão de energia*. São Paulo: ABNT, 2011. p. 12.

23 BRASIL. *ABNT NBR ISO 50001/2011: Sistema de gestão de energia*. São Paulo: ABNT, 2011. p. 5.

24 Consumo de energia: quantidade de energia aplicada. BRASIL. *ABNT NBR ISO 50001/2011: Sistema de gestão de energia*. São Paulo: ABNT, 2011. p. 10.

25 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 300-303.

26 Eficiência energética: Razão ou outra relação quantitativa entre uma saída de desempenho, serviços, produtos ou energia e uma entrada de energia. Nota: tanto a entrada como a saída precisam ser claramente especificadas em quantidade e qualidade e ser mensuráveis. BRASIL. *ABNT NBR ISO 50001/2011: Sistema de gestão de energia*. São Paulo: ABNT, 2011. p. 10.

19 ISO. *ISO 50001: energy management systems*. Available at: <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/iso_50001_energy_management_systems.pdf>. Access at: 30 apr. 2017.

20 CU. *Guia para aplicação da norma ABNT NBR ISO 50001*: Instituto Brasileiro do Cobre PROCOPRE. São Paulo: Internacional Copper Association Brazil, 2017. Disponível em: <http://procobre.org/media-center/pt-br/component/jdownloads/send/2-publicacoes/242-guia-para-aplicacao-da-norma-abnt-nbr-iso-50001-gestao-da-energia.html?option=com_jdownloads>. Acesso em: 15 nov. 2017.

pontuar que a norma se ajusta aos requisitos da organização, incluindo complexidade, grau de documentação e recursos,²⁷ e que a própria norma ISO 50001 refere que:

[...] a aplicação global desta Norma contribui para o uso mais eficiente das fontes de energia disponíveis, para a melhoria da competitividade e para a redução de emissões de gases de efeito estufa e de outros impactos ambientais relacionados. Esta Norma é aplicável independentemente dos tipos de energia²⁸ utilizados.²⁹

A norma ISO 50001 possui objetivos nobres e uma das suas vantagens é sua flexibilização. É possível deduzir que, se houve ações no sentido de buscar mais eficiência no uso e consumo de energia — no sentido econômico — com resultados positivos, logicamente deixou-se de recorrer aos recursos naturais, evitando sua retirada/extração do meio ambiente.

No entanto, a verificação de quais são, efetivamente, os efeitos da aplicação da norma são ainda desconhecidos, em primeiro lugar, por ter sido recentemente emitida, e, em segundo, após devida leitura, verifica-se que sua estrutura é formatada, principalmente, para redução de custos de agentes econômicos; a redução de emissões de gases de efeitos estufa pode ser considerada, portanto, um efeito indireto (externalidade positiva).

3. ANÁLISE DA NORMA ISO 50001 SOB UMA PERSPECTIVA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL GLOBAL

3.1. Teste se a ISO 50001 pode ser considerada norma de direito ambiental global

Para verificar se a ISO 50001 é uma norma de direito ambiental global, necessário perpassar por algumas análises.

27 BRASIL. *ABNT NBR ISO 50001/2011*: Sistema de gestão de energia. São Paulo: ABNT, 2011. p. 5-6.

28 Energia: eletricidade, combustíveis, vapor, calor, ar comprimido e outras formas análogas. Nota 1: Para o propósito desta Norma, energia refere-se às suas diversas formas, incluindo renovável, que podem ser compradas, armazenadas, processadas, utilizadas em equipamentos ou em um processo, ou recuperadas. Nota 2: Energia pode ser definida como a capacidade de um sistema de produzir atividade externa ou realizar trabalho. BRASIL. *ABNT NBR ISO 50001/2011*: Sistema de gestão de energia. São Paulo: ABNT, 2011. p. 10.

29 BRASIL. *ABNT NBR ISO 50001/2011*: Sistema de gestão de energia. São Paulo: ABNT, 2011. p. 7.

Inicialmente, será avaliado se a norma ISO 50001 atende aos critérios de uma norma ambiental transnacional a partir do conceito emitido por Gregory Shaffer e Daniel Bodansky. Afirmam que o direito internacional ambiental é englobado pelo direito ambiental transnacional, esse último mais amplo que o primeiro, assim transcrito:

Transnational environmental law encompasses all environmental law norms that apply to transboundary activities or that have effects in more than one jurisdiction. By legal norms, we refer broadly to those that lay out behavioural prescriptions issued by an authoritative source in a written form, whether or not mandatory or backed by a dispute settlement or other enforcement system. The concept of transnational environmental law thus includes national environmental regulation that has horizontal effects across jurisdictions – for example, by providing regulatory models to other countries or by applying to or affecting the behaviour of producers and consumers within them. It also includes the development of standards by private actors that have effects across borders, such as through product certification and labelling regimes. In practice, the transnational environmental law process sometimes includes international law as part of a single diachronic law-making process, but oftentimes does not. [...] Substantively, transnational environmental law has major effects across borders. Procedurally, it often affects constituencies having little or no input in its formation, raising questions of its legitimacy.³⁰

Normas de padronização, mesmo voluntárias, que podem ser adotadas num âmbito global por quaisquer organizações, pública ou privadas, tendem a emanar efeitos em diversas jurisdições domésticas, podendo, dependendo da atuação do agente (como uma empresa transnacional), atingir jurisdições múltiplas em escala global.

Salienta-se que o direito ambiental transnacional se tornou relevante em razão que dispensa tanto a adoção formal de um tratado com regras amplas e restritivas como o reconhecimento e coação formal por Tribunais do direito internacional costumeiro.³¹

Por possuir atuação global, normas de padronização emitidas por atores privados, como a ISO, poderiam ser consideradas como parte do direito ambiental transna-

30 SHAFFER, Gregory; BODANSKY, Daniel, Transnationalism, Unilateralism and International Law. *Transnational Environmental Law*, v. 1, n. 1, p. 2, 2012.

31 SHAFFER, Gregory; BODANSKY, Daniel, Transnationalism, Unilateralism and International Law. *Transnational Environmental Law*, v. 1, n. 1, p. 3, 2012.

cional. No entanto, necessário verificar outros critérios para o enquadramento dessa hipótese, como legitimidade³² do ator emissor da norma, objetivo material da norma e seus possíveis impactos.

Em relação à legitimidade, buscou-se verificar a origem do órgão e sua aceitação no cenário global. A ISO foi criada no pós 2ª Guerra Mundial e foi crescendo e recebendo maior relevância diante da necessidade de padronizar os produtos e serviços, justamente porque estes, ao longo do tempo, se tornavam cada vez mais globais. O aumento do fluxo comercial internacional, fortificado por regras multilaterais principalmente representadas pela OMC, levou à necessidade de uma ampliação do escopo e atualizações das normas de padronização.

Talvez a omissão dos Estados em se preocuparem com determinados setores como segurança, estabilidade monetária, efetividade de normas e bens públicos, em razão da rápida aceleração de mudanças tecnológicas e os altos custos a elas associados, foi a janela para que agentes econômicos se preocupassem em adotar normas envolvendo otimização da produção na era da globalização.³³

Códigos voluntários, como princípios estabelecidos no *Coalition for Environmentally Responsible Economies* (CERES), o programa de responsabilidade do *Chemical Manufacturers Association* (CMA) e a carta de negócios para o desenvolvimento sustentável do *International Chamber of Commerce* (ICC)³⁴, foram estabelecidos para que as firmas possam estabelecer seus próprios objetivos mediante processos de gestão. No entanto, nenhum dos códigos estabelece performances específicas que devem ser atingidas ou padrões de emissões, fato que diferencia de normas estatais que em regra estabelecem metas de performance/desempenho. A norma ISO 14001, bem como a ISO 50001, se tornam atrativas pela sua natureza global e comum a todos seus membros, e também

por permitir ao agente estabelecer suas próprias metas conforme sua capacidade, considerando uma norma menos intrusiva que normas de comando e controle (normas impositivas) do Estado.³⁵

Após 70 anos, a ISO possui hoje 162 membros, o que, à primeira vista, poder-se-ia deduzir a massiva representatividade na elaboração das normas. A maioria dos membros (120) são de fato membros *plenos* com poder de participação e voto nas reuniões técnicas. Os demais 39 membros *correspondentes* não possuem poder de voto e estão limitados como observadores das reuniões técnicas. Ambos podem vender e adotar as normas no âmbito doméstico. Por fim, os membros *assinantes* são incipientes e possuem a faculdade de, somente, se atualizar sobre as novidades da organização sem poder vender e adotar as normas nacionalmente.³⁶ No entanto, mesmo com alto número de membros, emerge a questão até que ponto os membros, efetivamente, participam e influenciam da elaboração das normas de normalização a serem emitidas em razão da desigualdade (econômica, política e social) entre os países. Em regra, são países desenvolvidos que tomam a iniciativa em razão da maior facilidade de financiamento dos técnicos para elaboração das medidas.³⁷

Apesar da existência de críticas em relação à participação dos países para elaboração das normas, no caso da ISO 50001, houve maior representação de países em desenvolvimento, como o Brasil, representado pela ABNT. Conforme Mckane et al.:

[...] the Technical Management Board of ISO approved the establishment of a new project committee (PC 242 – Energy Management) to develop the new ISO Management System Standard for Energy. American National Standards Institute (ANSI) and the Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) jointly serve as the Secretariat to

32 Because transnational environmental law often involves the imposition of rules by one actor on another – whether by the state itself or by industry or private NGOs leveraging a state's market power – it can raise questions of legitimacy. SHAFFER, Gregory; BODANSKY, Daniel, Transnationalism, Unilateralism and International Law. *Transnational Environmental Law*, v. 1, n. 1, p. 7, 2012.

33 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*, n. 4, p. 298, July 1998.

34 ICC. Available at: <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/01/ICC-Business-Charter-for-Sustainable-Development.pdf>> Access at: 10 May 2017.

35 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*, n. 4, p. 299-300, July 1998.

36 ISO. ISO: a global network of national standards bodies. [...] Full members (or member bodies) influence ISO standards development and strategy by participating and voting in ISO technical and policy meetings. Full members sell and adopt ISO International Standards nationally. Correspondent members observe the development of ISO standards and strategy by attending ISO technical and policy meetings as observers. Correspondent members can sell and adopt ISO International Standards nationally. Subscriber members keep up to date on ISO's work but cannot participate in it. They do not sell or adopt ISO International Standards nationally. Disponível em: <<https://www.iso.org/members.html?m=MB>>. Acesso em: 15 maio 2017.

37 DILLER, Janelle M. Private standardization in public International lawmaking. *Michigan Journal of International Law*, v. 33, n. 481, p. p. 492-493, 2011/2012.

PC 242 to lead development of ISO 50001. This standard will establish an international framework for industrial, commercial, or institutional facilities, or entire companies, to manage their energy, including procurement and use. The standard will provide organizations and companies with technical and management strategies to increase energy efficiency, reduce costs, and improve environmental performance. Corporations, supply chain partnerships, utilities, energy service companies, and others are expected to use ISO 50001 as a tool to reduce energy intensity and carbon emissions in their own facilities (as well as those belonging to their customers or suppliers) and to benchmark their achievements. To foster development of the standard, UNIDO and the Standardization Administration of China (SAC) jointly hosted an international meeting in Beijing in April 2008 to initiate a dialogue on harmonization of national and regional standards in preparation for the first meeting of ISO PC 242. The first meeting of ISO PC 242 was held in September 2008 in Washington, DC with participation by delegates from 25 countries from all regions of the world, as well as representation from UNIDO, which has liaison status. The goal of ISO PC 242 is to develop the new management system ISO 50001 on an accelerated schedule. Between the first meeting in September and the second meeting in March 2009 in Rio de Janeiro, Brazil, ISO PC 242 produced two working drafts for expert review and comment by member countries (35 as of March 2009). At the March meeting, a decision was made to go to Committee Draft (CD) in June 2009, following additional expert review and input. This puts development of ISO 50001 on track for publication in early 2011.³⁸

A ISO é legítima naquilo que se propõe que é emitir normas de padronização. No entanto, peca em razão de ela não possuir como meta a fiscalização no cumprimento de suas normas, ou seja, o *enforcement* não é exigido. Por um viés carece de elemento basililar para ser considerado como uma norma jurídica³⁹. Por outro, YANG e PERCIVAL consideram que a família ISO 14000 pode ser considerada como um indício de norma ambiental global por colaborar com a harmonização da padronização ambiental, mas não cita critérios e não aprofunda análise relativa à natureza jurídica.⁴⁰

38 MCKANE, Aimee et al. *Thinking Globally*. How ISO 50001 - Energy Management can make industrial energy efficiency standard practice. 2010. p. 10-11. Available at: <<http://escholarship.org/uc/item/92d8q553>>. Access at: 10 may 2017.

39 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 99-104.

40 All three processes—transplantation, convergent evolution, and integration and harmonization—have helped to spread environmental law principles across the globe and unify it as a field. YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. The Emergence of Global Envi-

O foco da ISO 50001, desde a sua concepção, é fornecer às organizações e empresas estratégias técnicas e administrativas para aumentar a eficiência energética, reduzir custos e melhorar o desempenho ambiental. Esse último objetivo tende a estar no plano secundário das prioridades, tanto da norma, quanto dos agentes, como se verificará a seguir.

3.2. Possíveis efeitos e críticas em relação a ISO 50001

Para verificar se os efeitos podem ser considerados um critério para identificação de uma norma ambiental global, verificaram-se seus impactos e comparações com outras normas similares.

A ISO 14000, relativa à padronização de gestão ambiental, é considerada uma norma sob um regime híbrido público-privado, incentivada pelas organizações públicas e privadas. Mas desde seu nascimento, já havia a preocupação de identificar se a adoção voluntária de normas privadas seria capaz de atingir os objetivos de proteção ambiental como a promoção de processos limpos de produção tanto em países industrializados como pouco industrializados, conforme disposto na Agenda 21. Da mesma forma que ocorre com a ISO 50001, a ISO afirmava que a adoção dessa norma procurava atingir o desenvolvimento sustentável articulado pela *UN Conference on Environment and Development* (UNCED) ajudando os agentes a lidar com os efeitos negativos do setor industrial.⁴¹

Críticas emergiam no sentido de considerar essas normas de padronização como um novo instrumento de lavagem cerebral do público (*greenwashing*)⁴² enquanto persistiam práticas duvidosas principalmente nos países em desenvolvimento como na Ásia, África e América Latina. Questionava-se, também, legitimidade da ISO em estabelecer normas globais em razão da falta de transparência e participação dos seus membros na

ronmental Law. *Vermont Law School Research*, n. 36, p. 639-640, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1269157>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

41 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*, n. 4, p. 295-296, July 1998.

42 CLAPP, Jennifer; THISTLETHWAITE, Jason. Private Voluntary Programs in Environmental Governance: Climate Change and the Financial Sector. In: SCHNEIDER, Ronit (Ed.). *Business and Climate Policy: the Potentials and Pitfalls of Private Voluntary Programs*. New York: United Nations University Press, 2012. p. 74.

sua elaboração, bem como os efeitos dessas normas em países em desenvolvimento (menos representados na organização⁴³).

Questionou-se o grau de influência sobre os países em desenvolvimento de normas elaboradas por atores baseados no mercado e aceitas por inúmeros Estados e organizações intergovernamentais. Duas implicações foram tecidas: (i) ausência de representação dos países em desenvolvimento na elaboração das normas com pouco acesso à informação dos padrões que estão sendo criados, gerando (ii) desequilíbrio na incorporação dos padrões pela ausência de um contexto similar ao concebido quando da criação da norma de padronização, e ausência de previsão de incorporação de transferência de tecnologia. O conteúdo e o alto custo de implementação das normas dificultam a efetividade da norma em países em desenvolvimento.⁴⁵

Nesse contexto, um efeito — e um problema — que pode surgir é a tentativa de determinados países em desenvolvimento desejarem reduzir seus padrões mínimos de proteção ambiental ao nível dos padrões estabelecidos pela ISO; ou seja, empresas e organizações que estiverem certificadas deixam de estar obrigadas a cumprir os padrões jurídicos domésticos, ou os próprios países iniciem uma corrida ao fundo do poço (*race to the bottom*) publicando leis menos protetivas⁴⁶, o que não pode ser admitido.

A discriminação de agentes por não aderirem à certificação pode levar a prejuízos substantivos no momento que seus compradores exigirem dos fornecedores a certificação, principalmente quando se trata de firmas exportadoras em países em desenvolvimento para países desenvolvidos. A certificação ISO se torna uma condição para estabelecer negócios no mercado global, cujo custo é difícil de ser absorvido por empresas de pequeno e médio porte.⁴⁷

43 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*, n. 4, p. 302, July 1998.

44 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world, *Global Governance*, n. 4, p. 296, July 1998.

45 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*, n. 4, p. 306, July 1998.

46 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*, n. 4, p. 310, July 1998.

47 CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*,

Para tanto, mesmo que a adesão de normas de padronização não seja por imposição, ela pode ocorrer por pressões comerciais (concorrência), sociais ou por mero ato de vontade. Pode ocorrer que alguns países internalizem as normas ISO, significando que o conteúdo similar à norma seja aprovado pelo poder legislativo com sanção pelo executivo, emergindo caráter compulsório, como referido acima.⁴⁸

Outro efeito emerge na hipótese de conflito de normas de padronização, quando normas com padrões similares podem afetar a efetivação. Um exemplo apontado refere-se à adoção da norma publicada em julho de 2009, pelo *European Standard EN 16001 on the Energy Management Systems*, em que os agentes tiveram que se adequar à norma posterior ISO 50001 em razão do seu caráter global e pela identificação de distinções entre elas.⁴⁹

As normas voluntárias privadas possuem o benefício de poderem ser aplicadas por uma gama ampla de atores, de forma transfronteiriça, desde que não violem princípios gerais de direito, mas apresentam obstáculos que devem ser salientados.

Os problemas incluem questões como ausência de implementação e efetividade, priorização de medidas de redução de custos em relação a outras, tendência de rashear procedimentos em vez de desempenho, altas complexidade, baixas taxas de participação e potencial para aflorar as desigualdades entre empresas de países desenvolvidos e de países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos. Desses pontos aglomerados emergem dois problemas relevantes para os programas voluntários como a ausência de mínima transparência por parte das empresas e o prejuízo da eficácia dos programas em termos de desempenho ambiental tangível. A presença desses problemas suscita sérias dúvidas sobre a viabilidade de programas voluntários privados como uma âncora fundamental para a promoção internacional da sustentabilidade ambiental, e serão discutidos em relação aos esquemas existentes no setor financeiro.⁵⁰

n. 4, p. 311, July 1998.

48 D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 151.

49 DUGLIO, Stefano. *Energy Management Systems: from EN 16001 to ISO 50001*. Department of Commodity Science - Faculty of Business and Economics, Turin, Italy. Available at: <<http://www.crd-aida.ro/RePEc/rdc/v2i4/4.pdf>>. Access at: 10 May 2017.

50 CLAPP, Jennifer; THISTLETHWAITE, Jason. Private Voluntary Programs in Environmental Governance: Climate Change and the Financial Sector. In: SCHNEIDER, Ronit (Ed.). *Business and Cli-*

A principal crítica esbarra na natureza voluntária que tende enfraquecer o cumprimento e monitoramento dos procedimentos. Outra crítica é que muitos programas de certificação priorizam medidas para a redução de custos do que medidas para proteção ambiental, que eventualmente podem ser mais caras. Em relação à eficiência energética, há um duplo benefício que é a economia financeira pela redução do consumo e a coincidência de reduzir a emissão de gases causadores do efeito estufa por deixar de consumir. No entanto, essa coincidência pode desaparecer em outras atividades levando à ausência de adoção voluntária de medidas quando os custos financeiros não são reduzidos. Dessa forma, o cumprimento de tais padrões, geralmente, gera poucos benefícios ambientais reais.⁵¹ Vale ressaltar que proteção ambiental não significa somente reduzir emissões de gás de efeito estufa, mas também buscar avaliar outras atividades como consumo e qualidade da água, resíduos sólidos, substâncias tóxicas, em que a ISO 50001 não se preocupa.

Os programas voluntários privados sofrem críticas porque em regra focam para padronização de procedimentos, práticas de gerenciamento ou procedimentos de relatório, e deixam de focar em resultados concretos em termos de desempenho ambiental, como salientado na primeira parte. Uma série de princípios e códigos exigem que as empresas se comprometam com a “melhoria contínua”, mas não estabelecem padrões mínimos de desempenho.⁵²

Clapp conclui que os programas de certificação não apenas não conseguem reduzir as emissões de gases causadores do efeito estufa (GEE) no nível da empresa adotante, diante da complexidade e alto custo para medições dos gases emitidos, mas também afetam a identificação pelo setor financeiro dos reais benefícios, impossibilitando às indústrias (principalmente as médias e pequenas) alavancar o acesso ao capital como um incen-

tivo para reduzir as emissões de GEE. Nessa perspectiva, não só os programas privados voluntários de mudança climática oferecem pouco valor ambiental, mas pouco incentivo para que o setor financeiro aproveite sua riqueza como fonte de mitigação setorial cruzada da mudança climática. Como resultado dessa análise, ela afirma que a redução dos mecanismos regulatórios estatais em prol de iniciativas voluntárias corporativas tornará pouco eficaz as medidas para conter emissões de GEE e de evitar os prejuízos dos impactos da mudança do clima.⁵³

De toda sorte, apesar das dificuldades em implementar normas de padronização em países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos, e em pequenas e médias empresas, existem iniciativas isoladas no âmbito do Global Environment Facility (GEF), traduzido como Fundo Global para o Meio Ambiente (fundado em 1991). Atualmente, o GEF é um dos maiores financiadores de projetos ambientais de alcance global, que trabalha especificamente com diversas organizações da sociedade civil, o setor privado, assim como também com as instituições internacionais. Reúne 183 países por meio de cooperação internacional, e possui a finalidade de apoiar na implementação de todas as esferas que conformam o desenvolvimento sustentável.

Um dos projetos que aborda a ISO 50001 é denominado de *Promoting Industrial Energy Efficiency through Energy Management Standard, System Optimizaton and Technology Incubation* na Índia⁵⁴, exemplo de uma cooperação com diversos atores para tornar efetivas normas privadas de eficiência energética. O projeto foi concebido em 2012 e em julho de 2015 foi aprovado para execução (ainda pendente de conclusão). Ele possui o propósito duplo de:

- i) promoting energy efficiency by introducing ISO energy management standard 50001 and integrating system optimization practices in industry and ii) facilitating formation of technology incubators to catalyze innovation and technology transfer for cross-cutting technologies⁵⁵.

mate Policy: the Potentials and Pitfalls of Private Voluntary Programs. New York: United Nations University Press, 2012. p. 70-71.

51 CLAPP, Jennifer; THISTLETHWAITE, Jason. Private Voluntary Programs in Environmental Governance: Climate Change and the Financial Sector. In: SCHNEIDER, Ronit (Ed.). *Business and Climate Policy: the Potentials and Pitfalls of Private Voluntary Programs.* New York: United Nations University Press, 2012. p. 71-72.

52 SETHI, EMELIANOVA, 2006. Apud CLAPP, Jennifer; THISTLETHWAITE, Jason. Private Voluntary Programs in Environmental Governance: Climate Change and the Financial Sector. In: SCHNEIDER, Ronit (Ed.). *Business and Climate Policy: the Potentials and Pitfalls of Private Voluntary Programs.* New York: United Nations University Press, 2012. p. 72-73.

53 CLAPP, Jennifer; THISTLETHWAITE, Jason. Private Voluntary Programs in Environmental Governance: Climate Change and the Financial Sector. In: SCHNEIDER, Ronit (Ed.). *Business and Climate Policy: the Potentials and Pitfalls of Private Voluntary Programs.* New York: United Nations University Press, 2012. p. 93.

54 GEF Índia case n. 4893. Promoting Industrial Energy Efficiency through Energy Management Standard, System Optimizaton and Technology Incubation. Available at: <https://www.thegef.org/sites/default/files/project_documents/04-10-2012-ID4893-India-ProjectReview_0.pdf>. Access at: 5 abr. 2017.

55 GEF. *STAP Scientific and Technical screening of the Project Identifi-*

No próprio corpo do documento referido⁵⁶, verifica-se a preocupação em relação ao treinamento de pessoas suficientes a implementarem a complexa medida devido à densidade populacional e ao tamanho do país. A execução e o financiamento do projeto é conjunto, envolvendo os seguintes atores conforme tabela extraída do documento do caso da Índia:

Sources of Co-financing	Name of Co-financier (source)	Type of Co-financing	Cofinancing Amount (\$)
National Government	Bureau of Energy Efficiency (BEE)	In-kind	2,200,000
National Government	Ministry of Micro, Small and Medium Enterprises (MSME)	In-kind	1,000,000
Others	Energy Efficiency Services Limited (EESL) ⁵⁷	Investment	20,000,000
Others	Small Industries Development Bank of India (SIDBI)	Loans	3,560,000
GEF Agency	UNIDO	Cash	100,000
Total Co-financing			26,860,000

Fonte: GEF. p. 3. Available at: <https://www.thegef.org/sites/default/files/project_documents/07-01-2015_Council_document_0.pdf>. Access at: 5 apr. 2017.

Interessante demonstrar as ações específicas para proceder na melhoria da eficiência energética mediante o sistema de padronização ISO 50001, abaixo discriminadas:

Project Component	Expected Outputs	Project Component	Expected Outputs
1. National program to build capacity and awareness on the ISO Energy Management Standard 50001 and system optimization.	1.1 Enhancing institutional capacity of BIS for promotion of ISO 50001; 1.2 National awareness campaigns on ISO 50001 and high level management officials from 1000 industrial enterprises sensitized on usage and benefits of the ISO 50001; 1.3 Capacity development of certification agencies for awarding ISO 50001 standard; 1.4 National energy auditor and manager training curriculum is strengthened; 1.5 100 national experts trained to implement ISO 50001 and 100 national experts trained on system optimization in steam, compressed air and pumping systems; 1.6 Training of 800 industrial technical personnel on energy management systems and 600 industrial technical personnel on system optimization. Suppliers of energy efficient products and services also trained on system optimization.	1. Programme to identify energy intensive clusters and replicable technologies.	1.1.1 Objective and transparent mechanism for cluster level technology benchmarking established; 1.2.1 Tool kit of identified technologies prepared.

Fonte: GEF. p. 5. Available at: <https://www.thegef.org/sites/default/files/project_documents/07-01-2015_Council_document_0.pdf>. Access at: 5 apr. 2017.

ation Form (PIF). Available at: <https://www.thegef.org/sites/default/files/project_documents/4893-2012-05-01-202750-STAPReviewAgency_0.pdf>. Access at: 5 abr. 2017.

56 GEF. Índia case n. 4893. Promoting Industrial Energy Efficiency through Energy Management Standard, System Optimization and Technology Incubation. Available at: <https://www.thegef.org/sites/default/files/project_documents/04-10-2012-ID4893-India-ProjectReview_0.pdf>. Access at: 5 abr. 2017. *Does the proposal clearly articulate how the capacities developed, if any, will contribute to the sustainability of project outcomes? MY, 3/22/2012. Not at this time. India is a large country. The numbers of people to be trained during the project (60 experts to implement ISO 50001, 60 in system optimization, and 400 industrial technical personnel) are not enough. Please specify sustainability of the project. Will these trained people become trainers during and the project implementation? If so, how will this ongoing training be guaranteed? MY, 4/10/2012. PIF revised and cleared. The project will provide training for 1,400 local professionals.*

Em abril de 2017, o GEF anunciou, no Sustainable Energy for All Forum in New York, que terá como priorizará investimentos em energia sustentável, apoiando o programa *SEforALL Industrial Energy Efficiency Accelerator* promovido pela *United Nations Industrial Development Organization* (UNIDO) e o *Carbon Trust*. Prevê ações sobre eficiência energética em mais de 15 países até 2025.⁵⁷ A inexistência de dúvida sobre o investimento nesse tipo de ação se deve ao claro aspecto de que seus efeitos afetam tanto a redução de custos como a redução de emissão de gases de efeito estufa e extração de recursos naturais. Mais uma vez comprova-se que, nessa medida, há uma coincidência de efeitos, e a proteção do meio ambiente é um efeito indireto.

O Brasil possui o Projeto n. 2941 relacionado com eficiência energética⁵⁸, denominado de Projeto 3E — Eficiência Energética em Edificações — promovido pelo Ministério do Meio Ambiente e financiado pelo GEF e demais parceiro, assim descrito:

The broad development goal of the project is to provide affordable, reliable, and sustainable sources of financing in Brazil to accelerate market penetration of energy efficient technologies for buildings through the removal of various and specific market barriers. The project will contribute to improve energy efficiency in the commercial and public buildings sectors by 5.617 million MWh of electricity over 20 years, and directly reduce greenhouse gas emissions by 2.820 million ton CO2 equivalent over the same period. It will reinforce the local economy by decreasing the dependency of the country on imported fossil fuel and reducing building operation costs for project owners/operators. The project promotes cross-convention synergy by reducing GHG and CFC emissions through improving energy efficiency in buildings.⁵⁹

Nesse Projeto não houve abordagem à norma ISO 50001 pela provável razão de não se enquadrar na sua essência, que está diretamente relacionada com eficiência energética em sistemas industriais.

Os resultados práticos ainda são incipientes, provavelmente pelos altos custos e por ser uma certificação recente, de 2011. Verifica-se que poucas empresas pos-

57 GEF. *GEF supports new investments in sustainable energy*. Available at: <<https://www.thegef.org/news/gef-supports-new-investments-sustainable-energy>>. Access at: 15 abr. 2017.

58 BRASIL. *Projeto 3E*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/component/k2/item/10577-p-r-o-j-e-t-o-3e>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

59 GEF. Available at: <https://www.thegef.org/sites/default/files/project_documents/PIMS%25203665%2520BRA%2520PRODOC%2520Rev%2520Submission%2520FINAL%2520May07.pdf>.

suem a certificação no Brasil, mas denotam-se algumas práticas como adoção de lâmpadas de LED por atores em geral, mas insuficientes para atingir o grau de certificação. No âmbito global, até 2015, um total de 11.985 certificados ISO 50001 foram emitidos, um acréscimo de 77% em relação a 2014. Esse crescimento se deve, principalmente, ao fato dos standards serem relativamente recentes no mercado.⁶⁰

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O termo *norma global* considera que os sujeitos são múltiplos e os efeitos são transfronteiriços ou extra-territoriais, ignorando o obstáculo jurisdicional fundado na ideia da soberana fronteira política dos Estados para ser aplicada. Nessa linha, uma norma ISO pode ser considerada como uma norma privada a ser aplicada por todas as organizações que desejarem uma gestão de qualidade do produto ou serviço de caráter discricionário, conforme a seus planos de gerenciamento estratégicos de negócios. Especificamente, a norma ISO 50001 para SGE é considerada um dispositivo internacional de implementação voluntária por parte das firmas com finalidade econômica de auxiliar a redução e otimização dos custos de consumo de energia em todas suas fases operacionais, tendo como premissa a ostentação de uma “eficiência energética sustentável”. Firms energo-intensivas (com alta intensidade no consumo de energia), como siderúrgicas, tendem a se interessar mais pela norma já que possuem interesse em reduzir seus expressivos custos.

Ficou demonstrado que a ISO 50001 possui a coincidência de gerar efeitos tanto na redução de custos com redução de emissão de GEE e redução da extração de recursos naturais. Deve-se considerar também que, caso a fonte energética da firma já for renovável, os efeitos indiretos de proteção ambiental tendem a ser menores, mas os custos serão ainda mais reduzidos.

Portanto, a ISO 50001 para Sistemas de Gestão de Energia não deve ser considerada uma fonte de Direito Ambiental Global em razão que sua natureza está destinada para fins econômicos, já que a ISO não se considera um ator regulador — e nem é esse seu pro-

pósito. A finalidade está arraigada na busca da otimização dos custos de produção dos bens produzidos, isto é, sobre a redução de todos seus custos de transações operacionais localizados na cadeia de valor organizacional. Por ser uma norma de procedimento, a ausência de estabelecimento de metas caracterizada por normas de desempenho impossibilita qualquer tentativa de *enforcement*, que não é um desejo nem objeto da ISO. Ainda, a proteção ambiental não é o propósito principal, apenas um efeito indireto, e a concorrência entre as firmas para demonstrar uma atividade empresarial sustentável na busca por mercado tende a ser uma forte razão para a adoção da ISO 50001.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *ABNT NBR ISO 50001/2011: Sistema de gestão de energia*. São Paulo: ABNT, 2011.

BRASIL. *Projeto 3E*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/component/k2/item/10577-p-r-o-j-e-t-o-3e>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Majer. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003. v. 1.

CLAPP, Jennifer. The privatization of global environmental governance: ISO 14000 and the developing world. *Global Governance*, n. 4, p. 295-316, July 1998.

CLAPP, Jennifer; THISTLETHWAITE, Jason. Private Voluntary Programs in Environmental Governance: Climate Change and the Financial Sector. In: SCHNEIDER, Ronit (Ed.). *Business and Climate Policy: the Potentials and Pitfalls of Private Voluntary Programs*. New York: United Nations University Press, 2012. p. 61-100.

CU. *Guia para aplicação da norma ABNT NBR ISO 50001*: Instituto Brasileiro do Cobre PROCOBRE. São Paulo: Internacional Copper Association Brazil, 2017. Disponível em: <http://procobre.org/media-center/pt-br/component/jdownloads/send/2-publicacoes/242-guia-para-aplicacao-da-norma-abnt-nbr-iso-50001-gestao-da-energia.html?option=com_jdownloads>. Acesso em: 15 nov. 2017.

D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Direito ambiental econômico e a ISO 14000*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

60 ISO. *Survey*. Available at <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/standards/conformity_assessment/certification/doc/survey_executive-summary.pdf>. Access at: 15 may 2017.

- DILLER, Janelle M. Private standardization in public International lawmaking. *Michigan Journal of International Law*, v. 33, n. 481, 2011/2012.
- DUGLIO, Stefano. *Energy Management Systems: from EN 16001 to ISO 50001*. Department of Commodity Science - Faculty of Business and Economics, Turin, Italy. Available at: <<http://www.crd-aida.ro/RePEc/rdc/v2i4/4.pdf>>. Access at: 10 may 2017.
- GEF. Available at: <https://www.thegef.org/sites/default/files/project_documents/PIMS%25203665%2520BRA%2520PRODOC%2520Rev%2520Submission%2520FINAL%2520May07.pdf>.
- GEF. *GEF supports new investments in sustainable energy*. Available at : <<https://www.thegef.org/news/gef-supports-new-investments-sustainable-energy>>. Access at: 15 abr. 2017.
- GEF. Índia case n. 4893. Promoting Industrial Energy Efficiency through Energy Management Standard, System Optimizaton and Technology Incubation. Available at: <https://www.thegef.org/sites/default/files/project_documents/04-10-2012-ID4893-India-ProjectReview_0.pdf>. Access at: 5 abr. 2017.
- GEF. *STAP Scientific and Technical screening of the Project Identification Form (PIF)*. Available at: <https://www.thegef.org/sites/default/files/project_documents/4893-2012-05-01-202750-STAPReviewAgency_0.pdf>. Access at: 5 abr. 2017.
- HEYVAERT, Veerle. The Transnationalization of Law: Rethinking Law through Transnational Environmental Regulation. *Transnational Environmental Law*, p. 1–32, 2017.
- ICC. Available at: <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/01/ICC-Business-Charter-for-Sustainable-Development.pdf>>. Access at: 10 may 2017.
- ISO. *Deliverables*. Available at: <<https://www.iso.org/deliverables-all.html>>. Access at 05/05/2017>.
- ISO. *ISO 50001: energy management systems*. Available at: <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/iso_50001_energy_management_systems.pdf>.
- ISO. *Survey*. Available at <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/standards/conformity_assessment/certification/doc/survey_executive-summary.pdf>. Access at: 15 may 2017.
- KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal of International Law*, p. 553–579, 2002.
- LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. The fragmented governance of the global energy economy: a legal-institutional analysis. *The Journal of World Energy Law & Business*, 2013.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MCKANE, Aimee et al. Predicting the quantifiable impacts of ISO 50001 on climate change mitigation. *Energy Policy*, v. 107, p. 278–288, 2017. there is no transparent, consistent process to estimate the potential impacts of its implementation. This paper presents the ISO 50001 Impacts Methodology, an internationally-developed methodology to calculate these impacts at a national, regional, or global scale suitable for use by policymakers. The recently-formed ISO 50001 Global Impacts Research Network provides a forum for policymakers to refine and encourage use of the methodology. Using this methodology, a scenario with 50% of projected global industrial and service sector energy consumption under ISO 50001 management by 2030 would generate cumulative primary energy savings of approximately 105 EJ, cost savings of nearly US \$700 billion (discounted to 2016 net present value
- MCKANE, Aimee et al. *Thinking Globally: How ISO 50001 - Energy Management can make industrial energy efficiency standard practice*. 2010. Available at: <<http://escholarship.org/uc/item/92d8q553>>.
- OECD. *International Regulatory Co-operation: The Role of International Organisations in Fostering Better Rules of Globalisation*. Paris: OECD Publishing, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264244047-en>>. Acesso em: 8 ago. 2017.
- OECD/ISO. *International Regulatory Co-operation and International Organizations: The Case of the International Organization for Standardization (ISO)*, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ISO_Full-Report.pdf>.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SARROUF, Muriel. Les normes privées relatives à la qualité des produits: étude d'un phénomène ju-

ridique transnational. 2012. Dissertação (Doutorado em Direito) - Université Panthéon-Assas, 2012. Disponível em: <<https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/3e147cb6-71da-4292-b171-53e6475fe545>>. Acesso em: 10 maio 2017.

SHAFFER, Gregory; BODANSKY, Daniel. Transna-

tionalism, Unilateralism and International Law. *Transnational Environmental Law*, v. 1, n. 1, p. 31–41, 2012.

YANG, Tseming; PERCIVAL, Robert V. The Emergence of Global Environmental Law. *Vermont Law School Research*, n. 36, p. 9, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1269157>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O desafio do estabelecimento da governança energética com base no modelo do Direito Administrativo Global: estudo de caso das energias renováveis
The challenge of establishing energy governance from the Global Administrative Law model: a case study of renewable energies

Alice Rocha da Silva

Othon Pantoja Oliveira de Azevedo

O desafio do estabelecimento da governança energética com base no modelo do Direito Administrativo Global: estudo de caso das energias renováveis*

The challenge of establishing energy governance from the Global Administrative Law model: a case study of renewable energies

Alice Rocha da Silva**

Othon Pantoja Oliveira de Azevedo***

RESUMO

O Direito Administrativo Global – DAG pode ser considerado enquanto metodologia ou instrumental de efetivação de políticas ambientais, sendo interessante a análise de tal aplicabilidade no caso específico das políticas relacionadas às energias renováveis no combate ao aquecimento global. Partindo da demonstração das limitações do Direito Internacional Público para com a formação de uma governança global de energias renováveis, em razão de suas dificuldades diplomáticas, ocasionando uma descentralização de atores privados em paralelo com a atuação híbridas entre público e privado, utiliza-se a metodologia do DAG para o aperfeiçoamento de tal governança. Tal desafio mostra-se passível de superação ou ao menos aperfeiçoamento a partir da criação de novas instituições transgovernamentais capazes de reunir preocupações ambientais, do apoio ao investimento em setor energético e da transferência tecnológica e aproximação regulatória. Nesse sentido, a formulação de políticas públicas ambientais de forma eficaz perpassa, substancialmente, o fortalecimento da democracia participativa por meio da sociedade civil organizada e pelo controle jurisdicional, passando por um importante precedente que é o Caso Urgenda, na Holanda.

Palavras-Chave: Direito Administrativo Global; políticas públicas ambientais; aquecimento global; Direito Internacional Público; governança global; novas instituições; setor energético sociedade civil organizada; democracia participativa; controle jurisdicional.

ABSTRACT

The Global Administrative Law - DAG can be considered as a methodology or instrumental for the implementation of environmental policies, and it is interesting to analyze such applicability in the specific case of policies related to renewable energies in the fight against global warming. Based on the demonstration of the limitations of the Public International Law to the formation of a global governance of renewable energies, due to its diplo-

* Recebido em 06/11/2017
Aprovado em 19/12/2017

** Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, França. Mestre em Direito pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB). Email: rochaalice@yahoo.com.br

*** Mestrando do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Uniceub. E-mail: othon.pantoja@gmail.com

matic difficulties, causing a decentralization of private actors in parallel with the hybrid action between public and private, the methodology is used of DAG for the improvement of such governance. This challenge can be overcome or at least improved through the creation of new trans-governmental institutions capable of gathering environmental concerns, supporting investment in the energy sector, and technological transfer and regulatory approximation. In this sense, the formulation of environmental public policies effectively goes through the strengthening of participatory democracy through organized civil society and judicial control, passing an important precedent that is the Urgenda Case in the Netherlands.

Keywords: Global Administrative Law; Public policy; Global warming; International Public Law; Global governance; New institutions; Energy sector; organized civil society; Participatory democracy; Jurisdictional control.

1. INTRODUÇÃO

A metodologia empregada pelo Direito Administrativo Global (DAG) pode ser aplicada para o controle e efetividade das políticas ambientais globais. Tendo em vista a dimensão da análise proposta, o enfoque será estabelecido para a aplicabilidade dessa metodologia ao setor de energia e mais especificamente como mecanismo de articulação de uma governança ambiental global no setor de energia renovável. A importância do estabelecimento de uma governança energética, sobretudo em relação ao apoio ao desenvolvimento de tecnologias de energia renovável, está na busca por alternativas aos combustíveis fósseis, pois tal indústria é a principal emissora de Gases de Efeito Estufa, ou seja, tal modelo de produção é responsável direta pelos efeitos nocivos no quadro de mudanças climáticas.

A partir de 1992, ocorreu uma mobilização internacional por meio da Convenção Quadro de Mudanças Climáticas (*United Nations Framework Convention on Climate Change* - UNFCCC em inglês) e do Protocolo de Kyoto em 1997, no sentido de buscarem soluções para o aquecimento global. Entre as alternativas, está a mudança do modelo de desenvolvimento e prosperidade de países desenvolvidos baseados em emissões antrópicas. Tais países foram colocados como responsáveis di-

retos em relação à busca por alternativas a esse modelo de geração de riqueza.

Como alternativa temos o desenvolvimento de uma modalidade de produção energética que resultaria em baixas emissões de GEE, igual ou próximo a zero, denominada energia renovável. Tal modalidade já existe, contudo, é bastante incipiente e obstaculizada por barreiras econômicas, tecnológicas e pelo forte *lobby* da poderosa indústria tradicionalmente estabelecida: a de combustíveis fósseis.

Dessa indústria, duas organizações fortes dificultam a promoção de energias renováveis: a Organização dos Produtores de Petróleo – OPEP e a Agência Internacional de Energia (IEA em inglês), sendo a última uma espécie de clube dos países ricos que dificultam, substancialmente, a promoção de energias renováveis.

Dessa forma, o Direito Internacional Público mostrou-se insuficiente por meio do multilateralismo no comércio internacional em conseguir desenvolver o comércio de energias renováveis, pois dependia, diretamente, da atuação individual dos Estados para que utilizassem mecanismos legais e regulatórios para que viabilizassem esse nicho mercadológico.

Assim, busca-se estabelecer uma governança global de energias renováveis, mas que se encontra, ainda, bastante fragmentada. Tal fragmentação poderia ser “corrigida” com base na implementação da metodologia do direito administrativo global, em que se buscaria estabelecer uma implementação multinível de regras e princípios, possibilitando a tão almejada governança ambiental global.

Para isso, apresenta-se a presente análise subdividida em três tópicos: 1. Breves considerações da metodologia do DAG; 2. A fragmentação do setor energético; 3. Os desafios da governança energética na busca por alternativas a indústria dominada pelos combustíveis fósseis.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES DA METODOLOGIA DO DAG

A globalização está transformando a estrutura clássica do direito internacional público, reforçando, cada vez mais, a necessidade de implementação de uma efetiva governança global, sobretudo em relação a temas controversos como o meio ambiente.

Na estrutura clássica do DIP, os Estados seriam, juntamente às Organizações Internacionais, os únicos sujeitos de direito, capazes de atuar, formalmente, no direito internacional. Todavia, observa-se uma necessidade de revisão dessas possibilidades, sobretudo diante de desafios transnacionais, em que as fronteiras entre o internacional e o nacional já não existem mais. Sendo necessária uma coordenação multinível e complexa entre o internacional, regional e nacional.

O DAG parte da noção de governança global operada por mecanismos de regulação que se dão nos diversos espaços nacionais, transnacionais e internacionais, de forma a gerar uma atividade reguladora transgovernamental. Tem-se, nessa perspectiva, o acolhimento internacional de diversos padrões regulatórios que, na medida em que vão sendo adotados por diversos países, cria o ambiente propício para a formação de uma dimensão global da atuação administrativa. O conjunto de fatores descritos acima é denominado espaço administrativo global.

Alguns atributos que condicionam a formação do DAG alicerçado num espaço administrativo global são: a) o declínio da estrita dicotomia entre o direito interno e o internacional; b) realização de funções administrativas com base em diversas interações complexas entre representantes dos governos e instituições não governamentais de diferentes níveis e modelos e c) preocupação com a criação de mecanismos de controle – designada referencialmente como *accountability* – capaz de aferir a legitimidade destas interações entre o público e o privado; o governamental e o não governamental ou o direito interno e o internacional¹.

Na metodologia do DAG, são destacados novos sujeitos para além das instituições públicas tradicionalmente reconhecidas como fontes reguladoras das relações jurídicas, com destaque para entidades de caráter híbrido, ou meramente privado, que, também, acabam por determinar padronização regulatória de âmbito global. Exemplificamos com entidades de envergadura global como a Organização Mundial do Comércio (OMC); a Agência Mundial Antidoping (WADA), o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI).

Há referências doutrinárias, também, às chamadas redes informais de autoridades, um exemplo trazido é o

Comitê de Supervisão Bancária da Basileia, cuja atuação tem por característica a cooperação entre entidades de aparatos diferenciados, mas não a estrutura fechada da organização jurídica dos Estados soberanos, regendo-se por deliberações de outros organismos internacionais.

Em relação à atuação dessas diversas instâncias econômicas e sociais internacionais, é possível delimitar cinco fontes de DAG: 1) Administração formada por organizações internacionais formais (mediante tratados-base dos organismos internacionais); 2) As redes intergovernamentais informais de funcionários da regulação doméstica oficial; 3) As autoridades domésticas que executam no âmbito interno dos governos a regulação global do regime dos tratados, dos acordos de reconhecimento mútuo ou standards cooperativos; 4) A Administração por via de acordos intergovernamentais emanados dos novos atores dos regimes transnacionais híbridos (público-privado); 5) A Administração de instituições privadas com funções reguladoras (os atores puramente privados)².

O que temos, por conseguinte, para a construção de uma conceituação do DAG, é a percepção dos estudiosos da área de que a realidade das relações quer entre pessoas, quer entre instituições, no contexto internacional, atingiu tal grau de integração e complexidade e tal amplitude de trocas e intercâmbios desde o fenômeno da globalização, que já não é possível responder a todas as demandas associadas a essa realidade, sem que se conceba uma nova e amplificada perspectiva de exame e normatização dessas relações jurídicas internacionais. Nessa medida, a observação empírica aponta para a formação de um ambiente regulatório que extrapola as concepções tradicionais de Direito Administrativo e do Direito Internacional.

Interessante notar que algumas características do DAG o aproximam, sob determinado ângulo de exame, dos dois ramos do Direito acima mencionados, por outro lado, com eles não se confunde. Por um lado, muito da regulação administrativa necessita do amparo ou suporte da estrutura burocrática interna dos governos locais, ou seja, depende do ambiente jurídico do Direito Administrativo. De outra banda, o arcabouço normativo igualmente requer um alicerce de reconhecimento mútuo entre os entes nacionais envolvidos e inter-re-

1 KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13- 32, 2012. p. 15.

2 KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13- 32, 2012. p. 15.

lacionados pelos interesses globalizados, seara do Direito Internacional clássico. Nessa linha de intelecção, percebe-se que essas citadas esferas tradicionais já não conseguem responder, efetivamente, à enorme dimensão das relações globalizadas.

A metodologia do DAG traz a possibilidade de uma regulação para o setor energético, com maior flexibilidade e formas inovadoras de controle social com a participação direta ou indireta dos Estados. Podem ser incluídos instrumentos econômicos, de persuasão, de autorregulação e de correção. Vale ressaltar que o papel do Estado e da legislação nacional não é dispensável, no sentido que ela continuará sendo aplicada, mas dentro da cadeia regulatória que vai além do nacional com efeitos no regional e até mesmo no global. Nessa perspectiva, deve ser apresentado o cenário de governança de energia renováveis que se encontra bastante fragmentado, mas passível de tratamento na perspectiva dessas redes e conexões do DAG.

3. A FRAGMENTAÇÃO DA GOVERNANÇA GLOBAL DE ENERGIAS RENOVÁVEIS

A construção do Direito Internacional Ambiental pouco avançou em direção às Energias Renováveis, uma das principais razões foi a sua gênese desordenada³, ou seja, deu-se de forma difusa e sem harmonia entre os assuntos tratados, além disso, os diferentes interesses dos países em relação ao meio ambiente, seja para preservação ou por interesses econômicos, criaram uma saraivada de normas não cogentes, ou *soft norms*⁴, com isso, pouco se aprofundou em relação à formulação de instrumentos concretos de proteção ambiental, principalmente no que tange às mudanças climáticas.

Assim, restou como instrumento cogente o Protocolo de Kyoto⁵ que pouco ou nada tratou da temática de energias renováveis durante as Conferências das Partes⁶

3 VARELLA. Marcelo Dias. Direito Internacional Econômico Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 22-28.

4 VARELLA. Marcelo Dias. Direito Internacional Econômico Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 22-28.

5 Protocolo de Quioto à Convenção Sobre Mudança do Clima. Editado e traduzido pelo Ministério de Ciência e Tecnologia com o apoio do Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil.

6 Encontro anual dos países participantes da Convenção Quadro das Nações Unidas Sobre Mudanças do Clima, que tratam as maneiras que os países podem mitigar as mudanças climáticas por meio de

ao longo dos anos, principalmente na clássica normatização comando controle.

Desse modo, em razão da ínfima legislação do direito internacional público, a respeito das energias renováveis como instrumento de combate à diminuição de emissões de gases de efeito estufa e a sua difícil discussão no âmbito multilateral, surge a Agência Internacional de Energias Renováveis.

3.1. A criação da Agência Internacional de Energias Renováveis – IRENA

Com a dificuldade em articular a negociação do tema “energias renováveis” no âmbito das Conferências das Partes, bem como por meio da Agência Internacional de Energia (do inglês IEA), durante a Rio+10 em Johannesburgo, alguns países passaram a debater a possibilidade de se criar uma nova instituição. Criou-se uma coalizão liderada pela Alemanha, que fundou a Coalizão de Energias Renováveis de Johannesburgo (JREC em inglês), que tinha como escopo a promoção internacional em energia renovável. Essa coalizão resultou na Conferência de Energias Renováveis de Bonn, na Alemanha no ano de 2004, gerando uma série de outras conferências, tais como de Pequim (2005), Washington (2008) e Déli (2010)⁷.

A partir de 2007, com a experiência malsucedida de Johannesburgo, a Alemanha passou a fazer acordos bilaterais, dialogando com diversos países acerca da criação da IRENA, que se consolidaram na conferência de Washington em 2008 após uma proposta direta por parte da Alemanha, que foi fundada em janeiro de 2009⁸.

Abu Dhabi foi escolhida como a sede da nascente organização, com a promessa de investir US\$ 136 milhões em 06 anos, além de cobrir os custos de logística para a nova sede, ficando os demais membros a cargo de pagar diretamente os salários⁹.

instrumentos cogentes ou voluntários.

7 GRAAF. Thijs Van. Fragmentation in Global Energy Governance: Explaining the Creation of Irena. Global Governmental Politics 13:3. August 2013, by the Massachusetts Institute of Technology.

8 GRAAF. Thijs Van. Fragmentation in Global Energy Governance: Explaining the Creation of Irena. Global Governmental Politics 13:3. August 2013, by the Massachusetts Institute of Technology, pp. 22-23.

9 GRAAF. Thijs Van. Fragmentation in Global Energy Governance: Explaining the Creation of Irena. Global Governmental Politics 13:3. August 2013, by the Massachusetts Institute of Technol-

Em relação ao Direito Administrativo Global, a Agência internacional de energia renovável (IRENA) possui, em sua visão e como missão, dar suporte aos países para a transição para as energias renováveis, por meio de uma cooperação tanto em nível global, como regional e nacional, no decurso de transferência tecnológica e no aconselhamento em relação a financiamento¹⁰. Todavia, isto não seria operacionalizado diretamente, sendo importante a participação do setor privado e da sociedade civil organizada, mas sem efetivamente demonstrar a forma de participação e a capacidade em influenciar as decisões tomadas pelos membros¹¹.

Não obstante, ainda não se sabe até que ponto a nova instituição será capaz de influenciar o desenvolvimento das energias renováveis em nível global, tendo como pontos positivos os diversos documentos disponíveis gratuitamente em seu portal a respeito do mercado como um todo, da mesma maneira que a capacidade em compilar informações do seu desenvolvimento pelo mundo, como a retração do mercado de combustíveis fósseis, geração de emprego na área, conquanto, é difícil aferir o nível de efetividade das políticas ambientais globais por meio dessa nova agência que ainda procura o seu espaço. Todavia, outras alternativas acabam surgindo como a *International Partnership of Energy Efficiency Cooperation* – (IPEEC).

3.2. International Partnership of Energy Efficiency Cooperation – (IPEEC)

Uma das tentativas para mitigar os efeitos da fragmentação da governança de renováveis ocorreu por meio da *International Partnership of Energy Efficiency Cooperation* – (IPEEC). Tal parceria foi fomentada por uma proposta da UE aos membros do G8, durante um encontro Ministerial da Agência Internacional de Energia. Tal parceria funcionaria como uma espécie de instrumento complementar e suplementar da UNFCCC¹², sendo estabelecida como uma iniciativa ou como um

ogy, pp. 23-24.

¹⁰ IRENA, Vision and Mission, disponível em <<http://www.irena.org/menu/index.aspx?mnu=cat&PriMenuID=13&CatID=9>>, acesso em 14/12/2016.

¹¹ International Renewable Agency Energy, disponível em <<http://www.irena.org/home/index.aspx?PriMenuID=12&mnu=Pri>>, acesso em 30/05/2017.

¹² Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, também conhecida como UNFCCC (do original em inglês *United Nations Framework Convention on Climate Change*).

meio de promover, internacionalmente, eficiência energética, podendo os países livremente promover acordos entre si, contando com o auxílio e expertise de organizações internacionais e instituições financeiras, assim como o auxílio para parcerias público-privadas¹³.

Apesar dos esforços, tem-se pouca informação a respeito dos resultados efetivos de tal parceria, pois a última e única notícia foi um memorando de 2008 saindo de Bruxelas, capital da UE, com um anúncio de uma contribuição inicial de 400 mil Euros, mas oficialmente¹⁴ não se tem mais nenhuma informação sobre reuniões anuais efetivas entre os membros, conforme previsto, e se outros países aderiram à parceria.

Deve ser salientado que a IPEEC surgiu dentro da estrutura da Agência Internacional de Energia, que conta, apenas, com membros da OCDE, ou seja, do fechado clube dos países ricos. Mas, talvez, ainda exista a possibilidade de realização de um acordo por meio da IRENA, principalmente a respeito de financiamento, compartilhamento de desenvolvimento tecnológicos, flexibilização da propriedade intelectual em uma perspectiva mais uníssona e não tão fragmentada e individualista. Todavia, novas parcerias e ações de colaboração para fortalecimento da governança energética somente serão possíveis a partir do apoio de Estados desenvolvidos e do comprometimento com acordos multilaterais como o Acordo de Paris, o que nem sempre é alcançado.

3.3. Possíveis consequências da retirada dos EUA do Acordo de Paris

A fragmentação da governança do setor energético é ainda reforçada pelo não comprometimento de nações importantes como os Estados Unidos em acordos ambientais relevantes como o Acordo de Paris. O Acordo de Paris havia finalmente contado com o apoio dos EUA, após os longos anos de rejeição ao Protocolo de Kyoto. Todavia, o atual Presidente, Donald Trump, anunciou a retirada do país do acordo no dia 1º de junho de 2017. Conquanto, tal acontecimento leva a uma reflexão: até que ponto isso pode ser prejudicial para a

¹³ International Partnership of Energy Efficiency Cooperation – (IPEEC), disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-380_en.htm?locale=e, acesso em 18/06/2017.

¹⁴ International Partnership of Energy Efficiency Cooperation – (IPEEC), disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-380_en.htm?locale=e, acesso em 18/06/2017.

batalha global pela redução de emissões de GEE? Qual seu impacto nas políticas públicas ambientais no âmbito interno? Uma política voltada para o mercado interno prejudicará ainda mais a esparsa governança global? Ou colaborará para uma maior transferência tecnológica, aproximação regulatória, boas práticas de governança e expansão do financiamento do âmbito nacional para o global?

No âmbito externo, poderá haver um esfriamento para a formação de um novo Protocolo substituindo o de Kyoto, que até então o Acordo de Paris tinha potencial para tal, ainda assim, o primeiro nunca foi ratificado pelos EUA e, da mesma forma, conseguiu entrar em vigor. Por outro lado, o próprio Acordo de Paris não trata, diretamente, de Energias Renováveis¹⁵.

Internamente, é difícil mensurar o impacto da renúncia, considerando-se que os estados norte-americanos são bastante autônomos em relação ao poder central e é um dos setores econômicos que mais crescem no país¹⁶. Para se ter uma ideia, o investimento em desenvolvimento tecnológico tem colhido frutos, com a queda dos custos de produção, o setor de energia renovável nos EUA gera em torno de 2,2 milhões de empregos se levar em consideração toda a cadeia produtiva, apenas, em 2015, gerou cerca de 769 mil empregos, mais que as gigantes do mercado daquele país tais como Exxon e Microsoft somadas. Por fim, o mercado de energia solar e energia eólica combinados geram 12x (doze vezes) mais empregos que o restante da economia americana¹⁸.

Tais políticas públicas podem ser atribuídas ao *Clean Air Act*, norma que contém um adensado conjunto de regras e regulações que dizem respeito à proteção ambiental, coordenado pela *The U.S. Environmental Protec-*

tion Agency's (EPA's). Tem como papel investigar as necessidades de redução de gases de efeito estufa, fazendo levantamento da eficiência energética por meio de políticas públicas estaduais e municipais¹⁹. Em seguida, elabora relatório com um roteiro sobre os dados de ganho de produção energética por fontes de energia limpa e redução de emissões antrópicas²⁰.

Destarte, é difícil mensurar de que forma a política local dialoga com o Direito Administrativo Global, mas é notório que existem bastantes incentivos fiscais e econômicos tanto pela União²¹ e também pelos Estados para a transição para uma energia limpa e eficiente, o que nos leva a uma reflexão de que forma uma autonomia energética local poderá colaborar, de forma complementar, aos padrões regulatórios regionais e globais.

4. INSTRUMENTOS PARA O ENFRENTAMENTO DOS DESAFIOS PARA A EFETIVIDADE DA GOVERNANÇA GLOBAL DE ENERGIAS RENOVÁVEIS

A mitigação de mudanças climáticas e as políticas públicas para o desenvolvimento de energias renováveis estão intrinsecamente interligadas e, apesar do crescimento nos últimos anos, a indústria ainda é incipiente, possuindo diversos gargalos com características inerentes para cada país. Além disso, existe grande disparidade entre os desafios dos países desenvolvidos, emergentes e subdesenvolvidos.

No caso dos subdesenvolvidos, não possuem uma infraestrutura de energia elétrica adequada, dependendo do subsídio direto dos governos locais para conseguirem desenvolver suas indústrias e aumentar sua produtividade para suprir o consumo local²². Já os países

15 Paris Agreement, disponível em <http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf>, acesso em 17/09/2017.

16 6 Charts That Show the US Clean Energy Revolution Is Here, disponível em <<https://www.greentechmedia.com/articles/read/5-charts-that-show-the-us-clean-energy-revolution-is-upon-us>>, acesso em 18/06/2017; Renewable energy generation in the US dramatically exceeds 2012 predictions. <<https://arstechnica.com/science/2017/05/renewable-energy-generation-in-the-us-dramatically-exceeds-2012-predictions/>>, acesso em 17/09/2017.

17 Office of Energy Efficiency & Renewable Energy, disponível em <<https://energy.gov/eere/office-energy-efficiency-renewable-energy>>, acesso em 17/09/2017.

18 Clean Power Generates American Jobs and Business Competitiveness, disponível em <<https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/clean-power-generates-american-jobs-and-business-competitiveness>>, acesso em 18/06/2017.

19 Roadmap for Incorporating Energy Efficiency/Renewable Energy Policies and Programs into State and Tribal Implementation Plans, disponível em <https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-05/documents/eeremmanual_0.pdf>, acesso em 18/06/2017.

20 Roadmap for Incorporating Energy Efficiency/Renewable Energy Policies and Programs into State and Tribal Implementation Plans, disponível em <https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-05/documents/eeremmanual_0.pdf>, acesso em 18/06/2017.

21 Tax Credit Extension Gives Solar Industry a New Boom, disponível em <<https://www.technologyreview.com/s/544981/tax-credit-extension-gives-solar-industry-a-new-boom/>> acesso em 18/06/2017.

22 GUNNINHAN, Neil. Confronting Challenge of Energy Governance. *Transnational Environmental Law*. Volume 01, 1, pp

desenvolvidos, como no caso dos Estados-membros da União Europeia, possuem mercados privatizados devido à política de liberalização ocorrida nas últimas décadas²³.

Apesar disso, algumas medidas necessitam ser tomadas para que haja um real avanço em direção às energias renováveis. Iniciativas nacionais podem apoiar tal estratégia com início em reformas legislativas, regulatórias e governamentais no sentido de trazer maior efetividade para políticas de desenvolvimento e uso de tais recursos. Não existe uma fórmula única, tendo em vista as características de cada país, mas é possível afirmar que os mercados por si só são incapazes de fazê-lo²⁴.

A julgar pelas características afetas a cada país, alguns padrões podem ser alcançados, são eles: acabar com incentivos da indústria que utilizam combustíveis fósseis, fomentar a pesquisa e o desenvolvimento para criação de propriedade intelectual para uma transição para um mercado de energias renováveis, com eficiência energética focada em política energética²⁵.

É possível admitir que não existe um elo entre as políticas ambientais e a consequente estruturação de energias renováveis, pode-se reconhecer que a principal causa seja a fragmentação da Governança Global Energética, bem como a existência de *multistakeholders* para com o desenvolvimento sustentável no âmbito global, dificultam adequadas soluções para superar os desafios globais ambientais²⁶.

Então, como aliar a fragmentação dessa governança de energias renováveis com atores privados e essa quantidade de partes interessadas? Para se conseguir alcançar a harmonia na tríade do desenvolvimento sustentável, quais sejam: proteção ambiental, desenvolvimento econômico e proteção à pessoa humana, necessitar-se-á de que todos os atores envolvidos possam ter voz, princi-

palmente a parte mais vulnerável, que são as pessoas, por meio de múltiplas facetas de participação²⁷, via instrumentos de democracia participativa.

Isto é, o ambiente clássico do Direito Internacional Público passa a ter o ingresso de novos elementos para a formulação de normas cogentes, oferecendo maior transparência e legitimidade em relação à elaboração de normas e procedimentos de tomadas de decisões pelos organismos internacionais, preenchendo as lacunas da regulação a nível global²⁸.

A participação pode ser considerada um elemento de boa governança e fortalecimento das estruturas democráticas²⁹, um exemplo de regulação jurídica com direito a participação da sociedade civil organizada que oferece espaço para formulação de políticas públicas ambientais é a Convenção Aarhus³⁰.

4.1. A Convenção Aarhus

A Convenção Aarhus é um novo tipo de Convenção Ambiental, reunindo direitos ambientais e proteção de direitos humanos, reconhecendo a obrigação de garantia de recursos para as presentes e futuras gerações. Para isso, estabelece que desenvolvimento sustentável deve ser alcançado com o envolvimento de todas as partes, interligando governos, prestação de contas (*accountability*) e proteção ambiental. O escopo na interação entre a sociedade e as autoridades públicas em um contexto democrático tem forjado um novo processo para participação pública na negociação e implementação de Acordos Internacionais³¹.

119-135 doi:10.1017/S2047102511000124.

23 DANWITZ, Thomas Von. Regulation and Liberalization of the European Electricity Market - A German Market View. *The Energy Law Journal*.

24 GUNNINHAN, Neil. Confronting Challenge of Energy Governance. *Transnational Environmental Law*. Volume 01, 1, pp 119-135 doi:10.1017/S2047102511000124.

25 GUNNINHAN, Neil. Confronting Challenge of Energy Governance. *Transnational Environmental Law*. Volume 01, 1, pp 119-135 doi: 10.1017/S2047102511000124.

26 PATTERBERG, Phillip; Widerberg. *Transnational multisakeholder partnerships for sustainable development: Conditions for success*. The Royal Swedish Academy of Sciences. Published online: 23 July 2015.

27 MENDES, Joana. *Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems* In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed). *Global Administrative Law and EU Administrative Law* New York: Springer, 2011.

28 MENDES, Joana. *Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems*. In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed). *Global Administrative Law and EU Administrative Law* New York: Springer, 2011, p. 114.

29 MENDES, Joana. "Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems" In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed). *Global Administrative Law and EU Administrative Law* New York: Springer, 2011, p. 114.

30 The United Nations Economic Commission for Europe - UNECE. *Convenção Sobre o Acesso a Informação, a Participação do Público no Processo de Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça no Domínio do Ambiente*. Aarhus, Dinamarca, 25 de junho de 1998.

31 Tradução livre de *The Aarhus Convention is a new kind of environmental agreement. It links environmental rights and human rights, acknowledges that we owe an obligation to future generations and establishes that sustainable development can be achieved*

A Convenção foi realizada na cidade de Aarhus, Dinamarca, como um tratado da Comissão Econômica das Nações Unidas Para a Europa (*United Nations Economic Commission for Europe – UNECE*³²). Sendo assim, esse instrumento jurídico pode ser invocado pela sociedade civil organizada caso envolva questões ambientais no âmbito da União Europeia.

Tal procedimento se deu pela série de diretivas europeias a respeito do assunto, que culminaram em um tratado para garantir maior robustez jurídica da temática no contexto europeu, do mesmo modo que se abriu a possibilidade de desdobrar aos não membros desde que seja membro das Nações Unidas³³.

O contexto da convenção que apresenta instrumentos de democracia participativa está diretamente relacionado com três pilares, são eles: 1) Acesso a Informação; 2) Participação Pública nas Tomadas de Decisões; 3) Acesso à Justiça³⁴.

Desse modo, em relação à metodologia do Direito Administrativo Global, deve-se partir da utilização de elementos tradicionais do Direito Internacional Público, associados a elementos novos, como as múltiplas facetas de participação do público para a formulação de regulação ambiental³⁵. Isto demonstra a mudança de paradigma do contexto global das tomadas de decisões a respeito de políticas públicas ambientais.

only through the involvement of all stakeholders. It links government accountability and environmental protection. It focuses on interactions between the public and public authorities in a democratic context and is forging a new process for public participation in the negotiation and implementation of international agreements. UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), second edition, 2014, p. 15.

32 Trata-se de um órgão regional das Nações Unidas criada em 1947 com 57 membros, da Europa e os Estados Unidos, contando com mais cinco organizações regionais, possuindo como missão criar padrões regulatórios comerciais, desenvolvimento sustentável < <https://www.unece.org/mission.html>>, acesso em 01/10/2017.

33 Item 03 do art. 19 da Convenção Sobre o Acesso a Informação, a Participação do Público no Processo de Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça no Domínio do Ambiente. Aarhus, Dinamarca, 25 de junho de 1998.

34 The United Nations Economic Commission for Europe - UNECE. Convenção Sobre o Acesso a Informação, a Participação do Público no Processo de Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça no Domínio do Ambiente. Aarhus, Dinamarca, 25 de junho de 1998.

35 MENDES, Joana. "Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems" In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed). *Global Administrative Law and EU Administrative Law* New York: Springer, 2011, p. 114.

Por conseguinte, seguindo nessa seara, outro elemento chave de participação do público ocorreu na Holanda, a despeito do Estado Holandês não obedecer às metas de redução de emissões de gases de efeito estufa estabelecidos pelo Protocolo de Quioto, motivo pelo qual cidadãos holandeses, representados pela Fundação Urgenda, ingressaram com medida judicial em desfavor do Estado Holandês para que tais metas fossem atendidas³⁶.

4.2. O Caso Urgenda

O controle jurisdicional é uma ferramenta eficaz para arrefecer as tomadas de decisões a respeito de políticas públicas ambientais em que não se utilizou ou foi ignorado os instrumentos de democracia participativa. Nesse diapasão, quando o Estado é negligente para com os seus próprios compromissos ambientais assumidos, seja por meio de normas vinculativas ou não, poderá o cidadão individualmente, ou pela sociedade civil organizada, utilizar o controle jurisdicional para que consiga demonstrar ao seu Estado a importância de tais compromissos.

Dessa forma, a Fundação Urgenda, representada por 900 cidadãos holandeses, ingressou com ação em desfavor do governo holandês após as tentativas infrutíferas pelas vias administrativas por meio da troca de correspondências com o governo a respeito do tema. Mesmo reconhecendo a necessidade de metas mais ousadas, inclusive no plenário do Parlamento daquele país³⁷, receberam uma resposta negativa por parte do Ministério do Meio Ambiente.

Desse modo, com base nos relatórios AR4/2007 e AR5/2013 do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas - IPCC (em inglês), defendiam a necessidade de metas ousadas entre 25-40% de redução de GEE até 2020 com base nas emissões de 1990, a fim de evitar que exceda a média global além dos 2C° previstos para 2050. O governo Holandês se vinculou a tais relatórios ao concordar com os critérios estipulados³⁸.

36 Urgenda, disponível em <<http://www.urgenda.nl/en/climate-case/>>, acesso em 01/10/2017.

37 Letter to the Government, disponível em <<http://www.urgenda.nl/documents/Staat-der-NL-Engels1.pdf>> , acesso em 02/10/2017.

38 Final Draft Translation. Summons in the Case: Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands, Regarding the failure of the Dutch State to take sufficient actions to prevent dangerous climate

Por outro lado, a Holanda, a despeito do Protocolo de Quioto, estabeleceu como meta de redução dos gases de efeito estufa em 17%. Ficando, portanto, com uma meta inferior à estabelecida internacionalmente pela UNFCCC aos países desenvolvidos³⁹. Esse descumprimento por parte do governo holandês corroborou para o ingresso da ação coletiva.

Em síntese, a discussão jurídica versava acerca da violação dos direitos humanos previstos nos artigos 2º e 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos; do dever de cuidar, previsto no Código Civil Holandês; e do Princípio de Não Cometer Dano previsto no art. 21 da Constituição da Holanda, assim como o disposto no UNFCCC e Protocolos associados. Também mencionaram de maneira indireta a Convenção Aarhus, sem utilizá-lo na fundamentação jurídica da petição⁴⁰. Já o governo holandês alegou a falta de interesse de agir da Urgenda, por não possuírem legitimidade para representar os cidadãos de outros países, além do argumento da interferência indevida no poder discricionário e na divisão dos três poderes, questionando, inclusive, a falta de força vinculativa das metas de redução estipuladas em acordos climáticos.

As alegações do governo holandês não foram recebidas. Inclusive, as relacionadas à impossibilidade de Urgenda poder representar cidadãos de outros países por causa dos acordos internacionais. Isto porque a Fundação Urgenda, no art. 2º de seu Estatuto, diz que se esforçará por uma sociedade mais sustentável e tal afirmação possui uma inerente dimensão internacional, motivo pelo qual a falta de interesse de agir em nome de terceiros fora do território Holandês foi descartada.

A corte aduziu que o poder discricionário é limitado e, com base no art. 21 da Constituição do Reino Holandês, o Estado tem o dever de salvaguardar a proteção e melhoria do meio ambiente, aceitando, portanto, a tese da Urgenda que trata do dever de cuidar do Estado. Além disso, decidiu acerca da importância do artigo 3 da UNFCCC, que contém os princípios da equidade, da pre-

caução e da sustentabilidade, devendo os países desenvolvidos fazerem um esforço extra para criarem políticas de redução de GEE a fim de garantir um ambiente adequado para a presente e futura gerações, bem como dos princípios análogos insculpidos no parágrafo 2 do artigo 193 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Em relação à proporção de emissões de GEE, a corte alegou que todas as emissões contribuem para o aumento de concentração de CO₂ e não importa se é somente um país, pequeno ou grande, reforçando que a Holanda pertence ao Anexo I e deverá tomar medidas preventivas nessa direção. Ademais, o custo efetivo para atingir a meta de redução de emissão entre 25-40% não é impossível, tampouco inaceitável.

Em relação à separação de poderes, o tribunal decidiu que, quando o poder executivo comete uma ilegalidade, cabe ao poder judiciário rever os atos judicialmente, a fim de manter um equilíbrio entre os três poderes. Com base nisso, a corte não deve regulamentar de que forma serão implantadas as medidas de redução de GEE, mas apenas que devem atingir a meta mínima de 25%, pois cabe ao poder judiciário exigir tão somente a aplicação da lei⁴¹.

Sendo assim, foi estabelecido um importante precedente na Holanda, quando ingressaram com uma ação coletiva por meio da Fundação Urgenda, propagando para outras ações da mesma natureza pela Europa, tais como a Bélgica⁴². Por conseguinte, há um grupo de juristas de países como Brasil, China, Índia, Estados Unidos e Holanda, denominado de *Oslo Principles on Global Climate Change Obligations*, que diz respeito à existência de acordos internacionais, e os governos possuem a obrigação legal de evitar a ameaça dos efeitos das mudanças climáticas, com base na existência de direitos humanos, direito internacional ambiental e direito ambiental⁴³.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo Global é uma metodologia eficaz tanto para aferir o controle das políticas de

change (Version 25 of June 2014).

39 Final Draft Translation. Summons in the Case: Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands, Regarding the failure of the Dutch State to take sufficient actions to prevent dangerous climate change (Version 25 of June 2014).

40 Final Draft Translation. Summons in the Case: Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands, Regarding the failure of the Dutch State to take sufficient actions to prevent dangerous climate change (Version 25 of June 2014).

41 The Hague Court - Chamber for Commercial Affairs, Case Number cause list number: C/09/456689 / HA ZA 13-1396 Judgment of 24 June 2015 (English Translation).

42 L'affaire climate, disponível em <<http://www.klimaatzaak.eu/fr/>>, acesso em 18/06/2017.

43 The Oslo Principles, disponível em <<http://www.urgenda.nl/en/climate-case/international.php>>, acesso em 18/06/2017.

energia renovável, em nível global, como para a sua promoção, não por ser um ramo jurídico, mas baseadas em entidades híbridas entre público-privadas e até mesmo as privadas podem ser capazes de associar as entidades no estabelecimento de uma real governança das energias renováveis.

Por conseguinte, a “fragmentação” das energias renováveis deu-se pelo isolamento nas negociações multilaterais nas Conferências das Partes sobre o Clima, tendo em vista que a negociação por via diplomática torna demasiadamente difícil a criação de instrumentos jurídicos com efeitos vinculados. Dessa maneira, órgãos intergovernamentais como a IRENA podem colaborar para uma voz uníssona em meio a interesses dissonantes individualistas.

Ainda não é possível obter muitas previsões relativas à retirada dos EUA do Acordo de Paris, mas tem cumprido com sua palavra em afirmar que criaria regras próprias relativas à mitigação de mudanças climáticas, com arcabouço jurídico que se expandiu para entes federativos que, dificilmente, terão efeitos retroativos nesse sentido. Talvez a estratégia seja desenvolver os próprios mercados para, posteriormente, utilizar da propriedade intelectual adquirida pelo desenvolvimento tecnológico conquistado pelo setor energético, por conseguinte adquirindo vultosos royalties com a propriedade intelectual, ou ainda auxiliar o fortalecimento da governança global com a contribuição de padrões regulatórios transfronteiriços.

É como uma espécie de jogo com progressão aritmética e geométrica ao mesmo tempo, inicia-se com operações locais, a partir de cidades, privilegiando empreendedores independentes, com incentivos fiscais e econômicos, experimentando os avanços e corrigindo os erros, ao mesmo tempo ampliando para outros Estados, em blocos regionais e por fim globais, mas sem necessariamente passar pelo crivo do direito internacional público, que continua discutindo de que forma os Estados nacionais devem reduzir emissões de gases de efeito estufa no aspecto macro, enquanto, em relação ao aspecto micro, todo um mercado é criado.

Tal ilustração pode não funcionar, se esperar uma evolução natural da governança quando existe um imenso tabuleiro com um fortíssimo jogador denominado indústria de combustíveis fósseis, em que, no caso do petróleo, com capacidade de criar lobby, podendo eleger chefes de governo, desobedecendo direitos am-

bientais e humanos. Isso acontece quando as tomadas de decisões são centralizadas, ficando toda a proteção jurídica ao jugo de vontades políticas momentâneas.

Com o advento da participação do público quando da elaboração de normas ambientais, fomentadas pela Convenção Aarhus, por possibilitar e dar voz, ou a menos conhecimento, sobre as tomadas de decisões em assuntos ambientais, dando capacidade ao cidadão, organizado ou não, a participar nas tomadas de decisões. Apesar disso, é um instrumento que precisa de ajustes, porquanto é um Tratado criado dentro do contexto da UE.

Ainda assim, poderá ser um padrão regulatório a ser seguido tanto pelos países individualmente como por entes privados quando da criação de suas normas privadas, tal panorama é o desenvolvimento do método do Direito Administrativo Global dentro das políticas públicas ambientais, influenciando o padrão regulatório de energias e desenvolvendo uma governança global de energias renováveis.

Enfim, um eficiente canal do cidadão para com o Estado é o controle jurisdicional, como o Caso Urgenda, vai obrigar os Estados a respeitarem mais os próprios acordos, sem torná-los meras normas programáticas a serem cumpridos em um futuro que nunca chega, enquanto o aquecimento global não dilata o prazo para suas consequências nefastas.

Tal decisão favorável aos cidadãos organizados, além do caráter didático, criou um precedente para outros seguirem o mesmo caminho, além do intercâmbio de juristas com realidades jurídicas distintas como *Oslo Principles on Global Climate Change Obligations*, palestras como o TEDx do advogado do Caso Urgenda Roger Cox⁴⁴ e sua obra *Revolution Justified*⁴⁵, ambos são capazes de criar um importante alicerce jurídico de combate ao aquecimento global.

REFERÊNCIA

06 Charts That Show the US Clean Energy Revolution Is Here, disponível em <<https://www.greentechmedia>.

44 How EU action could save Earth from climate disaster: Roger Cox at TEDxFlanders, disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=Ofzi2Lfje7U>>, acesso em 19/06/2017.

45 *Revolution Justified*, disponível em <<http://www.revolution-justified.org/>>, acesso em 19/06/2017.

- com/articles/read/5-charts-that-show-the-us-clean-energy-revolution-is-upon-us>, acesso em 18/06/2017.
- Clean Power Generates American Jobs and Business Competitiveness, disponível em <<https://www.bsr.org/en/our-insights/blog-view/clean-power-generates-american-jobs-and-business-competitiveness>>, acesso em 18/06/2017.
- DANWITZ, Thomas Von. Regulation and Liberalization of the European Electricity Market - A German Market View. *The Energy Law Journal*.
- Final Draft Translation. *Summons in the Case: Urgenda Foundation v. Kingdom of the Netherlands, Regarding the failure of the Dutch State to take sufficient actions to prevent dangerous climate change (Version 25 of June 2014)*.
- GRAAF, Thijs Van. Fragmentation in Global Energy Governance: Explaining the Creation of Irena. *Global Governmental Politics* 13:3, August 2013, by the Massachusetts Institute of Technology.
- GUNNINHAN, Neil. Confronting Challenge of Energy Governance. *Transnational Environmental Law*, volume 01, 1, pp 119-135 doi:10.1017/S2047102511000124.
- How EU action could save Earth from climate disaster: Roger Cox at TEDxFlanders, disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=Ofzi2Lfje7U>>, acesso em 19/06/2017.
- International Partnership of Energy Efficiency Cooperation - (IPEEC), disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-380_en.htm?locale=e, acesso em 18/06/2017.
- IRENA, Vision and Mission, disponível em <<http://www.irena.org/menu/index.aspx?mnu=cat&PriMenuID=13&CatID=9>>, acesso em 14/12/2016.
- IRENA, disponível em <<http://www.irena.org/home/index.aspx?PriMenuID=12&mnu=PriPriMenuID=12&mnu=Pri>>, acesso em 30/05/2017.
- KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13- 32, 2012. p. 15.
- L'affaire climate, disponível em <<http://www.klimaatzaak.eu/fr/>>, acesso em 18/06/2017.
- Paris Agreement, disponível em <http://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/english_paris_agreement.pdf>, acesso em 17/09/2017.
- MENDES, Joana. Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio (ed). *Global Administrative Law and EU Administrative Law* New York: Springer, 2011.
- Letter to the Government, disponível em <<http://www.urgenda.nl/documents/Staat-der-NL-Engels1.pdf>>, acesso em 02/10/2017.
- Office of Energy Efficiency & Renewable Energy, disponível em <<https://energy.gov/eere/office-energy-efficiency-renewable-energy>>, acesso em 17/09/2017.
- PATTERBERG, Phillip; Widerberg. Transnational multisakeholder partnerships for sustainable development: Conditions for success. *The Royal Swedish Academy of Sciences*. Published online: 23 July 2015.
- Protocolo de Quioto à Convenção Sobre Mudança do Clima. Editado e traduzido pelo Ministério de Ciência e Tecnologia com o apoio do Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil.
- Renewable energy generation in the US dramatically exceeds 2012 predictions. <<https://arstechnica.com/science/2017/05/renewable-energy-generation-in-the-us-dramatically-exceeds-2012-predictions/>>, acesso em 17/09/2017.
- Revolution Justified, disponível em <<http://www.revolutionjustified.org/>>, acesso em 19/06/2017.
- Roadmap for Incorporating Energy Efficiency/ Renewable Energy Policies and Programs into State and Tribal Implementation Plans, disponível em <https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-05/documents/eeremanual_0.pdf>, acesso em 18/06/2017.
- Tax Credit Extension Gives Solar Industry a New Boom, disponível em <<https://www.technologyreview.com/s/544981/tax-credit-extension-gives-solar-industry-a-new-boom/>> acesso em 18/06/2017.
- The Hague Court - Chamber for Commercial Affairs, Case Number cause list number: C/09/456689 / HA ZA 13-1396 Judgment of 24 June 2015 (English Translation).
- The Oslo Principles, disponível em <http://www.urgenda.nl/en/climate-case/international.php>>, acesso em 18/06/2017.

The United Nations Economic Commission for Europe - UNECE. Convenção Sobre o Acesso a Informação, a Participação do Público no Processo de Tomada de Decisões e o Acesso à Justiça no Domínio do Ambiente. Aarhus, Dinamarca, 25 de junho de 1998.

UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to

Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), second edition, 2014, p. 15.

Urgenda, disponível em <<http://www.urgenda.nl/en/climate-case/>>, acesso em 01/10/2017.

VARELLA. Marcelo Dias. Direito Internacional Econômico Ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 22-28.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global

The principle of participation and the creation and management of protected areas in the global environmental law perspective

Marcia Dieguez Leuzinger

Solange Teles da Silva

O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global*

The principle of participation and the creation and management of protected areas in the global environmental law perspective

Marcia Dieguez Leuzinger**

Solange Teles da Silva***

RESUMO

O princípio da participação é um dos pilares do direito ambiental global e envolve, de um modo geral, a participação da sociedade em relação à proteção do meio ambiente, conformando a boa governança ambiental. A criação e gestão de áreas protegidas não é exceção e depende, para sua efetividade, da preservação de diversidade biológica, da participação dos grupos afetados, em especial de populações tradicionais residentes. A prática de instituição de espaços protegidos de cima para baixo, de forma autoritária, em geral não produz efeitos satisfatórios. No entanto, na contramão do direito ambiental global, o Brasil continua a utilizar, nessa seara, formas fracas de participação, consubstanciadas em consultas públicas, sem caráter vinculante, para a criação de unidades de conservação, e conselhos meramente consultivos para 10 das 12 categorias de manejo previstas pela Lei nº 9.985/2000. Na Austrália, ao contrário, a cogestão vem se desenhando como um instrumento capaz de alcançar níveis mais altos de participação na gestão de parques nacionais, o que conduz à implementação do princípio da participação, nos moldes propugnados pelo direito ambiental global. Esse instrumento deveria, assim, ser adotado em países que possuem populações tradicionais residentes em áreas protegidas restritivas (UICN categorias I e II) e que não possuem mecanismos que garantam a sua participação seja na criação, seja na gestão desses espaços.

Palavras-chave: direito ambiental global; princípio da participação; áreas protegidas; populações tradicionais residentes.

ABSTRACT

The principle of participation is one of the pillars of the global environmental law and generally involves the participation of the society in protecting the environment, according to the so called good environmental governance. The creation and management of protected areas is no exception and depends, for its effectiveness in preserving biological diversity, on the participation of affected groups, especially traditional populations. The practice

* Recebido em 02/11/2017
Aprovado em 07/12/2017

** Procuradora do Estado do Paraná. Mestre em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília – UnB. Pós-Doutora pela University of New England, Austrália. Professora de Direito Ambiental da graduação, Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável. E-mail : marcia.leuzinger@uol.com.br

*** Especialista em Direito Ambiental pela Rhodes Academy of Oceans Law and Police, Doutora em Direito e Pós-Doutora pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), Professora de Direito da graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade Presbiteriana Mackenzie, líder do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e Desenvolvimento Sustentável, bolsista de Produtividade em Pesquisa CNPq. E-mail : solange.teles@terra.com.br

of creating protected spaces from top to bottom, in an authoritarian way, generally does not produce satisfactory results. However, contrary to global environmental law, Brazil continues to use weak forms of participation in this area, consubstantiated in non-binding public consultations for the creation of conservation units and advisory councils for 10 of the 12 categories of protected areas provided by Law nº 9,985/2000. In Australia, on the other hand, co-management has been designed as an instrument capable of reaching higher levels of participation in the management of national parks, which leads to the implementation of the principle of participation, in the molds advocated by the global environmental law. This instrument should therefore be adopted in countries with traditional populations living in restrictive protected areas (IUCN categories I and II) and which do not have mechanisms to ensure their participation in the creation or management of those spaces.

Key-words: global environmental law; principle of participation; protected areas; traditional populations.

1. INTRODUÇÃO

Refletir sobre as perspectivas de um direito ambiental global pode conduzir, por um lado, a uma análise das respostas jurídicas em face da globalização econômica, cultural e social, observando os princípios, instituições e normas que lhe dão os contornos, bem como os diversos atores envolvidos na proteção e na gestão do meio ambiente. Por outro lado, essa análise não pode ser realizada sem considerar a complexidade da matéria, que demanda a compreensão das questões ambientais em sua totalidade. Por isso, a interdisciplinaridade e a pluralidade dos espaços normativos têm um papel importante.¹

A estruturação e a dinâmica do direito ambiental global, enquanto resultado da ação dos atores envolvidos na proteção e na gestão do meio ambiente, pode ser estudada sob uma perspectiva mais ampla, ou, ainda, em relação a um determinado aspecto, como é o caso da proteção da biodiversidade *in situ*, a partir da criação e da implementação de uma rede de áreas protegidas.²

Nesse contexto, o princípio da participação conduz a uma análise da governança dos recursos naturais e, em particular, na perspectiva da conservação da diversidade biológica, das áreas protegidas. Enquanto um dos pilares da democracia, esse princípio pode materializá-las e legitimar decisões tomadas pelos governos, considerando-se o que os atores envolvidos no processo de proteção e gestão ambiental têm a dizer. Em dois momentos distintos há a possibilidade de se analisar a implementação da participação: a) no da tomada da decisão de criação das áreas protegidas e; b) no da gestão de tais áreas, que significa conferir efetividade às normas jurídicas referentes à gestão.

Entretanto, a participação não pode ser vislumbrada, apenas, sob o enfoque procedimental, devendo ser analisada sob o seu viés substancial. Para participar há a necessidade de ser informado e, para resguardar a integridade do processo decisório, o empoderamento das comunidades locais, tradicionais ou não, é essencial. É fundamental dar visibilidade aos que têm permanecido invisíveis, dar voz aos que não têm a oportunidade de se manifestar, compreender as dinâmicas de apropriação dos espaços e dos bens ambientais e estabelecer bases para a governança, sem, todavia, esquecer-se que participação cidadã corresponde a “uma categoria do poder cidadão”³.

Como então se encontra a produção normativa que consagra o princípio da participação em matéria de áreas protegidas? As normas específicas, para a criação e gestão de tais áreas, asseguram o empoderamento e a participação cidadã em sua criação e gestão? O legislador ordinário respeita os compromissos internacionais assumidos em matéria de proteção da biodiversidade *in situ*? As organizações não governamentais internacionais ambientais têm um papel importante na promoção da governança dos recursos naturais e na criação de

_____ pode ser caracterizado como “a system of governance or administration in which public powers, that is powers that shape society and that affect individuals and groups in society, are being exercised at the global level also by institutions” HEY, Ellen. Global Environmental Law. Disponível em < <http://papers.ssrn.com/sol3/paper.cfm>>. Acesso em 20/07/2017; ou ele pode ser considerado como “the set of legal principles developed by national, international, and transnational environmental regulatory systems to protect the environment and manage natural resources”. Yang, Tseming; Percival, Robert V. The Emergence of Global Environmental Law, In 36 Ecology L.Q. 615 (2009), Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/728>>. Acesso em 20/07/2017.

3 ARSTEIN, S. R. A Ladder of citizen participation. 35 Journal of the American Institute of Planners 216 (1969).

1 Hautereau-Boutonnet, Mathilde. Perspectives pour un droit global de l'environnement, In *Revue de Droit d'Assas*, 2015/11, pp. 123-131.

2 Há diferentes concepções do “direito ambiental global”: ele

espaços ambientais? Essas são algumas das indagações que nortearão o presente artigo, que buscará evidenciar como o princípio da participação figura como um dos pilares da proteção e gestão das áreas protegidas na perspectiva de um direito ambiental global, com reflexos imediatos na sua gestão interna. Para tanto, será tomada como exemplo a implementação desse princípio na tomada de decisão ambiental no Brasil e na Austrália.

2. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO E A TOMADA DE DECISÃO AMBIENTAL: PILAR DO DIREITO AMBIENTAL GLOBAL

O princípio da participação é um dos princípios basilares do direito ambiental global e conforma as ideias de democracia e de governança dos espaços e dos bens ambientais, envolvendo não apenas Estados, mas organizações não governamentais, empresas e grupos locais, que podem ou não ser tradicionais. Ele deve ser analisado tanto sob o prisma procedimental quanto substancial.

A complexidade das questões ambientais fez com que a cultura da tomada de decisão de cima para baixo passasse a depender, de forma cada vez mais significativa, de uma rede de relacionamentos que envolve, necessariamente, variados atores, estatais e privados, nacionais e internacionais, com diferentes contornos e configurações⁴.

Nesse sentido, sob um enfoque ainda limitado a Estados e indivíduos, a Declaração do Rio, produto da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que ocorreu no Rio de Janeiro, em 1992, e que estabeleceu os fundamentos do direito ambiental global, em seu Princípio 10, dispõe que:

“A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a

participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos”.

Como bem descreve a Declaração, para que as pessoas, de um modo geral, possam participar das decisões referentes a questões ambientais, é necessário, em primeiro lugar, assegurar-lhes o acesso à informação. Isso porque somente quem sabe quais são os problemas e suas possíveis fontes é que pode ajudar a encontrar soluções ou participar da gestão dos espaços e bens ambientais, a fim de evitar danos presentes e futuros. Daí a necessidade de que os Estados garantam o acesso dos indivíduos às informações de que disponha e que lhes oportunize a participação nos processos de decisão. Outros atores, contudo, como as ONGs, vêm ganhando destaque no plano da proteção ao meio ambiente e têm apresentado forte pro-atividade no sentido de buscar e divulgar a informação ambiental, assim como atuar na defesa do ambiente natural e instigar a participação da sociedade de um modo geral.

Além da Declaração do Rio de 1992, outros instrumentos internacionais e regionais também promoveram a adoção de requisitos para a participação na tomada de decisão ambiental, como, por exemplo, a Estratégia Interamericana para a Participação Pública na Tomada de Decisão sobre o Desenvolvimento Sustentável, adotada, em 2001, pela Organização dos Estados Americanos (OEA), e as Diretrizes do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) para o desenvolvimento da legislação nacional sobre o acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em matéria ambiental – Diretrizes de Bali, de 2010.

Todos esses instrumentos internacionais são instrumentos de “soft law”, quer dizer, têm um valor normativo limitado, enquanto desprovidos de caráter obrigatório, não existindo a possibilidade de sanções pelo seu descumprimento. Todavia, esses instrumentos devem, igualmente, ser analisados enquanto precursores da adoção de regras jurídicas obrigatórias, bem como propulsores da adoção de princípios diretores no ordenamento jurídico dos Estados.⁵

Assim, a Convenção sobre o Acesso à Informação, à Participação do Público na Tomada de Decisões e o

4 LANE, Marcus. Public participation in planning: an intellectual history. *Australian Geographer*, 36:3, 283-299. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/00049180500325694>. Acesso em 02/07/2017.

5 SILVA, Solange Teles da. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 16 e p.89.

Acesso à Justiça em Matéria Ambiental, de 25 de junho de 1998 — Convenção Aarhus —, é um tratado multilateral ambiental, que exige que os Estados adotem medidas normativas e legislativas para assegurar os direitos de informação, participação pública e acesso à justiça em questões ambientais. Em vigor desde 30 de outubro de 2001, todos os Estados que ratificaram esse acordo encontram-se na Europa e na Ásia Central. No que tange, especificamente, à participação, em seu preâmbulo, é reconhecido que a participação do público no processo decisório permite tomar melhores decisões e aplicá-las de forma mais eficaz, bem como considera o papel importante dos cidadãos, das organizações não governamentais e do setor privado na esfera da proteção ambiental.

São três as categorias de participação arroladas no documento: a) a participação em decisões em certas atividades ou outras que tenham um impacto significativo no meio ambiente (art. 6º); b) a participação em relação a planos, programas e políticas referentes ao meio ambiente (art. 7º); c) a participação durante a preparação de regulamentação ou instrumentos normativos juridicamente vinculantes e aplicáveis em geral (art. 8º). Além disso, o Tratado inovou em matéria de mecanismo de controle de seu cumprimento (“*compliance*”), por meio de comunicações diretas de membros do público (art. 15), criando-se um “*Compliance Committee*” (CC) que tem competência para avaliar o seu cumprimento⁶. Em realidade, esse Tratado serve como paradigma para que a legislação doméstica assegure os direitos de acesso à informação, participação e acesso à justiça, bem como para a adoção de instrumentos regionais. Encontra-se em tramitação um processo de negociação sobre a adoção de um instrumento regional sobre acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em assuntos ambientais na América Latina e no Caribe, processo que se iniciou na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), em 2012, com a assinatura da Declaração sobre a Aplicação do Princípio 10 da Declaração do Rio, de 1992.⁷

6 O “*Compliance Committee*” foi criado e eleito na 1ª Sessão do Encontro das Partes. Cf. Decision I/7 on review of compliance. UNECE. Compliance Committee – Background. Disponível em: <https://www.unece.org/env/pp/cbackground.html>. Acesso em: 20/07/2017. KRAVCHENKO, Svitlana. The Aarhus Convention and Innovations in Compliance with Multilateral Environmental Agreements. In Colorado Journal of International Environmental Law and Policy, Vol. 18, No. 1, 2007, pp. 1-50.

7 Cf. CEPAL. Histórico das Negociações. Disponível em <http://>

Além disso, destaque-se que a União Internacional para Conservação da Natureza (UICN), que foi a primeira organização ambiental global criada no mundo, em 1948, ao estabelecer “Diretrizes para a gestão das categorias de áreas protegidas” (2008), reconheceu quatro tipos possíveis de governança desses espaços: a) a governança estabelecida pelo governo; b) a governança compartilhada; c) a governança privada; d) a governança pelos povos indígenas e comunidades locais.⁸ Esse documento foi republicado em 2013 e fornece orientações sobre as diferentes categorias de gerenciamento e tipos de governança das áreas protegidas, baseando-se nas melhores práticas globais.⁹

Contudo, a implementação do princípio da participação não é simples. Há diversas variáveis que conduzem a níveis fortes ou fracos de participação¹⁰. A primeira variável diz respeito ao nível e à qualidade da informação disponibilizada. Para que se possa alcançar uma ampla participação social na gestão dos bens ambientais deve o Poder Público disponibilizar todas as informações de que dispõe, com a melhor qualidade possível. Caso contrário, a participação na tomada de

www.cepal.org/pt-br/topicos/principio-10/historico-principio-10. Acesso em 20/07/2017.

8 DUDLEY, N. (ed.). *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*. Gland, Switzerland: IUCN, 2008. Disponível em: <http://cmsdata.iucn.org/downloads/guidelines_for_applying_protected_area_management_categories.pdf> Acesso em 20.07.2017. Destaque-se que a UICN também teve um papel importante na elaboração de diversas convenções ambientais, destacando-se notadamente a Convenção CITES e a Convenção sobre a Diversidade Biológica. Em relação a categorias de áreas protegidas a UICN editou as “Diretrizes para as categorias de manejo de áreas protegidas”, em 1994, que influenciou a adoção de normas domésticas em relação a áreas protegidas em diversos países.

9 WITH, Stolton, S. P. Shadie; N. Dudley (2013). IUCN; WCPA. *Best Practice Guidance on Recognising Protected Areas and Assigning Management Categories and Governance Types, Best Practice Protected Area Guidelines Series No. 21*, Gland, Switzerland: IUCN, 2013. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/PAG-021.pdf>. Acesso em 20/07/2017.

10 BAUMAN, Toni; SMYTH, Dermot. Indigenous partnerships in protected area management in Australia: three case studies. three case studies. The Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 2007; CORBETT, Tony; LANE, Marcus; CLIFFORD, Chris. Achieving indigenous involvement in management of protected areas: lessons from recent Australian experiences. Center for Australian Public Sector. Management. Aboriginal Politics and Public Sector Management Research Paper n° 5. Griffith University, 1998; WOENNE-GREEN, Susan; JOHNSTON, Ross; SULTAN, Ros; WALLIS, Arnold. Competing interests: Aboriginal participation in national parks and conservation reserves in Australia. Melbourne: Australian Conservation Foundation, 1994.

decisão ou na busca por soluções mais adequadas ficará, por óbvio, prejudicada.

A segunda variável está relacionada à velocidade em que as informações são fornecidas e em que mecanismos de participação são disponibilizadas à sociedade. De nada adianta o fornecimento de informações suficientes e de qualidade à população se o momento em que isso ocorre é posterior à tomada de decisão. Do mesmo modo, se os mecanismos que possibilitam a participação são de difícil implementação, a participação pode se dar tarde demais.

A terceira variável diz respeito aos próprios mecanismos de participação, que podem conduzir à efetiva participação na tomada de decisão ou apenas a uma participação coadjuvante. Consultas ou audiências públicas com caráter vinculativo ou conselhos deliberativos influenciam na tomada de decisão. Ao contrário, consultas ou audiências públicas com caráter meramente informativo ou conselhos consultivos pouco ou nada influenciam na tomada de decisão. O que é pior, muitas vezes, servem apenas para legitimar decisões tomadas “de cima para baixo”, sem influência da opinião ou da vontade da sociedade.

Todas essas variáveis importarão, ao final, em formas de participação forte ou fraca, muitas vezes relacionadas à falta de vontade política de se oportunizar à sociedade ou a determinados grupos de interesse uma efetiva participação na tomada de decisão. Com isso, o Poder Público mitiga o caráter autoritário da decisão, que passa a ostentar uma participação social que, de fato, teve pouca ou nenhuma relevância.

3. O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO NA CRIAÇÃO E GESTÃO DE ÁREAS PROTEGIDAS

A criação e a gestão de áreas protegidas é considerada pela comunidade científica uma das formas mais eficientes de conservação da biodiversidade *in situ*, encontrando previsão na Convenção sobre Diversidade Biológica, em seu art. 8º, *a*. O sentido de áreas protegidas adotado pela CDB é amplo, abarcando qualquer espaço, instituído pelo Poder Público, cuja finalidade seja a proteção integral ou parcial de seus elementos naturais. É o sinônimo, no Brasil, de espaços territoriais Especialmente Protegidos, previstos pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, § 1º, III, e no art. 9º, IV, da

Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente¹¹.

A instituição de espaços ambientais não é uma política recente, tendo sido utilizada, desde a Antiguidade, com a finalidade de proteger áreas sagradas ou locais de caça. No final do séc. XIX, a partir da consolidação do movimento ambiental em alguns países da Europa e nos Estados Unidos, ganha contornos de proteção da vida selvagem, mais próximos aos que hoje são praticados.

Muito embora a criação de espaços ambientais seja essencial para a conservação da biodiversidade *in situ*, a sua instituição, em especial nas versões mais restritivas (IUCN categorias I e II)¹², causa impactos na vida e na economia das populações locais. Desde a criação do primeiro parque nacional no mundo, Yellowstone, nos EUA, em 1872, começou a haver conflitos com as populações tradicionais, que eram expulsas das áreas que tradicionalmente habitavam. Na África, a partir da instituição do Sabi Game Reserve, mais tarde renomeado como Kruger Park, os grupos tradicionais passaram a reivindicar seus direitos de caça, em detrimento da proteção apenas dos animais. Apesar disso, a ideia, que persiste até hoje, em diversos países, como no Brasil e nos EUA, é a de que o parque nacional não deve possuir população residente, permitindo-se exclusivamente a visitação¹³.

Com isso, quanto maior for a participação das populações afetadas na instituição e na gestão desses espaços, maior será a efetividade na consecução de seus objetivos¹⁴. A criação de ETEPs, de forma autoritária, de cima para baixo, constitui, como aponta Sachs, uma política autoderrotada¹⁵. Estudos de caso em países em

11 LEUZINGER, Márcia Dieguez. Natureza e cultura: criação de unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

12 Disponível em: <https://www.iucn.org/theme/protected-areas/about/protected-areas-categories>, Acesso em 20/07/2017.

13 Mc CORMICK, John. Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

14 SILVA, Solange Teles da; DUTRA, Carolina; BORGES, F. S.; ALBUQUERQUE, M.F.C.; SANTOS, M. D.; SOUZA, P. B. . Brazil: Participation principle and marine protected areas. In: MARTIN, P.; BOER, B.; SLOBODIAN, L.. (Org.). Framework for Assessing and Improving Law for Sustainability: a Legal Component of a Natural Resource Governance Framework. 1ed.Gland: IUCN, 2016, v. 1, p. 33-50 Disponível em: http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/documents/case-studies/participation_principle_in_mpas_in_brazil.pdf. Acesso em 20/07/2017.

15 SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Organização: Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

desenvolvimento indicam, inclusive, que a participação das comunidades locais no processo de tomada de decisão é a variável que mais significativamente se relaciona com uma maior efetividade dos espaços ambientais¹⁶.

As mesmas dificuldades apresentadas para a participação da sociedade na gestão de bens ambientais de um modo geral também se aplicam à criação e à gestão de áreas protegidas. Dependendo do país, haverá maior ou menor envolvimento da sociedade na criação do espaço ambiental, em especial das pessoas diretamente afetadas por ele. Nos casos do Brasil e da Austrália, por exemplo, teremos formas fracas ou, no máximo, regulares de participação.

3.1. O Brasil e a fraca participação na criação e na gestão de áreas protegidas: o direito ambiental global em xeque

No Brasil, a expressão áreas protegidas, que até 2006 era utilizada no sentido adotado pelo direito internacional, teve seu alcance restringido com a edição do Plano Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), instituído pelo Decreto federal nº 5.758/2006, fruto dos compromissos assumidos pelo país para a implementação do Programa de Trabalho adotado durante a COP 7/CDB. Segundo o PNAP, áreas protegidas são compostas por unidades de conservação, terras indígenas e territórios quilombolas. Os espaços protegidos previstos pelo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), consubstanciados nas áreas de preservação e nas áreas de reserva legal, são tratados no planejamento da paisagem, desempenhando função de conectar fragmentos de naturais, incluindo as próprias áreas protegidas¹⁷. Por essa razão, serão utilizadas, nesse tópico, as expressões Espaços Territoriais Especialmente Protegidos (ETEP) e Espaços Ambientais como gênero, no mesmo sentido que, no plano internacional, é conferido à expressão áreas protegidas (*protected areas*).

Dentre os espaços ambientais existentes no Brasil, o conjunto das unidades de conservação (UCs) federais, estaduais e municipais conformam um sistema que pos-

sui previsão legal e, por isso, confere maior estabilidade e certeza jurídica a sua gestão. A Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), prevê, como requisitos para a criação de unidades de conservação, estudos técnicos e consulta pública que possibilitem identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade (art. 22, § 2º). Outros dispositivos tratam dos conselhos gestores, que se dividem em consultivos e deliberativos, apresentando, assim, menor ou maior capacidade de influenciar a tomada de decisão.

Como se pode perceber, no Brasil, em relação especificamente às UCs, há previsão legal de mecanismos de participação. Tais mecanismos, no entanto, estão muito longe de conferir efetiva participação às populações afetadas por sua criação. Isso porque, no caso das consultas públicas para instituição das unidades, houve deliberada exclusão das estações ecológicas e das reservas biológicas. A justificativa foi que, dado o alto grau de proteção, que impede, inclusive, a visitação pública, com exceção daquelas previamente autorizadas para fins de educação ambiental, as consultas públicas para sua instituição revelariam, sempre, a insatisfação das populações locais, que, supostamente, nada teriam a ganhar com a UC. Ao contrário, essas populações deixariam de poder adentrar a área e praticar atividades econômicas dela dependentes e não teriam um incremento do turismo, que poderia gerar renda adicional. Com isso, suprimiu-se a participação da sociedade, restando a decisão acerca da criação de estações ecológicas e de reservas biológicas apenas às autoridades públicas. E, mesmo em relação às demais categorias de manejo, as consultas públicas possuem um caráter muito mais educativo e de convencimento do que propriamente de influência das conclusões das populações afetadas na tomada de decisão acerca da instituição ou não da UC ou da categoria de manejo que, para elas, seria mais apropriada.

Da mesma forma, a Lei do SNUC também não prevê formas de participação semelhantes da sociedade na gestão de todas as categorias de manejo de unidades de conservação. Com efeito, em relação às unidades de conservação de proteção integral (IUCN I, II e, em determinados casos, III), a Lei do SNUC prevê, em seu art. 29, a criação apenas de conselho consultivo,

“presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil, por proprietários de terras localizadas em Refúgio de Vida Silvestre ou Monumento Natural, quando

16 ANDRADE, Gustavo S. M.; RHODES, Jonathan R. Protected Areas and Local Communities: an Inevitable Partnership toward Successful Conservation Strategies? *Ecology and Society*, vol. 17, Issue 4, 2012. Disponível em: <https://www.ecologyandsociety.org/vol17/iss4/>. Acesso em 04/07/2017.

17 Disponível em: <http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/plano-de-areas-protegidas>. Acesso em: 20/06/2017.

for o caso, e, na hipótese prevista no § 2º do art. 42, das populações tradicionais residentes, conforme se dispuser em regulamento e no ato de criação da unidade”.

Nos termos do Decreto 4.340/02, a representação da sociedade civil deve ser, sempre que possível, paritária, consideradas as peculiaridades regionais. Em outras palavras, a paridade não é obrigatória, mas desejável.

Segundo o § 2º do art. 17 do Decreto:

“A representação da sociedade civil deve contemplar, quando couber, a comunidade científica e organizações não-governamentais ambientalistas com atuação comprovada na região da unidade, população residente e do entorno, população tradicional, proprietários de imóveis no interior da unidade, trabalhadores e setor privado atuantes na região e representantes dos Comitês de Bacia Hidrográfica”.

Em teoria, as UCs de proteção integral e domínio público (estações ecológicas, reservas biológicas e parques nacionais) não deveriam ter população residente, mesmo que tradicional, nem proprietários de imóveis no seu interior. Na prática, contudo, isso é muito comum, dada a dificuldade de os órgãos gestores resolverem a situação fundiária de grande parte dessas unidades¹⁸. Daí a importância de previsão, mesmo para essas categorias de manejo, de participação, nos Conselhos, de proprietários privados, que seriam aqueles que continuam no interior da UC por não terem ainda sido regularmente desapropriados e indenizados.

O grande problema, no entanto, é que apenas Reservas Extrativistas e Reservas de Desenvolvimento Sustentável, UCs de uso sustentável que visam compatibilizar a proteção da natureza e de grupos tradicionais residentes, têm conselhos deliberativos, com poder de decisão, podendo deliberar e emitir manifestações sobre assuntos relacionados à gestão da unidade de conservação, por meio de Resoluções. Todas as demais categorias de manejo, mesmo de uso sustentável, possuem apenas conselhos consultivos, cujas atribuições são:

“decidir sobre assuntos relacionados à forma de funcionamento do Conselho, prevista em seu Regimento Interno; decidir sobre o conteúdo do Plano de Ação do Conselho; emitir recomendações

e moções; emitir manifestações sobre assuntos relacionados à gestão da unidade de conservação”¹⁹.

Desse modo, por haver exigência somente de consulta pública para a criação da UC, sem caráter vinculante, excetuando-se a obrigatoriedade para estações ecológicas e reservas biológicas, e devendo ser instituídos apenas conselhos consultivos para 10 das 12 categorias de manejo de unidades de conservação existentes no Brasil, pode-se afirmar que o país apresenta um sistema fraco de participação social para criação e gestão desses espaços ambientais. Para as demais espécies de ETEP, como, por exemplo, jardins botânicos, hortos florestais ou parques ecológicos, a situação ainda é mais grave, na medida em que não existe qualquer dispositivo legal que preveja formas de participação para sua instituição.

A questão se torna mais dramática quando envolve unidades de conservação que possuem população tradicional residente. Com exceção de reservas extrativistas e de reservas de desenvolvimento sustentável, que têm por objetivo, especificamente, a permanência de grupos tradicionais, a sua presença, em outras categorias de manejo, pode trazer graves problemas, em especial quando se encontram em unidades de conservação de proteção integral e domínio público. Nos termos do art. 42 da Lei do SNUC, quando a categoria de manejo não admitir a presença de população tradicional residente, ela deve ser indenizada pelas benfeitorias e transferida para outro local, previamente acordado.

Como um grande número de unidades de conservação, no Brasil, possui população tradicional residente, a questão torna-se dramática, na medida em que a noção de territorialidade desses grupos é muito diferente daquela vivenciada pelas populações locais não tradicionais. Por essa razão, a sua transferência para local distinto daquele em que vivem há várias gerações normalmente significa a dispersão do grupo e, conseqüentemente, perda de valioso patrimônio cultural, conformado pelos seus conhecimentos, suas crenças, seus mitos, seus modos de criar, fazer e viver²⁰. Pode-se concluir, então,

19 ICMBio; MMA. Conselhos gestores de unidades de conservação federais. 2014. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/publicacoes/guia-conselhos-2014.pdf>. Acesso em 01/07/2017. A formação e atuação de conselhos de unidades de conservação são disciplinadas pela IN nº 11/2010, do ICMBio.

20 LITTLE, Paul. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. Série Antropologia 322, Brasília, 2002, ps. 3 e 11. Disponível em: www.unb.br/ics/dan/Serie322empdf.pdf. Acesso em 09/11/2016; DIEGUES, Antônio

18 Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/documentos/roteiros-da-4a-ccr/manual-regularizacao-fundiaria-em-unidade-conservacao.pdf>; <https://uc.socioambiental.org/territ%C3%B3rio/regulariza%C3%A7%C3%A3o-fundi%C3%A1ria>. Acesso em 01/07/2017.

que a questão da participação na instituição de gestão de espaços protegidos, no país, está bastante defasado em relação ao que é adotado no âmbito do direito ambiental global.

A cogestão ou gestão compartilhada, que requer um grau mais elevado de participação do que a simples apresentação em conselho consultivo, é uma solução que foi adotada em países como a Austrália, a Nova Zelândia e o Canadá. Ela oferece a oportunidade de as populações tradicionais permanecerem nas áreas transformadas em unidades de conservação de proteção integral, como os parques nacionais, com poder de decisão que, dependendo do instrumento utilizado, pode ser bastante significativo.

3.2. A Austrália e a cogestão de parques nacionais: perspectivas de globalização desse instrumento

A Austrália, como o Brasil, possui populações tradicionais que vem povoando seu território por mais de 40.000 anos. Aborígenes e Ilhéus de Torres Strait influenciaram e alteraram o ambiente natural para atender a suas necessidades físicas e espirituais, por meio do uso do fogo, da caça e de atividades extrativistas e coletoras²¹.

Por essa razão, o país, também, vivenciou graves conflitos em razão da instituição de parques nacionais, cujo início deu-se com a criação do *Royal National Park*, em 1879. Isso porque, até meados da década de 1970, a instituição de parques nacionais significou a expulsão dos grupos Aborígenes das áreas afetadas pelas unidades, com perda significativa do seu conhecimento tradicional, na medida em que a manutenção do patrimônio cultural imaterial depende diretamente da coesão do grupo, que conduz à reivificação da memória coletiva e sua transmissão de geração a geração, em geral por meio

de tradição oral²².

Por mais de 100 anos, o modelo adotado foi o norte-americano, que significa parques sem habitantes, e a sua instituição era feita de forma autoritária, sem consulta aos grupos afetados. As populações Aborígenes sequer podiam ingressar na área para fins culturais ou uso de recursos naturais. Por volta de 1975, contudo, em razão do movimento internacional de reconhecimento dos direitos culturais das populações tradicionais, o governo e a sociedade australiana passaram, paulatinamente, a reconhecer as relações econômicas e culturais dos grupos Aborígenes com seus territórios²³.

Surgiu, então, a ideia de cogestão de parques nacionais, a partir sucesso de requerimentos para o reconhecimento do direito à terra realizado por grupos Aborígenes, além de leis estaduais e do *Northern Territory* sobre direito desses grupos às terras que tradicionalmente habitavam. O instrumento da cogestão foi, assim, adotado em diferentes Estados e Territórios, apresentando, por isso, arranjos diversos, que envolvem governo e populações tradicionais. Os graus de envolvimento das comunidades Aborígenes variam de Estado para Estado, havendo, portanto, formas mais fortes ou mais fracas de participação, mesmo quando se está diante de cogestão de parques nacionais²⁴.

O sentido que vem sendo atribuído à cogestão de áreas protegidas é o de uma

“situação em que alguns ou todos os atores relevantes em uma área protegida estão envolvidos de forma substancial nas atividades de gestão. Mais especificamente, no processo de cogestão, a agência que possui jurisdição sobre a área protegida (normalmente uma agência estadual) desenvolve uma parceria com os outros atores relevantes (que inclui especialmente os residentes locais e aqueles que utilizam os recursos naturais) que especifique e garanta suas respectivas funções, seus direitos e suas responsabilidades em relação ao espaço protegido”²⁵.

Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil. Brasília, Ministério do Meio Ambiente, São Paulo, USP, 2001; CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro de. *Traditional populations and environment conservation*. In: Capobianco, João Paulo Ribeiro (general coordination). Biodiversity in the Brazilian Amazon: assessment and priority actions for conservation, sustainable use and benefit sharing. São Paulo, Estação Liberdade, ISA, 2004.

21 WALKER, Jane. Processes for effective management: learning from agencies and Warlpiri people involved in managing the Northern Tanami Indigenous Protected Area, Australia. Thesis submitted to the Northern Institute, Institute of Advanced Studies Charles Darwin University, December, 2010.

22 ORTIZ, Renato. Cultura brasileira e identidade nacional. 5ª ed., 5ª reimpressão, Brasília, Ed. Brasiliense, 2005.

23 BAUMAN, Toni; SMYTH, Dermot. Indigenous partnership in protected area management in Australia: three case studies. The Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 2007.

24 BAUMAN, Toni; SMYTH, Dermot. Indigenous partnership in protected area management in Australia: three case studies. The Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 2007.

25 Tradução livre das autoras. Texto original: “a situation in which some or all of the relevant the stakeholders in a protected area are involved in a substantial way in management activities. Specifically, in a collaborative manage-

Os graus de envolvimento das comunidades Aborígenes variam de Estado para Estado, na medida em que a legislação, nesses casos, é basicamente estadual, e de instrumento para instrumento, havendo, conseqüentemente, formas mais fortes ou mais fracas de participação, mesmo quando se está diante de cogestão de parques nacionais²⁶.

Instrumentos como *Memoranda of Understanding for Joint Management – MoU*, que se traduz em acordo firmado entre a comunidade Aborígene e a Agência governamental gestora de parques nacionais; *Indigenous Land Use Agreements - ILUAs*, que se referem a grupos Aborígenes que possuem ou estão requerendo *Native Titles* e, por isso, podem negociar com o Estado a gestão do parque nacional; e *Lease Back Agreement*, que diz respeito ao retorno da propriedade da área em que está inserido o parque nacional a um Comitê Aborígene da Terra, que passará a exercê-la em favor do grupo Aborígene, devolvendo parte dos direitos à gestão aos Órgão Gestor, são os mais utilizados para o estabelecimento de cogestão entre Populações Aborígenes e Poder Público na Austrália, embora outros possam ser elaborados e firmados²⁷. Em todos os exemplos de instrumentos apresentados, contudo, podem ser estabelecidas formas mais ou menos fortes de participação, a depender do arranjo construído e do grau de interferência da comunidade Aborígene na gestão do parque nacional. Cada arranjo é único e ainda que o mesmo instrumento seja utilizado, formas e graus distintos de participação poder ser acordados.

De qualquer forma, ainda que se esteja diante de uma participação fraca na gestão do parque nacional, a situação dos Aborígenes australianos é melhor do que a situação das populações tradicionais brasileiras, cuja presença dentro de unidades de conservação de prote-

ção integral e domínio público não é admitida. Nessa perspectiva, o fortalecimento do princípio da participação no âmbito do direito ambiental global produz efeitos no plano do direito ambiental internacional e do direito interno de cada país, forjando, aos poucos, instrumentos que possibilitam uma maior participação social na proteção do meio ambiente de um modo geral, e na criação e gestão de espaços protegidos, em particular, incrementando-se, assim, a governança ambiental.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da participação, essencial à consolidação da democracia e base do direito ambiental global, está diretamente relacionado, de um modo geral, à boa governança dos recursos naturais e, de forma mais específica, ao sucesso da criação e gestão de áreas protegidas ao redor do mundo. Participação, contudo, traz como pressuposto a informação, e a integridade do processo decisório está diretamente relacionada ao empoderamento das comunidades locais, tradicionais ou não.

Quanto maior for o poder decisório dos atores não governamentais, sejam eles ONGs, indivíduos ou grupos locais, quanto mais forte será a participação. Ao contrário, quanto menor for a capacidade de influência na tomada de decisão, mais fraca será a participação.

Os exemplos da influência do princípio da participação, concebidos no âmbito do direito global, e capilarizados para os diferentes países signatários de Tratados como a Convenção sobre Diversidade Biológica ou a Convenção sobre o acesso à informação, à participação do público na tomada de decisões e o acesso à justiça em matéria ambiental, demonstram que a sua implementação está diretamente relacionada à efetividade na gestão dos bens ambientais e na implementação de espaços protegidos.

No âmbito da criação e gestão de unidades de conservação, o Brasil vem implementando formas mais fracas de participação. Isso porque, no que diz respeito à consulta pública para instituição das UCs, em primeiro lugar, ela não é exigida pela Lei do SNUC para estações ecológicas e reservas biológicas e, em segundo lugar, para as demais categorias de manejo, ela não tem aspecto vinculante. A ideia é muito mais de informar e convencer as populações afetadas acerca da importância da UC do que propriamente de considerar as suas con-

ment process, the agency with jurisdiction over the PA (usually a state agency) develops a partnership with other relevant stakeholders (primarily including local residents and resources users) which specifies and guarantees their respective functions, rights and responsibilities with regard to the PA". BORRINI-FEYERABEND, Grazia. Collaborative management of protected areas: tailoring the approach to the context. Issues in Social Policy. Gland (Switzerland): IUCN, 1996, pág. 12.

26 BAUMAN, Toni; SMYTH, Dermot. Indigenous partnership in protected area management in Australia: three case studies. The Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 2007.

27 LEUZINGER, Márcia Dieguez. A gestão compartilhada de áreas protegidas como instrumento de compatibilização de direitos. Revista de informação legislativa n° 211, julho-setembro/2016, pgs.253-272.

clusões na tomada de decisão sobre a criação, ou não, da unidade.

Uma vez instituída a UC, a gestão é feita com a participação da sociedade por meio de conselhos. Vários problemas, no entanto, podem ser apontados. Inicialmente, a existência de diversas UCs que ainda não possuem conselhos, seja por falta de recursos, seja por falta de vontade política para a sua criação. Além disso, mesmo para as unidades que já dispõem de conselhos, com exceção das reservas extrativistas e das reservas de desenvolvimento sustentável, que devem instituir conselhos deliberativos, eles são meramente consultivos, estando o poder de decisão, assim, nas mãos do órgão governamental gestor. A participação na gestão de 10 das 12 categorias de manejo previstas na Lei do SNUC pode, portanto, ser considerada fraca, por não disporem os atores não estatais de poder de decisão efetivo.

Com relação às populações tradicionais residentes em unidades de conservação que não admitem a sua presença, a situação é ainda mais grave. Muito embora elas devam ter assento nos respectivos conselhos consultivos, quando existentes, por não possuírem capacidade de tomada de decisão, ficam à mercê da vontade do órgão gestor e do chefe de unidade, cujo objetivo, na maior parte das vezes, é retirá-las do local, sob o manto de uma suposta legalidade. A realocação em área diversa daquela por elas tradicionalmente habitada, em razão de sua noção de territorialidade, causa danos irreversíveis ao grupo e perda de valioso patrimônio cultural imaterial, consubstanciado em seus saberes e modos de criar, fazer e viver, protegidos pela Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer, então, que o Brasil está muito aquém do que vem sendo implantado no âmbito do direito ambiental global.

Na Austrália, país que também possui populações tradicionais e que vivenciou sérios conflitos em razão da instituição dos primeiros parques nacionais, que demandavam sua retirada da área afetada, a solução vem sendo a implementação da cogestão. Muito embora não seja possível apontar formas fortes de participação em todos os casos, na medida em que cada acordo de cogestão apresenta instrumentos e regras diferentes, pode-se dizer que, mesmo nos casos em que a participação é mais fraca, a situação dos Aborígenes ainda é melhor do que aquela vivenciada pelas populações tradicionais brasileiras residentes no interior de unidades de conservação de proteção integral e domínio público.

Em ambos os países tomados como exemplo, o que se verifica é que a efetividade dos espaços protegidos está diretamente relacionada à qualidade e à intensidade da participação. Desse modo, enquanto o Brasil não conseguir implementar instrumentos que garantam uma participação forte da sociedade, nos moldes propugnados no âmbito do direito ambiental global, a efetividade de suas unidades de conservação continuará baixa, como foi constatado pelo Tribunal de Contas da União no Relatório de Auditoria TC 006.762/2014-0. A conclusão desse Relatório aponta que “a maior parte das áreas protegidas criadas ainda não foi efetivamente implementada”. Unidades de papel, que servem apenas para engrossar os percentuais de áreas protegidas no país, não trazem qualquer benefício, seja às comunidades locais, seja à sociedade brasileira de um modo geral. Essa prática deve ser combatida e o princípio da participação precisa realmente ser levado em consideração na tomada de decisão ambiental, no Brasil ou em qualquer outro lugar, sob pena de não se alcançar avanços substanciais em nenhum dos instrumentos desenvolvidos para se tentar contornar a crise ambiental e alcançar uma efetiva proteção ao ambiente natural global.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Gustavo S. M.; RHODES, Jonathan R. Protected Areas and Local Communities: an Inevitable Partnership toward Successful Conservation Strategies? *Ecology and Society*, vol. 17, Issue 4, 2012. Disponível em: <https://www.ecologyandsociety.org/vol17/iss4/>. Acesso em 04/07/2017.
- ARSTEIN, S. R. A. Ladder of citizen participation. *35 Journal of the American Institute of Planners* 216 (1969).
- BAUMAN, Toni; SMYTH. Dermot. Indigenous partnerships in protected area management in Australia: three case studies. three case studies. *The Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies*, 2007.
- BORRINI-FEYERABEND, Grazia. Collaborative management of protected areas: tailoring the approach to the context. *Issues in Social Policy*. Gland (Switzerland): IUCN, 1996.
- CEPAL. Histórico das Negociações. Disponível em

- <http://www.cepal.org/pt-br/topicos/principio-10/historico-principio-10>. Acesso em 20/07/2017.
- CORBETT, Tony; LANE, Marcus; CLIFFORD, Chris. Achieving indigenous involvement in management of protected areas: lessons from recent Australian experiences. Center for Australian Public Sector. Management. Aboriginal Politics and Public Sector Management Research Paper n° 5. Griffith University, 1998.
- CUNHA, Manuela Carneiro da; ALMEIDA, Mauro de. *Traditional populations and environment conservation*. In: Capobianco, João Paulo Ribeiro (general coordination). Biodiversity in the Brazilian Amazon: assessment and priority actions for conservation, sustainable use and benefit sharing. São Paulo, Estação Liberdade, ISA, 2004.
- DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S. Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil. Brasília, Ministério do Meio Ambiente, São Paulo, USP, 2001.
- DUDLEY, N. (ed.). *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*. Gland, Switzerland: IUCN, 2008. Disponível em: < http://cmsdata.iucn.org/downloads/guidelines_for_applying_protected_area_management_categories.pdf> Acesso em 20.07.2017.
- Hautereau-Boutonnet, Mathilde. Perspectives pour un droit global de l'environnement, In *Revue de Droit d'As-sas*, 2015/11, pp. 123-131.
- HEY, Ellen. Global Environmental Law. Disponível em < <http://papers.ssrn.com/sol3/paper.cfm>> Acesso em 20/07/2017.
- ICMBio; MMA. Conselhos gestores de unidades de conservação federais. 2014. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/comunicacao/publicacoes/guia-conselhos-2014.pdf>. Acesso em 01/07/2017. A formação e atuação de conselhos de unidades de conservação são disciplinadas pela IN n° 11/2010, do ICMBio.
- KRAVCHENKO, Svitlana. The Aarhus Convention and Innovations in Compliance with Multilateral Environmental Agreements. In *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 18, No. 1, 2007, pp. 1-50.
- LANE, Marcus. Public participation in planning: an intellectual history. *Australian Geographer*, 36:3, 283-299. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/00049180500325694>. Acesso em 02/07/2017.
- LITTLE, Paul. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. *Série Antropologia* 322, Brasília, 2002, ps. 3 e 11. Disponível em: www.unb.br/ics/dan/Serie322empdf.pdf. Acesso em 09\11\2016.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. Natureza e cultura: criação de unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes. Curitiba: Letra da Lei, 2009.
- LEUZINGER, Márcia Dieguez. A gestão compartilhada de áreas protegidas como instrumento de compatibilização de direitos. *Revista de informação legislativa* n° 211, julho-setembro/2016, pgs.253-272.
- Mc CORMICK, John. Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.
- ORTIZ, Renato. Cultura brasileira e identidade nacional. 5ª ed., 5ª reimpressão, Brasília, Ed. Brasiliense, 2005.
- SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Organização: Paula Yone Stroh. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SILVA, Solange Teles da. O direito ambiental internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SILVA, Solange Teles da; DUTRA, Carolina ; BORGES, F. S. ; ALBUQUERQUE, M.F.C. ; SANTOS, M. D. ; SOUZA, P. B. . Brazil: Participation principle and marine protected areas. In: MARTIN, P.; BOER, B.; SLOBODIAN, L.. (Org.). Framework for Assessing and Improving Law for Sustainability: a Legal Component of a Natural Resource Governance Framework. 1ed.Gland: IUCN, 2016, v. 1, p. 33-50 Disponível em: http://www.lawforsustainability.org/sites/default/files/documents/case-studies/participation_principle_in_mpas_in_brazil.pdf. Acesso em 20/07/2017.
- UNECE. Compliance Committee – Background. Disponível em: <https://www.unece.org/env/pp/ccbackground.html>. Acesso em: 20/07/2017.
- WALKER, Jane. Processes for effective management: learning from agencies and Warlpiri people involved in managing the Noryhern Tanami Indigenous Protected Area, Australia. Thesis submitted to the Northern Institute, Institute of Advanced Studies Charles Darwin University, December, 2010.

WITH, Stolton, S., P. Shadie; N. Dudley (2013). IUCN WCPA *Best Practice Guidance on Recognising Protected Areas and Assigning Management Categories and Governance Types, Best Practice Protected Area Guidelines Series No. 21*, Gland, Switzerland: IUCN. Disponível em: <https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/PAG-021.pdf> Acesso em 20/07/2017.

WOENNE-GREEN, Susan; JOHNSTON, Ross; SULTAN, Ros; WALLIS, Arnold. *Competing interests: Aboriginal participation in national parks and conservation reserves in Australia*. Melbourne: Australian Conservation Foundation, 1994.

Yang, Tseming; Percival, Robert V. *The Emergence of Global Environmental Law*, In 36 *Ecology L.Q.* 615 (2009), Disponível em: <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/728>>. Acesso em 20/07/2017.

SITES DA INTERNET

<https://www.iucn.org/theme/protected-areas/about/protected-areas-categories>, Acesso em 20/07/2017.

<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/documentos/roteiros-da-4a-ccr/manual-regularizacao-fundiaria-em-unidade-conservacao.pdf>. Acesso em 01/07/2017.

<https://uc.socioambiental.org/territ%C3%B3rio/regulariza%C3%A7%C3%A3o-fundi%C3%A1ria>. Acesso em 01/07/2017.

<http://www.mma.gov.br/areas-protegidas/plano-de-areas-protegidas>. Acesso em: 20/06/2017.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A teoria ambientalista (green theory) e a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos: O caso da Colômbia

The green theory and the competence of advisory opinions at Inter-American Court of Human Rights: The case of Colombia

Eduardo Biacchi Gomes

Ane Elise Brandalise

A teoria ambientalista (green theory) e a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos: O caso da Colômbia*

The green theory and the competence of advisory opinions at Inter-American Court of Human Rights: The case of Colombia

Eduardo Biacchi Gomes**

Ane Elise Brandalise***

RESUMO

O presente artigo tem como propósito traçar um paralelo entre teoria e prática. O plano teórico é elucidado por meio de estudos à Teoria Ambientalista (Green Theory), ao passo que o plano prático é vislumbrado por meio da mais recente consulta, no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, feita pela Colômbia à Corte Interamericana. A hipótese do trabalho, que encontra eco em variados autores, é a de que a Teoria Ambientalista pode ganhar vida e se fazer presente no plano prático. As fontes ora utilizadas são multidisciplinares, como assim é interdisciplinar o tema meio ambiente, contudo, o trabalho não pretende dar respostas prontas, até mesmo porque a própria consulta da Colômbia ainda se encontra em tramitação na Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Teoria Ambientalista. Meio ambiente. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Humanos. Opinião Consultiva. Colômbia.

ABSTRACT

His article intends to draw a parallel between theory and practice. The theoretical framework is elucidated through studies of Green Theory, while the practical plan is seen through the most recent consultation in the field of Inter-American system on human rights, made by Colombia to the Inter-American Court. The hypothesis of the work, which is echoed by several authors, is that environmental theory can come to life and be present on a practical level. The sources used here are multidisciplinary, as the subject of the environment is interdisciplinary, however, the work does not seek to provide ready answers, even because Colombia's own consultation is still pending in the Inter-American Court for Protection of Human Rights.

Keywords: Green Theory. Environment. Inter-American Court on Human Rights. Human Rights. Advisory Opinions. Colombia.

* Recebido em 30/03/2017
Aprovado em 18/12/2017

** Pós-Doutor em Estudos Culturais junto à UFRJ, com estudos realizados na Universidade de Barcelona. Atualmente em estágio de pós-doutoramento na PUCPR. Professor-adjunto integrante do quadro da UniBrasil, Graduação e Mestrado em Direito. Professor Titular de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Adjunto do Curso de Direito Uninter e Professor colaborador do Mestrado em Direito da mesma instituição. Professor pesquisador do Grupo PATRIAS, cadastrado no CNPQ. E-mail: eduardobiacchigomes@gmail.com

*** Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR (2012), aluna bolsista PIBIC-PUCPR (2008-2010) e graduação em Relações Internacionais pela UNINTER (2012-2015), aluna bolsista de pesquisa científica-UNINTER (2013-2014). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL (2015-2017) e pesquisadora do Grupo PATRIAS, cadastrado no CNPQ. E-mail: anebrand@ gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Inserido na perspectiva teórica denominada de ambientalista (ou, ainda, como Green Theory), o presente estudo visa traçar uma correlação entre o plano teórico da Teoria Ambientalista e o plano prático, ora visualizado a partir da consulta solicitada pela Colômbia à Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos, para demonstrar a importância de se discutir questões ambientais.

Com efeito, tal solicitação aborda, principalmente, temas relacionados ao meio ambiente, em uma perspectiva de direitos humanos, apresentando-se como uma considerável oportunidade de debate na esfera do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e, inevitavelmente, como uma oportunidade de transformação em esfera interna em prol de futuras gerações.

Para tanto, necessário apresentar o que seria a Teoria Ambientalista e suas nuances diversas, incluindo críticas feitas e possíveis problemas. Advinda da esfera internacional, tal teoria guarda o potencial de aplicação prática inclusive na seara interna. Nesse ponto, o trabalho faz uso sobretudo das bibliografias pertencentes a ramos como o de Relações Internacionais e de Direito Internacional.

Após, perpassados os estudos teóricos, adentra-se no estudo da consulta solicitada pela Colômbia envolvendo o tema meio ambiente, com a apresentação preliminar e sintetizada do que seria a figura jurídica da consulta no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, materializada por meio da Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos. Aqui, as referências predominantes são jurídicas, com enfoque para o uso da própria consulta feita pela Colômbia à Corte Interamericana.

Perpassados tais pontos necessários, o trabalho faz a correlação, ainda que simples e ora demonstrada de forma sintetizada, entre a Teoria Ambientalista e a consulta em tela, a fim de ressaltar a relevância do meio ambiente como tema que merece discussão constante.

Dessa feita, a hipótese do trabalho é a de que a Teoria Ambientalista pode ganhar vida, o que rechaça críticas de que essa teoria seria demasiadamente teórica, sem correlação na prática (como poder-se-ia imaginar). Tal hipótese encontra eco em uma série de autores, conforme será demonstrado ao longo de todo artigo. Ou-

trossim, cumpre notar que as fontes ora utilizadas são multidisciplinares, como assim é interdisciplinar o tema meio ambiente.

Ressalte-se que o trabalho não pretende dar respostas prontas, sobretudo no que tange à situação da Colômbia, que ainda se encontra em análise na Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos. Ainda assim, o presente artigo pode dar ensejo a outros variados estudos sobre o tema, colocando o meio ambiente em necessária evidência.

2. NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE A TEORIA AMBIENTALISTA (GREEN THEORY)

Como o próprio nome da teoria remete, a Teoria Ambientalista coloca como enfoque das discussões o meio ambiente, ora compreendido como não apenas um meio em que prepondera e preocupa a questão da poluição decorrente da industrialização, mas também como algo em que variados fatores subsistem, podendo, de forma geral, ser conceituado, conforme assim o faz expressamente a Lei 6.938/81, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Nessa mesma linha, podemos colocar a definição de meio ambiente em variadas espécies¹.

O tema meio ambiente, em sua noção abrangente, veio a ganhar espaço na agenda política de forma recente e tomou vulto especialmente no Brasil dos anos 90, reconhecido por um discurso em prol do assunto². Em determinados Estados latinoamericanos, também ver-se-á que certos entendimentos da Teoria Ambientalista ganharam espaço nos próprios ordenamentos jurídicos.

Como as outras teorias que se estudam aqui, também possui a Teoria Ambientalista um caráter multidisciplinar, que abarca uma gama de questões variadas que perpassam pela Economia, pelo Direito, pelas Relações

1 Nesse sentido, Frederico Augusto, por exemplo, classifica o meio ambiente em três vertentes, quais sejam: o natural, o cultural e o artificial. No presente trabalho, contudo, entenda-se meio ambiente em seu termo geral, sem considerar características de cada espécie. In: AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquemático*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 09-16.

2 VIOLA, Eduardo. O regime internacional de mudança climática e o Brasil. *Revista brasileira de ciências sociais (RBCS)*, vol.17, n° 50, 2002.

Internacionais etc. Tendo em vista que o presente ensaio pretende apresentar a consulta solicitada pela Colômbia à Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos, centrar-se-á aqui na questão, pugnada por certa parte da Teoria Ambientalista, da necessidade de uma conscientização generalizada em prol do meio ambiente, como acreditam Peter Sand, Thomas Gehring, Pierre Calame etc., todos em estudo na questão de uma governança global ambiental³. Ainda assim, cabe colocar ao leitor o viés geral da teoria verde.

A Teoria Ambientalista, “Green Theory” em inglês, surge antes do período do pós-Guerra Fria⁴, quando, então, inúmeras teorias novas a respeito da sociedade internacional e do mundo passam a surgir e emergir⁵, e começa a possuir certo destaque sobretudo graças ao meio científico.

Por certo, a retomada do histórico da questão ambiental, no presente artigo, é questão deveras bastante discutida na academia, mas faz-se necessária para verificar o contexto do nascimento da *Green Theory* e compreender sua colocação na conjuntura atual, em que a necessidade de se garantir um meio ambiente equilibrado e saudável é suscitada em contextos diversos, como a questão da consulta feita pela Colômbia à Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca de grandes empreendimentos a serem instalados na região do Grande Caribe, que será melhor destrinchada adiante.

Ainda assim, não pretende o trabalho desnudar por

3 Para saber mais sobre a governança global, na perspectiva da doutrina brasileira, vide: ARMADA, C. A. S.; VIEIRA, R. S. A Efe-tivação do Direito Ambiental no século XXI através de um estado transnacional ambiental. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Unibrasil)*, v. 15, p. 148-166, 2014.

4 Aqui optou-se por reconhecer que o início da Guerra Fria se deu em meados de 1945 (no fim da Segunda Guerra Mundial, quando autores começaram a formular um conceito de bipolaridade) e o fim da Guerra Fria se deu em 1991, quando na extinção da União da República Socialista Soviética. Aqui, pois, perfilha-se ao entendimento do historiador norueguês Odd Arne Westad, cujos estudos centram-se no período da Guerra Fria. In: WESTAD, Odd Arne. *The global cold war*. New York: Cambridge, 2010.

5 Nesse sentido, apenas a título exemplificativo, citem-se a teoria crítica, a teoria pós-colonialista, o construtivismo, entre outros, que estão entrelaçados todos na procura de novas soluções para novos problemas ou mesmo problemas remanescentes, que as teorias clássicas não conseguiram solucionar. Para saber mais sobre as teorias que nasceram, de forma ou outra, da esfera internacional ou que se propuseram a discutir questões internacionais, vide: CASTRO, Thales. *Teoria das Relações Internacionais*. Brasília: Editora FUNAG, 2012. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/931-Teoria_das_Relacoes_Internacionais.pdf>. Acesso em: 12 mar 2017.

completo o lugar histórico da necessidade de se analisar o meio ambiente, até porque não se utiliza de uma metodologia estrutural histórica, mas apenas visa esclarecer ao leitor a conjuntura que deu ensejo à criação e aprimoramento do marco teórico ora utilizado, a Green Theory.

Assim, em 1962 Rachel Carson lançou a obra “Primavera Silenciosa” (no original: “Silent Spring”), na qual a autora fala da necessidade de uma conscientização coletiva e que culmina por dar azo a todo um movimento ambientalista⁶. Outra publicação que causou fervor, lançada pelo chamado “Clube de Roma”, foi o relatório denominado de “Os Limites do Crescimento” (no original: “The Limits to Growth”), que apontava para a necessidade de diminuição da atividade industrial poluidora e destruidora do meio ambiente⁷.

Dessa forma, para trazer à tona o assunto “meio ambiente”, notou-se que as teorias clássicas, como a do liberalismo e do realismo, seriam cegas nessa temática (“green blind”), não mais podendo ser utilizadas pela sociedade internacional quando se está diante de problemas ambientais, pois não seriam suficientes⁸.

Juridicamente o destaque maior se dá nos anos 70, quando, então, é realizada a primeira Conferência Mundial da ONU sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente em Estocolmo, comumente conhecida como ECO 72, que culminou na conhecida Declaração de Estocolmo. Afora tal conferência, outros debates ocorreram na seara internacional, a exemplo maior da convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática, que ocorreu no Brasil em 1992, no Rio de Janeiro e é conhecida como Rio 92 e mais recentemente do acontecimento ocorrido novamente no Rio de Janeiro, a Rio +20.

Ainda assim, não custa reiterar a história colocada no/entre o período pós-Guerra Fria, importante para se entender sua sublevação e seu fracasso: a conjuntura mundial, tomada por um capitalismo global desenfreado, de forte industrialização, desafiava o mundo a buscar maneiras viáveis de se pensar no meio ambiente, como um mundo apto à vida das gerações futuras, gerações tais que se compõem não somente da pessoa humana,

6 CARSON, Rachel. *Silent Spring*. 40th anniversary edition. Boston, New York: Houghton Mifflin Company, 2002.

7 MEADOWS, Dennis L. et alii. *The Limits to Growth*. New York, Universe Books, 1972.

8 DADDOW, Oliver. *International Relations Theory: the essentials*. Second edition. London: SAGE, 2013, p. 245.

mas igualmente todos “os seres vivos, eis que não se pode conceber a vida no planeta Terra sem a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado”⁹.

Ao mesmo tempo, se, por um lado, haveria de se buscar uma solução por meio de normas internacionais aptas a regular as ações dos atores sociais, por outro lado, teóricos defendem que não basta acordos internacionais ou meras normas de *soft law* sem internalização¹⁰, o regime internacional das mudanças climáticas também haveria de se levar em conta uma necessidade de se ter uma cultura verde, ou seja, uma cultura (que seria disseminada principalmente pela comunidade científica e estudos acadêmicos) em prol do meio ambiente e de uma governança global em que haja uma visão generalizada acerca da problemática.

Nesse sentido, Pierre Calame, ativista francês, defende que a mudança de pensamento, em prol de uma governança global, não pressupõe a multiplicação e fortalecimento de instituições internacionais, mas, sim, pressupõe a conscientização mundial de um destino comum¹¹. Ainda, Calame explicita que a ideia de governança foi construída sob o problema da Segunda Guerra Mundial, sobre as bases das identidades políticas preexistentes e que àquela época isso era inevitável, mas que hoje se vive num outro momento, em que há a necessidade de sair do pensamento do século XVIII e XIX e verificar que um dia todos irão pagar os erros do passado, especialmente quando se está diante da questão ecológica/ambiental¹².

9 GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Meio Ambiente e Direitos Fundamentais: A Questão dos Remoldados e o Diálogo Entre Jurisdições (Adpf 101 de 2009). *Revista de Direito Brasileira*, v. 12, p. 52-67, 2015, p. 53.

10 Não se quer afirmar, neste artigo, que as normas de *soft law* não são, de forma alguma, relevantes para construção do Direito Internacional Ambiental, muito pelo contrário. Conforme estudam Leonardo da Rocha de Souza e Margareth Anne Leister, as normas de *soft law* foram responsáveis por solidificar a solidariedade entre os cidadãos de todas as nações, ainda mais por que as ações ou omissões que influenciam o meio ambiente não ficam adstritas ao território do país em que ocorreram. Trazem a necessidade de os Estados repensarem sobre suas jurisdições e sob a necessidade de cooperação. In: SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da *soft law* na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 767-783, 2015.

11 CALAME, Pierre. *Sauvons la démocratie*: lettre ouverte aux femmes et hommes politiques de demain. Paris: Charles Léopold Mayer, mars 2012.

12 CALAME, Pierre. *Sauvons la démocratie*: lettre ouverte aux femmes et hommes politiques de demain. Paris: Charles Léopold Mayer, mars 2012, p. 45, trad. livre.

Nessa perspectiva o meio ambiente (atmosfera, rios, solo etc.) seria um bem comum/coletivo global (“global commons” em inglês), de concepção solidarista (ou seja, de uma sociedade internacional centrada no compartilhamento de valores), baseado em direitos universais. Inclusive, é de se ver que tal ideia foi incorporada na América Latina e no ordenamento jurídico de determinados Estados da região, sob a ideologia do “bem viver” (no original: “bien vivir”). Assim, vide o caso emblemático do Equador¹³:

(...).

Assim, em um contexto muito próximo às propostas do desenvolvimento sustentável e do ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Equatoriana faz referência muito clara à concreta realização dos bens comuns (água, alimentação, ambiente sadio, cultura, educação, habitat, moradia, saúde, trabalho e segurança) como bens essenciais à vida e ao —*bem viver* em harmonia com a natureza. Daí decorre o Direito ao acesso à água —como fundamental e irrenunciável (art. 12), aos alimentos e ambientes sadios (arts. 13-14), ao habitat e moradia seguros e saudáveis (art. 30), ao Direito à cidade e aos espaços públicos sob os princípios da sustentabilidade (art. 31) e o Direito à saúde (art. 32). Tais benefícios determinam —obrigações tanto para o Estado como para as pessoas e as coletividades (arts. 277 e 278).

O caso da Constituição boliviana também se encontra no exemplo dessa concepção ambientalista de bem comum. O Brasil, por sua vez, também ganhou destaque internacional na causa verde, apesar de hoje não se ver livre de críticas, especialmente da dissonância entre um discurso verde e atitudes que ocupam áreas exclusivamente em prol de atividades econômicas e em prol do industrialismo¹⁴.

De toda forma, a ideia central da Teoria Ambientalista é justamente a maior cooperação entre os sujeitos

13 AUGUSTIN, Sérgio; Wolkmer, Maria de Fátima S.; WOLKMER, Antônio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina, p. 65. In: Maria de Fátima S. Wolkmer; Milena Petters Melo (Org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade*: visões multidisciplinares. 01ed. Caxias do Sul: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012, v. 01, p. 47-66.

14 Assim, por exemplo, o problemático caso Belo Monte, que ganhou destaque diplomático e em questão de direitos humanos. Sobre o tema, vide: VENTURA, Deisy, CETRA, Raísa. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos de Maria da Penha a Belo Monte. In: José Carlos Moreira da Silva Filho et alii. (Org.). *Justiça de Transição nas Américas*: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, v. 1, 2013, p. 343-402.

e atores internacionais¹⁵. Talvez a ideia de cooperação mais elucidada por essa teoria seja a do “dilema do prisioneiro”, como necessidade de cooperar em matéria de meio ambiente¹⁶. Para haver cooperação, ensina tal teoria internacionalista que o tema meio ambiente é preciso estar inserido nas agendas mundiais e dos Estados.

Por fim, as críticas a Teoria Ambientalista são variadas, a começar por ela ser formada por uma minoria ainda em ascensão e pela questão da governança global ainda ser um assunto muito novo, que precisa de remodelagens na questão do regime internacional (isso é, numa visão abrangente, do sistema de regras, valores e princípios ligados à questão ambiental) e em outras nuances tantas que nela perpassam (questão da democracia, por exemplo) que perpassa muito mais à noção de mero conjunto de normas de *soft law*.

Ainda assim, a contribuição da Teoria Ambientalista é distinta. Ela oferece um método alternativo de análise e cujos ideais maiores, o meio ambiente e suas consequências sem retorno não podem ser mais negligenciados, já que, apesar de não haver certeza sobre o futuro, o porvir há de se contar com uma probabilidade do meio ambiente não mais estar equilibrado devido à ação humana.

Contudo, a Teoria Ambientalista, no seio das Relações Internacionais (e, também, do Direito Internacional) deve ser claramente considerada como uma crítica em vez de uma teoria solucionadora dos problemas¹⁷. Por isso mesmo é que é possível encontrar uma diversidade de temas, como, no caso em questão, a do meio

ambiente, governança global, competência consultiva da Corte Interamericana, direitos humanos dos povos que habitam a Região do Grande Caribe etc. No mesmo sentido, assim anota Matthew Paterson¹⁸:

Os ambientalistas fazem reclamações sobre guerra e paz (tanto que os problemas ambientais resultam da mesma visão de mundo baseada na acumulação, dominação e exploração, o que o que leva à insustentabilidade), sobre desenvolvimento (não apenas sobre o desenvolvimento ambiental, mas como também o caráter dominador do desenvolver) e sobre governança global (das mais variadas formas, por vezes até mesmo contraditórias). Essas reclamações não são algo adicional à abordagem ambientalista, mas são extensões lógicas do caráter da Teoria Ambientalista.

Nessa perspectiva, não procede o argumento de que a Teoria Ambientalista é algo do passado, de tez retórica, ainda que se possa notar que se utilizam de afirmativas comuns da importância ambiental (mas nem sempre convergentes¹⁹), bem como se possa afirmar que é sólida a preocupação da Teoria Ambientalista, sob qual vértice de estudo for, com a questão das trágicas consequências ambientais derivadas de um tradicional “jogo de nações”. Em realidade, as percepções ambientalistas ainda enfrentam numerosos desafios, sobretudo quando não se sabe quais os melhores cenários que se pode construir com uma derrocada do sistema capitalista.

De todo modo, reitera-se que o presente artigo não pretende desnudar cada tópico enfrentado pela Teoria Ambientalista de forma estanque ou com enfoque em apenas uma análise, mas visa utilizar o marco teórico verde para trazer luz à consulta feita pela Colômbia, que justamente envolve uma gama de questões dentro de um mesmo evento (construções de grande empreendimento na região do Grande Caribe).

Nessa toada, conforme comentado, interessante notar a noção de meio ambiente passa, ao longo do tempo, a estar integrada com a própria ideia de direitos

15 Por sujeitos de direito internacional, entenda-se Estados, organizações internacionais intergovernamentais e pessoa humana, em matéria de direitos humanos. Contudo, diante do tema meio ambiente há uma série de outros atores que também são tão relevantes quanto os clássicos sujeitos de Direito Internacional. Assim, por atores internacionais entenda-se “(...) alguém que representa, que encarna um papel dentro de um enredo, de uma trama de relações. Um determinado indivíduo é um ator social quando ele representa algo para a sociedade (para o grupo, a classe, o país), encarna uma ideia, uma reivindicação, um projeto, uma promessa, uma denúncia. Uma classe social, uma categoria social, um grupo podem ser atores sociais. Mas a ideia de “ator” não se limita somente a pessoas ou grupos sociais, instituições também podem ser atores sociais: um sindicato, partidos políticos, jornais, rádios, emissoras de televisão, igrejas etc.”. In: SOUZA, Herbert. *Como se faz análise de conjuntura*. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 54.

16 LIMA, R. B.; RUA, M. G.. Cotidiano, racionalidade e sereias: o dilema do prisioneiro como metáfora da questão ambiental. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 18, n.1, p. 1-21, 2003.

17 BURCHILL *et alii*. *Theories of International Relations*. 3ª ed. Edition. China/Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2005, p. 288, trad. livre.

18 BURCHILL *et alii*. *Theories of International Relations*. 3ª ed. Edition. China/Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2005, p. 288, trad. livre.

19 Nesse sentido, os professores José Augusto Fontoura Costa e Liziane Paixão Silva Oliveira analisaram o conteúdo dos discursos proferidos na ocasião da Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica das Nações Unidas (COP-10), verificando predominar dois discursos na ocasião: um orientado pela soberania na hora de desenvolver-se e outros orientados para a maximização de proteção ambiental, para além das fronteiras estatais. In: COSTA, José Augusto Fontoura; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Killing the green goose: legal limits to develop and sell biodiversity goods. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, p. 146-178, 2016.

humanos. Ora, retornando ao mesmo ponto de partida, verifica-se que a conjuntura mundial do pós-guerras foi capaz de modificar as estruturas e conceitos clássicos até então existentes, impondo desafios ora novos, ora oriundos de problemas que as teorias clássicas não deram conta de solver. Assim, temas como meio ambiente, direitos humanos, entre outros, antes existentes, mas talvez relegados aos cuidados de outras instituições, passam a ser merecedores de tutela jurídica internacional, especialmente ilustrada por meio da atividade das organizações internacionais²⁰.

De outra banda, o movimento de internacionalização de tais temas também passou a conjugar-se com próprio ordenamento jurídico interno, na medida em que os textos legais e outras fontes, como doutrina e jurisprudência internacional, passaram a estabelecer padrões mínimos a serem respeitados pelo país.

Diante desse necessário diálogo entre questões internas e internacionais envolvendo o meio ambiente e colocando em pauta que a esfera internacional pode auxiliar a vencer barreiras (como a soberania, nesse caso) em prol de assuntos que a humanidade, como um todo, já não consegue mais se desvencilhar, importante trazer à baila a consulta solicitada pela Colômbia à Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos, no que versa especialmente à questão da obrigação de se respeitar direitos como o direito à vida e o direito à integridade pessoal, nas hipóteses de realização de grandes projetos que venham a impactar o meio ambiente na Região do Grande Caribe.

3. A COMPETÊNCIA CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E A CONSULTA SOLICITADA PELA COLÔMBIA

Antes de apresentar o estudo da consulta feita pela Colômbia à Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos e realizar sua conexão com o plano teórico, cabe tecer algumas considerações sobre a figura jurídica da consulta no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e sua crescente importância para trazer à lume debates novos em maté-

ria de direitos humanos e de meio ambiente.

Longe de adentrar em um longo e aprofundado estudo sobre todo o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, cabe ver que este é ilustrado especialmente pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e ora visualizado por dois de seus órgãos protetivos, instituídos por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica, quais sejam: a Comissão Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos²¹, sendo esta o foco do presente estudo.

Nesse diapasão, no que tange à Corte Interamericana de proteção aos direitos humanos, em relação à leitura da Convenção Americana de Direitos Humanos, esta teria duas competências, uma contenciosa e uma consultiva²².

A competência contenciosa da Corte seria vislumbrada por meio de suas decisões de caráter obrigatório contra os Estados que, *a priori*, tenham violado, de alguma forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos²³, ao passo que a competência consultiva seria correspondente às respostas de consultas apresentadas pelos Estados, decorrentes da interpretação e da aplicação e da interpretação do Pacto de San José da Costa Rica (ou de outros tratados envolvendo direitos humanos) dentro dos respectivos ordenamentos jurídicos internos e/ou em relação a compatibilidade do seu ordenamento jurídico com o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos²⁴.

21 Afora a Convenção Americana de Direitos Humanos, há outros órgãos da OEA também responsáveis pela observância para com o respeito aos direitos humanos, como a Assembleia Geral e o Conselho Permanente da OEA, este considerado como braço perene daquela Assembleia, bem como a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores. In: CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 60.

22 O doutrinador Héctor Gros Espiel alerta que é errôneo afirmar que a Corte exerce função jurisdicional e consultiva, entendendo que a Corte sempre exerce função jurisdicional, sob a forma de competência contenciosa ou consultiva. ESPIEL, Héctor Gros. El Procedimiento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estudios y Documentos. IIDH, 1985.

23 Para saber mais, vide: CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

24 A revista que publica o presente artigo já apresentou estudos sobre uma Opinião Consultiva emitida pela Corte Interamericana, a OC n° 04/84, que versou sobre a doutrina da margem de apre-

20 SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 5ª ed., rev. e atual. Santa Maria: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

Da leitura da aludida Convenção Americana, tem-se que a opinião consultiva guarda fundamentação no seu artigo 64, segundo o qual os Estados membros da OEA poderão consultar a Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a interpretação dessa Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos no âmbito interamericano, sendo que a Corte Interamericana, se assim for solicitado nas questões, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre os instrumentos internacionais e as leis internas alvo de questionamentos²⁵.

Veja-se que a competência consultiva da Corte é exercida de modo amplo, e, inclusive, conforme dispôs a OC n° 01:

“(…) pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição de qualquer tratado internacional aplicável nos Estados Americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objetivo principal ou de que sejam ou possam ser partes do mesmo, Estados alheios ao sistema interamericano”²⁶.

É nesse sentido que se sobressai o tema meio ambiente como alvo de debates na seara do direito internacional dos direitos humanos. Com efeito, novos temas estão crescendo no âmbito consultivo da Corte Interamericana. A título exemplificativo, somente no último ano importantes questões envolvendo a possibilidade de mudança de nome, nas hipóteses de identidade de gênero²⁷, o direito de asilo e possibilidade de sua concessão sem distinção²⁸, entre outros, foram objeto de consultas solicitadas por Estados membros da OEA e ainda em fase de tramitação na Corte Interamericana.

ciação desenvolvida pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Para saber mais, vide: CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Opinião Consultiva 4/84 - a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, p. 263/2237-1036-279, 2014.

25 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 22 nov 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 mar 2017.

26 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Opinião Consultiva OC-1/82*, de 24 de setembro de 1982, Série A, n. 1.

27 COSTA RICA. *Solicitação de Parecer Consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_17_05_16_por.pdf>. Acesso em: 16 mar 2017.

28 EQUADOR. *Pedido de Parecer Consultivo à Corte*. 15 de agosto de 2016. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_18_08_16_port.pdf>. Acesso em: 16 mar 2017.

Outrossim, uma miríade de consultas já respondidas pela Corte Interamericana trouxe avanços em termos de direitos humanos e de casos enfrentados pelos Estados solicitantes.

No ponto, cumpre notar que a própria Corte Interamericana já anotou que sua competência consultiva recai sobre a análise de situações concretas, e não abstratas. Em outras palavras: na Opinião Consultiva (OC) n° 4, a Corte Interamericana expressamente anotou que sua competência consultiva “é exercida a fim de proteger os direitos e liberdades das pessoas determinadas e não para resolver abstrato”²⁹.

Nessa toada já passaram pela Corte Interamericana as mais variadas situações. No Brasil, em que pese não haver a prática de sempre fundamentar-se nos pareceres exarados pelo sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, talvez a opinião consultiva mais conhecida e popularmente difundida se refira à OC n° 5, solicitada pela Costa Rica, que versou sobre a (des) necessidade de pessoa ter o diploma específico de jornalista para exercer atividades ligadas à profissão.

Mais especificamente, nessa situação, a Corte Interamericana entendeu que não há necessidade de diploma superior específico de jornalismo, ou inscrição em órgão especial, para exercer a função de jornalista, sendo que a obrigatoriedade violaria dispositivos na Convenção Americana de Direitos Humanos (como o art. 13, sobre liberdade de pensamento e de expressão, e art. 29). O Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF) aplicou a OC n° 5 em 2009, delimitando, justamente, pela não obrigatoriedade do diploma superior e inscrição em órgão próprio para jornalistas³⁰.

À luz da importância das competências consultivas do âmbito da Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos, bem como considerando-se frutífera o intercâmbio de ideias entre direito internacional de direitos humanos e sua aplicação na seara interna de cada Estado, a Colômbia solicitou, em março de 2016, opinião consultiva em que se questiona sobre a obrigação de se respeitar direitos como o direito à vida e o direito à

29 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Opinião Consultiva OC-4/84*, de 19 de janeiro de 1984, Série A, n° 04.

30 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Recurso Extraordinário (RE) 511961/SP*. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ: 17/06/2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2469175>>. Acesso em: 20 mar 2017.

integridade pessoal, e como ficariam tais direitos diante da realização de grandes projetos que possam impactar o meio ambiente na Região do Grande Caribe.

Mais precisamente, a Colômbia realizou as seguintes perguntas para Corte Interamericana:

I- De acordo com o estipulado no art. 1§1º do Pacto de San José, deveria se considerar que uma pessoa que não se encontre em território de um Estado parte está sujeita à jurisdição de tal Estado no caso específico de que se cumpram 04 condições, quais sejam:

(1) que a pessoa resida ou se encontre em uma zona delimitada e protegida por um regime convencional de proteção do meio ambiente que tal Estado seja parte;

(2) que esse regime convencional preveja uma área de jurisdição funcional, como por exemplo no previsto pelo Convênio para proteção e desenvolvimento do meio marinho na Região do Grande Caribe

(3) que essa área de jurisdição funcional os Estados tenha a obrigação de prevenir, reduzir e controlar a poluição por meio de uma série de obrigações gerais e específicas e

(4) que, como consequência de um dano ao meio ambiente ou de um risco de dano ambiental na zona protegida pelo referido Convênio de que se trate, e seja atribuível a um Estado parte – do Convênio e do Pacto de San José da Costa Rica, os direitos da pessoa e questão seriam violados ou estaria ameaçados?

II- As medidas e os comportamentos, por ação ou omissão, de um dos Estados parte, cujos efeitos sejam suscetíveis de causar um dano grave ao meio ambiente marinho: em qual medida o direito à vida e ao sustento da vida dos habitantes das ilhas ou costas marítimas de outros Estados partes são compatíveis com as obrigações formuladas nos artigos 4º, §1º e 5º, §1, ambos relacionados com o art. 1, §1º, do Pacto de San José ou de qualquer outra disposição convencional permanente?

III – Devemos interpretar, e em que medida, as normas que estabelecem a obrigação de respeitar e garantir os direitos e liberdades, enunciados nos artigos 4, §1 e 5, §1 do Pacto, no sentido de tais normas impõem a obrigação dos Estados membros do Pacto de respeitar as normas proveniente do Direito Internacional Ambiental e buscam impedir um dano ambiental suscetível de limitar ou mesmo de impossibilitar o gozo definitivo do direito à vida e à integridade pessoal, e que uma dessas maneiras de cumprir tal obrigação é através da realização de estudos de impacto ambiental em uma zona protegida pelo Direito Internacional e através da cooperação com os Estados que possam ser afetados? Se sim, quais parâmetros gerais se deveria levar em consideração quando na realização dos estudos de impacto ambiental na Região do Grande

Caribe e qual deveria ser seu conteúdo mínimo?³¹

Diante das perguntas feitas pela Colômbia à Corte Interamericana de Direitos Humanos, observa-se que é possível traçar um paralelo entre o que está sendo vivenciado pela Colômbia com os problemas enfrentados na esfera internacional concernentes ao meio ambiente, até mesmo porque a esfera ecológica não reconhece conceitos jurídicos como o da soberania³².

Por isso mesmo, cabe consultar a teoria para verificar a situação vivenciada. A Teoria Ambientalista, justamente por colocar o meio ambiente, em seu sentido amplo, como foco dos estudos, parece ser um viés adequado para volver os olhos à situação colombiana. Assim, no próximo tópico, procura-se, justamente, construir esta ponte entre o plano teórico e o plano prático.

4. A TEORIA AMBIENTALISTA E A CONSULTA SOLICITADA PELA COLÔMBIA: ENTRE O PLANO TEÓRICO E PRÁTICO

Ao colocar o meio ambiente como discussão central e sua correlação inevitável para com os direitos humanos, a Colômbia faz a Teoria Ambientalista ganhar vida na prática cotidiana, sendo importante até para verificar se tal teoria possui força para se sobressair do plano teórico e fazer-se possível em um mundo tão complexo quanto o hodierno.

Observe-se que não se está aqui a afirmar que o tema meio ambiente é algo puramente teórico, haja vista que o meio ambiente é materializável por todas as coisas vivas, incluindo o próprio ser humano. Ao revés, o trabalho busca centrar a Teoria Ambientalista na discussão da Colômbia, ressaltando a importância do meio ambiente tanto no plano prático quanto no plano teórico e vice-versa.

31 COLOMBIA. *Pedido de Parecer Consultivo à Corte*. 14 de março de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf>. Acesso em: 10 fev 2017.

32 Longe de adentrar na questão da soberania, mas sem conseguir fugir de tal problemática, é corrente a ideia na teoria de que a soberania, como conhecida nos moldes da Paz de Westfália (1648) há de ser remodelada. Inclusive, autores mais radicais como Ferrajoli reconhecem que hodiernamente não cabe mais falar em soberania como fundamento do Direito Internacional. Nesse sentido, vide: FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Nascimento e crise do Estado nacional. Trad. Carlos Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Ed. Martins Fonte, 2002.

Dessa feita, pode-se traçar um raciocínio inerente ao caso de que a situação colombiana enfrenta justamente uma das problemáticas existentes em torno do meio ambiente que é a necessidade de se criar uma consciência generalizada sobre o meio ambiente, o papel do Direito Internacional (e, sobretudo, do Direito Internacional dos Direitos Humanos), bem como seus percalços para com a soberania dos Estados.

Isso porque, em relação à leitura integral da solicitação de opinião consultiva feita pela Colômbia, verifica-se que se questiona sobre a possibilidade de dano que ultrapasse fronteiras do Estado e que possa contaminar, de alguma forma, outros Estados ou mesmo atingir o mar da zona de aplicação de tratados internacionais como, no caso, o convênio de Cartagena.

Em simples palavras, a Colômbia discute se é possível, de acordo com os ditames de tratados internacionais em matéria de direitos humanos e de proteção ambiental, a construção de grande empreendimento (a título de exemplo: construção de grande canal, que una variados Estados, como uma espécie alargada de “canal do Panamá”) na região do Grande Caribe.

Tal região, conhecida como Grande Caribe, abrange uma grande porção de mar, rica em diversidade ecológica, bem como abriga Estados como Cuba, Jamaica, Haiti, República Dominicana e Porto Rico (dos Estados Unidos), além de regiões do México, parte da América Central (Guatemala, Belize, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Costa Rica e Panamá, parte da América do Sul (Colômbia, Venezuela, Guiana, Suriname), além de ilhas como Trinidad e Tobago, Antígua e Barbuda, Granada, etc.

Afora a questão puramente ambientalista, outras indagações igualmente relacionadas ao meio ambiente são colocadas pela Colômbia, a exemplo maior de pontos que se pode traçar sobre jurisdição, cultura e identidade de um povo, situações econômicas e desenvolvimento da região alvo da construção de grande empreendimento, etc³³.

33 Importante anotar que a solicitação feita pela Colômbia foi integralmente trabalhada pelos pesquisadores em conjunto com a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com contribuições para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos elabore seu parecer, ao que se colaciona aqui especiais agradecimentos a todos os docentes e discentes que participaram de tão relevante pesquisa. Para ver as considerações feitas e apresentadas à Corte Interamericana sobre a consulta feita pela Colômbia, vide: GOMES, Eduardo Biacchi et alii. *Observaciones escritas presentadas por instituciones*

Assim, se, por um lado, a grande construção pode trazer desenvolvimento local, maior facilidade de mobilização dos povos, maior comércio etc., por outro lado, corre-se o risco da região natural do Grande Caribe sofrer com o empreendimento e perder parte de sua beleza natural e de sua diversidade, o que pode acarretar prejuízos em longo prazo, com a perda do turismo local, das riquezas naturais utilizadas pelo ser humano etc.

Inclusive, o embate entre o econômico e o ambiental é uma das celeumas que parece sempre circundar a questão ambiental. Nesse sentido, nunca é demais lembrar, conforme a Teoria Ambientalista procura lembrar diuturnamente, que esforços no presente trazem consequências ao futuro, ao que há a oportunidade de se escolher e planejar o futuro como algo que valha a pena a toda humanidade.

Longe de trazer respostas pré-definidas à situação colombiana, não sendo este o objetivo do presente estudo, cabe apenas notar a importância do meio ambiente, como pertencente a uma verdadeira seara do direito internacional dos direitos humanos e sua correlação com a Teoria Ambientalista, que também advém na esfera internacional, demonstrando seu mérito para com o próprio direito interno, numa espécie de “efeito bumerangue” (“boomerang pattern”), em que a Corte Interamericana se mostra como capaz de ultrapassar as fronteiras estatais e também trazer um retorno ao Estado, que se vê obrigado a mudar suas políticas internas devido essas forças transnacionais³⁴.

Indo mais além, talvez a opinião consultiva solicitada pela Colômbia se apresente como uma oportunidade de ultrapassar o âmbito puramente interno, para se desenvolver formas conjuntas de melhor tratar o assunto meio ambiente. A partir do momento em que se procura o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, pode-se afirmar que já há, de certa maneira, um

académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil. <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1650>. Acesso em: 20 mar 2017.

34 KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond borders: advocacy networks in international politics.* Cornell University Press, 1998, p. 13, trad. livre. Observamos aqui que a noção de “efeito bumerangue” proposta pelas autoras se referem a agentes não estatais, cuja exemplo maior seriam as ONGS, ao passo que no presente trabalho vale a ressalva que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é Tribunal Internacional integrante da OEA, organização interestatal. Contudo, a lição de Keck e Sikkink também podem ser colocadas aqui, nesse sentido de intercâmbio, ainda que de modo indireto, entre direito interno e direito internacional dos direitos humanos.

intercâmbio entre direito interno e direito internacional.

De fato, seja qual for a real intenção na órbita das relações de poder envolvendo a situação da Colômbia, se reconhece aqui que a governança global em matéria de meio ambiente parece ser algo ininteligível, mas é tema que não pode mais os sujeitos de direito internacional e os diversos atores internacionais se descurarem, merecendo maiores discussões e estudos.

Nesse sentido, resta aguardar com anseios a resposta da Corte Interamericana de Proteção de Direitos Humanos à solicitação da Colômbia. Certamente, trar-se-á uma miríade de impactos em relação ao tema meio ambiente e seu relacionamento com o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, tem-se que não se pode mais escapar de discussões atinentes ao meio ambiente. Na presença de problemas práticos, que, de alguma forma, sejam concernentes ao tema em pauta, há de se recorrer, primeiramente, a teorias, feitas justamente para solver questões vivenciadas ou que possam afetar a todos.

Nesse sentido, em um primeiro momento, o marco teórico utilizado, a Teoria Ambientalista (Green Theory), pode parecer retórica, sempre afirmando a importância notória e antiga do meio ambiente. Contudo, há de se lembrar que tal teoria é considerada recente, advinda muito mais para fins de crítica do sistema vigente do que propriamente como uma solucionadora definitiva.

As teorias clássicas do âmbito internacional, como o liberalismo e realismo, não deram conta do tema em questão. O meio ambiente sequer seria assunto de grande valia para integrar as agendas internacionais. Para tentar discutir a questão ambiental, advém a Teoria Ambientalista, também conhecida como Green Theory, com os mais importantes tópicos de discussão, todos centrados na importância do meio ambiente não apenas ao presente, mas como também às futuras gerações.

Nesse sentido, cabe lembrar que o tema do meio ambiente envolve uma miríade de assuntos vários, o que não poderia ser diferente: um único evento histórico não pressupõe uma causa única, sendo que pode se

desdobrar em cenários diversos.

Mais especificamente, dentre as relações práticas enfrentadas, estudou-se a situação da Colômbia e sua consulta feita à Corte Interamericana de Proteção aos Direitos Humanos, questionando sobre a (im)possibilidade de construção de grande empreendimento na região do Grande Caribe diante do *corpus juris* de direitos humanos.

Atualmente, ressalte-se que a solicitação ainda se encontra em trâmite perante a Corte Interamericana. De toda forma, pode-se traçar uma ponte entre o plano teórico e o plano prático, ressaltando que a cooperação em matéria de meio ambiente deve se fazer constante.

Dessa feita, a análise da solicitação feita pela Colômbia é capaz de comprovar a hipótese inicial do trabalho, no sentido de que a Teoria Ambientalista é uma vertente de pensamento que pode ter aplicação na prática.

Por certo, tal resposta parece óbvia aos olhos dos incautos, porém, viu-se que o jogo de forças envolvendo uma temática multidisciplinar pode conduzir a resultados diversos e à uma prática nem sempre condizente com os ideais teóricos.

Longe de trazer respostas pré-definidas à situação colombiana, não sendo este o objetivo do presente estudo, até mesmo porque tal não é a pretensão também da Teoria Ambientalista, procurou este estudo ressaltar a importância do meio ambiente tanto no plano teórico quanto no plano prático.

Para tanto, o trabalho apresentou ao leitor o que seria a chamada Teoria Ambientalista (Green Theory), bem como procurou elucidar o que consistiria a figura jurídica da consulta dentro do chamado sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Com tais pressupostos, o estudo pôde realizar o que se propôs.

Em um futuro próximo, espera-se ser possível a concretização de questões como o da governança global, temas tais todos que, de forma direta ou indireta, se inter-relacionam com o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ARMADA, C. A. S.; VIEIRA, R. S.. A Efetivação do Direito Ambiental no século XXI através de um estado transnacional ambiental. *Revista Direitos Fundamentais &*

- Democracia (UniBrasil)*, v. 15, p. 148-166, 2014.
- AUGUSTIN, Sérgio; Wolkmer, Maria de Fátima S.; WOLKMER, Antônio Carlos. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina, p. 65. In: Maria de Fátima S. Wolkmer; Milena Petters Melo (Org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade*. visões multidisciplinares. 01ed. Caxias do Sul: Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012, v. 01, p. 47-66.
- BURCHILL *et alii*. *Theories of International Relations*. 3rd. Edition. China/Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2005.
- CALAME, Pierre. *Sauvons la démocratie: lettre ouverte aux femmes et hommes politiques de demain*. Paris: Charles Léopold Mayer, mars 2012.
- CARSON, Rachel. *Silent Spring*. 40th anniversary edition. Boston, New York: Houghton Mifflin Company, 2002.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- CASTRO, Thales. *Teoria das Relações Internacionais*. Brasília: Editora FUNAG, 2012. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/931-Teoria_das_Relacoes_Internacionais.pdf>. Acesso em: 12 mar 2017.
- COLOMBIA. *Pedido de Parecer Consultivo à Corte*. 14 de março de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf>. Acesso em: 10 fev 2017.
- CORRÊA, Paloma Morais. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Opinião Consultiva 4/84 - a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, p. 263/2237-1036-279, 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH), *Opinião Consultiva OC-1/82*, de 24 de setembro de 1982, Série A, n. 1.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH) *Opinião Consultiva OC-4/84*, de 19 de janeiro de 1984, Série A, n.º 04.
- COSTA, José Augusto Fontoura; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Killing the green goose: legal limits to develop and sell biodiversity goods. *Revista de Direito Internacional*, v. 13, p. 146-178, 2016.
- DADDOW, Oliver. *International Relations Theory: the essentials*. Second edition. London: SAGE, 2013.
- EQUADOR. *Pedido de Parecer Consultivo à Corte*. 15 de agosto de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/solicitudoc/solicitud_18_08_16_port.pdf>. Acesso em: 16 mar 2017.
- ESPIEL, Héctor Gros. El Procedimiento Contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *La Corte Interamericana de Derechos*. Estudios y Documentos. IIDH, 1985.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Nascimento e crise do Estado nacional. Trad. Carlos Coccioli, Márcio Lauria Filho e Karina Jannini. São Paulo: Ed. Martins Fonte, 2002.
- GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Meio Ambiente e Direitos Fundamentais: A Questão dos Remoldados e o Diálogo Entre Jurisdições (Adpf 101 de 2009). *Revista de Direito Brasileira*, v. 12, p. 52-67, 2015
- GOMES, Eduardo Biacchi *et alii*. *Observaciones escritas presentadas por instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil*. <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1650>. Acesso em: 20 mar 2017.
- KECK, Margaret; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond borders: advocacy networks in international politics*. Cornell University Press, 1998.
- LIMA, R. B.; RUA, M. G.. Cotidiano, racionalidade e sereias: o dilema do prisioneiro como metáfora da questão ambiental. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 18, n.1, p. 1-21, 2003.
- MEADOWS, Dennis L. *et alii*. *The Limits to Growth*. New York, Universe Books, 1972.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 22 nov 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 mar 2017.
- SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. 5ª ed., rev. e atual. Santa Maria: Ed. Livraria do Advogado, 2012.
- SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 767-783, 2015.

SOUZA, Herbert. Como se faz análise de conjuntura. 11ª. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Recurso Extraordinário (RE) 511961/SP*. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ: 17/06/2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2469175>>. Acesso em: 20 mar 2017.

VENTURA, Deisy, CETRA, Raísa. O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos de Maria da Pen-

ha a Belo Monte. In: José Carlos Moreira da Silva Filho et alii. (Org.). *Justiça de Transição nas Américas: olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, v.1, 2013.

VIOLA, Eduardo. O regime internacional de mudança climática e o Brasil. *Revista brasileira de ciências sociais (RBCS)*, vol.17, n° 50, 2002.

WESTAD, Odd Arne. *The global cold war*. New York: Cambridge, 2010.

III. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

30 anos do Protocolo de Montreal: Uma história de sucesso do Direito Ambiental Internacional

30 years of the Montreal Protocol: A history of success of International Environmental Law

Fernando Rei

Valeria Cristina Farias

30 anos do Protocolo de Montreal: Uma história de sucesso do Direito Ambiental Internacional*

30 years of the Montreal Protocol: A history of success of International Environmental Law

Fernando Rei**

Valeria Cristina Farias***

RESUMO

A descoberta científica da destruição da camada de ozônio e seus efeitos à saúde humana, plantas e animais, desencadeou o enfrentamento global do problema e as tratativas internacionais sinalizaram a construção de um regime jurídico internacional, iniciado com a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, de 1985, e aperfeiçoado com o Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, que completou 30 anos. Atualmente, o comércio de substâncias que destroem a camada de ozônio teve que ser reduzido em todo o planeta, seguindo-se cotas pré-definidas e desenvolvendo-se tecnologias alternativas para reduzir ou eliminar os riscos à camada de ozônio. O presente artigo, que utilizou o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, pretende analisar o regime jurídico do ozônio, com destaque ao exercício da governança instaurado, que permitiu uma participação ampliada e proporcionou o encontro de alternativas seguras ao enfrentamento do problema, destacando-se a contribuição para o Direito Ambiental Internacional, como exemplo de tutela participativa e eficiente. Ressalta-se, no entanto, que uma boa parte das substâncias alternativas adotadas no Protocolo de Montreal não agridem o ozônio, mas intensificam o aquecimento global, recomendando uma sinergia entre os regimes internacionais. A conclusão do trabalho é que a arquitetura do regime de ozônio, por meio de protocolo restritivo, pode ser uma alternativa ao regime internacional de mudança climática, idealizando-se emendas dinâmicas e flexíveis, capazes de ajustar interesses econômicos e ambientais, na busca da eficiência que é tão tormentosa no controle do clima.

Palavras-Chaves: Camada de Ozônio – Protocolo de Montreal – SDOs – Mudanças Globais.

ABSTRACT

The scientific discovery of the destruction of the ozone layer and its effects on human health, plants and animals, triggered the global confrontation of the problem and the international negotiations signaled the construction of an international legal regime, initiated with the Vienna Conven-

* Recebido em 04/06/2017
Aprovado em 18/12/2017

** Professor Titular de Direito Ambiental da Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP; Professor do Programa de Doutorado em Direito Ambiental Internacional da Universidade Católica de Santos; Diretor Científico da SB-DIMA (Sociedade Brasileira de Direito Internacional do Meio Ambiente). E-mail: fernandorei@ig.com.br.

*** Procuradora do Estado de São Paulo, Professora de Direito da Universidade Paulista (UNIP) e Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação (ESAMC). E-mail: vfarías@sp.gov.br.

tion for the Protection of the Layer Ozone Layer, 1985, and improved with the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, which turns 30. Currently, trade in ozone-depleting substances has had to be reduced across the globe, followed by pre-defined quotas and developing alternative technologies to reduce or eliminate the risks to the ozone layer. This article, which used the deductive method, through bibliographical and documentary research, intends to analyze the legal regime of ozone, with emphasis on the exercise of governance established, which allowed an expanded participation and provided the meeting of safe alternatives to face the problem, Highlighting the contribution to International Environmental Law, as an example of participatory and efficient protection. It should be noted, however, that a large proportion of the alternative substances adopted under the Montreal Protocol do not attack ozone, but they intensify global warming and recommend synergy between international regimes. The conclusion of the work is that the architecture of the ozone regime, through a restrictive protocol, can be an alternative to the regime of climate change, idealizing dynamic and flexible amendments, capable of adjusting economic and environmental interests, in search of the efficiency that is so stormy in the climate control.

Keywords: Ozone Layer – Montreal Protocol – ODS – Global Changes.

1. INTRODUÇÃO

A camada de ozônio contém 90% do ozônio do mundo e é encontrada de 15 a 55 km acima da superfície terrestre, na chamada estratosfera inferior. O ozônio é uma forma triatômica de oxigênio, porque se compõe de três átomos de oxigênio em vez de dois e sua formação decorre de um processo natural nos níveis superiores da atmosfera terrestre, por meio da radiação ultravioleta do sol. No entanto, assim como as radiações solares são responsáveis pela criação da camada de ozônio, por ser uma molécula instável, o ozônio, também, é destruído pela própria radiação solar¹.

1 SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Entendendo o Meio Ambiente: Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio. Volume V. São Paulo, 1997, p. 04.

Embora seja um gás venenoso e poluente, na estratosfera, quando forma a camada de ozônio, funciona como um escudo protetor que absorve a maioria da nociva radiação solar ultravioleta B (UV-B) e sem ela os raios UV-B atingiriam, diretamente, a superfície terrestre, com consequências desastrosas².

Há, aproximadamente, quarenta e cinco anos, cientistas descobriram que alguns compostos feitos pelo homem contribuía para a destruição da camada de ozônio. À época esses compostos químicos eram amplamente usados em muitos processos industriais e agrícolas, praticamente a partir da produção por três grandes empresas multinacionais: a Dupont de Nemours (Estados Unidos), ICI (Reino Unido) e Atochem (França)³. Alguns desses produtos químicos, a base de cloro e bromo, estavam presentes em itens do dia a dia doméstico de qualquer cidadão, como copos de espuma de isopor, refrigeradores, desodorantes em spray⁴.

Em 1973, dois cientistas da Universidade da Califórnia (Irvine), Frank Sherwood Rowland e Mario Molina⁵, iniciaram estudos sobre os impactos dos clorofluorcarbonos (CFCs) na atmosfera terrestre e descobriram que as moléculas de clorofluorcarbonos (CFC) eram suficientemente estáveis para permanecer na atmosfera até atingir o meio da estratosfera onde, finalmente, após uma média de 50 a 100 anos, seriam “quebradas” pela radiação UV, liberando um radical de cloro no processo, conhecido como “radical livre”, responsável pela destruição da camada de ozônio⁶.

2 SARRO, Vanessa Martins. Os Mecanismos da Governança Global para Proteção da Camada de Ozônio. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Santos: Universidade Católica de Santos, 2016, p. 26-26.

3 RUIZ, J.J. “Protection of the Atmospheric Environment by International Law”. In: KISS, A. Ch. Y Shelton. D (Ed), Manual of European Environmental Law, 2nd.edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997

4 SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Entendendo o Meio Ambiente: Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio. Volume V. São Paulo, 1997, p. 05.

5 O relatório decorrente desse estudo lhes renderia o Prêmio Nobel de Química, em 1995 (Press Release: The ozone layer - The Achilles heel of the biosphere. Disponível em https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/1995/press.html. Acesso 20 mai 2017).

6 REI, F.C.F., CARVALHO, S.M. (no prelo). O Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de ozônio. Coleção Embrapa de Direito Ambiental. Volume 3.

Parte do cloro estratosférico é proveniente de fontes naturais como vulcões e espuma do oceano, reforçando-se a ideia de que a formação e destruição da camada de ozônio é um dinamismo natural dependente e responsável pelo próprio equilíbrio ambiental, mas, a par do processo natural de formação e destruição, uma boa parte do cloro estratosférico passou a ser resultante de atividades antropogênicas, decorrentes da utilização de produtos e substâncias que destroem a camada de ozônio (SDOs), como assim passaram a ser conhecidas, gerando desequilíbrio e afetando o processo evolutivo natural, porque, como dito, possuem a capacidade de se infiltrar na atmosfera e na estratosfera e, devido aos altos níveis de radiação ultravioleta solar, acabam liberando átomos de cloro e bromo, que participando de uma série complexa de reações, aceleram a destruição da camada de ozônio, deixando-a mais fina⁷.

Uma camada de ozônio mais fina permite que mais raios UV-B atinjam a terra e o excesso de exposição aos raios ultravioletas é geralmente aceito como um fator que contribui para o desenvolvimento de câncer de pele, o envelhecimento precoce, pode provocar danos à visão e comprometer o sistema imunológico. Os raios ultravioletas também afetam as plantas, os animais, o estágio inicial de desenvolvimento de espécies aquáticas (peixes, camarões, caranguejos), e podem causar o desequilíbrio ambiental por reduzir a produtividade do fitoplâncton, responsável pela manutenção da cadeia alimentar marinha⁸.

Apesar da perda do ozônio ser mais severa na região Antártida⁹, pesquisas demonstraram que a redução da camada de ozônio ocorreu em todos os continentes,

7 SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Entendendo o Meio Ambiente: Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio. Volume V. São Paulo, 1997, p. 05-06.

8 SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Entendendo o Meio Ambiente: Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio. Volume V. São Paulo, 1997, p. 09-10.

9 A explicação científica para esse maior comprometimento na região Antártida são as temperaturas extremamente baixas que levam à condensação de água e ácido nítrico, formando nuvens estratosféricas polares, que intensificam o processo de afinamento da camada de ozônio (INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. Safeguarding the Ozone Layer and the Global Climate System: Issues Related to Hydrofluorocarbons and Perfluorocarbons. Cambridge: 2005. Disponível em <http://www.ipcc.ch/report/sroc/>. Acesso 15 mai 2017).

observando-se uma variação de maior ou menor comprometimento, que segue uma lógica climática¹⁰.

O desequilíbrio no processo evolutivo do ozônio, portanto, tem sensível ligação com vários outros problemas ambientais, como a preservação da biodiversidade e as mudanças climáticas.

O presente estudo discutirá a problemática da interferência antrópica sobre a camada de ozônio e procurará explicar como essa preocupação atingiu rapidamente o contorno global, destacando-se as medidas tomadas para o enfrentamento da necessidade de redução da produção de clorofluorcarbonos (CFCs), responsável pela destruição da camada de ozônio e que se fazia presente em itens do dia a dia doméstico de qualquer cidadão, como refrigeradores, espumas plásticas, frascos de spray, entre outros.

Para tanto, serão traçados os contornos básicos que alicerçam o regime jurídico de proteção da camada de ozônio, com ênfase no Protocolo de Montreal, o primeiro tratado ambiental legalmente vinculante, para tentar identificar como ele foi capaz de, em apenas três décadas, reduzir a produção de clorofluorcarbonos (CFCs) e estabilizar o comprometimento da camada de ozônio.

No entanto, será possível verificar que, embora considerado um dos instrumentos internacionais mais eficientes, o Protocolo de Montreal conseguiu reduzir a fabricação e o uso de clorofluorcarbonos (CFCs) em nível global, mas os substitutos utilizados, como hidroclorofluorcarbonos (HCFC), perfluorcarbonos (PFC) e halocarbonetos, importantes na redução do impacto sobre a camada de ozônio, acabaram intensificando o aquecimento global, representando uma ameaça à saúde climática do planeta, o que demonstra uma sinergia entre o regime do ozônio e o das mudanças climáticas e justifica o estudo.

Nesse sentido, por meio da análise da evolução do regime jurídico do ozônio ao longo dos trinta anos de vigência do Protocolo de Montreal, procurar-se-á identificar os fatores que determinaram o seu sucesso e qual a sua importância no contexto do Direito Ambiental Internacional como exemplo de tutela eficiente, destacando-se a importância da emenda levada a efeito na 28ª.

10 The Nobel Prize in Chemistry 1995. Press Release. The ozone layer - The Achilles heel of the biosphere, 1995. Disponível em https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/1995/press.html. Acesso 20 mai 2017.

Reunião das Partes, realizada em Kigali.

Para tanto, o artigo foi estruturado em quatro seções. A primeira seção analisa o Protocolo de Montreal, contextualizado na seara do regime jurídico em formação. A segunda seção trata da governança global, debruçando-se sobre o processo de formação e desenvolvimento do regime do ozônio, que comprova a importância da governança global no processo de criação e implementação do Direito Ambiental Internacional. A terceira seção defende a necessidade de sinergia entre o regime do ozônio e de mudança climática, para finalizar, na última seção, com as conclusões desse estudo.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

2. A IMPORTÂNCIA DO PROTOCOLO DE MONTREAL COMO INSTRUMENTO MULTILATERAL PREVENTIVO DE TUTELA DA CAMADA DE OZÔNIO

A conexão entre o uso rotineiro de produtos produzidos à base de clorofluorcarbonos (CFCs) e o risco da modificação irreversível da atmosfera terrestre fez com que a problemática de afetação da camada de ozônio rapidamente fosse percebida pelo grande público.

A mídia e grupos ambientalistas, na década de 70, foram responsáveis por estimular a inclusão do ozônio na pauta das agendas internacionais, porque cobravam urgência na identificação e solução do problema, alçado à dimensão global¹¹.

Em 1977, o PNUMA convocou, em Washington, uma reunião de especialistas que elaboraram o Plano Mundial de Ação para a Camada de Ozônio, acompanhando os trabalhos de pesquisa em curso¹².

A hipótese de depleção do ozônio por influência antrópica, a princípio, foi recebida com descrença pelos Estados e comunidade empresarial, até porque os

estudos não eram conclusivos nesse sentido. A comunidade empresarial investiu na divulgação das incertezas científicas que pairavam sobre o tema, da dependência de CFCs para garantir o estilo de vida moderno e do alto custo que o controle sobre essas substâncias poderia acarretar, defendendo a manutenção dos padrões industriais¹³.

No entanto, a par da resistência internacional e da campanha empresarial, uma forte pressão da opinião pública, principalmente nos Estados Unidos, levou a uma intensa redução do consumo de aerossóis, impulsionando a primeira regulamentação interna acerca da matéria. Na ocasião, o Congresso americano autorizou a United States Environmental Protection Agency (EPA) a regulamentar o uso de qualquer substância que fosse capaz de afetar a estratosfera e na sequência do marco regulatório, em 1978, o uso de CFC foi proibido de ser utilizado como propelente para aerossóis. Seguiram a mesma linha o Canadá, que era um produtor pequeno de CFC, a Suécia, Noruega, Dinamarca e Finlândia, que eram países importadores. Essa restrição ambiental foi responsável por uma considerável queda na produção e consumo global de CFC no final da década de 1970¹⁴.

Ocorre que os Estados Unidos, embora fossem o maior, não eram os únicos produtores de CFC.

Com a proibição americana, a Comunidade Europeia passou a dominar o mercado, sem demonstrar interesse nas ações restritivas. Ao contrário, defendiam posição contrária à regulação internacional e, juntamente com outros países como Japão, União Soviética, Canadá, China, Austrália, Brasil, México, Argentina, Venezuela e Índia, aumentaram a produção e exportação desses produtos, recuperando, rapidamente, os níveis de produção e consumo que haviam sido reduzidos pelas ações tomadas pelos Estados Unidos, Canadá e demais países citados¹⁵.

11 SARRO, Vanessa Martins. Os Mecanismos da Governança Global para Proteção da Camada de Ozônio. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Santos: Universidade Católica de Santos, 2016, p. 45.

12 RUMMEL-BULSKA, I. "The Protection of the Ozone Layer under the Global Framework Convention". In: *Transboundary Air Pollution*. Dordrecht: Nijhoff, 1988, p. 280.

13 BENEDICK, Richard Elliot. *The Improbable Montreal Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer*. Disponível em: http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTREAL_PROTOCOL__SCIENCE__DIPL.pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017, p. 03.

14 BENEDICK, Richard Elliot. *The Improbable Montreal Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer*. Disponível em: http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTREAL_PROTOCOL__SCIENCE__DIPL.pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017, p. 04-05.

15 BENEDICK, Richard Elliot. *The Improbable Montreal Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer*. Disponível em: http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTREAL_PROTOCOL__SCIENCE__DIPL.

As tratativas internacionais tendentes ao controle do CFC passaram a ser bloqueadas, por liderança da Comunidade Europeia, como estratégia de manutenção de mercado.

Defendendo ideias contrárias, Canadá, Áustria, Dinamarca, Finlândia, Nova Zelândia, Noruega, Suécia, Suíça e Estados Unidos uniram-se, formando o Grupo de Toronto¹⁶, que trabalhou arduamente, no início da década de 80, no sentido de firmar compromissos de reduções voluntárias, trocar informações e coordenar estratégias para restrição global do CFC.

Diante da dificuldade de consenso na adoção de medidas restritivas, em 1985, a ação diplomática desses países abandonou a ideia inicial de conduzir um acordo vinculativo para restringir o uso do CFC, preferindo a formulação de um documento de natureza meramente técnica, administrativa e científica, no intuito de quebrar a resistência inicial, apostando na evolução dos debates futuramente.

Resultado desse trabalho, a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, firmada em 22 de março de 1985, não estabeleceu nenhum compromisso de redução da produção e consumo de CFC, mas inaugurou a tutela protetiva multilateral, originada nos esforços de diversas nações sob os auspícios do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que desde a sua criação manifestou particular interesse no enfrentamento da problemática¹⁷. Sua maior conquista foi ter conseguido instaurar a cooperação em matéria de pesquisa e monitoramento, antes mesmo que a destruição da camada de ozônio estivesse, cientificamente, provada e seus efeitos começassem a ser percebidos¹⁸.

Em setembro de 1986, a Alliance for Responsible CFC Policy, um grupo de cerca de 500 empresas ameri-

canas, criada em 1980 e que, desde então, trabalhou no sentido de fazer pressão política contra a regulação industrial, manifestou apoio aos controles internacionais de CFC, agigantando a importância da Convenção de Viena e causando perplexidade na Comunidade Europeia.

A explicação para tal mudança estratégica, no entanto, não tinha viés ambiental, sendo basicamente de cunho econômico, para tentar neutralizar a vantagem competitiva que as empresas internacionais (principalmente as europeias) obtiveram com as restrições internas da década de 1970.

De forma bastante inteligente, o apoio não somente estimulou a cooperação interna pela busca de alternativas ao CFC, como induziu restrições globalmente vinculativas¹⁹.

A chamada ao debate, influenciada pela pressão da opinião pública, da mídia e órgãos ambientalistas, o peso do apoio do grupo industrial americano e o resultado das pesquisas científicas, que destacavam que a produção e o consumo de CFC haviam ultrapassado os índices registrados em 1974²⁰, estimularam o consenso pela regulação internacional e, em 16 de setembro de 1987, foi firmado o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, com adesão inicialmente tímida, ratificado por apenas 29 países e pela então Comunidade Econômica Europeia (CEE), entrando em vigor em 1º de janeiro de 1989.

Objetivamente, o Protocolo de Montreal foi o primeiro tratado ambiental legalmente vinculante, firmado com o objetivo de proteger a camada de ozônio e eliminar a produção e o consumo de substâncias responsáveis por sua destruição. As metas para os países desenvolvidos e os em desenvolvimento são diferentes, motivadas pela aplicação do princípio das responsabilidades comuns, porém, diferenciadas²¹, mas todos as

pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017, p. 05

16 BENEDICK, Richard Elliot. *The Improbable Montreal Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer*. Disponível em http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTREAL_PROTOCOL__SCIENCE__DIPL.pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017, p. 06.

17 RUMMEL-BULSKA, I. "The Protection of the Ozone Layer under the Global Framework Convention". In: *Transboundary Air Pollution*. Dordrecht: Nijhoff, 1988, p. 280.

18 SARRO, Vanessa Martins. *Os Mecanismos da Governança Global para Proteção da Camada de Ozônio*. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Santos: Universidade Católica de Santos, 2016, p. 34.

19 BENEDICK, Richard Elliot. *The Improbable Montreal Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer*. Disponível em http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTREAL_PROTOCOL__SCIENCE__DIPL.pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017, p. 09.

20 BENEDICK, Richard Elliot. *The Improbable Montreal Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer*. Disponível em http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTREAL_PROTOCOL__SCIENCE__DIPL.pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017, p. 05.

21 Preâmbulo e artigo 5º, inciso I, do Protocolo de Montreal. Disponível em <https://www.mma.gov.br/port/conama/renuniao/dir1082/ProtocoloMontrealOzonio.pdf>. Acesso 20 mai 2017.

partes assumiram compromissos de redução.

O Protocolo reconheceu, formalmente, a significativa ameaça das substâncias que destroem a camada de ozônio (SDOs) e, construído sob a então nova arquitetura de convenção quadro, permitiu aditamentos posteriores, instituindo uma abordagem de natureza absolutamente preventiva, desenvolvida por meio de mecanismo que conduz à redução e eliminação da produção e o consumo de SDOs em todo o mundo.

Sua relevância multilateral reside no fato de ter permitido a construção — ainda em formação, mas já refletindo sinais de sucesso — de uma estratégia de ação imediata que antecedeu o completo entendimento de toda a complexidade científica acerca da problemática e que permite afirmar ter sido a dinâmica responsável pelo amadurecimento do então emergente princípio da precaução, basilar do Direito Ambiental Internacional.

O documento estabeleceu obrigações específicas para garantir a progressiva redução da produção e consumo das SDOs, até que fosse obtida a total eliminação, e está estruturado ao redor de sete grupos de hidrocarbonetos halogenados que contribuem para a destruição do ozônio. Todas essas SDOs contêm cloro ou bromo e, para cada grupo dessas substâncias, o Protocolo previu um cronograma, que estabelece um “congelamento de consumo” inicial, assim como datas pré-definidas para cessação da produção e eventual eliminação dessas substâncias.

Atualmente, como corolário de instrumento indutor de conscientização ambiental, o Protocolo de Montreal é o único tratado internacional com ratificação universal, contando com a participação maciça de 197 países, o que é indício de uma conscientização ambiental global, trabalhada ao longo da existência do regime do ozônio.

O regime jurídico estabelecido foi tão eficaz que, desde que o Protocolo entrou em vigor, as concentrações atmosféricas das principais substâncias que destroem a camada de ozônio (SDOs) se estabilizaram ou foram reduzidas. A produção de SDOs, que excedia 1,8 milhão de toneladas ao ano em 1987 foi reduzida para 83.000 toneladas em 2005. Assim, a degradação da camada de ozônio foi estabilizada em 1998 e poderá voltar aos níveis anteriores a 1980, entre 2050 e 2075²². Em se

atingindo a restauração ambiental da camada de ozônio significa devolver a situação material alterada ao estado em que se encontrava antes de sofrer o dano por parte das atividades humanas, de tal forma que os recursos prejudicados e os sistemas ecológicos recuperem sua funcionalidade modificada. Para tal, poderá requerer-se a reabilitação, ainda que não total, dos elementos ambientais negativamente impactados²³.

Fenômenos como a destruição da camada de ozônio estão relacionados com mudanças difíceis e inter-relacionados entre si na tecnologia, na estrutura da produção e do comércio, nos fluxos financeiros e nas relações de poder.

Nesse sentido, o sucesso da proteção à camada de ozônio é possível porque a ciência e a indústria foram capazes de desenvolver e comercializar alternativas para as substâncias destruidoras do ozônio no âmbito de uma negociação internacional legitimada pelo interesse econômico, mas estimulada pela conscientização da sociedade, que tem exigido, da indústria, procedimentos novos e produtos inovadores. Esse processo de participação social induziu o desenvolvimento de um regime amplo e capaz de promover a adaptação dos instrumentos jurídicos às necessidades reclamadas pela sociedade e pela academia, o que implicou a intensa interação entre regulamentações adotadas em diferentes níveis, assim como interações entre as iniciativas normativas dos Estados e as iniciativas de entes privados²⁴.

Não fossem as regulações internas dos Estados Unidos e o ressentimento das empresas americanas com a perda da competitividade no mercado, talvez as tratativas multilaterais não tivessem evoluído para um acordo vinculativo.

Além disso, a estratégia da Alliance for Responsible CFC Policy, em apoiar a Convenção de Viena, foi a alavanca que faltava para uma mudança de posicionamento da Comunidade Europeia e abrandamento da resistência oposta às tratativas, contribuindo para a adoção do Protocolo de Montreal.

22 Disponível em: <http://www.protocolodemontreal.org.br/eficiente/sites/protocolodemontreal.org.br/pt-br/site.php?secao=noticias&pub=151>. Acesso 20 mai 2017.

23 ANTEQUERA, J. Conde. Responsabilidad y restauración ambiental por riesgos del desarrollo. In: ALONSO, E. Pérez; GARCÍA, E. Arana; PACHECO, P. Mercado; MORENO, J.L. Serrano (eds). Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p.498.

24 PETERS, A.; KOECHLIN, L.; FÖRSTER. T. Nonstate actors as standard setters. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 19.

Não se pretende sustentar neste artigo que o Protocolo de Montreal resultou da conscientização global acerca da necessidade de proteger a camada de ozônio. Ao contrário, os interesses eram muito mais econômicos do que ambientais. A Comunidade Europeia e demais países como Japão e União Soviética pretendiam garantir sua posição no mercado, diante do risco de empresas americanas recuperarem o prestígio com produtos de substituição, menos impactantes ao meio ambiente.

Assim, é possível concluir que o Regime do Ozônio, afora a pressão da sociedade, evoluiu muito mais impulsionado pelos interesses econômicos do que pela certeza da necessidade da tutela. A contribuição da indústria em desenvolver substitutivos ao CFC — tão importante para o sucesso do regime — somente foi perceptível após o Protocolo ter sido firmado. Isso porque ao estabelecer metas ambiciosas de redução da produção de CFC, os instrumentos internacionais sinalizaram no mercado uma possibilidade de lucro como resultado das pesquisas científicas que seriam necessárias, estimulando a competitividade comercial, que foi indispensável para que as soluções fossem encontradas em curto espaço de tempo, muito antes do que se previra e a menor custo do que se estimara, proporcionando uma verdadeira revolução tecnológica em diversos setores da indústria²⁵.

Não fosse a perspectiva de lucro, a rápida solução alternativa para o CFC, que foi substituído por hidroclorocarbonos (HCFC), hidrofluorcarbonetos (HFC) e perfluorocarbonos (PFC) e a redução dos custos, evitando-se a paralisação da produção, talvez a indústria não tivesse se mostrado tão disposta à cooperação.

Tais pontos, no entanto, não podem e nem devem diminuir o destaque para os instrumentos utilizados pelo regime internacional em construção, que enfrentou a problemática de forma inovadora e exitosa, desenvolvendo uma estratégia de construção e implementação, onde novos atores foram relevantes no enfrentamento, entre eles grandes empresas, Organizações Não Governamentais – ONGs, a mídia, a sociedade e alguns governos subnacionais, inclusive brasileiros, peculiaridade

25 BENEDICK, Richard Elliot. *The Improbable Montreal Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer*. Disponível em http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTPREAL_PROTOCOL_SCIENCE_DIPL.pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017, p. 22.

que não era comum no cenário internacional²⁶ e acabou servindo de inspiração a outros regimes ambientais.

Nesse sentido, cabe destacar, também, a importância dos mecanismos institucionais adotados para o sucesso do regime do ozônio, como é o caso do Fundo Multilateral para a Implementação do Protocolo de Montreal (FML) e da estrutura funcional.

O Fundo Multilateral para a Implementação do Protocolo de Montreal (FML) foi instituído em 1991, por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PUND, com a finalidade de prover assistência técnica e financeira aos países em desenvolvimento com recursos provenientes dos países desenvolvidos, que vem permitindo que países em desenvolvimento possam honrar os compromissos assumidos no Protocolo de Montreal²⁷.

Por outro lado, a estrutura institucional dos órgãos e comitês subsidiários, desenvolvidos para dar suporte técnico e administrativo às Partes, auxilia as questões relativas à conformidade, transferência de tecnologia e implementação de ações e também serviu de modelo para os acordos ambientais que se seguiram.

O caráter institucional adotado foi projetado para que o Protocolo de Montreal se tornasse um instrumento dinâmico e flexível, trabalhando com um conjunto de eliminações químicas, que permite ao mercado inovar e ajustar as ações de acordo com a necessidade e o desenvolvimento da tecnologia.

Por meio das Reuniões das Partes, podem ser adicionadas substâncias controladas adicionais por meio de emendas, bem como pode ser acelerada a eliminação de substâncias já previstas por meio de ajustes ou outras decisões baseadas em consenso. As emendas devem ser aprovadas por consenso, mas, na sua impossibilidade, admitem a aprovação por maioria de três quartos dos votos das Partes presentes e votantes na sessão, estando sujeitas a futura aceitação dos membros²⁸. Os ajustes, por sua vez, são aprovados por consenso e entram em

26 REI, F.C.F., CARVALHO, S.M. 25 anos do protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de Ozônio: a experiência do Brasil. *Revista Juris da Faculdade de Direito*. São Paulo: FAAP, ano IV, volume 8, 2012, p.22-27.

27 Multilateral Fund for the Implementation of the Montreal Protocol. Disponível em <http://www.multilateralfund.org/default.aspx>. Acesso em 20 mai 2017.

28 Artigo 20, do Protocolo de Montreal.

vigor, automaticamente, sem a necessidade de ratificação individual de cada Parte, conferindo mobilidade institucional ao regime.

Outro instrumento que confere flexibilidade são as isenções de uso crítico, que permitem a acomodação dos interesses, com vistas a uma melhor eficiência, porque permitem uma transição para soluções amigáveis que não causem impacto econômico ou prejuízos à população. As isenções, que podem ser compreendidas como pequenas exceções às restrições do Protocolo, podem ser solicitadas por qualquer Parte quando ainda não há alternativas tecnicamente ou economicamente viáveis para a eliminação da substância ou motivadas por razões de saúde ou segurança²⁹.

Importa destacar que essa problemática como outras da agenda global ambiental, são mais dependentes da cooperação entre os Estados e entre outros atores para o seu efetivo enfrentamento e equacionamento, o que é muito mais fácil de se atingir por meio de uma estrutura dinâmica e flexível, preocupada muito mais com a eficiência do que a coerção.

A necessidade da ação de cooperação, ao mesmo tempo em que faz o mundo mais interdependente, o torna mais monitorado, vigiado em relação ao passado, confirmando uma nova lógica de poder e convivência nas relações internacionais³⁰, que é indutora da eficiência ambiental.

Não fosse o sucesso obtido com a multilateralidade e ampliação da atuação, em 2050 a destruição da camada teria crescido pelo menos 50% no hemisfério norte e 70% no hemisfério sul. O resultado implicaria a emissão do dobro de radiação UV-B alcançando a Terra no hemisfério norte e o quádruplo no sul. A quantidade de substâncias que destroem a camada de ozônio (SDOs) na atmosfera seria dez vezes maior e a implicação disso seria desastrosa, com perspectivas de aproximadamente 20 milhões a mais de casos de câncer e 130 milhões a mais de casos de catarata³¹.

29 Por exemplo, isenções específicas de uso essencial foram concedidas para que países desenvolvidos ainda possam usar CFCs em inaladores, para o tratamento de asma e outras doenças respiratórias crônicas.

30 REI, F.; PINHO, M.L. A contribuição da paradiplomacia ambiental e econômica no regime internacional das mudanças climáticas e sua percepção pelo direito ambiental internacional. In: GRANZIERA, M. L. e REI, F. Santos: Editora Universitária Leopoldiana, 2017, p. 09.

31 STEINER, Achim. Quatro décadas de desenvolvimento. Bra-

Assim, uma curiosidade que gravita em torno do regime do ozônio vai no sentido de investigar como ele conseguiu tanto avanço em curto espaço de tempo. As metas ajustadas são ambiciosas e o nível geral de cumprimento, por seus membros, é alto, característica não muito comum nos regimes ambientais.

No entanto, se, por um lado, o Protocolo de Montreal é reconhecido, no âmbito do Direito Ambiental Internacional, como um tratado multilateral de sucesso, não se pode esquecer que o esforço de proteção à camada de ozônio ainda enfrenta desafios e, “manter o ímpeto e o financiamento para a eliminação final é crucial para um bom final para esta história inédita de sucesso internacional”³², somente atingível por meio da governança global, que será objeto de estudo na próxima sessão.

3. A CONTRIBUIÇÃO DA GOVERNANÇA GLOBAL NO PROCESSO DE MATERIALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL ANALISADA SOB A ÓTICA DA CONSTRUÇÃO DO REGIME DO OZÔNIO

As questões e problemas ambientais mais relevantes não se limitam às fronteiras territoriais dos Estados nacionais, extrapolando limites espaciais e temporais, cujo enfrentamento de forma isolada é inviável ou imperceptível. Além disso, a busca de soluções para assuntos ambientais complexos e os arranjos para implementação de medidas necessárias extrapolam a perspectiva do modelo clássico do Direito Internacional, justificando a existência do Direito Ambiental Internacional, como ramo autônomo e independente³³.

Por seu caráter multidisciplinar, o Direito Ambiental Internacional sofre grande influência de outras ciências, porque exige, para sua construção, a busca de conhecimentos específicos em várias áreas das ciências. A

sil: Nações Unidas, 2012. Disponível em <https://nacoesunidas.org/quatro-decadas-de-desenvolvimento-achim-steiner>. Acesso em 29 abr 2017.

32 REI, F.C.F., CARVALHO, S.M. (no prelo). O Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de ozônio. Coleção Embrapa de Direito Ambiental. Vol. 3.

33 SILVA, Deise Marcelino e REI, Fernando. Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) e Direito Ambiental Internacional (DAI): Novos atores em cena. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16e62507eba0d973>. Acesso em 07 dez 2017.

globalização, o desenvolvimento da tecnologia, os constantes desafios de acomodação do meio ambiente ao crescimento populacional, a busca por desenvolvimento econômico e novos modelos de produção e de consumo em massa conferem esse caráter multidisciplinar ao Direito Ambiental Internacional, distanciando-o do Direito Internacional Público para aproximá-lo muito mais do campo das Relações Internacionais, porque procura buscar novas formas de convivência internacional, preferindo-se os instrumentos institucionais de cooperação em vez de regulação normativa e o sistema tradicional de responsabilização, bem como reconhecendo que outros atores, além dos sujeitos internacionais, podem contribuir para o enfrentamento.

Pela própria natureza e dificuldade de tutela, o Direito Ambiental Internacional é eminentemente participativo e permite que a busca de soluções ambientais possa ser compartilhadas por qualquer ator capaz de contribuir com informações técnicas ou ações criativas e relevantes, isso porque a crise ambiental é de fato global, mas a gestão coletiva transita entre o global e o local³⁴.

Embora os Estados sejam os titulares da personalidade internacional capaz de construir o arcabouço normativo ambiental internacional, não são capazes, sozinhos, de enfrentar os problemas ambientais globais, o que os leva a ceder parte de sua soberania, aceitando compartilhar soluções e ampliar o debate com outros atores.

Nesse sentido, a busca de soluções ambientais exige “maior flexibilidade e criatividade na produção, no estudo e na aplicação das normas internacionais”, demandando “conjuntos normativos não necessariamente jurídicos”³⁵.

Percebe-se, no âmbito da formulação de normas jurídicas, que a diversidade dos assuntos submetidos à disciplina do Direito Ambiental Internacional acaba acarretando também uma diversidade de normas ambientais que muitas vezes se contrapõem³⁶.

As diretrizes que guiam a questão ambiental são muitas vezes antagônicas àquelas que guiam as questões de ordem econômica, acarretando oposição ou conjunção de interesses em diversos tratados multilaterais, que exigem mecanismos capazes de conferir eficácia ao Direito Ambiental Internacional, somente atingível por meio de gestão inclusiva, tanto na tomada de decisão quanto nos processos de implementação.

Essa constante acomodação entre o aspecto normativo e de implementação induz respostas institucionais e novas dimensões de debate que permitam a interlocução entre atores tão assimétricos, mas, ao mesmo tempo, tão indispensáveis.

A igualdade entre os Estados continua a ser a máxima das relações internacionais e conseqüentemente do Direito Ambiental Internacional, mas eles não são mais os únicos protagonistas do multilateralismo moderno, estando sujeitos às influências positivas ou negativas dos demais atores, ora a impulsionar compromissos multilaterais ambiciosos, ora funcionando como barreira à cooperação, formando “novos centros de influência global”, que buscam a defesa de demandas e aspirações específicas e muitas vezes diversas dos interesses estatais³⁷, criando, por meio de suas interações, diferentes domínios políticos sobrepostos³⁸, que precisam ser administrados sem um poder central.

Os Estados começam a enxergar que a diplomacia tradicional não é capaz de enfrentar os novos problemas ambientais, porque há uma desconexão entre a distribuição de autoridade de tomada de decisão e o poder militar, diplomático e econômico dos Estados (assimetrias), estabelecendo uma lacuna entre legitimidade e eficiência³⁹, que os demais atores procuram preencher, por meio de uma participação e cobrança assertiva, exigindo voz e vez nos debates internacionais e influenciando substancialmente na construção do jus cogens⁴⁰.

de debate. In: Revista brasileira de Política Internacional, vol. 47, no. 02. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2004.

37 VAN LANGENHOVE, Luk. Multilateralism 2.0: The Transformation of International Relations, 2011.

38 VAN LANGENHOVE, Luk. The Transformation of Multilateralism Mode 1.0 to Mode 2.0. In: Global Policy, vol. 01, issue 03, 2010, p. 263-270 e RICCI, Alessandra. Multilateralism 2.0: Finding Some Evidence. In: UNU-CRIS Working Papers, W 2014/6, Bélgica, p. 11.

39 THAKUR, Ramesh; VAN LANGENHOVE, Luk. Enhancing Global Governance Through Regional Integration. In Global Governance 12.3, 2006, p. 233-240.

40 BOUCHARD, Caroline; PETERSON, John. Conceptualising Multilateralism – Can we All Just Get Along? MERCURY, E-paper

34 RAMPASO, Adriana Vinholi; ICHIKAWA, Elisa Yoshie e CARRIERI, Alexandre de Pádua. A influência do Mundo dos Negócios na Governança Ambiental Global. In: Revista de Ciências da Administração, vol. 16, no. 40. Santa Catarina: Universidade de Santa Catarina, 2014, p. 75-89.

35 REI, Fernando. A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: Direito Internacional do Meio Ambiente: Ensaio em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. Salem Hikmat Nasser e Fernando Rei (Org). São Paulo: Atlas, 2006.

36 BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias e SCHLEICHER, Rafael T. Meio Ambiente e Relações Internacionais: perspectivas teóricas, respostas institucionais e novas dimensões

O modelo clássico de Direito Internacional não reconhece, juridicamente, essa atuação alargada, razão pela qual o Direito Ambiental Internacional vai procurar acomodar as instituições jurídicas através dos modelos de governança.

Nesse sentido, a governança aparece como um meio de guiar o processo de “enfrentamento da problemática” e pode ser visto como um conjunto de regras, processos e envolvimento de diversos atores para a realização de um objetivo comum⁴¹.

Governança e regimes concordam sobre a necessidade de cooperação para os interesses compartilhados, que justifica a aceitação desse conjunto de regras e procedimentos, e cuja efetividade não está necessariamente vinculada a uma autoridade central⁴².

No caso específico do regime do ozônio, a mídia e os grupos ambientalistas, na década de 70, desempenharam papel de importância ao trazer a questão da influência antrópica sobre a camada de ozônio ao debate, cobrar uma urgência na agenda internacional, conferindo visibilidade à problemática⁴³. O segundo passo que influenciou os ajustes e instrumentos internacionais foram os resultados dos estudos científicos e identificação dos riscos, ressaltando a gravidade e necessidade de se buscarem alternativas para conter a destruição da camada de ozônio, mas é necessário destacar que o regime evoluiu mesmo na ausência de demonstração científica da influência da atuação antrópica sobre o ozônio.

O ápice do processo de ampliação participativa foi a proatividade de algumas indústrias multinacionais, que contribuiu para vencer a resistência estatal e quebrar o lobby industrial contra a eliminação do uso do cloro-fluorcarbono (CFC). O anúncio da DuPont manifestando interesse em desenvolver pesquisas para encontrar um substituto ao CFC, desde que lhe fosse garantido mercado para o novo produto, seguida por outras grandes empresas multinacionais que visualizaram, na crise

ambiental, uma oportunidade de inovação e, claro, uma perspectiva de lucro em longo prazo, sacramentou a participação desses novos atores no processo de governança, que com certeza conduziu ao sucesso do regime.

Não fosse o Protocolo de Montreal sinalizar que o mercado de CFC estava destinado a desaparecer, talvez a indústria não tivesse desenvolvido energia criativa necessária a descoberta dos substitutos químicos necessários⁴⁴.

A contribuição de ONGs ambientalistas nas Conferências das Partes, cobrando posições e auxiliando com informações técnicas, construiu o elo de aproximação da sociedade civil das discussões internacionais e o processo participativo também contou com a influência da academia, dos esforços voluntários de governos subnacionais e do dinamismo imposto por organizações internacionais, como o PNUMA e o PNUD, formando uma grande rede de troca de experiências e cooperação multinível⁴⁵.

Esse processo intenso e dinâmico de alargamento da participação e formação da consciência ambiental foi capaz de ampliar o debate internacional para a oportunidade de inserção de novos atores⁴⁶, que está diretamente associada a dois fenômenos marcantes do século XX, o processo de globalização e a emergência de problemas ambientais globais relativos à *low politics*.

A problemática da destruição da camada de ozônio, assim como as mudanças climáticas ignoram barreiras estatais, seja porque a recomposição ambiental constitui um *continuum* ecológico que se projeta tanto nos espaços submetidos à soberania dos Estados, como mais além destes⁴⁷, seja porque os impactos desses problemas ambientais são, ao fim e ao cabo, sentidos concretamente

No. 1, 2011, p. 29-31.

41 KEMP, R.; MARTENS, PAG. Sustainable development: how to manage something that is subjective and can never be achieved? Sustainability: science, practice and policy, v. 3, n. 2, 2007.

42 LIMA, Gabriela Garcia Batista. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 11, n. 1, 2014, p. 221.

43 SUNSTEIN, Cass R. Montreal and Kyoto: a tale of two Protocols. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 302, 2006.

44 BENEDICK, Richard Elliot. The Improbable Montreal Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer. Disponível em http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTREAL_PROTOCOL_SCIENCE_DIPL.pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017, p. 22.

45 SARRO, Vanessa Martins. Os Mecanismos da Governança Global para Proteção da Camada de Ozônio. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Santos: Universidade Católica de Santos, 2016, p. 45.

46 KEOHANE, R. and J.S. NYE, Jr. (Eds). Transnational Relations and World Politics (Cambridge, MA: Harvard University Press), 1971.

47 RUIZ, J.J. “Protection of the Atmospheric Environment by International Law” in KISS, A. Ch. Y Shelton. D (Ed), Manual of European Environmental Law, 2nd.edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

nos níveis infranacionais⁴⁸. A dualidade global-local da destruição da camada de ozônio, também presente nas mudanças climáticas, inculcou o sentido de responsabilidade por seu enfrentamento em todos os níveis de organização social⁴⁹.

Percebe-se que a complexidade da resposta internacional aos problemas globais e a necessidade de ações mais práticas de enfrentamento têm, progressivamente, legitimado o surgimento dessas novas formas de autoridade, como identificado no regime do ozônio. Embora desprovidas dos elementos da soberania, autonomia e controle. Essas novas estruturas ganham uma legitimação voluntária da sociedade⁵⁰, originada a partir do reconhecimento de que o efetivo enfrentamento das questões ambientais globais necessita da ação cooperativa e coordenada de sistemas de governança baseados em diversos níveis (estatais, supra, infra e interestatais) e compostos por atores estatais, infraestatais (regionais e locais) e não governamentais, cada um desempenhando uma variedade de papéis⁵¹. Fala-se, nesse caso, de uma nova governança ambiental global.

O encaminhamento dessa resposta internacional passa, então, pela ação e articulação de múltiplos atores, porque são problemas em que a posição de poder não consegue encaminhar adequadamente soluções, já que na construção da governança ambiental global a cooperação e a negociação pressupõem a participação ampliada na construção do consenso⁵².

Diante, portanto, de uma ordem mundial destituída de poderes hegemônicos⁵³, a governança se legitima

como instrumento de solução de problemas⁵⁴, inviabilizando a lógica de um Direito Internacional fundado na coerção, no monopólio da força e na ação diplomática e justificando a inter-relação com o Direito Ambiental Internacional.

Além disso, problemas globais, como a questão da proteção à camada de ozônio, não encontram solução adequada ou encaminhamento possível dentro dos mecanismos tradicionais do Direito Internacional Público, como o mecanismo da responsabilidade por dano ambiental causado por ato ilícito, ou mesmo lícito, fundada nonexo causal.

Em outras palavras, a partilha das responsabilidades por emissões de substâncias que destroem a camada de ozônio (SDOs) e os esforços de eliminação e substituição dessas substâncias não está ao alcance de um tribunal internacional ou de um organismo supraestatal, muito menos no uso da força. As soluções ambientais dependem de avanços tecnológicos, de investimentos do capital, da mudança de hábitos e padrões de produção e consumo obtidos com maior propriedade no aprimoramento dos regimes internacionais do que sob o manto da responsabilidade internacional⁵⁵.

No regime internacional de proteção à camada de ozônio, as partes buscam, por intermédio da negociação, tomar decisões consensuais que ditam princípios, regras e diretrizes que orientam o comportamento das próprias partes, com vistas a atingir objetivos previamente definidos, como a recuperação da camada de ozônio. Nesse extenso processo dialógico internacional, se admite e se estimula a participação de todos os sujeitos relevantes, estatais e não estatais, para o enfrentamento do problema real e concreto, porque essa participação é indispensável para a condução de sucesso do regime.

Bem que se diga que, atualmente, o processo de ampliação da participação das discussões globais não é exclusividade do regime de ozônio, mas é possível afirmar que por meio dele se concretizou a construção da visão de cooperação multinível como processo capaz de conduzir à eficiência ambiental.

A agenda global vem se ampliando nas últimas dé-

48 BODANSKY, D. The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law? *The American Journal of International Law* - vol.93, n.3, jul., 1999, p. 596-624.

49 LITFIN, K.T. Environment, Wealth and Authority: global climate change and emerging modes of legitimation. *International Studies Review*, vol.2, n. 2, 2000, p. 119-148.

50 DEDUERWAERDERE, T. The contribution of network governance to sustainable development. *Belgique: Université Catholique de Louvain Fonds National de la Recherche Scientifique*, 2005.

51 BULKELEY, H. and BETSILL, M.M. *Cities and Climate Change: Urban Sustainability and Global Environmental Governance*. London: Routledge, 2003.

52 FARIAS, Valéria Cristina e REI, Fernando. Reflexos jurídicos da governança global subnacional - A paradiplomacia e o Direito Internacional: desafio ou acomodação. *Brasília: Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016, p. 330-333.

53 STEIN, Arthur A. *Structural Perspectives: Coordination and collaboration: regimes in an anarchic world*. In: KRASNER, Stephen D. *International Regimes*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1983.

54 ROSENAU, James N. & CZEMPIEL, Ernst-Otto. *Governance without Government: Order and Change in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

55 GERENT, Juliana. *Conflitos Ambientais Globais: Mecanismos e Procedimentos para a solução de controvérsias*, Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 229-237.

cadadas e incluindo questões que não se limitam apenas a *high politics*, como é o caso das mudanças climáticas, biodiversidade, refugiados e que acabam influenciando a diplomacia multilateral, trazendo para o debate político outros atores diversos dos Estados.

Essa tendência ao alargamento das discussões internacionais confunde o multilateralismo tradicional, que assume um contorno moderno e diverso⁵⁶, mas que acaba por exprimir novos modelos de desenvolvimento da governança que impulsionam compromissos multilaterais ambiciosos, através de uma participação assertiva, cobranças pontuais, troca de experiências e outros componentes da interação público-particular que prioriza e conduz as aspirações proativas.

Essa transformação do sistema internacional, que antes era fechado e restrito aos Estados e organizações internacionais, em um sistema internacional aberto, que se desenvolve por meio de vários níveis de governança, interdependentes entre si⁵⁷, influencia e enriquece o processo decisório, porque enquanto a legitimidade para firmar acordos envolvendo problemas globais está concentrada nos Estados, as fontes e possíveis soluções se situam no nível transnacional ou regional⁵⁸.

Por meio da governança ambiental global, diferentes formas e níveis de enfrentamento dos problemas ambientais passam a coexistir numa dinâmica de complementaridade, de tal forma que o avanço dos regimes internacionais baseados em tratados multilateralmente firmados é fortalecido e fomentado pelas iniciativas desenvolvidas nos níveis infra e transnacionais e por atores ainda não formalmente partes do sistema jurídico internacional.

Com a evolução da ciência atmosférica, viu-se reforçado o caráter universal da destruição da camada de ozônio, seja porque suas causas antrópicas estavam no cerne do então modelo de produção e consumo das SDOs, seja porque a gravidade de seus impactos foi percebida em todos os níveis da sociedade — do local ao global —, e sob as diferentes nuances — ambientais,

médicas, sociais, econômicas e políticas⁵⁹.

A materialização do princípio da precaução afiorado nos ajustes do regime do ozônio, a contribuição valorosa dos demais atores internacionais e o equacionamento, em curto espaço de tempo, desse complexo problema global revela-se e precisa ser destacada como uma grande conquista do Direito Ambiental Internacional, levada a efeito sob o manto da governança global e que permite infirmar a inter-relação e importância da governança no processo de criação e desenvolvimento do Direito Ambiental Internacional.

No entanto, ressalte-se que, enquanto nos anos 80 o buraco da camada de ozônio ganhou repercussão internacional, a partir da década de 90, a preocupação passou a girar em torno do aquecimento global e mudanças climáticas causados pelos gases de efeito estufa e, cumpre salientar, a sociedade tem muito conhecimento sobre o Protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris e quase nenhum sobre o de Montreal⁶⁰, o que é curioso, visto a estreita relação entre os regimes, que será objeto de estudo na próxima seção.

4. A EMENDA DE KIGALI: SINERGIA DOS REGIMES DO OZÔNIO E MUDANÇA CLIMÁTICA

Embora a destruição da camada de ozônio e o aquecimento global sejam fenômenos naturais diversos, existem algumas conexões entre eles. O aquecimento global é um aumento da temperatura média da Terra que decorre, basicamente, do acúmulo de gases de efeito estufa, por um processo natural de aquecimento e resfriamento da superfície global, mas que vem sendo intensificado pelo acúmulo antrópico de dióxido de carbono, metano e outras substâncias capazes de reter o calor nas camadas baixas da atmosfera. Embora de forma modesta, o aquecimento global interfere na destruição da camada de ozônio, principalmente na Antártica, pois “os gases de cloro na estratosfera inferior interagem com partículas de nuvem que se formam a temperaturas extremamente baixas”. Como o ozônio

56 VAN LANGENHOVE, Luk. “Multilateralism 2.0: The Transformation of International Relations”, 2011.

57 RICCI, Alessandra. Multilateralism 2.0: Finding Some Evidence. UNU-CRIS Working Papers, W 2014/6, Bélgica.

58 THAKUR, Ramesh. The United Nation in Global Governance. Disponível em http://www.un.org/en/ga/president/65/initiatives/GlobalGovernance/Thakur_GA_Thematic_Debate_on_UN_in_GG.pdf. Acessado em 10 de maio de 2017.

59 REI, F.C.F., CARVALHO, S.M. (no prelo). O Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de ozônio. Coleção Embrapa de Direito Ambiental. Volume 3.

60 SILVA, Darly Henriques da. Protocolos de Montreal e Kyoto: pontos em comum e diferenças fundamentais. Brasília: Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 52, no. 02, 2009.

na estratosfera absorve o calor, o comprometimento da camada de ozônio também intensifica o aquecimento global. No mais, o CFC e seus substitutos, além de serem uma substância que destroem a camada de ozônio, também contribuem para o efeito estufa e, reflexivamente, para o aquecimento global⁶¹.

Todos esses fatores permitem concluir que existe uma linha bastante comum nos esforços multilaterais tendentes à tutela da camada de ozônio e das mudanças climáticas. No entanto, se as razões científicas apresentaram um denominador comum, as questões político-econômicas distanciam o enfrentamento internacional⁶² e a cooperação entre os regimes é contenciosa.

Os painéis de avaliação técnica e científica⁶³ sob os regimes de proteção à camada de ozônio e às mudanças climáticas também observaram que a queda global nas emissões de substâncias que destroem a camada de ozônio (SDO) gerou reduções nas emissões de gases de efeito estufa (GEE) equivalentes a bilhões de toneladas de CO₂. Segundo o mesmo informe, os Estados-parte do Protocolo de Montreal já eliminaram cerca de 98% de substâncias nocivas para a camada de ozônio, impedindo, assim, que mais de dois milhões de casos de câncer de pele atingissem a população por ano.

Essas reduções confirmam o papel desempenhado pelo Protocolo de Montreal como um importante colaborador na luta global não somente em relação às emissões de substâncias que destroem a camada de ozônio (SDOs), como em relação às emissões de gases de efeito estufa (GEE), que influenciam as mudanças climáticas e respondem a regime próprio.

Como algumas substâncias que destroem a camada de ozônio (SDOs) também têm altíssimo potencial de aquecimento global, a eliminação geral de SDOs no mundo todo pode gerar benefícios sinérgicos em relação ao enfrentamento do aquecimento global, o que demonstra a interação entre os regimes do ozônio e das mudanças climáticas. Dessa forma, é possível afirmar que a eliminação das substâncias que destroem a camada de ozônio (SDOs) obtida até o momento está resultan-

do não somente na regeneração da camada de ozônio, mas também em importantes reduções nas emissões de gases de efeito estufa.

Tendo em vista o imenso potencial de mitigação das mudanças climáticas que uma eliminação acelerada dos hidroclorofluorcarbonos (HCFCs) poderia trazer, o diálogo sobre os HCFCs evoluiu, consideravelmente, desde 2005. Isso porque, embora não sejam nocivos à camada de ozônio⁶⁴, são gases de efeito estufa com potencial muito superior ao dióxido de carbono (CO₂). Em razão disso, propostas de ajuste do Protocolo com a adoção de metas interinas foram tabuladas para serem analisadas pelas Partes. A intensa negociação diplomática foi exitosa e o Protocolo vem sendo ajustado por consenso.

Ao longo dos anos e graças à estrutura até então desconhecida das Convenções Quadro, o regime internacional de proteção à camada de ozônio foi sendo ajustado, fosse para introduzir outros tipos de medidas de controle, acrescentar novas substâncias controladas para a lista, fosse para acelerar os cronogramas de eliminação progressiva. Essas alterações ao Protocolo de Montreal são nomeadas de acordo com o local de sua adoção: Londres (1990), Nairóbi (1991), Copenhague (1992), Bangkok (1993), Viena (1995), Montreal (1997), Pequim (1999) e, mais recentemente, Kigali (outubro, 2016).

Em resposta ao Acordo de Paris de 2015, em contribuição direta ao regime internacional de mudanças climáticas, a Emenda de Kigali — que estabelece o controle do consumo dos hidrofluorcarbonos (HFCs) pelo Protocolo de Montreal — representou outro grande fato histórico, pois, pela primeira vez, o Protocolo passou, também, a tratar de substâncias que não causam danos à camada de ozônio, mas que afetam o sistema climático global, reconhecendo-se a sinergia dos regimes.

Se, anteriormente, o Protocolo de Montreal estava debruçado apenas sobre o controle de substâncias capazes de comprometer a camada de ozônio, a partir de Kigali, ganhou nova roupagem para admitir outras estratégias capazes de controlar o forçamento climático.

A inclusão dos HFCs na relação de gases proibidos produz um efeito positivo na contenção do aquecimento global, facilitando o cumprimento das metas assumi-

61 REBECCA, Lindsey. O buraco da camada de ozônio e o aquecimento global. Disponível em <http://cienciasclimaticas.blogspot.com.br/2010/09/o-buraco-da-camada-de-ozonio-e-o.html>. Acesso em 10 jul 2017.

62 SILVA, Darly Henriques da. Protocolos de Montreal e Kyoto: pontos em comum e diferenças fundamentais. Brasília: Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 52, no. 02, 2009, p. 03.

63 UNEP, 2009.

64 Os HFCs foram adotados em substituição aos CFCs, como alternativa menos impactante à camada de ozônio.

das no Acordo de Paris, que restringiu o aumento da temperatura média da terra entre 1,5 e 2 graus Celsius, neste século, tomando-se por base os níveis pré-Revolução Industrial, estimando-se que a medida adotada em Kigali poderá evitar em até 0,5 grau Celsius o aquecimento global.

Essa interconexão é extremamente importante, porque permite agregar o grau de eficiência do regime do ozônio à busca do ideal de controle das emissões de gases de efeito estufa no combate às mudanças do clima e o diálogo entre os regimes, com certeza, distinguirá e impulsionará avanços futuros, trazendo benefícios ambientais únicos.

No entanto, é preciso destacar que ainda resta ao regime o desafio de eliminar todas as SDOs, ressaltando-se que gases alternativos mais comuns, como os hidroclorocarbonos (HCFC), perfluorocarbonos (PFC) e halocarbonetos, embora não agridam o ozônio, são extremamente nocivos à saúde climática do planeta⁶⁵.

Além disso, idealizando-se uma perfeita sinergia entre os regimes e aproveitando-se o dinamismo e flexibilidade do ajuste de ozônio, poder-se-ia cogitar eventual inclusão de padrões restritivos de emissões de carbono e metano às atividades industriais, ampliando-se o escopo do Protocolo de Montreal, sem que isso importe em desvio de finalidade, pois demonstrada a estreita relação entre a depleção da camada de ozônio e o aquecimento global.

Tal medida seria plenamente possível se realizada sob a forma de emenda, pois os artigos 20 e 21 do Protocolo de Montreal preveem e admitem emendas ao protocolo em si ou seus anexos, exigindo-se decisão por consenso, mas admitindo, na sua falta, a aprovação por maioria de três quartos dos votos das Partes presentes e votantes na sessão. O único inconveniente, na hipótese, é que a vinculação dessas emendas fica condicionada à posterior aceitação formal pelos respectivos membros.

A abertura trazida pela inclusão dos HFCs, na emenda de Kigali, pode ser um indicador favorável a essa sinergia, ainda que restrições econômicas decorrentes do uso e exploração de combustíveis fósseis possam prejudicar a cooperação.

65 IPCC. Safeguarding the Ozone Layer and the Global Climate System: Issues Related to Hydrofluorocarbons and Perfluorocarbons. Summary for Policymakers, p. 07. Disponível em <https://www.ipcc.ch/report/sroc/>. Acesso 15 mai 2017.

Ademais, o regime do ozônio, no curto período de existência, conseguiu desenvolver estratégias de cooperação internacional porque adotou protocolo restritivo, o que não se observa no regime climático cuja fixação de metas, obrigação de fiscalização e os mecanismos econômicos adotados não foram suficientes para induzir eficiência.

Os gás carbônico e gás metano controlados pelo regime de mudança climática são, em longa escala, produzidos no processo industrial, em que a reestruturação e adaptação tecnológica permitem um controle muito mais fácil do que nos demais setores impactantes como a utilização do solo, desmatamento e queimada⁶⁶.

Dessa forma, assim como a mudança dos processos industriais foi indispensável para a redução das SDOs, a busca de tecnologia para o controle das emissões de gás carbônico e metano pode sinalizar uma alternativa exitosa no futuro, com benefícios não somente ambientais como também econômicos.

Da mesma forma que a substituição do CFC proporcionou vantagens econômicas pelo marketing que envolveu a utilização de etiquetas que sinalizavam produtos menos impactantes, mobilizando consumidores conscientes e estimulando vendas e assim como nas tratativas do Protocolo de Montreal, em que a resistência econômica foi abrandada pela evolução científica, perspectiva de lucro e financiamento internacional, as restrições relativas aos demais gases substitutos, emissões de carbono e metano podem seguir o mesmo caminho, prevendo-se períodos de transição, isenções de uso crítico, instrumentos de compensação econômica e outros ajustes de flexibilização capazes de acomodar os interesses conflitantes ou, pelo menos, instigar a discussão e amadurecimento da questão no cenário internacional, permitindo o desenvolvimento da governança.

A modificação e modernização dos procedimentos industriais, a adoção de opções tecnológicas na geração de energia e eficiência energética, utilização de energia alternativa em substituição aos combustíveis fósseis, cogeração de energia, reciclagem, economia de materiais e tratamento do lixo industrial para aproveitamento do metano são exemplos factíveis e capazes de reduzir as emissões do setor industrial e agregar, concomitantemente, benefícios climáticos e à camada de ozônio.

66 SILVA, Darly Henriques da. Protocolos de Montreal e Kyoto: pontos em comum e diferenças fundamentais. Brasília: Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 52, no. 02, 2009, p. 13.

Portanto, ao longo dos trinta anos de existência, o Protocolo de Montreal deve ser reconhecido como uma dinâmica multilateral de sucesso, mas precisa e deve evoluir no potencial regulatório climático, porque o adicional de atenuação do aquecimento global decorrente de adoções restritivas em relação a determinados gases será significativo não somente para evitar a depleção da camada de ozônio, mas principalmente contribuir para o controle da temperatura média da Terra⁶⁷.

Estabelecer interfaces entre objetivos econômicos, sociais e proteção ambiental, embora possa aflorar aspectos conflitantes na seara internacional, é a “essência da dimensão ambiental do desenvolvimento”⁶⁸, que deve ser perseguida pela comunidade internacional. Além disso, “os objetivos do desenvolvimento sustentável têm essa finalidade de proporcionar a convergência de esforços em determinadas temáticas”⁶⁹, justificando e recomendando a sinergia de regimes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após os sinais de alerta descobertos no final dos anos 80 com a descoberta de um grande buraco na camada de ozônio sobre a Antártida, o mundo decidiu agir, com o que se poderia chamar de primeira idade da Governança Global e do Direito Ambiental Internacional, fazendo com que Estados, Empresas Multinacionais, ONGs e outros atores enfrentassem em conjunto o problema, incorporando incertezas científicas e avançando na busca de um enfrentamento não pautado necessariamente pela lógica de negociação do então Direito Internacional do Meio Ambiente.

Após as negociações da Convenção de Viena, o

67 MOLINA, Mario; ZAELKE, Durwood; SARMA, K. Madhava; ANDERSEN, Stephen O.; RAMANATHAN, Veerabhadran; KANIARU, Donald. Reducing abrupt climate change risk using the Montreal Protocol and other regulatory actions to complement cuts in CO2 emissions. Oxford: Environmental Change Institute, 2009, p. 01-06.

68 KIRSCH, Heitor Marcos e FILIPPE, Eduardo Ernesto. A dimensão ambiental do desenvolvimento: implicações para além do seu gerenciamento técnico-administrativo num contexto de mudança climática. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 09, n. 3, 2012, p. 29-44.

69 DENNY, Danielle Mendes Thame; DE CASTRO, Douglas; MACHADO, Alexandre Ricardo, MACHADO FILHO, José Valverde e WITT, Gabrielle Fontes. Segurança alimentar e a governança econômica global. Brasília: Revista de Direito Internacional, v. 14, n. 1, 2017, p. 138.

Protocolo de Montreal conduziu a comunidade internacional à eliminação escalonada na produção de clorofluorcarbonos, sendo certo que as previsões da época indicavam que até 2065, a camada de ozônio estaria reduzida a dois terços de seu tamanho.

No entanto, esse modelo dinâmico de enfrentamento das questões globais fez com que as projeções mudassem e, atualmente, a ONU calcula que, entre 2060 e 2075, a camada de ozônio terá retornado ao mesmo nível dos anos 80.

Os resultados desses 30 anos de existência do Protocolo mostram a importância de o regime internacional seguir avançando com ações para a proteção da camada de ozônio por meio de um bem-sucedido modelo de governança.

Nesse esforço global, merece destaque o papel do Direito Ambiental Internacional, com suporte fundamental de programas do sistema das Nações Unidas, como o PNUMA e PNUD, e com o braço financeiro do Fundo Multilateral, que soube incorporar numa estrutura de convenção quadro, emendas, ajustes, informes técnicos que lograram obter resultados concretos de eficácia e eficiência, porque permitiram uma arquitetura dinâmica e flexível.

Dito de outra forma, uma estrutura de governança adequada foi capaz de levar em conta os interesses dos diferentes atores envolvidos, ao mesmo tempo proporcionando o alcance da solução ambiental (eficácia) de forma eficiente, equitativa e legitimada por um *law making process* compatível com os valores de uma sociedade global.

Em suma, o Protocolo de Montreal, o único tratado multilateral que obteve ratificação universal, contando com 197 partes, caminha no sentido de atingir a eficácia com o restabelecimento da camada de ozônio em futuro próximo e permite ser destacado como exemplo exitoso no cumprimento do Direito Ambiental Internacional.

Os esforços contínuos de novos atores dessa governança para implementar em rede estratégica o Protocolo demonstram que as difíceis questões envolvendo o binômio interesse econômico/tutela ambiental podem ser enfrentadas e solucionadas de forma igualitária e sustentável, com base regulatória, principalmente quando enfrentadas num espaço de cooperação, diálogo com o setor produtivo, estímulo pautado pelo avanço científico, tecnológico e financeiro, sem ignorar a participação de novos atores globais.

O enfrentamento da problemática da destruição da camada de ozônio não foi e não é uma preocupação exclusiva dos Estados e, durante esses 30 anos, atores privados se envolveram na busca de soluções para a problemática. A participação direta e a diversificação dos atores privados na governança do ozônio são consideradas precursoras de um fenômeno de caráter transnacional que hoje envolve outros regimes, concretizando a construção da visão de cooperação multinível como processo capaz de conduzir à eficiência ambiental e situando, no âmbito dos regimes, o melhor instrumento de solução dos conflitos do Direito Ambiental Internacional.

Mas, como nem tudo são flores, é preciso destacar que o Protocolo de Montreal e suas emendas é exitoso no sentido de evitar a depleção do ozônio, mas interfere no aquecimento global. Além disso, as emissões de gases de efeito estufa (muitos deles utilizados como substituto ao CFC), entre eles o gás carbônico e gás metano, também são agentes impactantes ao ozônio, recomendando uma abordagem de tutela holística.

Diante da correlação entre as questões climáticas e a depleção do ozônio, a busca de mecanismos que possibilitem a coordenação entre os dois regimes internacionais significaria um caminho promissor em termos ambientais.

A emenda de Kigali, adotada logo após e sob a influência benéfica do Acordo de Paris, possibilitou um início de sinergia entre os regimes do ozônio e de mudança do clima, alargando o escopo restritivo do Protocolo de Montreal, mas ainda não é o ideal, porque outros gases utilizados como alternativa do CFC intensificam o efeito estufa.

A dependência econômica dos combustíveis fósseis e a dificuldade de mudança nos modos de produção industrial ainda são questões que precisam ser enfrentadas e que afetam não apenas o clima, mas, indiretamente, a camada de ozônio e, especialmente em relação ao gás carbônico e gás metano, extremamente indutores do aquecimento global, sendo certo que a solução não é tão simples quanto substituir um produto ou uma substância por outra.

Assim, apesar de ser considerado um êxito, a evolução do regime do ozônio pressupõe a continuidade de negociações, a busca incessante por novas práticas, pela troca multilateral, pela cooperação multinível e principalmente o diálogo com outros regimes que fo-

ram indispensáveis na construção de uma estrutura própria e peculiar, distinguindo-o como um exemplo e modelo de eficiência que não deve estagnar, porque o enfrentamento internacional é diretamente dependente da evolução das habilidades da produção econômica e uma economia de desenvolvimento é aquela que gravita entre o social e o privado com equilíbrio e respeito ao meio ambiente.

É perfeitamente possível alargar o escopo restritivo do Protocolo de Montreal sem que se abandone a sua finalidade, cingindo ou associando a tutela do ozônio à proteção do clima, para que possa continuar desempenhando sua função de acordo ambiental multilateral mais importante e eficiente da história.

A atmosfera das recentes negociações globais parece estabelecer um prêmio para soluções de curto prazo ao invés de permitir uma reflexão sóbria e um debate fundamentado para gestão a longo prazo. No entanto, não existe uma norma que determine que todos os aspectos complexos de um problema ambiental necessitem ser abordados ao mesmo tempo e em um mesmo fórum, numa atmosfera superaquecida de escrutínio público. Talvez esta seja uma lição da história do Protocolo de Montreal que ainda não tenha sido aprendida⁷⁰.

REFERÊNCIAS

ANTEQUERA, J. Conde. Responsabilidad y restauración ambiental por riesgos del desarrollo. In ALONSO, E. Pérez; GARCÍA, E. Arana; PACHECO, P. Mercado; MORENO, J.L. Serrano (eds). Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012, p. 498.

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias e SCHLEICHER, Rafael T. Meio Ambiente e Relações Internacionais: perspectivas teóricas, respostas institucionais e novas dimensões de debate. In: Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 47, no. 02. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2004.

BENEDICK, Richard Elliot. The Improbable Montreal

⁷⁰ BENEDICK, Richard Elliot. The Improbable Montreal Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer. Disponível em http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTREAL_PROTOCOL_SCIENCE_DIPL.pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017, p. 23 – tradução própria.

- Protocol: Science, Diplomacy, and Defending the Ozone Layer. Disponível em http://www.ibrarian.net/navon/paper/T_H_E_IMPROBABLE_MONTREAL_PROTOCOL__SCIENCE__DIPL.pdf?paperid=3892539. Acesso em 05 jul 2017.
- BODANSKY, D. The legitimacy of international governance: a coming challenge for international environmental law? *The American Journal of International Law* - vol. 93, n. 3, jul., 1999, p. 596-624.
- BOUCHARD, Caroline; PETERSON, John. Conceptualising Multilateralism – Can we All Just Get Along? *MERCURY*, E-paper No. 1, 2011
- BULKELEY, H. and BETSILL, M.M. *Cities and Climate Change: Urban Sustainability and Global Environmental Governance*. London: Routledge, 2003.
- DEDUERWAERDERE, T. The contribution of network governance to sustainable development. Belgique: Université Catholique de Louvain Fonds National de la Recherche Scientifique, 2005.
- DENNY, Danielle Mendes Thame; DE CASTRO, Douglas; MACHADO, Alexandre Ricardo, MACHADO FILHO, José Valverde e WITT, Gabrielle Fontes. Segurança alimentar e a governança econômica global. *Brasília: Revista de Direito Internacional*, v. 14, n. 1, 2017, p. 126-141.
- EPA- U.S. Environmental Protection Agency. Achievements in Stratospheric Ozone Protection – Progress Report 1987 – 2007, EPA Publication EPA-430-R-07-001.
- FARIAS, Valéria Cristina e REI, Fernando. Reflexos jurídicos da governança global subnacional - A diplomacia e o Direito Internacional: desafio ou acomodação. *Brasília: Revista de Direito Internacional*, v. 13, n. 1, 2016, p. 320-339.
- GERENT, Juliana. *Conflitos Ambientais Globais: Mecanismos e Procedimentos para a solução de controvérsias*, Curitiba: Editora Juruá, 2016.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE. *Safeguarding the Ozone Layer and the Global Climate System: Issues Related to Hydrofluorocarbons and Perfluorocarbons*. Cambridge: 2005. Disponível em [http:// https://www.ipcc.ch/report/sroc/](http://https://www.ipcc.ch/report/sroc/).
- KEMP, R.; MARTENS, PAG. Sustainable development: how to manage something that is subjective and can never be achieved? *Sustainability: science, practice and policy*, v. 3, n. 2, 2007.
- KEOHANE, R. and J.S. NYE, Jr. (Eds). *Transnational Relations and World Politics* (Cambridge, MA: Harvard University Press), 1971.
- KIRSCH, Heitor Marcos e FILIPPE, Eduardo Ernesto. A dimensão ambiental do desenvolvimento: implicações para além do seu gerenciamento técnico-administrativo num contexto de mudança climática. *Brasília: Revista de Direito Internacional*, v. 09, n. 3, 2012, p. 29-44.
- LIMA, Gabriela Garcia Batista. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, 2014, p. 215-228.
- LITFIN, K.T. Environment, Wealth and Authority: global climate change and emerging modes of legitimation. *International Studies Review*, vol.2, n. 2, 2000, p.119-148.
- MOLINA, Mario; ZAELKE, Durwood; SARMA, K. Madhava; ANDERSEN, Stephen O.; RAMANATHAN, Veerabhadran; KANIARU, Donald. *Reducing abrupt climate change risk using the Montreal Protocol and other regulatory actions to complement cuts in CO2 emissions*. Oxford: Environmental Change Institute, 2009.
- MULTILATERAL FUND FOR THE IMPLEMENTATION OF THE MONTREAL PROTOCOL. Disponível em [http:// http://www.multilateralfund.org/default.aspx](http://http://www.multilateralfund.org/default.aspx). Acesso em 20 mai 2017.
- PETERS, A.; KOEHLIN, L.; FÖRSTER. T. *Non-state actors as standard setters*. Cambridge University Press, 2009.
- PROTOCOLO DE MONTREAL. A Camada de Ozônio e o risco ao planeta: compromissos assumidos. Disponível em <http://www.protocolodemontreal.org.br/eficiente/sites/protocolodemontreal.org.br/pt-br/site.php?secao=noticias&pub=151>.
- RAMPASO, Adriana Vinholi; ICHIKAWA, Elisa Yoshie e CARRIERI, Alexandre de Pádua. A influência do Mundo dos Negócios na Governança Ambiental Global. In: *Revista de Ciências da Administração*, vol. 16, no. 40. Santa Catarina: Universidade de Santa Catarina, 2014, p. 75-89.
- REBECCA, Lindsey. O buraco da camada de ozônio

e o aquecimento global. Disponível em <http://ciencia-sclimaticas.blogspot.com.br/2010/09/o-buraco-da-camada-de-ozonio-e-o.html>. Acesso em 10 jul 2017.

REI, F.C.F., CARVALHO, S.M. 25 anos do protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de Ozônio: a experiência do Brasil. *Revista Juris da Faculdade de Direito*. São Paulo: FAAP, ano IV, volume 8, 2012, p. 22-27

_____. (no prelo). O Protocolo de Montreal sobre substâncias que destroem a camada de ozônio. Coleção Embrapa de Direito Ambiental. Volume 3.

REI, F.; PINHO, M.L. A contribuição da paradiplomacia ambiental e econômica no regime internacional das mudanças climáticas e sua percepção pelo direito ambiental internacional. In: GRANZIERA, M. L. e REI, F. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2017.

REI, Fernando. A Peculiar Dinâmica do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: *Direito Internacional do Meio Ambiente: Ensaio em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. Salem Hikmat Nasser e Fernando Rei (Org.). São Paulo: Atlas, 2006.

RICCI, Alessandra. Multilateralism 2.0: Finding Some Evidence. *UNU-CRIS Working Papers*, W 2014/6, Bélgica.

ROSENAU, James N. & CZEMPIEL, Ernst-Otto. **Governance without Government: Order and Change in World Politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

RUMMEL-BULSKA, I. "The Protection of the Ozone Layer under the Global Framework Convention" in *Transboundary Air Pollution*, Dordrecht: Nijhoff, 1988.

RUIZ, J.J. "Protection of the Atmospheric Environment by International Law". In: KISS, A. Ch. Y Shelton. D (Ed), *Manual of European Environmental Law*, 2nd. edition, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SARRO, Vanessa Martins. Os Mecanismos da Governança Global para Proteção da Camada de Ozônio. Dissertação apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Santos: Universidade Católica de Santos, 2016.

SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. Entendendo o Meio Ambiente: Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que

Destroem a Camada de Ozônio. Volume V. São Paulo, 1997.

SILVA, Darly Henriques da. Protocolos de Montreal e Kyoto: pontos em comum e diferenças fundamentais. *Brasília: Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 52, no. 02, 2009.

SILVA, Deise Marcelino e REI, Fernando. *Direito Internacional do Meio Ambiente (DIMA) e Direito Ambiental Internacional (DAI): Novos atores em cena*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16e62507eba0d973>. Acesso em 07 dez 2017.

STEIN, Arthur A. *Structural Perspectives: Coordination and collaboration: regimes in an anarchic world*. In: KRASNER, Stephen D. *International Regimes*. Ithaca/London: Cornell University Press, 1983.

STEINER, Achim. Quatro décadas de desenvolvimento. *Brasil: Nações Unidas*, 2012. Disponível em <https://nacoesunidas.org/quatro-decadas-de-desenvolvimento-achim-steiner>. Acesso em 29 abr 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Montreal and Kyoto: a tale of two Protocols. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 302*, 2006.

THAKUR, Ramesh. The United Nation in Global Governance. Disponível em http://www.un.org/en/ga/president/65/initiatives/GlobalGovernance/Thakur_GA_Thematic_Debate_on_UN_in_GG.pdf. Acessado em 10 de maio de 2017.

THAKUR, Ramesh; VAN LANGENHOVE, Luk. Enhancing Global Governance Through Regional Integration. In *Global Governance* 12.3, 2006, p. 233-240.

The Nobel Prize in Chemistry 1995. Press Releasy. The ozone layer - The Achilles heel of the biosphere, 1995. Disponível em https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/chemistry/laureates/1995/press.html.

UNDP-United Nations Development Programme. *Governance for Sustainable Human Development: A UNDP Policy Document*. UNDP, 1997.

UNEP-United Nations Environment Programme. *Collaborating on Climate Change - Ozone and Global Warming Experts Get Closer on Common Challenge of F-Gases*. 2009.

Disponível em <http://www.unepag.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=593&Article>

ID=6250 >. Acesso em: 1 março de 2017.

VAN LANGENHOVE, Luk. “Multilateralism 2.0: The Transformation of International Relations”, 2011.

_____. The Transformation of Multilateralism Mode 1.0 to Mode 2.0. In: *Global Policy*, vol. 01, issue 03, 2010, p. 263-270.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Minorias nacionais,
proteção internacional e
transnacionalidade**
Nationals minorities,
international protection and
transnationality

Ana Maria D'Ávila Lopes

Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior

Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade*

Nationals minorities, international protection and transnationality

Ana Maria D'Ávila Lopes**

Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior***

RESUMO

Em razão da internacionalização dos direitos humanos, os indivíduos alcançaram, no âmbito internacional, uma proteção jurídica para além dos Estados nacionais. Nesse contexto, desponta a preocupação em torno das minorias nacionais, grupos que se encontram frequentemente em uma situação de vulnerabilidade social e requerem, portanto, uma salvaguarda na seara supranacional, em face da transnacionalidade que esse problema apresenta. Dessa forma, este trabalho pretende elucidar, com base na análise da doutrina e jurisprudência internacionais, de que forma os órgãos internacionais asseguram a tais indivíduos a proteção dos seus direitos humanos, especialmente diante da denegação, por parte das autoridades estatais, da sua participação política, elemento de legitimação decisória. Verificou-se que, ao acionar tais órgãos, as minorias vislumbram um meio de terem respeitados seus direitos, garantindo, ademais, sua inserção nas deliberações nas esferas internas a fim de apresentar suas demandas, devendo as autoridades nacionais conformar-se com os parâmetros protetivos conferidos internacionalmente, concretizando sua feição transnacional.

Palavras-chave: Minorias nacionais. Direitos Humanos. Transnacionalidade.

ABSTRACT

As a result of the internationalization of human rights, individuals reached international protection beyond national states. In this context, there is a growing concern about national minorities, groups that are often in a situation of social vulnerability and therefore require a supranational protection, given the transnational nature of this problem. Thus, this paper seeks to clarify, from the analysis of international doctrine and jurisprudence, how international organisms protect minorities' human rights, especially in face of denial by state authorities of their political participation, a decisive element of legitimacy. It has been found that by activating such organisms, minorities could have their rights respected, guaranteeing their insertion in deliberations in the internal spheres in order to present their demands, moreover, national authorities must observe the protective parameters deliberated internationally, concretizing its transnational character.

Keywords: National minorities. Human rights. Transnationality.

* Recebido em 08/11/2017
Aprovado em 07/12/2017

** Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPQ. E-mail: anadavilalopes@yahoo.com.br

*** Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bolsista PIBIC/CNPq. E-mail: haroldojunior@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Embora a pretensa construção de uma sociedade culturalmente homogênea tenha sido um dos principais objetivos do processo de formação dos Estados nacionais, a hodierna realidade mundial, caracterizada pelo crescente deslocamento populacional entre as diversas fronteiras estatais, vem demonstrando a obsolescência dessa pretensão. Tal situação enseja uma especial consideração para com as minorias nacionais, visto serem grupos que se encontram, frequentemente, em uma situação de vulnerabilidade ao serem impedidos, não raras vezes, de terem atendidas suas reivindicações em decorrência da denegação — formal e/ou material — de direitos políticos, tendo, portanto, que recorrer aos sistemas internacionais de proteção.

Nesse contexto, este trabalho, com base em estudo doutrinário e jurisprudencial, objetiva analisar como a transnacionalidade dessa problemática tem fomentado a produção de parâmetros protetivos internacionais, obrigando os Estados nacionais a observarem tais disposições.

Para tal, na primeira parte, analisar-se-á a transnacionalidade da proteção das minorias nacionais e o processo de construção dos Estados modernos, expondo a exclusão política e social dos grupos nacionais minoritários. Na segunda parte, será examinado o papel desses grupos nas instituições deliberativas internas, enfatizando a importância da garantia e o gozo dos direitos políticos para o atendimento de suas demandas e legitimar as decisões resultantes. Por fim, buscar-se-á demonstrar o papel decisivo dos órgãos internacionais de salvaguarda a tais direitos na produção de parâmetros protetivos para a efetivação das disposições contidas em textos normativos desse âmbito.

Ainda que permaneça, em determinadas realidades nacionais, a desconfiança e o caráter refratário da atuação dos órgãos internacionais que flexibilizam a própria noção de soberania, entende-se como vital assegurar a proteção de minorias nacionais em contextos que as emancipem das limitações nacionais. Enquanto não se desenvolver uma cultura democrática e de pleno respeito aos direitos humanos no âmbito interno, os tribunais supranacionais continuarão a desempenhar um significativo papel na proteção desses grupos particularmente vulneráveis.

2. TRANSNACIONALIDADE E PROCESSO HISTÓRICO DE CONSTRUÇÃO DE IDENTIDADES NACIONAIS

Em decorrência do estreitamento das fronteiras nacionais e da expansão dos contatos entre as diversas nações, vislumbra-se uma aproximação entre as ordens jurídicas nacional e internacional a fim de regular e oferecer um suporte jurídico adequado a essas interações, sejam elas de ordem econômica, política ou social. Os limites de cada ordenamento, antes nítidos e bem delimitados, tornam-se paulatinamente tênues e, como consequência, certas temáticas são alçadas para além dos limites territoriais ou jurisdicionais estatais, dando ensejo a uma abordagem dos mesmos sob uma perspectiva transnacional¹.

De acordo com Philip Jessup², essa perspectiva deriva desse mundo interconectado, no qual não mais apenas os Estados figuram como únicos atores, mas passa a englobar e a assegurar direitos a empresas, indivíduos e demais sujeitos que nele atuam. O termo transnacional, portanto, é utilizado pelo autor para “[...] incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. [...]”³. Para Isaac Sabbá Guimarães⁴, a transnacionalidade está profundamente interligada com o fenômeno da globalização, devendo os assuntos transnacionais serem tratados em fóruns correspondentes, inclusive na feição jurídica.

Um dos efeitos desse ambiente é a emergência de problemas comuns, fator que motiva a busca por aproximações e cooperação na busca por uma resposta efetiva. Para Zygmunt Bauman⁵, uma característica de nossa época é o surgimento de problemas globais que só podem ser resolvidos, efetivamente, em seu próprio âmbito, restando inútil e ineficaz tentativas locais no mesmo sentido. Na perspectiva de Marcelo Varela⁶, por sua vez,

1 JESSUP, Philip. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

2 JESSUP, Philip. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

3 JESSUP, Philip. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

4 GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Porto Alegre, v. 28, n. 1, p. 129-152, 2012.

5 BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

6 VARELA, Marcelo. *Internacionalização do direito*. Direito internacional, globalização e complexidade. 2012. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 57.

embora não tanto dissonante:

[...] acreditamos que o motor da integração dos Estados não está apenas na vocação para criar uma comunidade global integrada em torno de valores positivos ou no medo de sanções por organizações internacionais pelo descumprimento do direito internacional, mas também na necessidade de lidar com os riscos globais comuns.

O vertiginoso crescimento dos deslocamentos populacionais, nas últimas décadas, manifesta-se como uma dessas questões de ordem transnacional, por implicar tanto o convívio entre pessoas de diferentes visões de mundo como o compartilhamento das causas que as motivam a se deslocarem. Estados de origem e hospedeiros, assim como organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), são desafiados a reunir esforços para tratar, de forma efetiva, a questão. David Held e Anthony McGrew⁷ expõem que:

Existe uma estrutura institucional que abrange elementos do governo local, nacional, regional e global. Em níveis diferentes, as várias comunidades são protegidas e representadas (ainda que, muitas vezes, de maneira imperfeita); seus interesses coletivos requerem o avanço multilateral e a adaptação interna (local e nacional), para serem sustentados e promovidos.

Nessa diversidade, as minorias nacionais vivem frequentemente em ambientes hostis, que dificultam e até proíbem a manutenção da sua identidade cultural, tanto em termos subjetivos, a exemplo sentimento de pertencimento a sua comunidade, quanto objetivos, tal como o compartilhamento de uma língua ou tradição cultural⁸. A defesa dessa identidade cultural tem, durante séculos, se contraposto às pretensões dos Estados nacionais de construir, no seu interior, uma sociedade culturalmente homogênea. Constitui, portanto, um desafio de extrema relevância para a comunidade internacional garantir a coexistência entre os distintos grupos identitários.

Diante desse panorama, questiona-se como oportunizar uma perspectiva ampla e conjunta — ou seja, transnacional — das minorias nacionais, permitindo seu convívio pacífico, se sua abordagem tradicionalmente tem sido feita em termos estatais? Em outras palavras, tendo em vista que a própria conceituação de tais minorias resultou do processo de consolidação dos Estados

nacionais, como conciliar uma análise conjunta em termos estatais — ou constitucionais — com os parâmetros internacionais?

Trata-se de um questionamento, cuja resposta exige um estudo retrospectivo do próprio processo de construção dos Estados nacionais, como forma de compreender a realidade atualmente vivenciada e a feição transnacional que esse problema adquiriu.

Com a eclosão da Revolução Francesa em 1789, houve o deslocamento da legitimidade do exercício do poder soberano da figura do rei para a ideia de nação, representativa de todo o povo⁹. Ancorada sobre essa nova base de poder e concretizando a soberania popular, seus representantes passaram a atuar conforme a suposta vontade nacional por meio de instituições políticas representativas que aproximavam a sociedade civil aos centros decisórios¹⁰. Contudo, essa unidade política soberana pressupunha uma equivalente unidade no corpo social que lhe fosse leal e conferisse legitimidade. Essa lealdade foi buscada na construção de uma tradição comum e de uma cultura própria, ideia inserida em um contexto internacional mais amplo, no qual as diferenças entre os principais Estados já estavam sendo forçadas com base nesse vínculo¹¹.

Nesse momento, os termos Nação e Estado, representando respectivamente os elementos culturais e políticos de uma sociedade¹², passam a sofrer constantes simbioses, cuja culminância é representada pelo princípio das nacionalidades¹³. Por meio deste, cada nação, entendida como um corpo social forjado por meio de características comuns, deveria ser identificada com um Estado correspondente, que, por sua vez, agiria con-

7 HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 88.

8 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

9 GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

10 TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno*. Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989.

11 DEUTSCH, Karl Wolfgang. *Análise das relações internacionais*. Tradução de Maria Rosinda Ramos da Silva. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

12 TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno*. Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989.

13 HOBBSBAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. Tradução de Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

forme esse novo fundamento¹⁴. Esse fator contribuiu, ademais, para a germinação de ideias no que tange as relações entre governantes e governados: “[...] Em outras palavras, passou-se a admitir, de modo geral, que os problemas dessa natureza deviam ser solucionados tomando como referência não os direitos dos governantes, mas os direitos da nação ou do povo. [...]”¹⁵.

A consolidação de uma instituição política representativa, na verdade, para João Carlos Brum Torres¹⁶, constituiu uma das facetas do processo de abstração do Estado moderno, no sentido de conferir à comunidade heterogênea uma unidade através da própria figura do Estado, fornecendo o elo entre as instâncias políticas e o corpo social. Essa identificação, pressuposto básico para a legitimidade do poder político, forneceria uma lealdade cívica enquanto fator de coesão social, dando início ao vínculo jurídico-político entre os indivíduos e o Estado a partir da nacionalidade, condição em determinados países para a obtenção da cidadania e, assim, para a participação na formulação da vontade política nacional.¹⁷

Esse processo, contudo, precisou ser conduzido pelas autoridades então no poder. Tal identificação não constituía um dado natural, tendo, por vezes, que ser forjada por meio de mecanismos artificiais, em uma tentativa de sobrepor-se às demais que figuravam como centrais a esses indivíduos¹⁸, como o sentimento de pertença a certos grupos regionais mais circunscritos. Até

mesmo os diferentes grupos populacionais de origens distintas dentro de um mesmo território passaram a ter suprimidas suas identidades originárias com base na sobreposição expressa pela nação em construção¹⁹.

Para Hobsbawm²⁰, a nação é circunstanciada em termos históricos, relacionada ao Estado territorial moderno, ou “Estado-nação”, sendo construída por movimentos nacionalistas que precedem a própria nação, afastando, assim, seu pretense caráter originário e natural: “[...] as nações são [...] fenômenos duais, construídos essencialmente pelo alto, mas que, no entanto, não podem ser compreendidas e analisadas de baixo, ou seja, em termos das suposições, esperanças, necessidades, aspirações e interesses das pessoas comuns [...]”.

Nesse processo, a construção de uma história em comum foi conduzida, de acordo com Stuart Hall²¹, em grande parte, pela diferenciação frente ao estrangeiro, por meio de representações sociais distintivas entre elementos característicos não partilhados com os que vêm de fora. Embora a nação evoque sentimentos dados como naturais pela maioria das pessoas, ela representa, na verdade, um sistema de representação cultural, oriundo de uma ideia de nacionalidade transmitida e repassada pelas vias da tradição, tanto pelas instituições estatais quanto pela informalidade das transmissões populares, vista como uma “comunidade simbólica”. Para o autor, a cultura nacional resultante nada mais é do que:

[...] um *discurso* — um modo de construir sentidos que influencia e organiza tanto nossas ações quanto a concepção que temos de nós mesmos. [...] As culturas nacionais, ao produzir sentidos sobre a “nação”, sentidos com os quais podemos nos *identificar*, constroem identidades. [...] ²².

Dessa forma, embora seja de vital importância para a construção de ideias democráticas subsequentes, as noções de povo e nação impediam a consideração de grupos minoritários enquanto tais que não mantivessem conformidade com os ideias de elaboração de uma

14 Para Norberto Bobbio, a ideia de legitimidade enfrenta uma questão central em toda organização política, a noção de obrigação, ao afirmar que “[...] a obrigação é devida apenas ao comando do poder legítimo. [...]” (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 91). Perdurando um poder assentado sobre fundamentos considerados, a partir de um certo momento, como ilegítimo, como se deu com o princípio das dinastias, justifica-se a resistência contra o mesmo em nome de outro princípio de mais ampla aceitação social, no caso em questão, a ideia de nação.

15 BULL, Hedley. *A sociedade anárquica*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2002. p. 44.

16 TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno*: Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989.

17 Embora semelhantes, os termos nacionalidade e cidadania não se confundem, pois, de acordo com Celso Lafer (1988), um nacional pode estar, em virtude de certas circunstâncias, impossibilitado de exercer sua cidadania.

18 HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*: programa, mito e realidade. Tradução de Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

19 ROULAND, Norbert (Org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

20 HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780*: programa, mito e realidade. Tradução de Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 19-20.

21 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

22 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006. p. 50-51.

nação una e abstrata²³. Figurando todos no mesmo patamar de igualdade em torno da cidadania, particularismos logo foram suprimidos ou negligenciados.

A presença de determinados grupos à parte da construção de nacionalidades representou, consequentemente, um elemento de desençaixe social, passando a serem considerados minoritários em razão da sua não identificação com as características da maioria, sofrendo, não raras vezes, discriminação e exclusão, em um contexto global interestatal já marcado pela identificação de indivíduos quanto à sua nacionalidade. Não sem razão, Celso Lafer²⁴ afirma que o surgimento do termo apátrida — “[...] ser um estrangeiro em todos os países [...]” — se dá no século XIX.

O que se depreende da análise desse processo, portanto, é a inevitável figura dos Estados nacionais enquanto paradigma na análise das próprias minorias. Para Jussep²⁵: “[...] No método habitual de estudo de relações e do Direito internacionais, o essencial está no fator Estado ou Nação. Se o assunto não envolve o governo ou um Estado em suas relações com outro ou outros governos, o assunto diz-se interno. [...]”. Logo, se a proteção desses grupos se subordina às instituições e mecanismos estatais que, no próprio ato de fundação, não levavam, essencialmente, em consideração determinados elementos que caracterizassem um grupo como minoritário (principalmente em termos nacionais, já que o projeto seria a construção de uma única nação), como romper com tal perspectiva e oferecer uma proteção mais efetiva aos mesmos?

Um fator essencial na transição para o caráter transnacional das minorias foi o reconhecimento de seus direitos na ordem jurídica internacional. A internacionalização dos direitos humanos, ocorrida com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento da ONU de 1948, representou um histórico ponto de viragem na relação Estado-indivíduo. Vistos, a partir de então, como um limite à atuação estatal, tais direitos consagraram uma esfera de proteção ao polo mais fraco

dessa relação, emancipando-os das restrições do Estado e legitimando-os a denunciar, inclusive, violações aos seus direitos por parte de autoridades estatais. Para Luigi Ferrajoli²⁶:

Esses dois documentos transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica no mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil. A soberania, inclusive externa, do Estado — ao menos em princípio — deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos. [...]

De fato, em face dessa nova realidade, indaga-se acerca da manutenção de determinados padrões conceituais que condicionam a análise da situação atualmente vivenciada por tais minorias. As abordagens conceituais dos séculos XVIII e XIX não teriam sido superadas pelas novas circunstâncias globais?

Embora limitados normativamente, o poder e a força ainda estão centradas nos Estados, incontestes figuras de primazia no cenário político-jurídico internacional hodierno, especialmente porque, apesar dos direitos humanos estarem voltados contra o arbítrio estatal, quem os precipuamente efetivam são os próprios Estados, por meio de medidas legislativas, executivas ou judiciais.

Essa realidade, portanto, exige a busca de meios que estimulem a atuação estatal positiva nesse escopo, em uma atitude cooperativa com a ordem jurídica internacional. Afastar a figura dos Estados, considerando-os realidades superadas, mostra-se uma perspectiva irreal, tendo em vista que o próprio cenário internacional é composto, essencialmente, por países soberanos, que decidem, em última instância, sobre a criação de normas e sua aplicação. Deve-se, pois, adotar uma posição que, embora reconheça a atual distribuição de forças, seja capaz de vislumbrar emergentes abordagens que aproximem e tornem, concretamente, a consideração pelos interesses dos indivíduos.

Destarte, mesmo com esses entraves ínsitos ao direito internacional, novos mecanismos descortinam-se, como a presença de tribunais supranacionais que representam um papel de relevo na efetivação dos direitos humanos, paralelamente ao crescimento da legitimidade destas normas, verificadas pela aderência estatal aos respectivos tratados.

23 ROULAND, Norbert (Org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

24 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 183.

25 JESSUP, Philip. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 18-19.

26 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlo Caccioli. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

Nesse ínterim, faz-se necessária uma análise mais específica acerca da adequação das atuais estruturas políticas e sociais estatais a essa emergente realidade transnacional com o fito de garantir o respeito e a tolerância a cada *modus vivendi* desses grupos minoritários, assim como reforçar o papel subsidiário dos órgãos internacionais em assegurar seus direitos, em uma efetiva perspectiva colaborativa tendo como escopo a proteção ao ser humano.

3. AUTODETERMINAÇÃO, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E MINORIAS NACIONAIS

De forma um tanto paradoxal, mesmo com o avanço das ideias em torno de um Estado de Direito que teve como um dos seus pilares o reconhecimento da participação política individual na formulação da vontade nacional, muitos grupos foram relegados à margem dessa inserção propiciada pela nova realidade institucional originada das revoluções burguesas de fins do século XVIII. Tendo em vista a íntima ligação entre a construção de Estados nacionais e uma suposta identidade social e cultural correspondente, ressalta-se o cenário discriminatório que as minorias enfrentaram para conseguirem se estabelecer em determinadas sociedades.

É nesse mesmo ambiente, todavia, que devem ser buscados os fundamentos e os alicerces da construção de um cenário efetivamente plural, no qual se assegure o respeito a todos os grupos constitutivos dessa realidade e se garanta a concretização de seus direitos fundamentais, em especial a partir da harmonização do ordenamento jurídico interno com os parâmetros protetivos internacionais.

Como acima exposto, acerca da construção dos Estados nacionais, a própria ideia de nação, assim como a criação do vínculo jurídico-político entre o indivíduo e o Estado por meio da nacionalidade, foram frutos de deliberação consciente e, muitas vezes, artificial dos líderes então no poder. Era dessa forma que as instituições estatais conseguiram preservar o poder e manter o *status quo* protegendo aqueles que mantivessem maior sintonia com os interesses em destaque²⁷. Às minorias nacionais, associadas a uma visão subversiva, privaram-

-lhes tais possibilidades deliberativas. Mesmo sendo tais direitos reconhecidos no plano formal, materialmente, encontravam-se diante de empecilhos à sua efetivação, ficando incapazes de alterar o estado no qual estavam situadas²⁸.

O estreitamento das relações geopolíticas atuais, entretanto, enseja uma nova forma de se pensar o pretenso contrato social, incluindo os objetivos que lhes são fundantes, de forma a adquirir uma perspectiva inclusiva²⁹. O grande obstáculo, todavia, é fazer com que os diversos grupos culturais, para além da igualdade formal, tenham a possibilidade de influir efetivamente na tomada de decisões. No entanto, como conduzir esse processo, se estão inseridas em estruturas que foram forjadas pela própria maioria que, não raras vezes, inviabilizaram a efetiva participação e inclusão dos grupos minoritários? Para John Hart Ely³⁰, “[...] a tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo democrático [...]”.

O princípio da autodeterminação dos povos³¹ foi buscado como um meio de expressar os anseios de determinados grupos em tomarem suas próprias decisões políticas, sem a intermediação de figuras alheias às suas particularidades culturais³². Todavia, por implicar riscos para o próprio Estado no qual se inserem, a exemplo da secessão, assim como para a comunidade internacional em virtude da alteração de equilíbrio de poder entre os Estados, tal princípio sofreu limitações de ordem política e jurídica³³. A fim de evitar os excessos que dele

28 HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. Tradução de Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

29 GUIZARD, Menara Lube. Migración, integración y nacionalismo: reflexiones para una ciudadanía inclusiva. *Migraciones*, Madrid, v. 35, p. 43-70, 2014.

30 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 12.

31 Esse princípio foi difundido principalmente após a proclamação dos 14 pontos wilsonianos, referência ao então presidente dos Estados Unidos, Woodrow Wilson, após a Primeira Guerra Mundial. Posteriormente, com o fim da Segunda Guerra Mundial, tal princípio foi alçado à condição de um dos propósitos da Organização das Nações Unidas, presente no Art. 1.2 de sua Carta constitutiva (ONU, 1945).

32 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

33 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

27 SUSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

poderiam advir, passou-se a condicioná-lo em duas facetas: a exterior e a interior.

Sob a primeira perspectiva, foi adotada pela ONU, 1960, a Declaração Sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais³⁴, que, logo em seu Preâmbulo, reconhece a importância dos anseios de libertação nacional dos povos que tiveram tolhidas sua liberdade e que os conflitos decorrentes constituem uma grave ameaça à paz mundial, limitando-o a esse fim.

A despeito disso, ou como consequência, alguns países e regiões não passaram incólumes a tais imprecisões, como se verificou na dissolução da União Soviética, minada em suas bases políticas e sociais, em grande medida, por movimentos nacionalistas genuínos ou estimulados por líderes locais de repúblicas que ansiavam por sua emancipação, a exemplo da Ucrânia e de Cazaquistão³⁵. Nos Bálcãs, semelhantes movimentos também emergiram para pôr um fim à antiga Iugoslávia, ocasionando sangrentas guerras civis entre os sérvios, bósnios, croatas e, posteriormente, os albaneses na província autônoma serva de Kosovo, ocorrendo os mais variados abusos de direitos, inclusive, com fins de limpeza étnica, entre as partes em conflito³⁶.

Cabe destacar, também, a multiétnica Espanha, que, a despeito do nacionalismo espanhol, ainda possui fortes movimentos que pleiteiam mais autonomia e mesmo independência entre várias de suas 17 comunidades autônomas, destacando-se o País Basco e a Catalunha, com amplos setores populacionais engajados nesse movimento³⁷. Mesmo gozando de ampla autonomia, essas comunidades não arrefeceram seus anseios por independência, possuindo fortes partidos políticos que buscam representar esse interesse no parlamento espanhol, sendo frequentes as querelas jurídicas envolvendo, principalmente, propostas de referendos na Catalunha em torno de sua emancipação.

Em alguns países, tem se passado a reconhecer a

possibilidade de os grupos nacionais de participar na elaboração da vontade política estatal³⁸. Tal reconhecimento goza de proteção internacional, sem, contudo, desprezar o princípio da subsidiariedade, que garante a intervenção internacional somente depois de esgotados os recursos internos³⁹, tendo em vista a prioridade recair sobre as instâncias estatais, que devem zelar para cumprir tais objetivos.

De toda forma, percebe-se, atualmente, que o direito de autodeterminação tem deixado a exclusividade da ordem internacional para ser reivindicável também no âmbito interno, adquirindo um outro sentido mais consentâneo com um Estado Democrático de Direito⁴⁰. Com isso, as minorias deixam de estarem condicionadas a apenas duas alternativas: a secessão ou a assimilação, ambas nocivas tanto para as mesmas quanto para a própria comunidade nacional e internacional, expressão esta da transnacionalidade⁴¹.

Em um mundo cada vez mais interligado, de crescente interação intercultural, seria irrealizável e irrazoável pretender que cada um dos quais que se identificasse como pertencentes a uma dada minoria pudessem erigir Estados correspondentes. A história de cada povo e mesmo do próprio conceito de cultura afasta qualquer ideia de pureza, uma vez que, como afirma Stuart Hall⁴², todas as nações são, na verdade, híbridos culturais, fazendo dos vários elementos que a formam uma unidade que se sobrepõe, embora sem desconsiderar as particularidades que lhes influenciam.

Tendo isso em vista, novas formas de arranjos políticos passam a ser observados para que toda essa diversidade possa coexistir em ambientes que viabilizem a convivência, oferecendo canais comunicativos que transmitam suas demandas. Não se lhes negam o direito à autodeterminação, apenas seu exercício é condicionado aos limites impostos pelo Estado já estabelecido,

34 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*. 1960. Disponível em: < <http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>> Acesso em: 12 jun. 2017.

35 PLOKHY, Serhii. *O último império*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira. Rio de Janeiro: LeYa, 2015.

36 ALVES, José A. Lindgren. *Os novos Bálcãs*. Brasília: FUNAG, 2013.

37 CARVALHO, Luís Fernando de. *O recrudescimento do nacionalismo catalão: estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI*. Brasília: FUNAG, 2015.

38 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

39 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

40 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

41 ROULAND, Norbert (Org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

42 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaraeira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

dentro do qual manifestarão suas reivindicações, havendo a possibilidade de concretizá-las acionando órgãos internacionais como uma salvaguarda à eventual negativa ilegítima estatal.

Dessa forma, em razão da maior necessidade de se buscar um regime que melhor atenda às diferentes visões de mundo derivadas das diversidade cultural, deve-se buscar analisá-lo, de antemão, de forma a conferir sua conformidade com os direitos civis e políticos, que garantem a liberdade no sentido positivo proposta por Isaiah Berlin⁴³, ou seja, abrir os caminhos de participação política aos diversos grupos pertencentes em um dado Estado, entre os quais as minorias nacionais. Não se desconsidera, porém, o princípio majoritário próprio de um regime democrático, mas, antes, visa-se aperfeiçoar as tomadas de decisões a fim de que a pluralidade do corpo social seja de fato assegurada. Como reconhece João Carlos Brum Torres⁴⁵:

[...] nenhuma instituição de poder, à qual forem confiadas responsabilidades políticas concretas, pode expressar com rigor e adequação incontestáveis a totalidade unificada do corpo social. E isto simplesmente porque toda sociedade concreta encontra-se já desde sempre desmultiplicada e dividida, cabendo ao poder político suprir – de maneira mais ou menos precária, mais ou menos parcial e justa – uma identidade e unidade que real e empiricamente não se encontram em parte alguma e cujo estatuto não pode ser senão o consubstanciado no resultado destas tentativas de síntese, necessariamente artificiais e *a priori* suscetíveis de denúncia, crítica e contestação.

O papel de destaque que os direitos civis e políticos possuem justifica-se pelo fato de que, por meio deles, os indivíduos podem expressar suas opiniões e reivindicar outros direitos, tornando-se participantes ativos das escolhas democráticas e governamentais, deixando de ser meros espectadores. Além disso, é no âmbito das deliberações legislativas e executivas que as normas são criadas e as políticas públicas são formuladas, asseguran-

do o âmbito de legalidade no qual suas vidas serão conduzidas. A obstaculização, portanto, dessa participação só aumenta sua vulnerabilidade social.

Em tal sentido, o fortalecimento de um Estado de Direito, que assegure a participação política em um ambiente democrático a todos os seus membros, apresenta-se como vital, na medida em que viabiliza o fortalecimento de uma cultura jurídica comum pautada em elementos essenciais a todos, fator que condiciona a própria sobrevivência do texto constitucional⁴⁶. O fortalecimento dessa cultura jurídica não olvida a manutenção das identidades nacionais, apenas cria uma estrutura que congrega os seus diversos sujeitos em vistas à construção de uma sociedade tolerante e que tenha na diversidade um de seus elementos fundantes.

Em tais sistemas representativos, os legisladores desempenham um papel chave ao representar, efetivamente, todas parcelas da população. Os embates sociais em torno de certas temáticas e valores ensejam uma tomada de posição por parte do legislador com o fito de regular os aspectos em discussão. Ocorre que, a partir da instrumentalização dessa atuação legiferante com o fim de concretizar normativamente certos valores, emergem conflitos político-ideológicos que, quando vitoriosos, fazem preponderar esses fatores em detrimento dos elementos normativo-jurídicos. Na lição de Marcelo Neves⁴⁷, configura-se uma “legislação simbólica”, não raras vezes destituída de eficácia jurídica, que “[...] tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses. [...]”.

Assim, determinados valores estarão protegidos, juridicamente, em decorrência de uma atividade deliberativa que favorecerá o grupo dominante ou majoritário, em detrimento de um grupo minoritário visto, em certas situações, como subversivo ou não atinente aos “interesses nacionais”. Com o fito de manutenção do *status quo*, inadmite-se qualquer interferência estatal na atual distribuição de bens — entre os quais jurídicos — que, em si mesma, passa a ser inquestionável, dada a pretensão de naturalidade por meio da qual são reconhecidos, fruto de um entendimento que visa conservar tal realidade⁴⁸.

43 Para o autor: “[...] Essa liberdade, em última instância, depende não de eu desejar passar ou até que ponto desejo ir, mas de quantas portas estarão abertas, se estarão suficientemente abertas, da relativa importância dessas portas em minha vida, mesmo que seja impossível literalmente mensurar isso por algum padrão quantitativo. [...]” (BERLIN, 1981, p. 21).

44 BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

45 TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno*. Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 329.

46 GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

47 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 35.

48 SUSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Essa circunstância mostra-se nefasta especialmente para a subsistência de uma sociedade democrática que deve lançar suas práticas a um escrutínio constante⁴⁹. Percebe-se, pois, a vulnerabilidade, mesmo a nível procedimental, que as minorias podem enfrentar, fator que leva ao anseio de outras garantias de proteção aos seus direitos.

Em semelhantes contextos, Ronald Dworkin⁵⁰ direciona suas críticas contra o pressuposto de que regimes democráticos, por si só e por meio do Poder Legislativo, serão capazes de proteger determinados indivíduos excluídos tradicionalmente dos processos deliberativos, chegando à conclusão de que tal regime político nem sempre assegura a efetiva igualdade política. Portanto, reconhece que, em face da atuação judicial como garantia de direitos, determinados grupos podem ter um ganho de poder para além da exclusiva atuação no âmbito parlamentar:

[...] Membros de minorias organizadas têm, como indivíduos, menos poder que membros individuais de outros grupos que são, enquanto grupos, mais poderosos. [...] Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. [...] Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los⁵¹.

Com efeito, se, em um sentido kantiano, a autonomia não se não se limita ao desfrute subjetivo da liberdade em um cenário conferido e protegido pelo Estado, mas engloba também a autocompreensão de o indivíduo ser o autor das decisões — ou seja, a expressão de sua autodeterminação, ou, na linguagem de Isaiah Berlin⁵², da liberdade positiva —, como pretender que essas normas possam resultar legítimas para essas minorias, uma vez que as condições de participação política não lhes são oferecidas? Porém, caso se admita que estas tenham tido a possibilidade de deliberação, em que medida as próprias instituições políticas já são estabelecidas de forma a favorecer as maiorias que as criaram? Em outras palavras, essa participação, mesmo que assegu-

rada, não passaria de uma mera concessão formal para conferir uma suposta legitimidade ao produto resultante dessas discussões, viciadas já desde sua origem?

Em tais considerações, remonta-se à inerente ligação entre direito e política, haja vista que as normas jurídicas não são elaboradas em um vazio social desprovido de sentimentos ou de finalidades, recaindo sobre sua feitura a análise sobre possíveis fundamentos dos quais retiraram sua razão de ser⁵³. Fruto, pois, dessas deliberações de ordem política — seja no momento de sua criação ou de sua reforma —, é de se questionar se a constituição de um Estado possui a pretensa neutralidade de que frequentemente lhe é atribuída.

Ora, tendo em vista que a constituição visa assegurar estabilidade ao conjunto social, os procedimentos que nela estão inseridos possuem uma razão de ser, qual seja conferir legitimidade à tomada de decisão — no âmbito legislativo, executivo ou judicial — a fim de atingir tal escopo, restringindo as lutas sociais ao âmbito da legalidade. Segundo Dieter Grimm⁵⁴, na constituição, portanto, se estabelecem as regras do jogo para a atuação dos atores estatais, servindo de moldura jurídica às decisões políticas. Todavia, quem estabelece essas regras desfruta de vantagens óbvias. A depender dos “fatores reais de poder” então em proeminência em uma dada época, tais regras podem ser direcionadas a fim de atenderem seus interesses, influenciando no âmbito governamental para que tal escopo seja atingido⁵⁵.

Para o autor, as constituições, pelo fato de serem frutos de decisões políticas, não poderiam ver-se limitadas a princípios imutáveis, devendo estes estarem sujeitos à sua adequação em um dado contexto, sendo substituídos por outros caso não atendam mais os interesses sociais e percam, pois, sua legitimidade aos olhos da população. Essa posição é semelhante, aliás, à de Bruce Ackerman⁵⁶, que se afasta de uma posição considerada pelo mesmo como “fundamentalista de direitos”, ou seja, que atribui uma existência autônoma de tais normas que condicionam a proteção constitucional.

49 SUSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

50 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

51 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 31.

52 BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

53 GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

54 GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

55 GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

56 ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

As minorias nacionais, nesse contexto, pouca ou nenhuma força — ou poder — possuem para conseguir que suas reivindicações atendidas. Todavia, quando exigem a redistribuição de certos bens jurídicos ou a efetivação de alguns direitos, como os políticos, são vistos como sectários que subvertem a pretensa neutralidade estatal de tratar a todos da mesma forma, afastando, assim, qualquer possibilidade de intervenção estatal na seara social: “[...] a neutralidade do *status quo* desconsidera o fato de que os direitos existentes, e, por conseguinte, o *status quo* são, de certa forma, produto do direito [...]”⁵⁷.

A mera legalidade não implica, inquestionavelmente, um ganho para todos os indivíduos, como visto na crítica de Ronald Dworkin⁵⁸ mais acima. Esta, na verdade, pode tornar velada a dominação que, eventualmente, ocorra no plano fático e material, ou, antes, uma simples concessão legal simbólica, importando mais o significado político-ideológico dessa disposição do que seu aspecto normativo⁵⁹.

Como fazer, então, com que essas leis fundamentais possam manter a legitimidade de suas disposições ante as minorias nacionais?

O efetivo respeito aos direitos humanos mostra-se essencial. Uma vez que, como bem entendido, tais normas se caracterizam pela universalidade, atribuindo a todos os indivíduos esferas de liberdade na qual podem agir autonomamente e construir suas vidas sem a intervenção ilegítima de terceiros⁶⁰. Essas mesmas normas servem de parâmetro à atividade judicial quando as esferas parlamentares mostraram-se aquém do necessário reconhecimento da participação de tais grupos. Nesse sentido, o papel dessas normas reveste-se de especial consideração, tendo em vista que também estão asseguradas internacionalmente, podendo, ao agir nesse âmbito, emancipar-se dos limites estatais.

Contudo, mesmo essa aproximação, como indica

Piovesan⁶¹, é vista com cautela por certos estudiosos, em virtude mesmo do caráter universal dos direitos humanos e da diversidade inerente das minorias nacionais, o que implica uma pretensa incompatibilidade entre ambos. Seriam, pois, adequados os instrumentos jurídicos próprios desse conjunto de direitos para atender às reivindicações minoritárias, que expressam uma ampla diversidade de interesses, dado que, na visão desses autores, essa linguagem poderia suprimir as identidades nacionais e desprovê-las de significado?

Para Will Kymlicka⁶², a linguagem dos direitos humanos mostra-se insuficiente para gerar o que ele chama de justiça etnocultural⁶³, que, por sua vez, condiciona o próprio respeito àqueles direitos. Entende o autor que ambas as visões devem ser complementares, a fim de atender e assegurar a proteção e promoção dos interesses das minorias de forma mais efetiva. Norbert Rouland⁶⁴, a seu turno, aponta a institucionalização de um pluralismo jurídico no qual grupos minoritários possam construir seu próprio sistema jurídico que preservem suas características culturais.

Contudo, essa mesma característica de universalidade condiciona e legitima a plena proteção de todos os indivíduos de eventuais privações enfrentadas, estabelecendo limites normativos para a atuação do Estado e das maiorias em dadas sociedades, tal como “trunfos contra a maioria” de que fala Ronald Dworkin⁶⁵.

Impende ressaltar, também, que essa proteção não deve ser conduzida em si mesma, sem considerar o cenário de interação dialógica que leva à reflexão em torno das características desse grupo. Nesse aspecto, tem-se uma particular preocupação quanto aos fundamentalismos que podem resultar dessa comunitarização excessiva, enclausurando-se em suas tradições próprias e alheias ao que vem de fora. Deve-se possibilitar que, nessa sociedade democrática assentada sobre o respei-

57 SUSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 6.

58 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

59 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

60 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

61 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

62 KYMLICKA, Will. *Direitos humanos e justiça etnocultural. Meritum*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 13-55, 2011.

63 Entende Kymlicka que justiça etnocultural é a situação na qual os diversos grupos etnoculturais relacionam-se entre si sem opressão ou humilhação.

64 ROULAND, Norbert (Org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

65 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

to aos direitos humanos, cada indivíduo presente em tais grupos tenha viabilizado a escolha de permanecer integrado ou não em tais redes culturais. Como expõe Isaiah Berlin⁶⁶:

[...] Regra geral, o que pedem as classes e nacionalidades oprimidas não é simplesmente irrestrita liberdade de ação para seus membros nem, acima de tudo, igualdade de oportunidade sociais ou econômicas [...]. O que quase sempre desejam é apenas o reconhecimento (de sua classe, nação, cor e raça) como fonte independente de atividade humana, como uma entidade com vontade própria, pretendendo atuar segundo essa vontade (seja boa, legítima ou não), e não ser governado, educado, guiado, mesmo de modo quase imperceptível, como se não fosse plenamente humano e, portanto, como se não fosse plenamente livre. [...].

Assegurar que esses grupos possam ser consultados em assuntos de seu interesse auxilia o reconhecimento do papel que as minorias podem desempenhar na vida política estatal. Todavia, como Kymlicka⁶⁷ observa, o princípio democrático da maioria acaba, por vezes, reduzindo, significativamente, o grau de influência desses grupos, requerendo medidas que incluam o “[...] autogoverno, representação política baseada em grupos e direito de veto a questões que afetem diretamente sua sobrevivência cultural [...]”.

Para Habermas⁶⁸, é a partir de um *distúrbio de comunicação* que se gera a violência entre grupos. Todavia, para o mesmo autor, é nesse mesmo contexto dialógico que se possibilita a compreensão do que gerou tal quebra comunicativa a fim de que os diálogos possam ser reconstruídos em um ambiente político-institucional deliberativo. Nesse sentido, Habermas desloca o centro de lealdade do Estado nacional para o âmbito constitucional de uma sociedade democrática constituída pela participação livre e ativa, em um mesmo patamar de igualdade entre seus membros.

[...] Na medida em que a *identificação com o Estado* se transforma em uma *orientação pela constituição*, os princípios constitucionais universalistas adquirem alguma precedência em relação aos contextos particulares de inserção nas respectivas histórias nacionais do Estado⁶⁹.

Dessa forma, confere-se estabilidade às discussões ocorridas no âmbito social e mesmo político, ao criar um quadro de legalidade dentro do qual deverão ser conduzidas, assegurando-se o respeito ao próximo. Mesmo que tais indivíduos não atuem, efetivamente, em tais instituições, é necessário assegurar essa liberdade de ação potencialmente, viabilizando-a quando requerida⁷⁰.

A interação entre os poderes, nesse contexto, mostra-se vital na medida em que os próprios legisladores devem justificar, plausivelmente, os motivos que conduziram à adoção de certas disposições, assegurando a oportunidade de participação a esses grupos, no intuito de efetivar plenamente um ambiente democrático. O papel dos tribunais constitucionais, por sua vez, adquire especial relevo. Tendo por função a proteção desses direitos, criam um limite contra eventuais normas que, a fim de atender determinados interesses políticos circunstanciais, possam violá-los.

Todavia, a fim de que se potencialize a proteção de minorias nacionais e se evite que estas fiquem sujeitas, exclusivamente, às autoridades nacionais, deve-se manter um diálogo aberto e profícuo com os órgãos supranacionais, tendo por parâmetro o *corpus iuris* internacional dos direitos humanos.

4. PARÂMETROS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS PARA A PROTEÇÃO DE MINORIAS NACIONAIS

Como salientado anteriormente, pelo fato de cada país apresentar, em maior ou menor escala, a presença de minorias nacionais em seu território, desponta o caráter transnacional do problema minoritário, reconhecido até mesmo como um fenômeno próprio da nova realidade transconstitucional a que alude Marcelo Neves⁷¹, expressando a transcendência dos direitos fundamentais do restrito cenário constitucional:

[...] um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (sentido estrito), ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens, o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. [...].

66 BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 159.

67 KYMLICKA, Will. Direitos humanos e justiça etnocultural. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 28, 2011.

68 HABERMAS, Jürgen. *O ocidente dividido*. Tradução de Luciana Villas Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

69 HABERMAS, Jürgen. *O ocidente dividido*. Tradução de Luciana

Villas Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 81.

70 BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

71 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

Por essa razão, o papel da intermediação internacional mostra-se fundamental, em particular o desempenhado por tribunais internacionais de direitos humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos (CorteE-DH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH). Atuando quando da denegação ou deliberada violação pelos Estados dos tratados sobre direitos humanos. Esses órgãos constituem espaços nos quais os indivíduos podem ter assegurados os bens essenciais previstos nos respectivos documentos normativos, como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

No cenário europeu, embora a CEDH assegure um amplo rol de direitos titularizado por todos os indivíduos membros dos Estados Partes, não se prevê, expressamente, disposições especificamente voltadas para aqueles pertencentes a minorias nacionais, salvo seu art. 14, ao vedar, entre outros tipos, a discriminação por nacionalidade.⁷² Visando sanar essa lacuna, foi criado um dos principais documentos nessa seara, a Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais (CE, 1995), adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 10 de Novembro de 1994, representando um significativo avanço na proteção das minorias nacionais.

Uma das medidas vista como necessária e estratégica para a aprovação desse texto, de acordo com Eugenia Relaño Pastor⁷³, foi a supressão da definição do termo “minorias nacionais”. Com isso, buscou-se evitar o aumento das latentes tensões de ordem política e social nos Estados em cujo âmbito desenvolvem-se fortes movimentos nacionalistas. Além disso, alegou-se, como justificativa para tal ausência conceitual, a necessária amplitude do termo em razão das variações demográficas de cada Estado, conferindo-lhes maior liberdade de ação para a conceituação das mesmas.

72 “Art. 14. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.” CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 4 maio 2017.

73 PASTOR, Eugenia Relaño. Una valoración del convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa en su quinto aniversario. *Migraciones*, Madrid, v. 17, p. 185-214, 2005.

Grande parte das disposições da Convenção, a exemplo dos artigos art. 4º (2), 5º (1), 12 e 15, contém um conteúdo programático, atribuindo aos Estados ampla margem de discricionariedade no seu dever de adotar as medidas necessárias para a promoção social, econômica, cultural e política desses grupos, assim como para criação de oportunidades na educação.

Todavia, se, por um lado, essa manobra estratégica fez-se necessária para a aprovação sem maiores percalços da Convenção, por outro, tal imprecisão conceitual ensejou insegurança jurídica. Mesmo consagrando diversos direitos, o referido documento peca por não definir os critérios para identificar seus destinatários, fato que provoca a manutenção da situação de exclusão em que esses grupos se encontram, ou seja, de vulnerabilidade ante as ações estatais e de grupos sociais majoritários, especialmente devido à discricionariedade conferida às autoridades possibilitada pelo caráter amplo dessas normas.

A Convenção, abre, portanto, margem para que o reconhecimento das minorias enquanto tais seja denegado, com graves consequências para o desfrute de seus bens jurídicos, como acontece na França, que negou a existência das referidas minorias em seu território⁷⁴. Criando semelhantes óbices, põe-se em discussão a própria efetividade dos tratados, dado que a proteção somente pode recair sobre grupos devidamente delimitados: “[...] *si la llave de paso para apreciar el grado de cumplimiento del Convenio en un Estado es la existencia de minorías nacionales, la afirmación del Estado de que en un territorio no existe ninguna sería suficiente para dejar sin efecto el mecanismo de control*”⁷⁵. [...].”

A despeito da lacuna do referido documento europeu, no âmbito da ONU, já em 1992 adotou-se a *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*⁷⁶, embora também neste texto se verifique a ausência de uma definição precisa de minorias nacionais.

74 ROULAND, Norbert (Org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

75 PASTOR, Eugenia Relaño. Una valoración del convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa en su quinto aniversario. *Migraciones*, Madrid, v. 17, p. 198, 2005.

76 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. 1992. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/Booklet_Minorities_Spanish.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.

Requer-se, portanto, o reconhecimento⁷⁷ dessas minorias enquanto tais e não apenas como indivíduos abstratamente considerados, especialmente em relação ao seu direito à identidade cultural, conforme observado por Oswaldo Ruiz Chiriboga⁷⁸. Para Nancy Fraser⁷⁹, essa atitude é entendida como uma expressão de luta política do que a autora entende ser uma injustiça contra esses grupos, que se manifesta mediante a dominação cultural, o ocultamento e o desrespeito, reque-rendo, para tanto, uma mudança cultural ou simbólica, ou, sintetizando, por meio do reconhecimento cultural. Conforme a autora, é necessário também questionar as estruturas institucionalizadas que, no fundo, perpetuam essas práticas discriminatórias.

Nesse contexto, cabe indagar em que medida os tribunais supranacionais de direitos humanos podem estabelecer determinados critérios que confirmam a esses grupos a segurança jurídica necessária para a proteção e o respeito aos seus direitos, auxiliando no questionamento de determinadas estruturas, em cujo âmbito mantêm-se cenários discriminatórios.

Embora a consagração no texto constitucional de normas protetivas ao ser humano seja um fator positivo que indica a mudança de mentalidade das autoridades estatais, essas normas dispõem de um elevado grau de abstração e estão, particularmente, sujeitas a um exercício hermenêutico que lhes confirmam uma maior ou

menor efetividade. Por essa razão, vislumbra-se, *a priori*, o critério da margem de discricionariedade como um mecanismo na aplicação das disposições normativas previstas em tratados de direitos humanos. Para tanto, confere-se às autoridades nacionais certa amplitude hermenêutica, a fim de adequar tais normas às particularidades nacionais⁸⁰.

Inevitavelmente, contudo, desvios interpretativos pelas autoridades judiciais locais podem ocorrer, no sentido de reduzir a efetividade dessas normas, situação analisada por Cass Sustein⁸¹ ao questionar uma pretensão neutralidade ética dos juízes quando da sua atuação, “[...] ocultando a inevitabilidade da dependência judicial aos compromissos substantivos.” Conferir essa relativa margem de discricionariedade às autoridades domésticas contém o risco latente de retirar o efeito útil e a autonomia dos tratados, violando, mesmo frontalmente, o que estes dispõem. Além disso, de acordo com John Hart Ely⁸²: “[...] é descabido empregar os juízos de valor da maioria como veículo para proteger as minorias dos próprios juízos de valor da maioria. [...]”.

Tendo isso em vista, tal fator enseja um papel de diálogo com o entendimento firmado por tribunais supranacionais de direitos humanos a fim de que a harmonização entre os referidos órgãos possa esboçar a criação de um *corpus* jurisprudencial que confira parâmetros a serem observados pelos tribunais nacionais. De certa forma, oferece-se uma salvaguarda de um adequado funcionamento dessas instituições, quando se mostrarem aquém de suas responsabilidades. Isso é notadamente importante no que se refere às minorias nacionais, tendo assegurado uma proteção além do exclusivismo estatal.

Mesmo esse direito produzido internacionalmente por instituições externas à realidade doméstica, na verdade, deve ser considerado, também, como um direito interno, a despeito de sua origem naquele contexto. Isso se deve não somente em razão da crescente interação entre ambas as ordens jurídicas, confluindo em

77 Mesmo esse reconhecimento, porém, pode esbarrar em critérios extrajurídicos. Se situam-se marginalmente, com poucos adeptos e sem muito peso político, tendem a ser mais facilmente inseridas enquanto tais nesse Estado, visto não representarem uma ameaça significativa à maioria então no poder; porém, se constituem um grupo forte dentro desse território, com vários membros e amplo engajamento político, a tendência é serem desconsiderados e não reconhecidos, muitas vezes através de um suposto ideário nacional igualitário que encara os anseios desses grupos como sectários (PIERRE-CAPS, Stéphane. O direito das minorias. In: ROULAND, Norbert (Org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004).

78 Para o autor: “[...] o direito à identidade cultural [...] basicamente consiste no direito de todo grupo étnico-cultural e seus membros a pertencer a uma determinada cultura e ser reconhecido como diferente, conservar sua própria cultura e patrimônio cultural tangível ou intangível e a não ser forçado a pertencer a uma cultura diferente ou a ser assimilado, involuntariamente, por ela.” (CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 45, 2006).

79 FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?: Dilemas de justiça numa era “pós-socialista”. *Cadernos de campo*, São Paulo, n. 13/14, p. 231-239, 2006.

80 ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 20, p. 117-143, 2007.

81 SUSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

82 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 91.

temáticas comuns (como as que se referem aos direitos humanos)⁸³, mas também devido ao fato de que, uma vez ratificado um tratado de direitos humanos, esse texto é incorporado pelo Estado no âmbito nacional, assumindo o compromisso de zelar pela sua observância, assim como a interpretação conferida ao mesmo pelos órgãos supranacionais. Nesse caso, tem-se ampliado o princípio da legalidade, vinculador da atuação estatal (e do juiz, em particular), para englobar tais documentos ratificados⁸⁴.

Diversos instrumentos internacionais, portanto, funcionam como um suporte normativo a partir do qual se visa assegurar uma adequada proteção e fazer com que as minorias tenham reconhecidos seus direitos. Uma vez protegidas internacionalmente, não cabe aos Estados reduzir a eficácia dessas normas de forma não razoável ou objetiva. O acesso a esses meios é, não raras vezes, considerado por esses grupos como preferível em relação aos tribunais constitucionais, vistos por elas como desprovidos de imparcialidade para assegurar seus direitos⁸⁵.

No caso *Ciubotaru v. Moldova*, julgado pela CorteEDH em 2010⁸⁶, percebe-se a dificuldade frequentemente vivenciada por tais grupos em terem reconhecido seus direitos, especificamente sua filiação nacional. Em tal julgado, Mihai Ciubotaru, um nacional moldavo, alegou a violação de seu direito à vida privada como resultado da negação das autoridades moldavas em registrá-lo na nacionalidade por ele declarada, no caso romena. O Estado moldavo alegou que, devido ao fato de seus pais não terem sido registrados como romenos e, em seu documento de identidade, que constava do período soviético, indicar uma origem moldava, seria impossível para o requerente ser considerado na nacionalidade por ele pretendida. Conforme Ciubotaru, essa negação

de sua origem étnica violava seu direito de liberdade de consciência, sendo-lhe exigido viver enquanto membro de uma cultura a qual não partilhava. Como a CorteEDH expôs:

[...] Moreover, he believed that even if his parents had freely declared themselves ethnic Moldovans, Russians, Ukrainians or Gagauz, he should be able to enjoy the freedom to choose to declare and have recorded an ethnic identity to which he intimately considered himself to belong without being obliged to assume an ethnicity chosen by his parents. [...] ⁸⁷.

Na sentença, a CorteEDH considerou o governo da Moldávia culpado por violar o direito à vida privada alegado pelo requerente, tendo em vista a manifestação de elementos xenófobos que não se coadunavam com uma sociedade democrática e plural, violando o art. 8º da CEDH. Vislumbra-se, então, o papel desempenhado por essa corte em assegurar direitos internacionais titularizado pelo requerente, mesmo contra as práticas nacionais, particularmente em uma matéria entendida como exclusivamente de ordem doméstica, como o estabelecimento de critérios para adquirir a nacionalidade. Em semelhantes situações, denegar a nacionalidade é impedir o gozo dos direitos políticos, visto serem estes, em muitos Estados, decorrentes daquela, circunstância que endossa a vulnerabilidade das minorias.

O caso *Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, julgado pela CorteEDH em 2009⁸⁸, também apresenta elementos que evidenciam a proteção internacionalmente conferida aos direitos humanos de minorias nacionais. Esse país, que sofreu severas consequências decorrentes de conflitos civis envolvendo precipuamente embates étnicos/nacionais, apresenta uma realidade na qual o fator minoria aflora em relação à (in)viabilidade de participação política. Após o encerramento da guerra civil com os Acordos de Dayton de 1995, três grupos majoritários — bósnios, sérvios e croatas — adquiriram o reconhecimento constitucional e tornaram-se os únicos legitimados a concorrerem para determinados cargos políticos⁸⁹.

83 VARELA, Marcelo. *Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

84 LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, año 43, n. 128, p. 761-814, 2010.

85 KYMLICKA, Will. Direitos humanos e justiça etnocultural. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 13-55, 2011.

86 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Ciubotaru v. Moldova*. Application n. 27138/04. Sentença de 27 de julho de 2010. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3113395-3451406>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

87 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Ciubotaru v. Moldova*. Application n. 27138/04. Sentença de 27 de julho de 2010. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3113395-3451406>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

88 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*: Application nos. 27996/06 and 34836/06. Sentença de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96491>> Acesso em: 10 jun. 2017.

89 ALVES, José A. Lindgren. *Os novos Bálcãs*. Brasília: FUNAG, 2013.

Em razão dessa configuração institucional, muitas críticas lhes são direcionadas, como se depreende das demandas apresentadas por Dervo Sejdic e Jakob Finci. Ambos são cidadãos desse país que se viram impedidos de se candidatarem para a Casa dos Povos e à Presidência, respectivamente, devido às suas origens judaicas e ciganas, povos considerados minoritários e excluídos de ampla participação política, mesmo sendo nacionais desse Estado.

A denegação desse direito de participação, de acordo com a CorteEDH, afronta um dos principais instrumentos das minorias para superar sua marginalização, qual seja, o direito de participar das deliberações públicas por meio de espaços institucionais. Logo, o referido tribunal concluiu pela não razoabilidade e necessária objetividade na justificativa do Estado bósnio em sustentar tal discriminação aos “Outros” povos, violando o Artigo 14 da CEDH:

In this context, where a difference in treatment is based on race or ethnicity, the notion of objective and reasonable justification must be interpreted as strictly as possible [...]. The Court has also held that no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures [...]90.

Torna-se vital, dessa forma, uma aproximação estatal em torno das variadas argumentações produzidas pelos tribunais supranacionais, considerados também intérpretes legítimos dos tratados. Se um dos princípios a guiarem a interpretação constitucional é a manutenção da coerência de seu texto, esse cânone interpretativo deve ser aplicado, também, às relações entre o âmbito nacional e o internacional, uma vez que a própria constituição mostra-se aberta às fontes provenientes do cenário internacional. Para problemas comuns, requer-se a adoção de soluções correspondentes e coerentes, mantendo o mesmo princípio para semelhantes casos, fator de estabilidade e racionalidade jurídica, conforme as lições de Robert Alexy91.

Logo, essa harmonização perpassa pela interação, ou

integração hermenêutica92, entre as jurisprudências de ambas as ordens, buscando conferir sentido às disposições de direitos humanos que viabilizem esse entendimento partilhado e assegure-lhes uma maior eficácia. Uma visão estritamente nacional, privada desse diálogo com outras realidades93, mostra-se em descompasso com a situação de proximidade e encurtamento de fronteiras não apenas físicas, mas também ideológicas e normativas, que enseja o contato entre distintas perspectivas no intuito de aperfeiçoar o conteúdo resultante dessas normas, dotadas de substrato teórico comum, resultante da universalidade.

[...] a abertura ao diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura de direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência94.

Esses parâmetros possuem o condão de suprir as deficiências conceituais que envolvem sua aplicação. Como consequência, poder-se-á limitar, dogmaticamente, o exercício interpretativo95, a partir de uma maior precisão do conteúdo de normas referentes aos direitos humanos, essencialmente principiológicas, evitando que seu caráter abstrato autorize criações hermenêuticas para além da razoabilidade. A partir da formação de um entendimento por meio do diálogo entre os diversos ordenamentos, cria-se uma orientação jurisprudencial que limita e legitima as futuras decisões tomadas dentro desse quadro.

Todavia, há que se chegar a um equilíbrio entre, de um lado, conceitos deveras maleáveis, que podem ensejar manobras que retirem sua eficácia, e, de outro, entendimentos demasiadamente rígidos, que não atendem para eventuais diferenças demográficas. Postula-se, portanto, um entendimento consensual que forneça um parâmetro para que essa proteção seja efetivada.

Conforme aconteceu nos casos acima mencionados, reconhece-se que se pode questionar, inclusive, o caráter absoluto normalmente conferido aos Estados no

90 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*: Application nos. 27996/06 and 34836/06. Sentença de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96491>> Acesso em: 10 jun. 2017.

91 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Lendy, 2005.

92 CONI, Luís Claudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

93 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

94 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19.

95 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Lendy, 2005.

que se refere ao estabelecimento de critérios para se adquirir a nacionalidade, em razão de limitações ínsitas às normas internacionais de direitos humanos. Mesmo que se reconheça que tais critérios variam conforme as diferenças e os interesses de cada entidade soberana, deve-se zelar para que, nesse processo, não sejam ofendidas disposições internacionais, situação que enseja o acionamento dos órgãos que visam conferir-lhes efetividade e exigir uma adequação nacional.

A CorteIDH, nesse aspecto, manifestando-se após acionada para prestar uma opinião consultiva (OC n° 4, de 1984) acerca do projeto de reforma constitucional da Costa Rica, especificamente sobre as alterações relacionadas aos critérios estabelecidos para a naturalização, entendeu que, não obstante reconhecer a competência interna desse assunto, os tratados de direitos humanos — entre os quais a CADH — prevê limitações a essa discricionariedade⁹⁶. De acordo com esse documento, o art. 29, relativo às normas de interpretação, estatui que não se autoriza a supressão de qualquer norma quanto ao seu gozo e exercício ou excluir tais bens que decorram da forma democrática representativa de governo.

Dessa forma, sendo a nacionalidade uma condição ínsita para o desfrute dos direitos políticos, surge a questão: a limitação desses últimos em virtude das dificuldades não razoáveis em adquirir aquela violaria tal disposição normativa, tendo em vista serem os direitos políticos decorrentes da forma democrática representativa de governo? Sob tal questionamento, embora a resposta precisa escape aos limites desse trabalho — o art. 23 da CADH prevê a limitação desse direito, desde que seja de forma razoável e proporcional —, auxilia na elucidação do problema que muitos membros minoritários enfrentam nos mais variados cenários, ao não disporem, substancialmente, de direitos políticos para reivindicarem suas demandas, mesmo já considerados nacionais.

No caso *Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, julgado pela CorteIDH em 2014⁹⁷, percebe-se a vulnerabilidade à qual estão sujeitas as mi-

norias nacionais. Submetida à CorteIDH pela CIDH em 2012, o caso trata da expulsão sumária do território da República Dominicana de haitianos e dominicanos de ascendência haitiana, além de apontar para as elevadas dificuldades que esses grupos encontravam para obter a naturalização. Tal expulsão afetou essas pessoas de forma indistinta, estivessem ou não documentadas e mesmo já legalizadas no território nacional. De acordo com a CorteIDH,

264. En relación al derecho a la nacionalidad, la Corte reitera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. [...] ⁹⁸.

Portanto, se uma das dificuldades encontradas pelas minorias é o rompimento com o *status quo* em razão do qual cenários discriminatórios são mantidos a partir do entendimento destes como natural, os órgãos internacionais podem auxiliá-las no rompimento dessa realidade, confrontando-a com os tratados ratificados pelos Estados que consagram determinados bens jurídicos.

Pondo a escrutínio determinadas práticas nacionais, oferecendo uma visão externa sobre o assunto, tais cortes contribuem com as reflexões acerca do conteúdo das normas em questão. Uma vez formado um conjunto decisório em decorrência dos casos que lhes são submetidos, forma-se uma base a partir da qual se permite essa transformação normativa e hermenêutica. Estando tais direitos garantidos internacionalmente aos grupos minoritários, não cabe aos Estados limitá-los ou mesmo reduzir sua incidência de forma desarrazoada, como se depreende do caso bósnio e costarriquenho vistos mais acima.

Tal prática também pode ser verificada a partir do caso *Sidiropoulos and others v. Greece*, julgado em 1998 pela CorteEDH, originado da demanda de sete nacionais gregos, entre os quais Christos Sidiropoulos, contra a decisão do governo da Grécia de criar obstáculos à constituição de uma associação macedônia em seu território,

96 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-4/84*. 1984. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_04_esp.pdf> Acesso em: 13 jun. 2017.

97 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf> Acesso em: 8 jun. 2017.

98 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentença de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf> Acesso em: 8 jun. 2017.

cujo objetivo seria a preservação da identidade de seus membros enquanto macedônios: “[...] *the States have only a limited margin of appreciation, which goes hand in hand with rigorous European supervision embracing both the laws and the decisions applying it, including those given by independent courts.*”⁹⁹.

De toda forma, o próprio cenário de repulsa à violação dessas normas vem fomentando e facilitando o comprometimento das instituições nacionais na incorporação de *standards* internacionais de proteção aos direitos. Em tal contexto, o conjunto decisório e interpretativo desenvolvido pelos tribunais internacionais de direitos humanos, ao oferecer uma rica fonte de argumentos e teorias que podem ser internalizadas, criam as condições para uma eventual mudança de postura dos Estados recalcitrantes nas mencionadas violações. Na lição de Philip Jussep¹⁰⁰.

[...] Apesar das vastas diferenças de organização e procedimento entre os campos nacional e internacional, se achamos que há elementos comuns aos dramas domésticos e internacionais, não poderia a maior experiência com a solução dos primeiros ajudar a resolver os outros?

Além disso, submetendo os Estados ao escrutínio internacional, causando-lhes o “poder de embaraçamento”¹⁰¹, uma adequação aos parâmetros transnacionais é igualmente exigida a fim de superar o cenário discriminatório. Sendo esta, pois, uma situação comum entre as diversas entidades soberanas, gerando, por conseguinte, várias demandas em órgãos internacionais de direitos humanos, uma incipiente cultura de proteção a esses grupos, em torno de tais direitos, tornam possível esse controle.

Portanto, em razão das dificuldades das minorias em participarem, ativamente, na vida política nacional, qualquer prática estatal que perpetue essa situação deverá ser revista. Fortalecidos por essa garantia de proteção no nível internacional, passam a dispor de um maior canal por meio do qual apresentam suas demandas, encontrando, em sua jurisprudência, amplos elementos que cristalizem a aplicação dessas normas.

99 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Sidiropoulos and others v. Greece*. Sentença de 10 de julho de 1998. Disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58205> > Acesso em: 8 jun. 2017.

100 JESSUP, Philip. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. p. 21.

101 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo em face das eventuais dificuldades que ainda impedem a implementação efetiva e plena da normativa internacional na seara interna, as minorias nacionais, particularmente vulneráveis socialmente, podem encontrar, no contexto internacional, uma esfera na qual tenham seus direitos garantidos e efetivados. Dessa forma, este trabalho objetivou analisar em que medida os órgãos dessa ordem jurídica cumprem essa função, tendo por pressuposto a transnacionalidade que o problema minoritário suscita.

Encaradas sob perspectiva histórica, pôde-se observar que, situando-se à margem do processo de consolidação dos Estados nacionais, tais minorias encontraram significativas dificuldades para terem atendidas suas reivindicações, fato que repercute na atual situação por elas vivenciadas. Sendo essa configuração social presente em quase todos os países, enseja-se o seu tratamento por meio do paradigma transnacional, que requer uma atitude colaborativa das autoridades nacionais e internacionais, com o intuito de oferecer uma resposta adequada e coerente para ambos os ordenamentos jurídicos.

A despeito desse processo de exclusão, tais grupos necessitam, por meio da consonância entre as instituições democráticas e a garantia de seus direitos fundamentais, da participação política nacional a fim de terem atendidas suas demandas e estimularem uma discussão sobre eventuais medidas que visem melhorar seu bem-estar. Embora regida pelo princípio majoritário, as democracias e suas respectivas maiorias encontram nos direitos fundamentais limites para sua atuação, devendo ser criados mecanismos que viabilizem a participação de todos os grupos, elemento legitimador das decisões resultantes.

O sistema internacional, por meio de seus órgãos, auxilia, significativamente, na proteção desses grupos, ao assegurar o cumprimento dos direitos previstos em tratados de direitos humanos quando as autoridades nacionais não atuam conforme suas responsabilidades em conferir efetividade a estes. Fornecendo parâmetros jurisprudenciais, enseja-se um diálogo com os Estados para que, paulatinamente, o sentido de tais normas possa convergir e, assim, efetivar, plenamente, tais disposições.

O caráter transnacional dos problemas enfrentados pelas minorias nacionais estimula a coerência, estabilidade e a própria igualdade de tratamento perante esses

grupos, ficando uma atitude de cooperação entre diversos atores nacionais e internacionais. Avança-se para uma emergente sociedade global que tenha, na tolerância ante o próximo, um de seus elementos fundantes, conservando a diversidade ínsita ao ser humano por meio do respeito.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Lendy, 2005.

ALVES, José A. Lindgren. *Os novos Bálcãs*. Brasília: FUNAG, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BULL, Heddley. *A sociedade anárquica*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

CARVALHO, Luís Fernando de. *O recrudescimento do nacionalismo catalão: estudo de caso sobre o lugar da nação no século XXI*. Brasília: FUNAG, 2015.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 43-69, 2006.

CONSELHO DA EUROPA - CE. *Convenção Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais*. 1995. Disponível em: <<https://rm.coe.int/16800c10cf>>. Acesso em: 5 maio 2017.

CONI, Luís Claudio. *A internacionalização do poder constituinte*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS.

Case of Ciubotaru v. Moldova: Application n. 27138/04. Sentença de 27 de julho de 2010. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3113395-3451406>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Sejdic and Finci v. Bosnia and Herzegovina*: Application nos. 27996/06 and 34836/06. Sentença de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96491>> Acesso em: 10 jun. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of Sidiropoulos and others v. Greece*. Sentença de 10 de julho de 1998. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58205>> Acesso em: 8 jun. 2017.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 4 maio 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf> Acesso em: 8 jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-4/84*. 1984. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf> Acesso em: 13 jun. 2017.

DEUTSCH, Karl Wolfgang. *Análise das relações internacionais*. Tradução de Maria Rosinda Ramos da Silva. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Tradução de Carlo Caccioli. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2002.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento?: Dilemas de justiça numa era “pós-socialista”. *Cader-nos de campo*, São Paulo, n. 13/14, p. 231-239, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: A gene-*

- alogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Globalização, transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Porto Alegre, v. 28, n. 1, p. 129-152, 2012.
- GUIZARD, Menara Lube. Migración, integración y nacionalismo: reflexiones para una ciudadanía inclusiva. *Migraciones*, Madrid, v. 35, p. 43-70, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *O ocidente dividido*. Tradução de Luciana Villas Bôas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.
- HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. Tradução de Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- JESSUP, Philip. *Direito Transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
- KYMLICKA, Will. Direitos humanos e justiça etnocultural. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 13-55, 2011.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, año 43, n. 128, p. 761-814, 2010.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*. 1960. Disponível em: <<http://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>> Acesso em: 12 jun. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. 1992. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/Booklet_Minorities_Spanish.pdf> Acesso em: 13 jun. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- PASTOR, Eugenia Relaño. Una valoración del convenio marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa en su quinto aniversario. *Migraciones*, Madrid, v. 17, p. 185-214, 2005.
- PIERRE-CAPS, Stéphane. O direito das minorias. In: ROULAND, Norbert (Org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 169-366.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PLOKHY, Serhii. *O último império*. Tradução de Luiz Antônio Oliveira. Rio de Janeiro: LeYa, 2015.
- ROCA, Javier García. La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el tribunal europeo de derechos humanos: soberanía e integración. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 20, p. 117-143, 2007.
- ROULAND, Norbert (Org.). *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.
- SUSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno: Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das*

Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989.

VARELA, Marcelo. *Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Da relevância dos casos do
Desarmamento Nuclear perante
a Corte Internacional de Justiça**
The relevance of the nuclear
disarmament cases before the
International court of justice

Lucas Carlos Lima

Da relevância dos casos do Desarmamento Nuclear perante a Corte Internacional de Justiça*

The relevance of the nuclear disarmament cases before the International court of justice

Lucas Carlos Lima**

RESUMO

Este trabalho visa determinar se a decisão da Corte Internacional de Justiça sobre as objeções preliminares nos casos do *Desarmamento Nuclear* oferece outras contribuições além da questão da existência de uma controvérsia. A tese geral sustentada é que essas contribuições existem e são, pelo menos, três. Por primeiro, o fato de que a Corte revisitou e reafirmou alguns princípios básicos relativos a armas nucleares. Em segundo lugar, argumenta-se que o julgamento serviu, igualmente, para dar reconhecimento à causa nuclear da República das Ilhas Marshall e para reconhecer “o sofrimento que seu povo suportou”. Por fim, algumas questões processuais serão examinadas, principalmente aquelas não resolvidas pela Corte como a questão do princípio do *Ouro Monetário* e a ausência de um efeito prático do julgamento. Essas questões permanecem em aberto, embora tenham sido objeto de análise de alguns juízes em suas opiniões individuais. Ao tratar desses três pontos, conclui-se que o julgamento oferece elementos de reflexão que vão além da questão do que é uma controvérsia e contribui, em pelo menos três aspectos distintos, para o debate jurídico internacional.

Palavras-chave: nuclear, desarmamento, Corte Internacional de Justiça

ABSTRACT

This essay aims at determining whether the decisions on preliminary objections by the International Court of Justice on the cases *Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* offers other contributions beyond the question of the existence of a dispute. The general thesis sustained is that these contributions exist and they are at least three. Firstly, the fact that the Court has revisited and reaffirmed some basic principles regarding nuclear weapons. Secondly, it is argued that the judgment has equally served to give recognition to the nuclear cause of the Republic of Marshall Islands and to acknowledge “the suffering which its people endured”. Ultimately, some procedural questions shall be examined, particularly those not solved by the Court such as the issue of the *Monetary Gold* principle and the absence of practical consequences of the judgment. These questions remained

* Recebido em 13/11/2017
Aprovado em 18/12/2017

** Professor Adjunto de Direito Internacional na Universidade Federal de Minas Gerais. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de Macerata (Itália). Participou da Equipe de Defesa das Ilhas Marshall perante a Corte Internacional de Justiça. As opiniões vinculadas neste artigo espelham tão somente as opiniões do autor. E-mail: lucaslima00@hotmail.com

open, though they were the object of analysis of some judges in their individual opinions. By elaborating on these three points, it will be concluded that the outcome of the judgments offers food for thought beyond the question of what is a dispute and contributes, in at least three different aspects, to the international legal debate.

Keywords: nuclear, disarmament, International Court of Justice

1. INTRODUÇÃO.

Em suas decisões do dia 5 de outubro de 2016, a Corte Internacional de Justiça (CIJ ou Corte), principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas (ONU), encerrou, preliminarmente, o litígio trazido pela República das Ilhas Marshall contra o Reino Unido, Índia e Paquistão¹. Tratava-se de controvérsia em que o Estado composto por conjunto de ilhas do pacífico, severamente abaladas por 67 testes nucleares durante os anos 1940 e 1950, invocava o Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares (TNP) e as respectivas obrigações consuetudinárias para arguir que os Estados reclamados não estavam cumprindo suas obrigações de negociar o desarmamento nuclear. Por meio de uma votação que cindiu a Corte, a razão pela qual o caso não prosseguiu ao mérito foi o entendimento da maioria dos juízes pela ausência de uma controvérsia entre as partes — requisito fundamental para que a Corte da Haia possa exercer sua jurisdição².

1 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom); Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India); Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan)*. Julgamento sobre Objecões Preliminares. 5 de Outubro de 2016. [Caso do Desarmamento Nuclear]. Para uma descrição geral do caso, ver GRAY, Christine. “The 2016 Activity of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Vol. 111, pp. 415-436, 2017.

2 Por uma questão de precisão, nota-se que a votação da Corte foi, nos casos das Ilhas Marshall contra Paquistão e Índia, de divisão de 9 a 7. No caso das Ilhas Marshall contra o Reino Unido, a divisão foi de 8 a 8, com o Presidente da Corte sendo o *casting vote* decisório, nos termos do artigo 55 (2) do Estatuto da Corte. A razão para tal diferenciação entre os casos foi o entendimento do juiz Yusuf de que no caso contra o Reino Unido, a disputa entre as partes cristalizara-se durante os procedimentos. Sobre a questão, ver *Caso do Desarmamento Nuclear*, nota *supra* 1 Reino Unido, Decisão Dissidente Juiz Yusuf, paras 6-15.

O não prosseguimento do caso, sobretudo por se tratar de dois tópicos sensíveis como o desarmamento e uso de armas nucleares, gerou repercussões e críticas à saída formalista adotada pela maioria da Corte, seja no interior da Corte³, seja por seus comentaristas⁴. Contudo, uma indagação que parece não ter recebido ampla atenção é se a decisão preliminar da CIJ possui relevância em outros aspectos. A tese geral sustentada neste trabalho é de que outros elementos relevantes existem e merecem reflexão.

Foi precisamente observado por comentaristas que os casos do *Desarmamento Nuclear* são particularmente importante por uma série de motivos. 1. Trata-se da quinta decisão da CIJ em relação a armas nucleares e a segunda vez que, diretamente, Estados resolvem litigar a questão por iniciativa individual⁵; 2. É a primeira vez, na jurisprudência da Corte, que se utiliza o argumento da não existência de uma controvérsia para recusar o caso em via preliminar; 3. Poucas vezes na história da Corte, os juízes se dividiram de tal maneira a exigir que o Presi-

3 As opiniões dissidentes dos juízes Bennouna, Cançado Trindade, Robinson e Crawford e do juiz *ad hoc* Bedjaoui e dos juízes são eloquentes nesse sentido.

4 KRISCH, Nico. “Capitulation in The Hague: The Marshall Islands Cases”, Post no EJIL: Talk!, 10 de Outubro de 2016. Disponível em <<https://www.ejiltalk.org/capitulation-in-the-hague-the-marshall-islands-cases/>>. BONAFÉ, Beatrice Ilaria. “La Cour internationale de Justice et la notion de différent” *Ordine internazionale e diritti umani*, Vol. 5, pp. 924-933, 2016. VENZKE, Ingo. “Public interests in the International Court of Justice - a comparison between Nuclear Arms Race (2016) and South West Africa (1966)” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp.68-74. BIANCHI, Andrea. “Choice and (the awareness of) its consequences: the ICJ’s “structural bias” strikes again in the Marshall Islands case” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp. 81-87, 2017. ANGHIE, Anthony. “Politically Cautious, and the meticulous: an introduction to the symposium on the Marshall Islands case” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp. 62-67, 2017. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “On form, substance and equality between States” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp. 75-80. STOPPIONI, Edoardo. “The ICJ Decisions In The Marshall Islands Cases Or The Unintended Consequences Of “Awareness”, post no SIDI-Blog, 24 de novembro de 2016. Disponível em <http://www.sidiblog.org/2016/11/24/the-icj-decisions-in-the-marshall-islands-cases-or-the-unintended-consequences-of-awareness/>.

5 Referidas decisões foram CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Nuclear Tests (Australia v. France)*. ICJ Reports 1974. p. 253; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Nuclear Testes (New Zealand v. France)*. ICJ Reports 1974. p. 457; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*. Opinião Consultiva. ICJ Reports 1996. p. 66; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Opinião Consultiva. ICJ Reports 1996. p. 226 [Parecer Legality of the Threat]. Sobre a questão, ver RANGANA-THAN, Surabhi. “Nuclear Weapons and the Court” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp. 88-95, 2017.

dente utilizasse seu voto de minerva. 4. Existe um certo e bem delineado simbolismo em relação ao fato de que um ex-Presidente da Corte (juiz *ad hoc* Bedjaoui), que deu o voto de minerva no parecer anterior sobre armas nucleares⁶, tenha retornado de sua aposentadoria para somar sua voz a dos dissidentes no presente caso; 5. O caso parece se inserir em um contexto maior relativo a armas nucleares, expresso pelo recém assinado Tratado de Proibição de Armas Nucleares (TPAN).⁷

Embora outros aspectos relevantes possam existir, o presente trabalho examinará três questões. Em primeiro lugar, será analisado o fato de a Corte ter revisitado o regime jurídico relativo a armas nucleares e a maneira como o conduziu em *obiter dicta*. Em seguida, o foco do trabalho será guiado para as considerações feitas pela Corte acerca da República das Ilhas Marshall. Sustenta-se que parte do julgamento serviu não apenas para dar reconhecimento à legitimidade das Ilhas Marshall em seu ativismo pelo desarmamento nuclear, mas igualmente para reconhecer “o sofrimento suportado pela população” daquele Estado. Por fim, tecem-se considerações de natureza processual, em especial sobre questões não resolvidas pela Corte e que permanecem em aberto dentro do regramento processual da Corte. Embora possam ser considerados de menor impacto do que uma decisão final de mérito, ao elaborar-se sobre esses três pontos, conclui-se que a contribuição dos julgamentos dos casos do *Desarmamento Nuclear* vai além da crítica quanto ao mero formalismo adotado pela Corte e, em três aspectos diversos, oferece uma contribuição ao debate jurídico internacional.

2. DO REGIME JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE AS ARMAS NUCLEARES

Não é raro em casos perante tribunais internacionais uma longa recapitulação dos fatos envolvendo a disputa ou o direito envolvido. É antiga prática da CIJ um detalhado registro das posições sustentadas pelas partes, seguida da manifestação da Corte sobre a questão. Trata-se, obviamente, de registro e tributo à igualdade soberana dos soberanos clientes que, ao aceitarem a jurisdição da Corte, aceitaram participar de um rito jurídico

6 *Parecer Legality of the Threat*, nota 5 *supra*, parte dispositiva.

7 Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. Adotado em 7 de julho de 2017. Ver: <https://www.un.org/disarmament/ptnw/>

internacional dotado de impacto não apenas em relação ao litígio, mas que o transcende. Como observado por dois autores,

“os pronunciamentos da Corte não são apenas uma maneira para resolver pacificamente controvérsias entre Estados, mas eles também se esforçam para estabelecer um acurado registro histórico, seja através da história da negociação entre dois Estados no contexto de uma delimitação marítima ou disputa fronteiriça, a história da cunhagem de uma particular convenção, ou os fatos que são pano de fundo de um conflito armado relevante para uma controvérsia perante a Corte” (TOMKA, PROULX, 2016, p.1)⁸.

As relações entre justiça e história, justiça e narrativa e a maneira como tribunais e cortes internacionais às vezes responsabilizam-se pela narrativa de um determinado registro ou “verdade” foram objeto de estudo⁹. Uma conclusão que se pode extrair desses estudos é que órgãos jurisdicionais muitas vezes são eloquentes por meio da recapitulação e reafirmação de determinados fatos. Tal exercício é ainda mais relevante quando os fatos reforçados numa determinada controvérsia são normas jurídicas. Este parece ser o caso na controvérsia do *Desarmamento Nuclear*.

Os parágrafos 18 a 21 da decisão são centrais nesse sentido¹⁰. Primeiramente, a Corte recapitula os contornos jurídicos e a formação do TNP, relembrando o fato de que conferências de revisão ocorrem a cada cinco anos desde sua entrada em vigor bem como o fato de que 191 Estados se tornaram partes do instrumento. É interessante notar que, mesmo nos julgamentos relativos a Índia e Paquistão — Estados que não são partes do TNP —, a Corte realiza esse exercício. Tal fato poderia sugerir certa inclinação da Corte ao identificar

8 Do original: “the Court’s pronouncements are not only a way to peacefully resolve disputes between States, but they also strive to establish an accurate historical record, be it of the negotiation history between two States in the context of a maritime delimitation case or boundary dispute, the drafting history of a particular international convention, or the background facts to an armed conflict relevant to a dispute before the Court”.

9 COSTA, Pietro. “Di che cosa fa storia la storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo” in L LACCHÈ, Luigi; MEC-CARELLI, Massimo. (org) *Storia della giustizia e storia del diritto* (EUM 2007) 17-43. D’ASPREMONT, Jean. *The Control Over Knowledge by International Courts and Arbitral Tribunals*. In SCHULTZ, Thomas; ORTINO, Federico. (orgs) *Oxford Handbook of International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press. (No prelo); TAMS, Christian J. “World Courts as Guardians of Peace”, *Global Cooperation Research Paper* 15 (2016).

10 Nos julgamentos da Índia e Paquistão, os parágrafos são os de número 17 a 20.

certas obrigações contidas no TNP como de natureza consuetudinária.

A CIJ prossegue rememorando os objetivos principais do Tratado, bem como reforça que a intenção das partes ao assiná-lo era “conseguir, no menor prazo possível, a cessação da corrida armamentista nuclear e de adotar medidas eficazes tendentes ao desarmamento nuclear” (TNP, Preâmbulo). Em seguida, a Corte aborda o conteúdo do artigo VI do TNP, a base principal da demanda das Ilhas Marshall, o qual prescreve que

“Cada Parte deste Tratado se compromete a entabular, de boa-fé, negociações sobre medidas efetivas para a cessação em data próxima da corrida armamentista nuclear e para o desarmamento nuclear, e sobre um Tratado de desarmamento geral e completo, sob estrito e eficaz controle internacional”.

No parágrafo 20, a Corte vai além do TNP e invoca a decisão da Opinião Consultiva de 1996 requerida pela Assembleia Geral sobre a legalidade do uso de armas nucleares no direito internacional. Foi citada, diretamente, a passagem em que a Opinião reforçou que a obrigação de negociar em boa-fé o desarmamento nuclear vai além de uma obrigação de conduta e era “uma obrigação de obter um resultado preciso — desarmamento nuclear em todos os seus aspectos — por meio da adoção de um curso de conduta particular, nomeadamente, realizar negociações sobre a questão de boa fé” (CIJ, 1996, para. 99). A Corte ainda reforçou o duplo caráter da obrigação acrescentando que “qualquer busca realista para um geral e completo desarmamento, em especial o desarmamento nuclear, requer a cooperação de todos os Estados” (CIJ, 1996, para. 100). Por fim, a Corte de 2016 corroborou a conclusão da Corte de 1996 invocando a célebre conclusão da parte dispositiva “existe uma obrigação de perseguir em boa fé e de chegar a uma conclusão negociações guiando ao desarmamento nuclear em todos os seus aspectos e sob um controle internacional estrito e efetivo”.¹¹ Por fim, a CIJ mencionou resoluções da Assembleia Geral em que os Estados reforçaram a existência dessa obrigação.

Quais são as conclusões que podem ser extraídas dessa construção da Corte Internacional de Justiça sobre o direito relativo à obrigação de negociação de armas nucleares? Existem duas considerações que merecem atenção. A primeira é a questão da natureza da obrigação evocada pela Corte. A segunda questão é a influência do direito invocado pela Corte no âmbito do

Tratado de Proibição de Armas Nucleares (TPAN).

Nota-se que a Corte em 2016 não é explícita ao reconhecer de maneira incontroversa e definitiva a existência de uma obrigação consuetudinária. Diversos elementos apontam nessa direção. Contudo, é relevante que a Corte não tenha se atido tão somente aos dizeres do tratado, mas sim à interpretação posterior dada à obrigação em 1996 que vai além dos dizeres do tratado. Independentemente da natureza, a CIJ em 2016 reforça o duplo caráter da obrigação, seja a obrigação de conduta, mas também obrigação de resultado: entabular de boa-fé negociações e chegar a uma conclusão (“bring to a conclusion”) levando ao desarmamento nuclear. É incontroverso o fato de que reforçar uma conclusão da Corte tomada em 1996 em 2016 é reforçar o conteúdo daquela conclusão. Pode-se sustentar que, ao fazê-lo, a Corte reforça a existência da obrigação para além do Tratado de Não Proliferação.

É verdade que a Corte, tal qual o fez em 1996, não explicitou nem teceu maiores elaborações sobre a natureza de tal obrigação. A óbvia dificuldade da caracterização como norma consuetudinária reside na associação com a prática estatal. Tal elemento demonstra-se difícil de ser evidenciado no presente caso por diversos motivos como apenas determinados Estados poderem, efetivamente, realizarem tal negociação. Note-se, porém, que imediatamente em seguida a tal afirmação, a CIJ invoca resoluções da Assembleia Geral em relação à obrigação, forte indicativo de seu caráter consuetudinário. Nesse sentido, vale mencionar a conclusão número 12 do projeto de conclusões da Comissão de Direito Internacional para a identificação do direito consuetudinário que lida, expressamente, com Resoluções de organizações internacionais (OIs). O projeto não somente reconhece que resoluções de OIs são forma de prática e *opinio juris*, mas também expressa que, em determinadas circunstâncias, uma resolução “pode refletir uma regra costumeira de direito internacional”¹². Contudo, embora a decisão de 2016 possa ser interpretada como um discreto indicativo dessa conclusão, não o afirma em definitivo.

Por um lado, pode-se sustentar que a contribuição da decisão da Corte, a título de *obiter dictum*, para o direito relativo às armas nucleares não foi significativa do ponto de vista de novas contribuições. Por outro lado, pode-se igualmente sustentar que a reafirmação de cer-

11 Parecer *Legality*, nota 5 supra, para 105 (2) F.

12 COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. A/CN.4/L.872. Art. 12, 3.

tos princípios básicos relativos a armas nucleares reforça a regra primária reconhecida pela Corte em 1996.

A segunda observação é que parece interessante notar que a construção frasal empregada pela Corte em seu parecer de 1996, reutilizada pelas Ilhas Marshall e pela Corte em 2016 vem repetida *ipsis literis* no preâmbulo do Tratado de Proibição de Armas Nucleares quando este “reafirma que existe uma obrigação de perseguir em boa fé e de chegar a uma conclusão negociações guiando ao desarmamento nuclear em todos os seus aspectos e sob um controle internacional estrito e efetivo” (TPAN, Preâmbulo)¹³. Em diversas passagens, o TPAN prevê a negociação em direção à total eliminação de armas nucleares, seja por parte de Estados, seja por parte da autoridade a ele atribuída. Tais passagens permitem que se sustente o TPAN privilegia, ainda que, na forma de outras obrigações, a obrigação geral de negociar o desarmamento nuclear.

Outro aspecto do Tratado pode levantar um interrogativo. O Artigo 11, que dispõe sobre os meios de solução de controvérsias em relação à aplicação ou interpretação do Tratado, não prevê nenhum órgão jurisdicional específico para o deslinde de disputas, deixando ampla a escolha do meio pelo qual Estados resolverão controvérsias de acordo com o artigo 33 da Carta. A Corte Internacional de Justiça não ganha nenhum papel de proeminência no Tratado. Não se pode afirmar, com base nas declarações dos países durante as negociações, se a decisão de não colocar a CIJ em proeminência como método de solução de controvérsias possui alguma relação com sua decisão no caso do *Desarmamento Nuclear*. O TNP sequer possui uma disposição em relação à solução de controvérsias. Independentemente disso, caso uma controvérsia emergja entre os Estados membros do Tratado de Proibição, a CIJ poderá ser o terceiro responsável por solucionar o litígio nos termos em que lhe for atribuída normalmente competência segundo o Artigo 36 de seu Estatuto.

3. DAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPÚBLICA DAS ILHAS MARSHALL.

Estados, ao recorrer a um tribunal internacional, podem possuir interesses diversos daqueles formulados no

13 Tratado. Preâmbulo. Do original: “Reaffirming that there exists an obligation to pursue in good faith and bring to a conclusion negotiations leading to nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control”.

pedido e causa de pedir perante um específico órgão jurisdicional internacional¹⁴. Às vezes, o recurso a esses órgãos jurisdicionais ultrapassa a lide em questão. Estados podem utilizar uma corte internacional unicamente para expor uma teoria, para lapidar um regime jurídico, para testar o conteúdo desta ou determinada obrigação. Diversos são os estudos sobre as novas funções assumidas por cortes e tribunais internacionais¹⁵.

Quando uma causa é levada a um tribunal internacional, a atenção de diversos setores da sociedade internacional se volta àquela controvérsia. Quando se porta uma causa à “velha dama do direito internacional”¹⁶ — órgão que detém, por uma longa série de motivos, certa proeminência em relação a seus competidores jurisdicionais — sabe-se que a atenção poderá ganhar ainda maior destaque.

O objetivo das República das Ilhas Marshall, em seu memorial, era claro e pontual em relação aos Estados demandados. Além da declaração da violação por parte de suas obrigações de negociação em boa-fé por parte dos Estados demandados, a República das Ilhas Marshall requeria que a Corte ordenasse os Estados demandados

a tomar todos os passos necessários ao cumprimento com suas obrigações relativas ao Artigo VI do Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares e relativas ao direito internacional costumeiro no período de um ano após o Julgamento, incluindo a perseguição, por iniciativa própria se necessário,

14 A questão é interessante e criticamente explorada por BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. “Prospects for the Increased Independence of International Tribunals”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 5, 2011.

15 Para citar apenas dois exemplos significativos, ver ALTER, Karen J. *The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review*. In DUNOFF, Jeffrey I; POLLACK, Mark A. (orgs) *Interdisciplinary perspectives on international law and international relations: the state of the art*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. pp. 345-370 e BOGDNADY, Armin von; VENZKE, Ingo. *In whose name?: a public law theory of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

16 Tudo parece indicar que essa expressão foi cunhada pelo professor Antônio Cassese, que intitulou seu célebre artigo como “The International Court of Justice: it is High Time to restyle the Respected Old Lady” (CASSESE, Antonio. *The International Court of Justice: it is High Time to restyle the Respected Old Lady*. In CASSESE, Antonio. *Realizing Utopia: the future of international law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. pp.239-249). O estimulante ensaio do professor Cassese, bastante crítico à alguns estruturantes delineamentos e posicionamentos da CIJ, joga com a autoridade advinda da antiguidade do órgão jurisdicional e o papel a ela almejado no interior da comunidade internacional.

de negociações em boa-fé focadas na conclusão de uma convenção sobre o desarmamento nuclear em todos os seus aspectos sob um controle internacional estrito e efetivo¹⁷.

O entendimento da maioria da Corte pela ausência de uma controvérsia impediu que as intentadas declarações fossem realizadas. Porém, ao se analisar as demais declarações da Corte, a título de *obiter dicta*, existem duas passagens em especial que parecem ser particularmente importantes para a República das Ilhas Marshall. A primeira ocorre no parágrafo 16, em que a Corte recapitula, parcialmente, a história das Ilhas Marshall e o fato de que, sob o sistema de tutela das Nações Unidas, o arquipélago foi colocado sob a autoridade administrativa dos Estados Unidos, que conduziu ali testes nucleares.¹⁸ Embora seja fato notório, trata-se de adicional registro por órgão judiciário de um ato chancelado pelo sistema das Nações Unidas e de uma de suas principais potências. Além disso, ao abordar a questão da legitimidade de ação, no parágrafo 44, a CIJ, em seu julgamento, registra que

A Corte nota que as Ilhas Marshall, em virtude do sofrimento que o seu povo suportou pelo fato de ter sido utilizada como local para extensivos programas de testes nucleares, possui razões especiais para preocupar-se com o desarmamento nuclear¹⁹.

Tal declaração não pode ser retirada de seu con-

17 Memorial, p. 39 (Reino Unido), p. 36 (Índia), p. 24 (Paquistão). Do original: “In addition, The Republic of the Marshall Islands requests the Court to order the United Kingdom to take all steps necessary to comply with its obligations under Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons and under customary international law within one year of the Judgment, including the pursuit, by initiation if necessary, of negotiations in good faith aimed at the conclusion of a convention on nuclear disarmament in all its aspects under strict and effective international control”. Por óbvio, em relação ao Paquistão e a Índia não se pedia a implementação do TNP.

18 *Caso do Desarmamento Nuclear*, nota 1 *supra* Reino Unido, para. 16: “By resolution 21 of 2 April 1947, the United Nations Security Council placed a group of Pacific Islands, including those making up the present-day Marshall Islands, under the trusteeship system established by the United Nations Charter, and designated the United States of America as the Administering Authority. From 1946 to 1958, while under this trusteeship, the Marshall Islands was the location of repeated nuclear weapons testing. By resolution 683 of 22 December 1990, the Security Council terminated the Trusteeship Agreement concerning the Marshall Islands. By General Assembly resolution 46/3 of 17 September 1991, the Marshall Islands was admitted to membership in the United Nations.”

19 *Caso do Desarmamento Nuclear*, nota 1 *supra* Reino Unido, para. 44. Do original: “The Court notes that the Marshall Islands, by virtue of the suffering which its people endured as a result of it being used as a site for extensive nuclear testing programs, has special reasons for concern about nuclear disarmament”.

texto. É verdade que a Corte fez esse reconhecimento logo antes de afirmar que as Ilhas Marshall deveriam ter provado a existência de uma controvérsia — o que a maioria dos juízes entendeu não ter logrado. Contudo, ainda que em forma de ponderação, trata-se de reconhecimento importante por pelo menos duas razões.

A primeira razão é o fato de o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas reconhecer, expressamente, o sofrimento suportado pelo povo. Trata-se, como anteriormente salientado, de um alto reconhecimento não somente ao Estado, mas a população desse Estado, diretamente endereçada pelo frasar da Corte. Esse aspecto também foi explorado por juízes em suas opiniões individuais, em especial pelo juiz Cançado Trindade que, em diversas passagens de suas opiniões dissidentes, salientou os danos afligidos pela população em razão dos testes nucleares²⁰. A segunda razão que indica a importância de tal declaração pela Corte é o reconhecimento da legitimidade das Ilhas Marshall na preocupação (ela possui “razões especiais”, segundo a Corte) com o desarmamento nuclear. Poder-se-ia tentar vislumbrar essa iniciativa da Corte como uma espécie de reconhecimento histórico em relação a fatos não centrais à controvérsia, mas centrais à imagem pública do Estado. No entanto, dificilmente poder-se-ia sustentar que essa declaração da Corte poderia constituir satisfação à República das Ilhas Marshall pela controvérsia em si.

Num momento histórico em que negacionismos não são tão raros na ordem do dia do discurso político, a afirmação por parte de um tribunal internacional do sofrimento de uma determinada população pode ser considerada como digno de nota e apreço. Ademais, o reconhecimento por parte da Corte de tal fato é igualmente relevante ao se considerar que a história das Ilhas Marshall (e do sofrimento de seu povo) ganhou inquestionável publicidade em virtude do caso e do ativismo de seu agente²¹.

Por fim, sob o ponto de vista do *direito de ação* perante a Corte Internacional de Justiça, é interessante notar

20 Cançado, parágrafos 175, 176 e 177.

21 Falecido recentemente, Tony de Brum foi lembrado em obituário do New York Times (<https://www.nytimes.com/2017/08/22/world/tony-de-brum-dead-climate-change-advocate.html>) não apenas por defender as Ilhas Marshall na questão nuclear, mas igualmente pela questão do aquecimento global, outra ameaça constante para o desaparecimento das ilhas que compõem o Estado-Arquipélago.

que, apesar do reconhecimento da Corte, a República das Ilhas Marshall não aparece no polo ativo da presente ação na qualidade de Estado diretamente afetado por um dano. O fundamento da ação baseia-se em obrigações de caráter *erga omnes* e, no específico caso do Reino Unido, parte do TNP, obrigações *erga omnes partes*. O objetivo da República das Ilhas Marshall não era a reparação por danos, mas sim o adimplemento da obrigação pactual e consuetudinária por parte dos Estados demandados. Contudo, como bem notado por observadores²², a questão da legitimidade das Ilhas Marshall permaneceu inexplorada, uma vez que a Corte não adentrou o mérito.

4. DOS DEBATES PROCESSUAIS

O terceiro aspecto que atesta a relevância do caso do *Desarmamento Nuclear* é a quantidade de questões processuais que foram solevadas e discutidas pelos Estados litigantes perante a Corte. Nesta seção, não se poderá adentrar, profundamente, em cada um dos debates processuais entabulados pelas partes relativas às cinco objeções preliminares, mas será feita referência aos principais deles, quais sejam, a noção de existência de controvérsia, o debate sobre a necessidade de um terceiro Estado participando da lide, também alcunhado como a aplicação do princípio do *Ouro Monetário* e, por fim, a objeção do efeito útil do julgamento. O objetivo é, por meio de um *tour d'horizon*, demonstrar a importância dos debates ocorridos no Grande Salão de Justiça do Palácio da Paz e o fato de que as manifestações de alguns juízes em suas opiniões sobre a questão podem ser relevantes em futuros litígios. Obviamente, os pontos solevados tratavam-se de tentativas de esquivar-se da jurisdição da Corte. Contudo, eles revelaram uma dimensão processual inexplorada e que, ao menos nas opiniões individuais dos juízes, encontraram certo respaldo.

Como se sabe, o aumento de cortes e tribunais internacionais gerou o desenvolvimento de normas processuais relativas à condução das controvérsias perante essas instâncias jurisdicionais²³. Normas regulando o

mero desenrolar das etapas processuais, normas relativas à jurisdição cautelar²⁴, procedimentos incidentais relativos à jurisdição e admissibilidade até procedimentos específicos como a nomeação de peritos²⁵ e a possibilidade de terceiros Estados intervirem no procedimento²⁶ — uma característica não usual à lógica “privada” e “arbitral” do sistema judiciário internacional²⁷. Não por acaso a Corte Internacional de Justiça ganhou proeminência ao guiar o procedimento perante outras cortes internacionais²⁸.

A questão da existência de uma controvérsia e do debate da “ciência” sobre a pretensão do demandante encerrou o caso, mas os debates entre as partes foram além dessa questão. A Corte preferiu não responder aos argumentos levantados ao entender que bastava o argumento da controvérsia para que se encerrasse o litígio. Contudo, como justamente observou o juiz Gaja,

esta abordagem pode ser entendida como a aplicação do princípio da economia judicial. Contudo, economia judicial pode também requerer que a Corte tome uma decisão em certas questões que foram levantadas pelo Estado demandado e que são prováveis de serem litigadas novamente em novos procedimentos pelas mesmas Partes, quando estes procedimentos são uma possibilidade distinta (CIJ, 2016, Declaração Juiz Gaja)²⁹.

tional and Comparative Law, 2015. Do ponto de vista histórico do nascimento do debate, ver SERENI, Angelo Piero. *Principi generali di diritto e processo internazionale*. Milão: Giuffrè, 1955.

24 Sobre a questão ver PALCHETTI, Paolo. The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute, *Leiden Journal of International Law*, Vol 21, 2008, pp. 623-642.

25 GAJA, Giorgio. Assessing Expert Evidence in the ICJ, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 15, 2017, pp. 409-418; LIMA, Lucas Carlos. O uso de experts em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Vol. 13, 2016, pp.245-261 e o clássico WHITE, Gillian Mary. *The use of experts by international tribunals*. Syracuse: Syracuse University Press, 1965.

26 Sobre a questão ver BONAFÈ, Beatrice. *La protezione degli interessi di Stati terzi davanti alla Corte internazionale di giustizia*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014.

27 CANNIZZARO, Enzo. *Diritto Internazionale*. Torino: Giappichelli, 2012, p.358 e FORLATI, Serena. *The International Court of Justice: an arbitral tribunal or a judicial body?*. New York: Springer, 2014.

28 MAROTTI, Loris. *The International Court of Justice Role in Influencing the Approach of other Courts on Fundamental Procedural Matters*. In ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis. (orgs). *Le dialogue des juridictions dans l'ordre juridique international : entre pluralisme et sécurité juridique*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, pp.7-27.

29 *Caso do Desarmamento Nuclear*, nota 1 *supra* Reino Unido, Declaração do Juiz Gaja, p. 1. Do original: “This approach may be viewed as an application of the principle of judicial economy. How-

22 GRAY, nota 1 *supra*, p. 426.

23 Sobre a questão ver, BROWN, Chester. *A common law of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2007. SARVARIAN, Arman et al (orgs.) *Procedural fairness in international courts and tribunals*. Londres: British Institute of Interna-

Pode-se, igualmente, solevar a hipótese de que as objeções levantadas não servem somente no caso das Ilhas Marshall desejar trazer novamente a controvérsia perante a Corte uma vez sanada a primeira objeção de inexistência de uma controvérsia (difícil sustentar que Reino Unido, Índia e Paquistão não estavam “cientes” da controvérsia após terem sido demandados perante a CIJ). Tais questões podem ser úteis em futuros casos relativos a outros Estrados. Talvez o princípio de economia judicial possa ser balanceado com outros princípios processuais como transparência e *due process*. Tal argumento parece ser ainda mais relevante se se considera que são questões procedimentais que estão em jogo, e a Corte é senhora de seu próprio regramento processual. É verdade que não existe nenhuma obrigação incidindo sobre a Corte de responder a todos os argumentos levantados pelas partes. Mas é igualmente verdade que Estados com situações procedimentais similares poderiam se beneficiar de posicionamentos da Corte sobre questões procedimentais idênticas ou similares.

O principal aspecto processual do caso do *Desarmamento Nuclear* é a questão da existência de uma controvérsia. No caso, a Corte acrescentou um elemento à clássica definição de controvérsia oferecida no caso *Mavrommatis* e repetida significativamente ao longo de sua jurisprudência. Para a CIJ, o conceito de controvérsia era originalmente entendido como “um desacordo a respeito de um ponto de direito ou de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses” (CPJI, 1924, p.11) entre as partes. A Corte, baseando-se em sua recente jurisprudência, acrescentou que “uma dispute existe quando é demonstrado, com base em provas, que o demandado estava ciente (“*aware*”), ou não poderia não estar ciente (“*unaware*”) que suas posições estavam ‘positivamente contrastantes’ à do demandante” (CIJ, 2016UK, para 41)³⁰. Desse modo, ao entender que as Ilhas Marshall não haviam demonstrado que Reino Unido, Índia ou Paquistão estavam cientes da demanda de

negociação do desarmamento nuclear, a Corte concluiu que não existia uma verdadeira controvérsia. Por conseguinte, em não havendo uma controvérsia, o caso não prosseguiu para o mérito e foi encerrado.

O ponto da existência ou não de uma controvérsia efetivamente dividiu a Corte no interpretar de sua jurisprudência. Apenas para evidenciar dois exemplos, o juiz Crawford, em sua opinião dissidente, entendeu que “a Corte agora adota um requerimento de objetiva ciência, mas por nenhuma razão persuasiva. (...). Em nenhum momento a Corte [no passado] disse que a ciência era um requisito legal [para a existência de uma controvérsia]”³¹. Em igual sentido, o juiz Bennouna reforçou o fato de a Corte ter criado um “novo critério” e seus efeitos quando assevera que “ao criar (...) um novo critério para a existência de uma controvérsia, a maioria [da Corte] está seriamente comprometendo a abordagem da Corte no futuro sobre a questão da existência ou não de uma controvérsia”³². A forte divisão da Corte nesse sentido pode sugerir que, apesar de esta ter sido a opinião da maioria, não se trate de uma decisão que não possa ser revertida no futuro, a depender do contexto, dos juízes que compõem a Corte e dos especiais delineamentos da controvérsia. De todo modo, o artigo 59 do Estatuto impõe que “a decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão”. Caso uma situação semelhante surja perante a Corte, os Estados litigantes terão uma boa consonância de opiniões dissidentes para sustentar suas pretensões jurídicas.

Ainda em conexão com a existência ou não da controvérsia, é interessante observar que a Corte se manifestou sobre um dos Artigos sobre Responsabilidade do Estado sobre Atos Ilícitos Internacionais (AREAI ou Artigos). Tal manifestação pode ser interpretada como um esclarecimento da Corte em relação ao projeto de artigos. Um dos argumentos do Reino Unido era embasado na natureza consuetudinária do Artigo 43 dos AREAI, que estabelece que “um Estado lesado que invoca a responsabilidade de outro Estado deverá notificá-lo da reclamação”. Desse modo, segundo o Reino

ever, judicial economy may also require the Court to take a decision on certain issues that were raised by the respondent States and which are likely to have to be litigated again in new proceedings between the same Parties, when these proceedings are a distinct possibility”. Na mesma linha ver, GRAY, nota 1 *supra*, 432.

30 Do original: “The evidence must show that the parties “hold clearly opposite views” with respect to the issue brought before the Court (see paragraph 37 above). As reflected in previous decisions of the Court in which the existence of a dispute was under consideration, a dispute exists when it is demonstrated, on the basis of the evidence, that the respondent was aware, or could not have been unaware, that its views were “positively opposed” by the applicant”.

31 *Caso do Desarmamento Nuclear*, nota 1 *supra* Reino Unido, Opinião Dissidente do Juiz Crawford, paras 4 e 5.

32 *Caso do Desarmamento Nuclear*, nota 1 *supra* Reino Unido, Opinião Dissidente do Juiz Bennouna, p. 6. Do original: “In putting forward, on that basis, a new criterion for the existence of a dispute, the majority is seriously compromising the approach of the Court in future to the question of whether a dispute exists”

Unido, na ausência de uma notificação de reclamação imposta pela regra costumeira espelhada no Artigo 43, a controvérsia das Ilhas Marshall não poderia ser adjudicada. Porém, nesse ponto a CIJ rejeitou esse posicionamento do Reino Unido, esclarecendo que

A Corte nota que os Comentários da Comissão de Direito Internacional especificam que os Artigos ‘não se referem a questões de jurisdição de cortes e tribunais internacionais, ou em geral à condição para a admissibilidade de casos trazidos perante estas cortes ou tribunais’ (...). A Corte rejeitou o entendimento de que negociações preliminares são necessárias quando ela for acionada com bases nas declarações feitas em relação ao Artigo 36, parágrafo 2, do Estatuto, a menos que estas declarações assim prevejam (CIJ, 2016UK, para. 45)³³.

Tal observação é interessante por dois motivos. Primeiramente, por reforçar sua jurisprudência e indicar que uma notificação não é necessária para configurar o direito de ação — muito embora à luz da decisão da necessidade de “ciência” de uma controvérsia, esta possa ser bem-vinda. A segunda razão pela qual tal passagem demonstra-se importante é porque a CIJ parece se referir de maneira autoritativa aos comentários dos Artigos da Comissão. Tal fato parece contribuir à discussão sobre a autoridade dos produtos da Comissão de Direito Internacional como fontes consuetudinárias de direito internacional, mas igualmente aos comentários de tais produtos à interpretação dos próprios artigos³⁴. E ainda, tal *dictum* pode ter como efeito a modificação de algumas declarações de jurisdição obrigatória do artigo 36. Pode-se conjecturar que Estados vejam-se interessados em modificar suas declarações de aceitação de jurisdição obrigatória incluindo o requisito de negociações preliminares para o acesso à Corte.

Além da questão da existência de uma controvérsia, pode-se vislumbrar, nas decisões de 2016, pelo menos

33 Do original: “However, the Court notes that the ILC’s commentary specifies that the Articles “are not concerned with questions of the jurisdiction of international courts and tribunals, or in general with the conditions for the admissibility of cases brought before such courts or tribunals” (see ILC Commentary on the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission, United Nations, doc. A/56/10, 2001, paragraph 1 of the Commentary on Article 44, pp. 120-121). Court has rejected the view that notice or prior negotiations are required where it has been seised on the basis of declarations made pursuant to Article 36, paragraph 2, of the Statute, unless one of those declarations so provides.”

34 Sobre a questão, ver GAJA, Giorgio. Interpreting Articles Adopted by the International Law Commission. The British Yearbook of International Law, Vol. 85, 2014, pp.10-20.

três argumentos procedimentais nos quais a Corte poderia ter se manifestado, mas não o fez: o argumento da incidência do princípio do *Ouro Monetário*, do efeito útil do julgamento e a incidência das reservas à cláusula de jurisdição obrigatória. Em relação a esses últimos, embora extremamente relevantes para a matéria de interpretação das reservas à jurisdição da declaração facultativa de jurisdição obrigatória do Art. 36 do Estatuto, são demasiadamente específicos às reservas individuais de cada um dos três Estados demandados.

No que se refere ao princípio do *Ouro Monetário*, também invocado como objeção preliminar pelos Estados demandantes, este encontrou reverberação na opinião individual de alguns juízes. É de se notar que diversas vezes esse princípio figurou nas linhas de defesa de Estados tentando esquivar-se da jurisdição da Corte. Segundo esse princípio, que no âmbito internacional se vê relacionado ao caso *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*³⁵, uma corte internacional não pode decidir uma questão jurídica que esteja relacionada a um Estado que não ofereceu seu consentimento ao tribunal³⁶. Introduce-se, no âmbito do processo internacional, a noção de terceira parte indispensável à controvérsia, com o detalhe desse instituto estar associado ao consen-

35 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Monetary Gold Removed from Rome in 1943* (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America). ICJ Reports 1954, p. 19. Sobre a questão, ver desenvolvimentos recentes em PACHETTI, Paolo. Litigating Member State Responsibility: the Monetary Gold Principle of Absent Organizations. *International Organizations Law Review*, Vol. 12, 2015, pp. 468-483. THIENEL, Tobias. Third States and the Jurisdiction of the International Court of Justice: The Monetary Gold Principle. *German Yearbook of International Law*, Vol. 57, 2015, pp.321-352

36 Segundo a Corte, no caso em questão: “In order, therefore, to determine whether Italy is entitled to receive the gold, it is necessary to determine whether Albania has committed any international wrong against Italy, and whether she is under an obligation to pay compensation to her; and, if so, to determine also the amount of compensation. In order to decide such questions, it is necessary to determine whether the Albanian law of January 9th, 1945, was contrary to international law. In the determination of these questions - questions which relate to the lawful or unlawful character of certain actions of Albania vis-à-vis Italy - only two States, Italy and Albania, are directly interested. To go into the merits of such questions would be to decide a dispute between Italy and Albania. The Court cannot decide such a dispute without the consent of Albania. But it is not contended by any Party that Albania has given her consent in this case either expressly or by implication. To adjudicate upon the international responsibility of Albania without her consent would run counter to a well-established principle of international law embodied in the Court’s Statute, namely, that the Court can only exercise jurisdiction over a State with its consent.” (CIJ, *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, nota 34 *supra*, p.32.

timento dessa terceira parte. No caso *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*³⁷, a Austrália invocou o mesmo princípio e o precedente do *Ouro Monetário* alegando que o Reino Unido e Nova Zelândia também deveriam estar na controvérsia, mas que não haviam oferecido seu consentimento. Todavia, naquela ocasião a Corte rejeitou tal objeção preliminar. Segundo a Corte, os interesses do Reino Unido e Nova Zelândia “não constituíam] o objeto da decisão” (CIJ, 1992 para 55).

No caso do *Desarmamento Nuclear*, o argumento utilizado pelos Estados demandados — invocando o princípio do caso do *Ouro Monetário* — baseava-se na impossibilidade de a CIJ decidir a questão relativa à obrigação de negociar trazida pelas Ilhas Marshall, uma vez que a violação da obrigação somente poderia ser verificada se todos os outros Estados portadores de armas nucleares tivessem manifestado seu consentimento à CIJ. Como observou o advogado de defesa do Reino Unido, “uma determinação pela Corte de que o Reino Unido está violando suas obrigações de negociar por conta de sua conduta não pode ser restrita somente ao Reino Unido” (CIJ, 2016, CR 2016/3 p. 57).³⁸ Por sua vez, as Ilhas Marshall, baseando-se nos mesmos julgados invocados pelo Reino Unido, alegava que a identificação do comportamento violador do Reino Unido era independente dos outros Estados, uma vez que estes não constituíam o objeto da controvérsia. Nas palavras do advogado de defesa das Ilhas Marshall, “esta Corte esclareceu que o princípio do Ouro Monetário se aplica apenas onde a determinação da responsabilidade de um terceiro Estado é um pré-requisito para a determinação da responsabilidade do Estado demandado”³⁹ (CIJ, 2016, CR 2016/5, p. 38). A questão a ser verificada, portanto, consistia em saber se a responsabilidade dos outros Estados detentores de armas nucleares era um pré-requisito para a determinação da responsabilidade dos Estados demandados. Por outro lado, poder-se-ia, igualmente, aduzir a tese de que a presença de pelo menos três Estados demandados poderia constituir suficiente preenchimento de tal requisito.

A Corte não se manifestou sobre a aplicação do princípio do *Ouro Monetário* no caso do *Desarmamento Nuclear*. Contudo, alguns juízes referiram-se à objeção em suas opiniões individuais. Tal fato pode sugerir que tenha sido alvo de particular debate dos juízes no momento da deliberação. Enquanto os juízes Tomka⁴⁰, Xue⁴¹ e Bhandari⁴² mostraram sua inclinação para a aplicação do princípio no caso em questão, o juiz Crawford adotou uma posição mais moderada — e ligeiramente favorável à não aplicação do princípio em via preliminar — entendendo ser esta uma questão para o mérito⁴³. O juiz Cançado Trindade, por sua vez, dedicou parte de sua opinião à “impertinência” do princípio, associando-o a distorções geradas pela “obsessão com o estrito paradigma interestatal”⁴⁴. Caso o princípio seja invocado novamente no futuro, talvez não seja de se surpreender que as opiniões oferecidas pelos juízes no presente caso venham a ser invocadas para integrar a linha defensiva dos Estados litigantes. Assim, ainda que não tenha sido objeto direto da decisão da Corte, as opiniões dissidentes em si demonstram a relevância do caso perante a CIJ.

Por fim, nota-se que os três Estados demandados levantaram como objeção preliminar o fato de que “a Corte deveria declinar o exercício de sua jurisdição porque uma decisão no mérito seria privada de uma consequência prática”⁴⁵. A tese sustentada foi basicamente embasada em dois anteriores julgamentos da Corte⁴⁶, nos quais a Corte afirmou que “existem limitações inerentes ao exercício da função judicial que a Corte, como uma corte de justiça, nunca pode ignorar. (...) É a própria Corte, e não as partes, que devem ser as guardiãs da integridade judicial da Corte”⁴⁷. Em duas ocasiões, a Corte utilizara um argumento similar para afastar sua jurisdição vez que se tratavam de situações irreversíveis. No presente caso, de acordo com os Estados demandados, um julgamento que declarasse a violação da obrigação de negociar seria “incapaz de qualquer significativa

37 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*. ICJ Reports 1992.

38 Do original: “Consequently a determination by the Court that the United Kingdom is in breach of its obligations to negotiate by reason of this conduct cannot be confined to the United Kingdom alone”.

39 Do original: “This Court has clarified that the Monetary Gold principle only applies where the determination of the responsibility of a third State is a prerequisite for the determination of the responsibility of the respondent State”

40 Tomka Para 39

41 Xue, para 9.

42 Bhandari, Paras 18-20.

43 Crawford, para. 33.

44 Cançado Trindade, paras 128-131.

45 *Caso do Desarmamento Nuclear*, nota 1 *supra* Reino Unido, para 23; Índia, para 22; Paquistão, para 22.

46 Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 15; Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253.

47 Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963, p. 29.

e efetiva aplicação”⁴⁸, sobretudo porque dependente de terceiros Estados. Nota-se aqui uma sobreposição das objeções de “efeito útil” e do *Ouro Monetário*. A objeção não reverberou nas opiniões dos juízes, que pouco discutiram sobre o potencial efeito útil e a integridade judicial da Corte nesse caso. Apenas o juiz Bandhari mencionou que essa questão deveria ter sido decidida⁴⁹. Embora seja inconclusivo elaborar hipóteses com base no silêncio da Corte e da maioria dos juízes, pode-se questionar se, na atualidade, o argumento de “efeito útil” de um julgamento relacionando-se à “integridade judicial” de um tribunal internacional seja ainda eloquente.

A decisão preliminar da Corte Internacional de Justiça no caso do *Desarmamento Nuclear* foi uma decisão de natureza processual. Sem tocar o mérito, arguiu-se e verificou-se os requisitos à jurisdição e admissibilidade da demanda. Independentemente de como possa ser interpretado o julgamento, os três argumentos procedimentais aqui cotejados confirmam a tese da relevância do caso do *Desarmamento Nuclear* perante a Corte Internacional de Justiça.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE A RELEVÂNCIA DO CASO

Juntamente às opiniões consultivas dos casos *South West Africa (1966)* e *Legalidade do Uso e a Ameaça de Armas Nucleares (1966)*, o caso do *Desarmamento Nuclear* repousa no rol dos casos em que a Corte beirou as fronteiras entre o político e o jurídico e dividiu-se. Os juízes dissidentes são eloquentes como poucas vezes foram juízes da CIJ. Tais fatos, e os três aspectos estudados neste trabalho, confirmam a relevância do caso para o direito internacional.

Não se pode deixar de observar que a decisão da Corte Internacional de Justiça, no caso do *Desarmamento Nuclear*, também confirma a hipótese de que tribunais e cortes internacionais desempenham papéis que ultrapassam o limite da mera solução de dissidências jurídicas. Tratam-se, também, de fóruns para o avançar de posições e argumentos jurídicos (por vezes igualmente e eminentemente políticos) que vão além da controvérsia

em vigor. Desnecessário rememorar que os impactos políticos dessas decisões transpõem os jardins do Palácio da Paz.

Talvez possa-se conjecturar que a República das Ilhas Marshall, ao trazer um caso desse porte perante a Corte da Haia, cogitasse o possível trágico deslinde de sua tentativa de indicar a violação das normas de negociação do desarmamento nuclear pelos Estados portadores dessa espécie de armamento. Por fim, um desfecho como aquele encontrado nos três julgamentos de 2016, fruto de uma Corte extremamente dividida e com um *casting vote* do presidente, talvez possa ser considerado como o melhor dentre os piores resultados.

Em sua *plaidoirie* contra a Índia, o advogado das Ilhas Marshall, professor Luigi Condorelli, lembrou um antigo ditado italiano para apontar as inconsistências entre prática e discurso: “*tra il dire e il fare c'è in mezzo il mare*”. Numa tradução bruta, poder-se-ia reproduzi-lo como “entre aquilo que se prega e aquilo que se faz, existe um mar de distância”. Num contexto de intenso debate sobre armas nucleares, a atitude das Ilhas Marshall de atravessar tal mar e trazer à Corte Internacional de Justiça os Estados detentores de armas nucleares para apontar sua violação figura como uma iniciativa bastante conspícua e também distante do discurso de chancelarias.

REFERÊNCIAS

- ALTER, Karen J. The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review. In DUNOFF, Jeffrey L; POLLACK, Mark A. (orgs) *Interdisciplinary perspectives on international law and international relations: the state of the art*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. pp. 345-370.
- ANGHIE, Anthony. “Political, Cautious, and the meticulous: an introduction to the symposium on the Marshall Islands case” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp. 62-67, 2017.
- BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. “Prospects for the Increased Independence of International Tribunals”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 5, 2011.
- BIANCHI, Andrea. “Choice and (the awareness of) its consequences: the ICJ’s “structural bias” strikes again in the Marshall Islands case” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp. 81-87, 2017.

48 CR 2016/3, p. 30.

49 Bhandari, para 24.

- BOGDNADY, Armin von; VENZKE, Ingo. In whose name?: a public law theory of international adjudication. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- BONAFÈ, Beatrice Ilaria. “La Cour internationale de Justice et la notion de différent” *Ordine internazionale e diritti umani*, Vol. 5, pp. 924-933, 2016.
- BONAFÈ, Beatrice Ilaria. “La Cour internationale de Justice et la notion de différent” *Ordine internazionale e diritti umani*, Vol. 5, pp. 924-933, 2016.
- BONAFÈ, Beatrice. *La protezione degli interessi di Stati terzi davanti alla Corte internazionale di giustizia*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014
- BROWN, Chester. *A common law of international adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *The Universal obligation of nuclear disarmament*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão.
- CANNIZZARO, Enzo. *Diritto Internazionale*. Torino: Giappichelli, 2012.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*. ICJ Reports 1992.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Opinião Consultiva. ICJ Reports 1996. p. 226.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*. Opinião Consultiva. ICJ Reports 1996. p. 66.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and United States of America)*. ICJ Reports 1954, p. 19.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Nuclear Testes (New Zealand v. France)*. ICJ Reports 1974. p. 457.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Nuclear Testes (Australia v. France)*. ICJ Reports 1974. p. 253.
- Corte Permanente de Justiça Internacional *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, CPJI, 1924, p. 11
- D’ASPREMONT, Jean. *The Control Over Knowledge by International Courts and Arbitral Tribunals*. In SCHULTZ, Thomas; ORTINO, Federico. (orgs) *Oxford Handbook of International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press. (No prelo).
- FORLATI, Serena. *The International Court of Justice: an arbitral tribunal or a judicial body?*. New York: Springer, 2014.
- GAJA, Giorgio. *Assessing Expert Evidence in the ICJ, The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 15, 2017, pp. 409-418.
- GAJA, Giorgio. *Interpreting Articles Adopted by the International Law Commission*. *The British Yearbook of International Law*, Vol. 85, 2014, pp.10-20.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. “On form, substance and equality between States” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp. 75-80.
- GRAY, Christine. “The 2016 Activity of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Vol. 111, pp. 415-436, 2017
- KRISCH, Nico. “Capitulation in The Hague: The Marshall Islands Cases”, *Post no EJIL: Talk!*, 10 de Outubro de 2016. Disponível em <<https://www.ejiltalk.org/capitulation-in-the-hague-the-marshall-islands-cases/>>
- LIMA, Lucas Carlos. *O uso de experts em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça*, *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Vol. 13, 2016, pp.245-261.
- MAROTTI, Loris. *The International Court of Justice Role in Influencing the Approach of other Courts on Fundamental Procedural Matters*. In ARCARI, Maurizio; BALMOND, Louis. (orgs). *Le dialogue des juridictions dans l’ordre juridique international : entre pluralisme et sécurité juridique*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, pp.7-27.
- PALCHETTI, Paolo. *Litigating Member State Responsibility: the Monetary Gold Principle of Absent Organizations*. *International Organizations Law Review*, Vol. 12, 2015, pp. 468-483.
- PALCHETTI, Paolo. *The Power of the International Court of Justice to Indicate Provisional Measures to Prevent the Aggravation of a Dispute*, *Leiden Journal of International Law*, Vol 21, 2008, pp. 623-642.
- RANGANATHAN, Surabhi. “Nuclear Weapons and the Court” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp. 88-95, 2017.
- SARVARIAN, Arman et al (orgs.) *Procedural fairness*

in international courts and tribunals. Londres: British Institute of International and Comparative Law, 2015.

SERENI, Angelo Piero. *Principi generali di diritto e processo internazionale*. Milão: Giuffrè, 1955.

STOPPIONI, Edoardo. “The ICJ Decisions In The Marshall Islands Cases Or The Unintended Consequences Of “Awareness”, post no SIDIBlog, 24 de novembro de 2016. Disponível em <http://www.sidiblog.org/2016/11/24/the-icj-decisions-in-the-marshall-islands-cases-or-the-unintended-consequences-of-awareness/>).

TAMS, Christian J. “World Courts as Guardians of Peace”, *Global Cooperation Research Paper* 15 (2016);

THIENEL, Tobias. *Third States and the Jurisdiction of the International Court of Justice: The Monetary Gold Principle*. *German Yearbook of International Law*, Vol. 57, 2015, pp.321-352.

TOMKA, Peter; PROULX, Vincent J., *The Evidentiary Practice of the World Court in SAINZ-BORGO*, J.C. (org) *Liber Amicorum Gudmundur Eiriksson*. Leiden: University for Peace Press, 2016.

VENZKE, Ingo. “Public interests in the International Court of Justice - a comparison between Nuclear Arms Race (2016) and South West Africa (1966)” *AJIL Unbound*, Vol. 111, pp.68-74.

WHITE, Gillian Mary. *The use of experts by international tribunals*. Syracuse: Syracuse University Press, 1965.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Os controles de
convencionalidade tradicional
e interamericano: institutos
distintos ou duas faces da
mesma moeda?**

**The traditional and the
interamerican controls of
conventionality: different legal
institutes or two faces of the
same coin?**

Gilberto Schäfer

Roger Raupp Rios

Paulo Gilberto Cogo Leivas

Jesus Tupã Silveira Gomes

Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda?*

The traditional and the interamerican controls of conventionality: different legal institutes or two faces of the same coin?

Gilberto Schäfer**

Roger Raupp Rios***

Paulo Gilberto Cogo Leivas****

Jesus Tupã Silveira Gomes*****

RESUMO

O controle de convencionalidade é um instrumento de compatibilização material dos atos normativos dos Estados signatários com as disposições previstas em um tratado internacional, utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos desde a sua instalação. A partir do julgamento do caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* (2006), a CorteIDH adotou uma postura de valorização dos seus julgamentos e dos agentes públicos nacionais — especialmente, dos juízes —, conferindo-lhes o dever de efetuar essa harmonização, também sob o nome de controle de convencionalidade. No entanto, esses dois tipos de controle — *tradicional*, realizado pela CorteIDH, e *interamericano*, imposto a cada Estado — são institutos distintos ou representam as duas faces de uma mesma moeda? Este artigo procura responder à questão formulada, a partir do exame das suas diferenças. Inicialmente, apontamos os fundamentos do controle tradicional, estabelecendo as distinções com seu similar interamericano; em seguida, examinamos os atos estatais que se sujeitam a ele, a partir das decisões da CorteIDH, abordando a situação hoje vigente no Brasil; por derradeiro, são expostos os efeitos das sentenças frente ao Estado demandado e perante os demais signatários da CADH. O trabalho foi elaborado segundo o método dedutivo, por meio de pesquisa documental, com a revisão da bibliografia nacional e estrangeira sobre o controle de convencionalidade, bem como da jurisprudência interamericana. Os resultados parciais indicam que controle tradicional não se confunde com o interamericano, e apresentam características complementares e são importantes ferramentas para a promoção e a defesa dos Direitos Humanos na América Latina.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos – Corte Interamericana de Direitos Humanos – Controle de Convencionalidade Tradicional – Controle de Convencionalidade Interamericano – Distinções.

* Recebido em 26/09/2017
Aprovado em 21/01/2018

** Mestre e Doutor em Direito – UFRGS. Professor do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Juiz de Direito - Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gilbertoschafer@hotmail.com

*** Mestre e Doutor em Direito – UFRGS. Professor do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 4ª Região. E-mail: roger.raupp.rios@gmail.com

**** Mestre e Doutor em Direito – UFRGS. Professor do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter. Procurador Regional da República - Ministério Público Federal na 4ª Região. E-mail: pgleivas@uol.com.br

***** Mestrando em Direito – UniRitter. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: jtsg1976@gmail.com

ABSTRACT

The control of conventionality is a tool used in order to achieve the material compatibility between the normative acts of the signatory States and the provisions laid down in an international treaty. Since its inception, the Inter-American Court of Human Rights uses it. However, from the judgment delivered in *Case Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), the Court has adopted an attitude of appreciation of their judgments and of the public agents – especially judges –, giving them the duty to make this harmonization, under the name of control of conventionality. However, these two instruments – the *traditional* and the *Inter-American* – constitute several legal institutes or are they the different faces of the same coin? This paper intends to answer this question. Initially, we point out the legal fundamentals underlying the traditional control, establishing its differences with the Inter-American similar; then, we examine the State acts which are subject to the traditional control from the jurisprudence of the Court and the situation in Brazil; finally, we analyze the effects of the judgments entered by the Court in front of the respondent State and the other signatories of the ACHR. The study was prepared by the review of national and foreign bibliography about the role of the Court, in conjunction with the research of case law of that component. The partial results indicate that the traditional and the Inter-American controls are not to be confused, but both present themselves as important tools for the promotion and protection of human rights in Latin America.

Key words: International Law of Human Rights – Inter-American Court of Human Rights – Traditional Control of Conventionality – Inter-American Control of Conventionality - Differences

1. INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH, Corte) vem realizando, desde sua instalação, o exame de compatibilidade dos atos e omissões dos Estados signatários com o conjunto de disposições normativas de proteção à pessoa humana, tendo como centro a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH, Convenção) e outros tratados de direitos humanos de âmbito regional e universal. Essa atividade ocorre por

meio da invalidação dos atos nacionais que violam o *corpus juris* interamericano, da expedição de ordens aos Estados para a adoção de medidas administrativas e judiciais necessárias para sua adequação ao parâmetro mínimo de proteção fixado em favor da pessoa humana e da determinação para que a legislação doméstica — constitucional e infraconstitucional — seja alterada. Quando se trata da análise de harmonização legislativa, a Corte realiza controle de convencionalidade, como tradicionalmente compreendido.

A partir da metade da década passada, a Corte IDH também passou a denominar de *controle de convencionalidade* a compatibilização entre os ordenamentos nacional e internacional a ser realizada pelos agentes estatais nacionais — em especial, os juízes — atribuindo-lhes o dever de afastar a aplicação dos dispositivos locais que venham a contrariar o *corpus juris* interamericano.

Esse quadro suscita o seguinte questionamento: há duas modalidades de controle de convencionalidade — o *tradicional*, realizado pela CorteIDH desde sua instalação, e o *interamericano*, que deve ser levado a efeito pelos Estados, por imposição daquele órgão jurisdicional — ou ambas constituem manifestações distintas de um único instituto? Aparentemente, os institutos são diversos e atuam de forma complementar na defesa da pessoa humana na América Latina e no Brasil.

Nosso objetivo principal, no presente estudo, é verificar se os controles de convencionalidade tradicional e interamericano configuram ferramentas distintas e complementares para a consolidação dos direitos humanos nos âmbitos latino-americano e brasileiro. Como objetivos secundários, buscamos mapear os fundamentos convencionais de cada uma das modalidades de controle, indicar os atos que são objeto de exame em cada um deles e apontar as consequências do controle de convencionalidade tradicional.

O trabalho foi elaborado segundo o método dedutivo, por meio de pesquisa documental, com a revisão da bibliografia nacional e estrangeira sobre o controle de convencionalidade, bem como da jurisprudência interamericana, e encontra-se dividido em três partes distintas. Na primeira, são apontados os fundamentos normativos de cada um dos sistemas de controle — tradicional e interamericano —, indicando as disposições convencionais que regulamentam a sua atuação. Em seguida, apresentam-se os atos estatais que se encontram sujeitos a cada um dos sistemas de controle de acordo

com a Corte. Por derradeiro, são relacionadas as consequências do controle de convencionalidade tradicional, com especial atenção à eficácia da sentença internacional, aos efeitos de seus julgamentos, apontando a necessidade do diálogo entre os órgãos locais e a Corte IDH, com vistas à promoção e à proteção dos direitos humanos no âmbito regional, com referência à situação brasileira.

2. OS CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE “TRADICIONAL” E “INTERAMERICANO”: APROXIMAÇÕES E DIFERENÇAS

O processo de redemocratização no Brasil possibilitou uma significativa abertura do ordenamento jurídico nacional aos sistemas universal e interamericano de proteção aos Direitos Humanos, diante da primazia conferida à pessoa humana na Constituição Federal – a exemplo dos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana); 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais); e 5º, § 2º (atribuição do caráter de direito fundamental aos direitos e garantias previstos em tratados internacionais) – e da incorporação, ao ordenamento jurídico pátrio, de diversos tratados internacionais anteriormente celebrados, tais como a Convenção Americana de Direitos Humanos¹ e os Pactos Internacionais sobre Direitos Cívicos e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais².

Esse fenômeno ocorreu de forma virtualmente simultânea em diversos países latino-americanos, estabelecendo um ambiente propício à instalação e ao início dos trabalhos da Corte Interamericana de Direitos Humanos — órgão jurisdicional responsável, em última instância, pela responsabilização dos Estados membros da Convenção por eventuais violações às suas disposições —, cuja atuação tem influenciado de forma significativa a promoção e o desenvolvimento dos direitos humanos na América Latina, diante do histórico de violações sistemáticas ocorridas em períodos não democráticos³. Nesse contexto, vem ganhando relevo o

controle de convencionalidade, instrumento que, apesar de antigo, ainda não se encontra devidamente compreendido, suscitando diversas perplexidades entre os operadores do Direito.

2.1. O Controle de Convencionalidade Tradicional

O controle de convencionalidade realizado pela própria Corte ou *controle de convencionalidade tradicional*, para utilizar a terminologia adotada por Karlos A. Castilla Juárez⁴, constitui um instrumento de harmonização dos atos normativos nacionais com as disposições previstas em tratados internacionais de direitos humanos⁵, sob o fundamento de que o bem comum internacional e regional encontra-se em um nível axiológico superior aos interesses nacionais⁶.

Segundo Olivier Dutheillet de Lamothe⁷, a expressão surgiu no Direito Francês, a partir da Decisão n. 54-74, de 15 de janeiro de 1975⁸, na qual o Conselho Constitucional — órgão que na ocasião era responsável

adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2017.

4 Control de Convencionalidad Interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 32, n. 64, jul./dec. 2016. p. 88-89. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

5 Valerio de Oliveira Mazzuoli descreve que o controle de convencionalidade impõe um exame da compatibilidade vertical dos atos normativos domésticos com os tratados internacionais de direitos humanos, colocando-os em uma posição hierárquica superior à Constituição quando mais benéficos ao sujeito protegido. (*O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

6 SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 8, n. 1, 2010. p. 124-125. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

7 *Contrôle de Constitutionnalité et Contrôle de Conventionnalité*. 2007, p. 02. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

8 FRANÇA, Conselho Constitucional. *Décision 74-54 du 15 janvier 1975*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>>. Acesso em: 26 junho 2017. A discussão instaurada dizia respeito à conformidade de lei que autorizava a interrupção voluntária da gravidez com as disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Naquele momento, o Conselho Constitucional afirmou que, a pesar de os tratados internacionais gozarem de hierarquia supralegal, na forma do artigo 55 da Constituição, tal circunstância não implicava a competência daquele órgão para examinar a sua conformidade com os tratados internacionais celebrados pela França.

1 Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

2 Decretos n. 592 e 591, respectivamente, ambos de 06 de julho de 1992.

3 DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*. v. 50, n. 1, 2015, p. 55. Disponível em <<https://law.utexas.edu/faculty/>

pelo controle exclusivamente preventivo de constitucionalidade⁹ — recusou-se a examinar a compatibilidade dos atos normativos locais com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e com os diversos tratados que regulamentam o Direito Comunitário que já se instaurava na Europa.

O controle de convencionalidade autoriza que uma Corte internacional ou supranacional realize o exame de compatibilidade dos atos normativos de um país com os tratados de que ele é parte, determinando alterações no ordenamento interno, sob pena de sua responsabilização no plano internacional. Nesse sentido, Karlos A. Castilla Juárez identifica esse instrumento com o que ele chama “controle de tratados”¹⁰.

Há notícias da aplicação dessa ferramenta há quase um século, ainda que não lhe fosse atribuído esse nome, conforme aponta Ernesto Rey Cantor¹¹, quando a Corte Permanente de Justiça Internacional reconheceu a invalidade de lei polonesa que havia declarado a nulidade do título de propriedade de indústria alemã localizada na região da Alta Silésia, cujo território havia sido repassado à Polônia após o encerramento da Primeira Guerra Mundial, e autorizado a sua exploração pelo governo local, tendo como parâmetro o artigo 256 do Tratado de Versalhes e o Convênio Alemão-Polonês sobre a Alta Silésia celebrado em Genebra em 1922¹².

9 Destaca-se que, na França, até a edição da Lei Constitucional de 23 de julho de 2008, que criou a *Questão Prioritária de Constitucionalidade*, não se contava com um instrumento de aferição *a posteriori* da constitucionalidade das leis (APCHAIN, Hélène. *La QPC et le Contrôle de Conventionalité: complémentarité ou antagonisme?* Disponível em: <<http://www.credho.org/credho/travaux/apchainqccc.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2017.)

10 Control de Convencionalidad Interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 32, n. 64, jul./dec. 2016. p. 88-89. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

11 CANTOR, Ernesto Rey. *Control de Convencionalidad de las Leyes*. In: FERRER MAC-GREGOR POISTOT, Eudardo; ZALDÍVAL LELO DE LARREA, Arturo (coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. 09. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2008, p. 238. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2562-laciencia-del-derecho-procesal-constitucional-estudios-en-homenaje-a-hector-fix-zamudio-en-sus-cincuenta-anos-como-investigador-del-derecho-t-ix-derechos-humanos-y-tribunales-internacionales>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

12 CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Caso Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, Sentencia de Fondo da Corte Internacional Permanente de Justicia. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU (Org.). *DOCUMENTO A/CN.4/151*: Resumen de las decisiones de los tribu-

Esse instrumento não constitui, igualmente, uma exclusividade do nosso sistema regional de proteção aos Direitos Humanos¹³. Tanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos quanto o Tribunal de Justiça da União Europeia utilizam essa ferramenta ao examinarem, respectivamente, os casos em que a legislação de um dos países viola as disposições convencionais que regulamentam os direitos humanos e o direito comunitário naquele continente¹⁴.

Além disso, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde seu advento, já vinha buscando a harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais com a Convenção Americana de Direitos Humanos, desde que o país fosse parte da Convenção e tivesse reconhecido expressamente a jurisdição da Corte. De fato, conforme se verifica do julgamento proferido no caso *Neira Alegría y Otros vs. Perú* (1995)¹⁵, a Corte reconheceu a responsabilidade daquele país pela morte de Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar e William Zenteno Escobar durante amotinamento ocorrido no estabelecimento penal San Juan Bautista (“El Frontón”) em 18 de junho de 1986, onde os referidos agentes encontravam-se detidos, suspeitos da prática de crime de terrorismo. No referido julgamento, a Corte IDH reconheceu a irregularidade dos Decretos Supremos 012-IN e 006-86, editados em 02 e 06 de junho de 1986, que declararam estado de emergência nas províncias de Lima e El Callao, afastando a restrição do *habeas corpus* então operada.

nales internacionales relativas a la sucesión de Estados. 1962. p. 160-161. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_151.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

13 Nesse sentido é a doutrina de Pablo González Domínguez (*Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad*. Santiago: Centro de Estudios Jurídicos de Las Américas, 2014. p. 08. Disponível em: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/572/InformeControldeConvencionalidad_pgonzalez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 set. 2016).

14 NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Juris Interamericano para los Tribunales Nacionales, y su Diferenciación con el Control de Constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Control de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 482.

15 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Neira Alegría y otros vs. Perú*. Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo). San José, 19 de janeiro de 1995. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

No âmbito da CorteIDH, coube ao Juiz Sergio García Ramírez o uso pioneiro da expressão *controle de convencionalidade* (em seu sentido tradicional) para designar a atividade de compatibilização por ela realizada¹⁶. Em voto apartado proferido no julgamento do caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, em novembro de 2003, o referido magistrado declarou que, independentemente do órgão ou agente que tenha praticado o ato contrário à CADH, o Estado responde como um todo perante a CorteIDH, não se podendo deixar determinados agentes públicos ou órgãos estatais “... fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”¹⁷ Por ocasião do julgamento do caso *Tibi vs. Ecuador*¹⁸, em setembro de 2004, o magistrado apresentou novo voto concorrente, afirmando que enquanto os tribunais constitucionais conformam os atos do poder público e de outros agentes sociais aos limites impostos pela Lei Fundamental, a atuação da CorteIDH, de forma similar, deve promover a adequação da conduta dos Estados que se submetem à sua jurisdição aos parâmetros consensualmente estabelecidos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

2.2. O Controle de Convencionalidade Interamericano

O controle de convencionalidade interamericano identifica-se com a obrigação imposta aos Estados de promover, por si mesmos, a adequação de seu ordenamento jurídico às disposições inscritas em um tratado internacional de direitos humanos¹⁹. Trata-se, portanto,

16 BAZÁN, Víctor. *El Control de Convencionalidad: Incógnitas, desafios y perspectivas*. 2012, p. 25. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30034.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

17 ... fora do ‘controle de convencionalidade que a jurisdição da Corte internacional traz consigo. (tradução nossa) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (*Fondo, Reparaciones y Costas*). San José, 25 de novembro de 2003, p. 165. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

18 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). San José, 07 de setembro de 2004, p. 115. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

19 Nesse sentido, leciona Augusto César Leite de Resende: “Realmente, cabe aos Estados, primeiramente, promover e proteger em seu âmbito interno, os direitos humanos e, caso os Estados não se desincumbam plenamente desse ônus, caberá aos órgãos dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos garantir o

de um controle *de tratados*²⁰.

Eis o sentido da expressão *controle de convencionalidade* que restou consagrada na jurisprudência da CorteIDH no julgamento do caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, em que restou assentado:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²¹(grifamos)

Nota-se que a Corte aproximou-se do significado do controle de convencionalidade que havia sido fixado pelo Conselho Constitucional francês na *Décision* n°

respeito aos direitos consagrados nos tratados internacionais.” (A Executividade das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.10, n.2, 2013, p. 228. Disponível em: <<https://www.publicacoesaesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2579/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.)

20 CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de Convencionalidad Interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. Control de Convencionalidad Interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 32, n. 64, jul./dec. 2016. p. 88-89. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

21 124. A Corte está consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas, quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídas pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que lhe foi dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (Tradução nossa – grifamos) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*). San José, 26 de setembro de 2006, p. 53. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

74-54 du 15 janvier 1975, qual seja: cumpre aos juízes nacionais aferirem diretamente a compatibilidade entre a legislação local e os tratados internacionais²².

Importante distinguir, no entanto, que na Espanha²³ — a exemplo do que ocorre na França —, foi atribuído aos órgãos judiciais o ônus de promover a compatibilização dos atos normativos nacionais com os ordenamentos supranacionais e comunitários, enquanto a Corte Interamericana pretende que cada agente público estatal promova a adequação dos seus atos ao *corpus juris* interamericano.

De fato, segundo estabelecido pela Corte na Supervisão ao Cumprimento de Sentença proferida no caso *Gelman vs. Uruguay*²⁴, todos os Estados que integram a CADH devem obedecer não apenas às disposições inscritas na Convenção, mas também às interpretações a elas conferidas pela Corte no exercício da sua jurisdição contenciosa — de mérito, provisional ou executiva — ou consultiva, cumprindo a cada agente público, no limite de suas competências, o dever de verificar a compatibilidade dos atos normativos e administrativos com o *corpus juris* interamericano, com fundamento nos artigos 1.1 e 2 da Convenção²⁵. Além disso, os países

integrantes do sistema encontram-se obrigados a adequar seu ordenamento jurídico interno às disposições da CADH e de outros tratados internacionais vigentes no âmbito regional e internacional, a promover alterações no seu aparato administrativo, a investigar os casos de violação de direitos humanos ocorridos em seu território, promovendo a punição dos agentes públicos responsáveis e a fornecer treinamentos e capacitação em direitos humanos aos seus prepostos.

Esse modelo de controle de convencionalidade — *interamericano*²⁶ — é alvo de críticas, em razão da amplitude conferida ao seu objeto, que possibilita, ao menos em tese, exame de compatibilidade de qualquer ação ou omissão estatal, de atos normativos, judiciais e administrativos, com a Convenção e os demais instrumentos que compõem o *corpus juris* vigente no sistema regional de proteção aos direitos humanos.

2.3. Críticas aos Modelos de Controle de Convencionalidade

O uso de uma única denominação — *controle de convencionalidade* — para essas duas modalidades de controle, um aplicado diretamente pela Corte, outro por ela imposto aos agentes públicos nacionais, suscita questionamentos²⁷.

A primeira crítica é de ordem normativa. A atuação da Corte Interamericana não se assemelha, no particular, àquela desenvolvida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja autoridade repousa no reconhecimento da supremacia do Direito Comunitário sobre os ordenamentos jurídicos locais²⁸. Veja-se que não há

22 Nesse sentido, leciona Olivier Dutheil de Lamothe: “*En refusant d’exercer un contrôle de la conformité des lois aux traités internationaux dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a conduit les juridictions administratives et judiciaires à affirmer et développer une nouvelle compétence : le contrôle de conventionnalité de la loi.*” (Ao recusar a realização do controle de conformidade das leis aos tratados internacionais por meio do controle de convencionalidade, o Conselho Constitucional conduziu as jurisdições administrativas e judiciárias a afirmar e desenvolver uma nova competência: o controle de convencionalidade da lei.) (tradução nossa). *Contrôle de Constitutionnalité et Contrôle de Conventionnalité*. 2007, p. 02. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

23 Nesse sentido, Luis Jimena Quesada afirma que o Tribunal Constitucional espanhol vem reconhecendo a competência dos juízos ordinários para realizar a compatibilização dos atos normativos locais com os tratados internacionais, diante da compreensão de que o artigo 96.1 da Constituição Espanhola atribuem caráter supralegal a estas disposições (*Jurisdicción Nacional y Control de Convencionalidad: A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Navarra: Thomson Reuters Arazadi, 2013, p. 112-113).

24 *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013*. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. San José, 20 de março de 2013. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

25 GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad*. Santiago: Centro de Estudios Jurídicos de Las Américas, 2014. p. 15. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/han>

dle/2015/572/InformeControldeConvencionalidad_pgonzalez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 set. 2016.

26 CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de Convencionalidad Interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 32, n. 64, jul./dec. 2016. p. 102. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017

27 A esse respeito, Karlos A. Castilla Juárez aponta que, mesmo após uma década de desenvolvimento pela CorteIDH, ainda há inconsistências que podem levar à descaracterização e ao esvaziamento do conceito de controle de convencionalidade. (Control de Convencionalidad Interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 32, n. 64, jul./dec. 2016. p. 88-89. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017).

28 Apontam Armin von Bogdandi e Ingo Venske: “...el concepto de constitucionalismo está estrechamente vinculado con las concepciones federalistas del orden supranacional, que cobra sentido en el derecho de la Unión Europea pero que actualmente carece de vigencia en el derecho internacional.” (...

qualquer dispositivo na CADH que imponha aos Estados signatários o dever de integrá-la aos ordenamentos nacionais e muito menos de conferir-lhe hierarquia constitucional ou supralegal²⁹.

De outra parte, o controle de convencionalidade tem como pressuposto básico o reconhecimento da prevalência dos tratados internacionais de Direitos Humanos sobre os ordenamentos jurídicos dos Estados. No entanto, essa situação de superioridade das disposições convencionais não apresenta um caráter rígido e imutável³⁰, mostrando-se possível que elas deixem de ser aplicadas quando a proteção aos direitos humanos outorgada por ato normativo nacional seja mais abrangente ou eficaz. Isso em virtude do princípio *pro homine*, verdadeiro vetor de interpretação que direciona a atuação do intérprete e impõe a “... primazia da norma mais favorável à suposta vítima de violação de direitos humanos”, nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade³¹.

o conceito de constitucionalismo está estreitamente vinculado com as concepções federalistas da ordem supranacional, que fazem sentido no direito da União Europeia mas que atualmente carecem de vigência no direito internacional. – tradução nossa). ¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática. FERRER MACGREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso. *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 104-105. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/2885-1.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

29 DULITZKY, Ariel. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. In: *Texas International Law Journal*. v. 50, n. 1, p. 53. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>>. Acesso em: 08 jan 2017.

30 Não se pode confundir a primazia da norma mais favorável à suposta vítima de violação aos direitos humanos com a hierarquia normativa estabelecida em cada ordenamento jurídico. A hierarquia, em regra, é imutável e segue o escalonamento proposto por Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246-308, Tradução de: João Baptista Machado), com consequente invalidade dos atos normativos inferiores que não se encontrem em conformidade com aqueles que lhe são hierarquicamente superiores. O princípio *pro homine*, por sua vez, permite ao operador do Direito buscar qual a disposição que confere maior proteção ao indivíduo ou ao grupo em situação de vulnerabilidade, independentemente do seu grau hierárquico e sem que isso implique a invalidade dos demais dispositivos, que deixarão de ser aplicados apenas naquele caso concreto (RODRÍGUEZ, Gabriela. Artículo 29: Normas de Interpretación. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (Eds). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. 2014, p. 711. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2017).

31 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século:

Logo, as normas internas mais protetivas prevalecem sobre os dispositivos inscritos nos tratados internacionais de direitos humanos, mostrando-se necessária, em cada caso, a análise dos textos normativos que podem vir a regulamentar a matéria, com a prevalência dos direitos humanos, estabelecendo-se um verdadeiro diálogo entre os dispositivos nacionais e convencionais³², levando em conta a coerência do sistema de proteção aos Direitos Humanos, a necessidade constante de sua adaptação aos novos elementos fáticos e normativos e o caráter complementar entre os ordenamentos que o compõem³³.

De outra parte, a incorporação dos tratados e das interpretações realizadas pela Corte aos ordenamentos jurídicos dos Estados signatários encontra-se sujeita às peculiaridades de cada sistema constitucional, suas cláusulas de abertura e às suas formas de organização, mostrando-se inviável que os julgamentos proferidos pela CorteIDH, por si só, tenham a eficácia de alterar os aparatos administrativos estatais³⁴.

Do ponto de vista procedimental, segundo expressamente previsto no artigo 46.1.a da CADH — que dispõe sobre a necessidade de prévio esgotamento dos recursos previstos no ordenamento jurídico nacional —, a atuação da Corte deve ocorrer de forma subsidiária, limitando-se às hipóteses em que não se logrou êxito, no âmbito interno ou perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em afastar as violações

Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 104.

32 A respeito do necessário estabelecimento de relações diretas de diálogo franco e aberto entre os juízes nacionais e a CorteIDH, veja-se SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 44, n. 143, dez. 2017, p. 207-232. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/789/Ajuris143DT8>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

33 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método na Nova Teoria Geral do Direito: Um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31.

34 CASTILLA JUÁRES, Karlos A. Control de Convencionalidad Interamericano: Una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, v. 14, n. 33, p. 165, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960/4261>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

aos direitos humanos³⁵. Dessa forma, o principal responsável por velar pelo cumprimento das disposições convencionais é o próprio Estado signatário. De fato, a cada país são atribuídas as funções de, por meio de seu aparato interno, resolver suas próprias questões³⁶, em razão do princípio da subsidiariedade. Além disso, seus agentes, mais próximos dos fatos, encontram-se em posição privilegiada para examinar as complexidades do caso, adotando as medidas necessárias para a sua solução. Assim, conforme expõem Anderson Vichinkeski Teixeira e Rafael Köche³⁷, que o Estado mantém seu *status* de protagonista no direito interno e no Direito Internacional dos Direitos Humanos, diante do seu poder-dever de celebrar tratados internacionais e adotar as medidas necessárias para o seu cumprimento.

Ademais, não se pode qualificar como controle de convencionalidade qualquer ato de cumprimento das normas decorrentes da Convenção, da mesma forma que a aplicação das disposições constitucionais por um agente estatal em um determinado caso concreto não se confunde com o controle de constitucionalidade³⁸.

Diante desse quadro, impõe-se a leitura crítica dos julgamentos da CorteIDH, objetivando construir um conceito adequado de controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos.

3. OS CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE TRADICIONAL E INTERAMERICANO: TAREFA, OBJETO E EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Sergio García Ramírez afirma que a atuação da CorteIDH encontra-se voltada ao desenvolvimento dos Direitos Humanos na América Latina, não se constituindo em uma instância revisora ordinária. Nessa tarefa, ela limita-se a apreciar os casos de transcendência manifesta, cujos julgamentos constituem precedentes a serem seguidos pelos Tribunais dos Estados signatários ao apreciarem questões similares³⁹.

Além de valorizar seus próprios julgamentos e atribuir aos juízes nacionais um papel de extrema relevância na concretização e desenvolvimento dos direitos humanos, a Corte consolidou o entendimento de que qualquer ato do Estado que viole disposições convencionais, seja ele comissivo ou omissivo, independentemente de sua natureza (administrativa, legislativa ou judicial), ou de sua hierarquia no ordenamento jurídico interno, encontra-se sujeito ao controle de convencionalidade⁴⁰.

Descrito nesses termos, o controle de convencionalidade parece abarcar toda e qualquer concretização da CADH, razão pela qual se mostra necessário distinguir os atos que implicam a responsabilização internacional do Estado pelo descumprimento das obrigações expressamente assumidas nos tratados de direitos humanos, daqueles que compatibilizam os ordenamentos jurídicos estatais e o *corpus juris* interamericano⁴¹.

35 HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos). *Estudios Constitucionales*. Santiago, v. 13, n. 1, p. 128-129, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 mar. 2017.

36 DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*. v. 50, n. 1, 2015, p. 53. Disponível em <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>>. Acesso em: 08 jan 2017.

37 Um Direito sem Estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 10, n. 2, 2013. p. 92. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2561/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

38 Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho aponta diferenças entre as atividades de concretização da Constituição (cuja realização é atribuída, essencialmente, aos órgãos administrativos e legislativos) e de controle de constitucionalidade (que cumpre aqueles agentes – Juízes e Tribunais, no caso brasileiro – de efetuar a compatibilização dos dispositivos infraconstitucionais com a Lei Maior). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 891.

39 The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some pertinent questions. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Notre Dame, v. 5, n. 1, 2015. p. 124-125. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol5/iss1/5/>> Acesso em: 15 dez 2016

40 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Control de Convencionalidad (Test de). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; RAMÍREZ, Fabíola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (Orgs.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 240. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

41 CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, v. 13, n. 13, 2013, p. 80. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/427/688>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

3.1. Descumprimento convencional e responsabilização internacional do Estado

(A) Omissão em adequar o ordenamento interno ao *corpus juris* interamericano

A primeira situação a ser analisada diz respeito à omissão do Estado em fazer cumprir as disposições convencionais. No Direito brasileiro, há omissão inconstitucional apenas nas hipóteses em que a Constituição impõe expressamente ao legislador ordinário o dever de editar determinados atos normativos, não se caracterizando tal circunstância em qualquer inércia do Poder Legislativo em elaborar leis⁴².

A omissão no plano de proteção dos direitos humanos tem outro fundamento. Observa-se que a CADH impõe aos Estados, de forma genérica, o dever de adotar, “... de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (artigo 2). Há exigência de que se o Estado atue, existindo obrigações de fazer que se subdividem no dever de proteger (*duty/obligation to protect*) e de garantir (*duty/obligation to fulfill*)⁴³. No entanto, essas obrigações podem ser percebidas de forma diferente. Elas abrangem a omissão legislativa propriamente dita, com a edição de diplomas normativos para o seu cumprimento, e também *não fazeres* de outras autoridades e que nem sequer necessitam de uma mediação legislativa.

As omissões, nos termos da Convenção podem ser de diversas naturezas: ausência de edição de normas constitucionais ou legais ou inércia do Estado em adotar as medidas administrativas necessárias para a promoção e defesa dos Direitos Humanos reconhecidos na CADH. Assim, no plano da responsabilidade internacional, as condutas devem ser separadas, para que se dê um tratamento diferenciado para os casos em que há previsão convencional para que seja realizada uma reforma legislativa. Há que se notar que justamente há o comando inscrito na CADH que impõe um dever genérico de atuação do país signatário para compatibilizar

seu ordenamento jurídico e seu aparato legislativo ao *corpus juris* interamericano.

Mostram-se emblemáticas, nesse sentido, as sentenças proferidas pela Corte nos casos *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*⁴⁴ e *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*⁴⁵.

A discussão instaurada no primeiro caso⁴⁶ dizia respeito à inércia do Estado em garantir o direito de propriedade da comunidade indígena sobre o território por ela tradicionalmente ocupado, encontrando-se em tramitação o pedido na via administrativa, desde 1990, sem que houvesse resultado até data da submissão do caso à Corte (ocorrida em julho de 2009). Em consequência, restou inviabilizado o acesso do povo tradicional ao domínio e à posse da área, expondo os indígenas a dificuldades para obtenção de fontes de subsistência (alimentação), de condições sanitárias adequadas e a atendimento médico. Em consequência, houve a condenação do Paraguai à promoção das medidas necessárias à devolução da área tradicionalmente ocupada à comunidade indígena, à sua demarcação, ao afastamento de agentes estatais ou particulares que pudessem impedir a posse da área pelos seus titulares e à instalação de posto de saúde na localidade de 25 de Febrero para atendimento aos indígenas.

No julgamento do caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*⁴⁷, a CorteIDH reconheceu a ilicitude da conduta de agentes do Exército mexicano ao pro-

42 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 164.

43 PETERKE, Sven (Coord.). *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374 p. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

44 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 24 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

45 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 23 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

46 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 24 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

47 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 23 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

mover o desaparecimento forçado de Rosendo Radilla Pacheco, ocorrido em 25 de agosto de 1974, sem que se tenha notícia do seu paradeiro (ou de seus restos mortais) até os dias atuais, omitindo-se o Estado em promover a apuração dos fatos, punir os responsáveis e reparar os prejuízos sofridos pelos familiares da vítima. Nesse caso, as condenações impostas ao México diziam respeito, entre outros fatores, à localização da vítima ou dos seus restos mortais, à apuração dos fatos e à punição dos agentes públicos responsáveis pelo ato ilícito, além do pagamento de indenização aos familiares.

Conforme pode ser observado, a CorteIDH determinou aos Estados a adoção de medidas administrativas que garantissem, no primeiro caso, a posse de terras indígenas aos seus titulares, a investigação dos atos ilícitos praticados por agentes estatais e a punição dos responsáveis e, no segundo, a Corte impôs o cumprimento das obrigações assumidas pelo Paraguai e pelo México no âmbito internacional. Essas medidas não se confundem com atividades de compatibilização normativa — controle de convencionalidade em seu sentido tradicional.

(B) Atos judiciais contrários à Convenção

Por sua vez, a harmonização dos atos judiciais com o *corpus juris* interamericano não envolve atividade de compatibilização normativa, o que impede sua qualificação como controle de convencionalidade em seu sentido tradicional.

Nessa linha, revela-se importante o julgamento proferido no caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*⁴⁸. A controvérsia dizia respeito à manutenção da guarda, pela genitora, após o estabelecimento de relação homossexual, das filhas concebidas e nascidas durante o casamento com seu ex-marido, e ao direito a mãe e das crianças à convivência familiar. A Corte Suprema de Justiça chilena havia concedido a guarda das crianças ao pai, a fim de que as meninas não fossem expostas ao relacionamento amoroso de sua genitora com outra mulher e ao repúdio social que poderia advir de tal fato⁴⁹.

48 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 14 de febrero de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas). San José, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

49 Para um maior aprofundamento sobre o caso *Atalla Riffo y Niñas vs. Chile* e a irregularidade da discriminação contra as pessoas LGBTTI no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, recomendamos: RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. O

Ao examinar a questão, a Corte Interamericana declarou que o julgamento proferido no Chile violava os direitos à igualdade e à não discriminação, à vida privada, à proteção do casamento, ao direito das crianças e de sua mãe de serem ouvidas em juízo e tratadas com imparcialidade pelos órgãos judiciais locais, conforme previsto nos artigos 24, 11.1 e 11.2, 17.1 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e impôs ao Estado, dentre outras, as obrigações de prestar assistência médica e psicológica ou psiquiátrica às vítimas — se estas assim o desejassem —, de forma gratuita e imediata, e de implementar programas e cursos de capacitação aos seus agentes para a superação das discriminações por motivo de gênero e orientação sexual, de acordo com os itens 2 e 5 do dispositivo do julgamento⁵⁰.

Conforme já apontamos anteriormente, não houve aqui qualquer ato de compatibilização normativa entre o ordenamento jurídico nacional com o *corpus juris* interamericano, mas sim a imposição do cumprimento, pelos juízes locais, das obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado ao firmar a CADH. Cumpre destacar que o país já contava, à época, com disposições constitucionais e legais que dispunham sobre a igualdade entre os genitores e à guarda sobre os filhos, centrando-se a discussão no uso de critérios proibidos de discriminação em virtude da orientação sexual adotada pela genitora, não se caracterizando a ocorrência de controle de convencionalidade em seu sentido tradicional, conforme se observa do parágrafo 280 da sentença:

280. *En el presente caso, la Corte se limitó a examinar la relación entre la aplicación judicial de ciertas normas con prácticas discriminatorias.* El Tribunal no analizó la compatibilidad de una determinada norma con la Convención Americana *ni fue ello materia de este caso. Asimismo, los representantes no aportaron elementos suficientes que permitan inferir que las violaciones se hayan derivado de un problema de las leyes en sí mismas. Por tanto, la Corte considera que no es pertinente, en las circunstancias del presente caso, ordenar la adopción, modificación o adecuación de normas específicas de derecho interno.*⁵¹ (grifamos).

Sistema Interamericano de Derechos Humanos e a Discriminação contra Pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017, p. 1545-1576. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revista-ceaju/article/view/28033/20622>>. Acesso em 12 jan. 2018.

50 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 14 de febrero de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas). San José, 14 de fevereiro de 2012. p. 90. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

51 280. No presente caso, a Corte limitou-se a examinar a relação

Mais uma vez, não há atividade de compatibilização normativa: a atuação da Corte, nesses casos, tem por finalidade levar o Estado ao cumprimento das obrigações assumidas no âmbito internacional.

(C) Cumprimento de ordens expedidas pela CorteIDH no exercício das funções cautelar, executiva e consultiva

A afirmação de que há controle de convencionalidade mesmo quando a Corte desempenha suas funções cautelar, executiva e consultiva⁵², de igual sorte, deve ser examinada com certa reserva.

Ocorre que o cumprimento das medidas provisionais e das sentenças de mérito proferidas pela Corte decorrem da adesão do Estado à CADH e da sua submissão à jurisdição daquele órgão; elas não implicam, necessariamente, atividade de compatibilização entre os ordenamentos jurídicos nacionais e o *corpus juris* interamericano, não se podendo falar em controle de convencionalidade⁵³, mas sim em acatamento das ordens diretas pela CorteIDH, sob pena de responsabilização do Estado no plano internacional.

Quanto às medidas provisionais adotadas com fundamento no artigo 63.2 da CADH, observa-se que a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Hu-

manos, de 22 de novembro de 2004⁵⁴, relativa às Penitenciárias de Mendoza, impôs à Argentina a adoção de medidas administrativas para que fosse afastada a situação de degradação e de risco à integridade física dos presos que se encontravam detidos nos presídios de Mendoza⁵⁵. No caso, o governo argentino promoveu parte das modificações determinadas, com consequente melhora nas condições carcerárias, o que levou a Corte ao levantamento das medidas provisionais, por meio da Resolução de 1º de julho de 2011⁵⁶. Essa situação não implica controle de convencionalidade, tendo em vista que o país limitou-se a executar as medidas determinadas pelo órgão jurisdicional supranacional, não se verificando a presença de atividade de compatibilização normativa entre os ordenamentos jurídicos nacional e interamericano, mas sim o cumprimento das obrigações assumidas no plano internacional.

No âmbito das opiniões consultivas, verifica-se que a CorteIDH estabeleceu, na *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*, diretrizes para a proteção de crianças e adolescentes envolvidos em contextos migratórios, atribuindo aos Estados os deveres de iden-

entre a aplicação judicial de certas normas com práticas discriminatórias. O Tribunal não analisou a compatibilidade de uma determinada com a Convenção Americana nem foi isso matéria desse caso. Também, os representantes não trouxeram elementos suficientes que permitam inferir que as violações tenham derivado de um problema das leis em si mesmas. Portanto, a Corte considera que não é pertinente, nas circunstâncias do presente caso, ordenar a adoção, modificação ou modificação de normas específicas de direito interno” (tradução nossa, grifamos). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 14 de febrero de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas). San José, 14 de fevereiro de 2012. p. 81. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

52 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Controle de Convencionalidade*. Brasília: CNJ. 2016. p. 17. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

53 CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de Convencionalidad Interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 32, n. 64, jul./dec. 2016. p. 100. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

54 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos noticiou à Corte sobre o estado de degradação em que se encontravam os presídios da região de Mendoza, na Argentina (superlotação, falta de água, inexistência de instalações sanitárias, ausência de trabalho ou outras atividades de ressocialização, escassez de agentes penitenciários e mistura entre presos provisórios e condenados), com risco à integridade física dos detentos, tendo sido relatadas brigas frequentes, várias mortes e inúmeras lesões corporais. Diante disso, a Corte determinou ao Estado a adoção de medidas necessárias à proteção da vida e da integridade física dos detentos, bem como impôs que fossem investigados os fatos relatados. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004*. Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto de la República de Argentina. Caso de las Penitenciarías de Mendoza. San José, 22 de novembro de 2004. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/penitenciariamendoza_se_01.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2016.

55 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004*. Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto de la República de Argentina. Caso de las Penitenciarías de Mendoza. San José, 22 de novembro de 2004. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/penitenciariamendoza_se_01.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2016.

56 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011*. Medidas Provisionales respecto de la República de Argentina. Asunto de las Penitenciarías de Mendoza. San José, 1º de julho de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/penitenciariamendoza_se_09.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

tificar as pessoas em tal situação que se encontrassem em seu território, acompanhadas ou não de seus pais, verificando sua idade, nacionalidade, os motivos da saída de seu país de origem e outros elementos que fossem necessários para tanto, adotando as medidas necessárias, segundo o interesse superior da criança, para a sua proteção⁵⁷. Nessa situação, de igual sorte, a adoção das medidas administrativas indicadas pela Corte caracteriza-se como cumprimento, pelo Estado, das obrigações internacionais por ele assumidas.

Em idêntico sentido, cumpre destacar que, no âmbito da Supervisão ao Cumprimento de Sentença relativo ao caso *Gelman vs. Uruguay*⁵⁸, a CorteIDH reconheceu a irregularidade de julgamento proferido pela *Suprema Corte de Justicia* local que havia declarado a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da Lei n. 18.831 de 27 de outubro de 2011, contrariando diretamente o comando proferido na sentença de mérito proferida pelo órgão judicial interamericano em 24 de fevereiro de 2011⁵⁹ (em que efetivamente houve controle de convencionalidade).

Nos casos acima descritos, não houve atividade de compatibilização entre as disposições normativas estatais e o *corpus juris* interamericano, mas sim o estabelecimento de comandos aos países para que adotassem as medidas necessárias ao cumprimento das obrigações

assumidas no plano internacional, não se caracterizando (apesar da denominação atribuída pela CorteIDH) como controle de convencionalidade em seu sentido tradicional.

3.2. Controle de convencionalidade e compatibilização dos ordenamentos nacionais

A situação difere substancialmente no que se refere ao exame de compatibilidade realizado pela CorteIDH dos atos normativos nacionais (independentemente de sua hierarquia⁶⁰) com as disposições inscritas na CADH e nos demais tratados internacionais de direitos humanos vigentes na América Latina⁶¹. Trata-se de casos em que a Corte determinou expressamente ao Estado a alteração do seu ordenamento jurídico interno ou reconheceu como inválidas as disposições constitucionais ou legais invocadas pelos governos locais⁶².

No caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros vs. Chile*)⁶³, o governo local proibiu a exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” em território chile-

60 SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 8, n. 1, p. 124, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

61 Diversamente do que expõem Carla Ribeiro Volpini Silva e Bruno Wanderley Junior (A Responsabilidade Internacional do Brasil em face do Controle de Convencionalidade em sede de Direitos Humanos: Conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto à Lei de Anistia. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 621. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3699/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018), o controle de convencionalidade não se limita à aferição da compatibilidade vertical dos atos normativos nacionais com os tratados internacionais de direitos humanos, pois o parâmetro de convencionalidade a ser utilizado envolve tanto as disposições convencionais quanto as interpretações realizadas pela CorteIDH por meio de seus julgamentos.

62 Destacamos que a compatibilização normativa envolve disposições de qualquer área do ordenamento jurídico interno, inclusive as que disciplinam relações privadas, conforme aponta Alexandre Perazo Nunes de Carvalho a respeito do Direito Civil (Convencionalização do Direito Civil: A aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.12, n.2, 2015, p. 351-352. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3756/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018).

63 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 05 de febrero de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

57 Nesse caso, a Corte consignou que as medidas deveriam ser adaptadas para corresponder às necessidades especiais das crianças e adolescentes, com especial atenção ao direito de serem processados pela autoridade administrativa ou judicial especializada, ao direito de serem ouvidos em juízo e a participarem ativamente de todas as fases do processo, inclusive com auxílio de intérprete e de assistentes jurídicos e consulares, não podendo o Estado recorrer a medidas de internação ou privação de liberdade sempre que dispusesse de outras medidas menos lesivas. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. San José, 19 de agosto de 2014. p. 107-109. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf>. Acesso em: 13 jan 2017.

58 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013*. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. San José, 20 de março de 2013. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

59 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones). San José, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

no, com fundamento na Constituição daquele país (artigo 19.12, assim redigido: “*La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica,*”⁶⁴), no Decreto Lei n.º. 679 de 1974 e no Decreto Supremo de Educação n.º 376 de 1975. A discussão foi levada a juízo e a Corte Suprema de Justiça manteve a censura à produção cinematográfica. O caso foi submetido à apreciação da CorteIDH, que reconheceu a existência de violação à Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre outros aspectos, no que se refere à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13), de consciência e religião (artigo 12), e determinou ao Estado a modificação do seu ordenamento jurídico e da sua Constituição, para que fosse suprimida a censura prévia às produções de cinema.

Já o precedente estabelecido pela CorteIDH no caso *Boyce y Otros vs. Barbados*⁶⁵ demonstra a realização do controle de convencionalidade de forma simultânea sobre lei penal e sobre a Constituição do Estado signatário. A controvérsia dizia respeito à condenação de Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins e Michael McDonald Huggins à pena de morte em razão da prática de homicídio, com fundamento na Lei de Delitos contra as Pessoas de Barbados (cujo artigo 2 estabelecia, de forma obrigatória, a pena capital a todos os agentes condenados por tal crime). Além disso, a Constituição daquele país excluía, em seu artigo 26, qualquer controle de constitucionalidade sobre disposições normativas que já se encontravam em vigor ao tempo da sua promulgação.

Ao apreciar a questão, a CorteIDH declarou que o artigo 2 da Lei de Delitos contra as Pessoas não se encontrava em conformidade com os artigos 4.1 e 4.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que autorizam a aplicação da pena de morte tão somente aos crimes mais graves, devendo ser levadas em conta as circunstâncias específicas da prática do delito, e determinou ao país a reforma da legislação interna e da sua

própria Constituição, de forma a admitir o exame de compatibilidade das leis editadas em data anterior à sua vigência com o seu texto⁶⁶.

Nos dois casos citados, observa-se que, além de ter havido a responsabilização dos Estados no plano internacional (com a fixação de indenização pecuniária às vítimas, além de outras medidas reparatórias), a Corte impôs que cada um dos países, em *prazo razoável*, promovesse a alteração de suas respectivas Constituições e também, no caso de Barbados, da Lei de Delitos contra as Pessoas, determinando a adequação dos ordenamentos jurídicos internos ao *corpus juris* interamericano⁶⁷, realizando controle de convencionalidade dos atos normativos nacionais.

3.3. Controle de convencionalidade interamericano no Brasil

No Brasil, com exceção da Justiça do Trabalho⁶⁸, não se mostram numerosos os casos em que os julgadores nacionais tenham afastado a aplicação das disposições legais e constitucionais em virtude de sua incompatibilidade com o *corpus juris* interamericano, em especial no que se refere ao Supremo Tribunal Federal⁶⁹ e ao

66 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Boyce y Otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 20 de noviembre de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

67 HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad: Comparación: Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*. v. 7, n. 2, 2009, p. 122. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso&tng=es>. Acesso em: 03 fev. 2017.

68 Em pesquisa realizada juntamente ao sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho em 07 de julho de 2017, utilizando como parâmetro de pesquisa a expressão “controle de convencionalidade” juntamente à consulta de jurisprudência unificada, retornaram cento e cinco (105) resultados, o que revela uma maior preocupação da magistratura trabalhista com a compatibilização do ordenamento jurídico brasileiro com as disposições inscritas — em especial — nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho.

69 Rafael Fonseca Ferreira e Celine Barreto Anadon apontam que o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, tem demonstrado certa dificuldades em lidar com os tratados internacionais de direitos humanos, limitando-se, muitas vezes, à discussão sobre seu *status* hierárquico no ordenamento jurídico nacional (O Diálogo Hermenêutico e a Pergunta Adequada à Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil: Caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 182. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3655/>>

64 A lei regulará um sistema de qualificação para a exibição da produção cinematográfica; (tradução nossa). CHILE. Constituição (1980). *Constitución Política de la República de Chile*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

65 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Boyce y Otros vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 20 de noviembre de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, além do caso paradigmático representado pelo RE n. 466.343, em que foram reconhecidos o caráter supra legal dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e a ilicitude da prisão civil do depositário infiel⁷⁰, localizou-se, apenas, um julgamento, em consulta realizada ao sistema de consulta de jurisprudência disponível no sítio eletrônico da referida Corte na internet (www.stf.jus.br), em 07 de julho de 2017, tendo como parâmetro de pesquisa a expressão “Controle de Convencionalidade”.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240, na qual o STF declarou a constitucionalidade do Provimento Conjunto n. 03/2015, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que regulamentou a realização da audiência de custódia e fixou os procedimentos administrativos a serem adotados para essa solenidade, em atendimento ao disposto no artigo 7.5 da CADH. Há uma breve referência ao controle de convencionalidade, realizada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, buscando aferir a compatibilidade do ato normativo impugnado com a Convenção, o que ensejou manifestações em idêntico sentido dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso⁷¹.

pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018). Esta situação também é relatada por Gilberto Schäfer, Roger Raupp Rios, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Jesus Tupã Silveira Gomes, que descrevem a existência de uma relação de diálogo ainda frágil e incipiente entre o mais alto tribunal brasileiro e a Corte IDH (Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 44, n. 143, dez. 2017, p. 207-232. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/789/Ajuris143DT8>>. Acesso em: 18 jan. 2018).

Isso porque, aparentemente, boa parcela da comunidade jurídica, incluindo-se o próprio Supremo Tribunal Federal, tem revelado dificuldades em lidar com o tema dos tratados internacionais de direitos humanos, reduzindo o debate, no mais das vezes, à definição do status normativo dos instrumentos internacionais na ordem jurídica interna, sem maiores aprofundamentos teóricos acerca de seu papel ou de seu conteúdo na história institucional do Direito contemporâneo. (p. 179)

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 09 jun 2016.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

Consulta idêntica, realizada perante o sistema de pesquisa de jurisprudência disponibilizado no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça apresentou dois julgamentos proferidos por órgãos colegiados e dezesseis decisões monocráticas⁷². Os acórdãos referem-se, respectivamente, ao Recurso Especial n. 1.640.084/SP⁷³, julgado pela 5ª Turma em 15.12.2016, tendo como Relator o Ministro Ribeiro Dantas, e ao Habeas Corpus n. 379.269-MS, julgado pela 3ª Seção daquela Corte em 24 de maio de 2017, tendo como Relator o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e como redator do acórdão o Ministro Antonio Saldanha Pinheiro⁷⁴.

Ambos os casos referem-se à validade do artigo 331 do Código Penal — que tipifica o crime de desacato — frente à CADH, mas diferem quanto ao seu resultado: no primeiro julgamento, foi reconhecida a inconvencionalidade da disposição penal brasileira, por afrontar o disposto no artigo 13 da CADH, que protege a liber-

72 As decisões monocráticas dizem respeito aos seguintes feitos: (a) relativos ao crime de desacato: AResp n. 1.071.275, HC n. 400.975, HC n. 399.666, HC n. 390.287, HC n. 388.247, RE nos ED no AgRG no RHC 071.881, HC n. 312.926 e HC n. 359.880 (trata de ato infracional equiparado ao crime de desacato); (b) examinando a necessidade da audiência de custódia: HC n. 349.146 e HC n. 337.501; (c) sobre a inconvencionalidade das Súmulas n. 21 e 52 e revisão da Súmula n. 64, todas do STJ, que dispõem sobre o excesso de prazo na instrução criminal: RE no AgRG na Petição n. 11.013 e Petição n. 11.013; (d) quanto à regularidade do artigo 312 do Código de Processo Penal, que prevê a prisão preventiva fundada na garantia da ordem pública: HC n. 349.579; (e) a respeito da inconvencionalidade do artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, para afastar a punibilidade de mulher que ingressa em casa prisional para fins de visita escondendo substância entorpecente na cavidade anal: REsp n. 1.458.024 e REsp n. 1.509.601; e (f) referências a controle de convencionalidade, sem maiores especificações sobre o assunto, em razão de invocação de parte envolvida no processo: AREsp n. 11.999 e EDcl na MC 16.822. As listas completas encontram-se disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoef/toc.jsp?livre=controle+de+convencionalidade&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>> e <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoef/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=controle+de+convencionalidade&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso em: 07 jul. 2017.

73 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.640.084/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564541&num_registro=201600321060&dta=20170201&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

74 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 379.269/MS*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca; Relator para Acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 24 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&dta=20170630&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

dade de pensamento e de expressão; no segundo caso, a Corte declarou a regularidade da tipificação penal do desacato, sob o fundamento de que não há precedente específico da CorteIDH em relação ao Brasil, aplicando à espécie a teoria da margem de apreciação nacional.

Estabelecidas as distinções entre a aplicação do *corpus juris* interamericano e o controle de convencionalidade, bem como referida a pequena influência que o controle de convencionalidade *interamericano* apresenta no Brasil, cumpre analisar a eficácia dos julgamentos proferidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos perante os ordenamentos jurídicos nacionais.

4. A EFICÁCIA DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS PELA CORTEIDH FRENTE AOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS

Desde o julgamento proferido no caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, a CorteIDH vem defendendo a importância dos seus julgamentos como instrumentos de concretização dos comandos inscritos nos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que ela interpreta e aplica — com o caráter de última palavra — as disposições convencionais. Imprescindível, portanto, ter clareza quanto à eficácia dos pronunciamentos da corte.

4.1. Primazia das sentenças proferidas pela CorteIDH

Inicialmente, cumpre destacar que não há qualquer disposição na Convenção Americana de Direitos Humanos que atribua efeito vinculante e eficácia *erga omnes* aos julgamentos proferidos pela CorteIDH⁷⁵, limitando-se o artigo 68.1 do Pacto a estabelecer que o cumprimento da sentença é obrigatório tão somente para o Estado que foi parte no processo internacional⁷⁶. Nessa

75 Ruitemberg Nunes Pereira afirma inexistir hierarquia formal entre os tratados internacionais de direitos humanos — e as decisões da CorteIDH — e o ordenamento jurídico nacional, não se podendo atribuir às decisões interamericanas o caráter de precedentes vinculantes (Interações Transjudiciais e Transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.9, n.4, 2012. p.172. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2121/pdf>>. Acesso em 12 jan. 2018).

76 CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de Convencionalidad Interamericano: Una mera aplicación del derecho internacional.

situação, deve o Estado cumprir a decisão interamericana, envolvendo a adoção de medidas de natureza administrativa, judicial e legislativa⁷⁷, o que não se resolve tão somente pelo reconhecimento do caráter de título executivo judicial à sentença interamericana⁷⁸, tendo em vista a impossibilidade de o Poder Judiciário nacional, de forma imediata, impor coercitivamente a criação de leis aos membros do Poder Legislativo e a instituição de estruturas administrativas ao Poder Executivo.

No entanto, se o Estado, voluntariamente, assumiu, no plano internacional, os deveres de proteger e garantir os Direitos Humanos, inclusive submetendo-se à jurisdição da CorteIDH e sem possibilidade de invocar seu ordenamento jurídico interno para justificar desvios, na forma dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tal fato significa que a Constituição perde a posição de supremacia abso-

Revista Derecho del Estado. Bogotá, v. 14, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960/4261>>. Acesso em: 26 jan. 2017.

77 A respeito da matéria, Alexandra Huneus aponta as dificuldades enfrentadas para que os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo venham a cumprir as decisões proferidas pela CorteIDH, conforme se observa quanto à atuação dos Parlamentares: “The difficulty, though, has to do with the nature of the actor rather than the action: It is not that it is difficult to re-write the legislation pursuant to the Inter-American Court’s demands or to sit in a parliament and vote for it. The challenge is getting different actors from competing parties to agree to do so.” (“A dificuldade, no entanto, tem mais relação com o ator do que com a ação: não é tão difícil reescrever a legislação adequando-a à ordem da Corte ou fazer com que o Parlamento reúna-se e vote tais leis. O desafio consiste em convencer os diferentes agentes — de partidos contrários — a concordarem em fazê-lo.” — tradução nossa). (HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*. Cornell, v.44, n.3, 2011 p. 510. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1777&context=cilj>>. Acesso em: 14 mar. 2017).

78 Augusto César Leite de Resende defende a possibilidade de imposição coercitiva, pelo Poder Judiciário nacional, do cumprimento das medidas não pecuniárias fixadas pela CorteIDH em uma sentença condenatória contra o Brasil, nos seguintes termos: “Sendo assim, caso o Brasil não cumpra integral e voluntariamente a sentença da Corte, é possível a propositura de ação de execução, com o fim de garantir o adimplemento forçado da sentença, uma vez que, repita-se, ela é título executivo judicial. Nesses casos, a execução das sentenças da Corte para efetivar prestações de fazer ou de não fazer dar-se-á segundo o rito estabelecido no art. 461 do Código de Processo Civil; para garantir a entrega de coisa, seguirá o disposto no art. 461-A; e em se tratando de prestação pecuniária, a execução observará o rito da execução contra a Fazenda Pública.” (A Executividade das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 235. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2579/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018).

luta do ordenamento doméstico, existindo limitações à atuação do Estado, impostas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷⁹.

Não se deve olvidar que os comandos inscritos nos tratados internacionais de direitos humanos representam um mínimo comum aceito por todos os Estados que o celebraram ou posteriormente aderiram a tais comandos. Nas palavras de Sergio García Ramírez⁸⁰, eles constituem o *pisso*, o parâmetro mínimo de proteção, e não o seu *teto*, inexistindo óbices a que, em um determinado ordenamento nacional, sejam conferidas garantias maiores ao indivíduo ou ao grupo em situação de vulnerabilidade.

Apesar disso, a aplicação do princípio *pro homine* admite que as disposições nacionais venham a prevalecer sobre aquelas inscritas nos tratados internacionais sempre a proteção por elas outorgada no âmbito nacional seja mais abrangente ou eficaz⁸¹.

Dessa forma, mostra-se indispensável, em cada caso, a análise dos textos normativos que podem vir a regulamentar a matéria, com a prevalência dos direitos humanos e dos valores constitucionais, estabelecendo-se um verdadeiro diálogo entre os dispositivos nacionais e convencionais, levando em conta a coerência do sistema de proteção aos Direitos Humanos, a necessidade constante de sua adaptação aos novos elementos fáticos e normativos e o caráter complementar entre os ordenamentos que o compõem⁸².

79 CANTOR, Ernesto Rey. Controles de Convencionalidad de las Leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (Orgs.). *La Ciencia Del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo IX - Derechos Humanos y Tribunales Internacionales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p. 226. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/16.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2017.

80 *La "Navegación Americana" de los Derechos Humanos: Hacia un ius commune*. In: FIX-FIERRO, Héctor Felipe; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 486. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/20.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

81 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coords.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 104.

82 MARQUES, Cláudia Lima. O "Diálogo das Fontes" como Método na Nova Teoria Geral do Direito: Um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das Fontes: Do conflito à*

Apesar de esse entendimento poder ser criticado, sob o argumento de levar à arbitrariedade do julgador na escolha do texto normativo aplicável ao caso concreto⁸³, observa-se que toda atividade de interpretação implica escolhas por parte do intérprete. O critério hierárquico e a dupla compatibilidade (constitucional e convencional) não garantem, por si só, a adoção da norma mais favorável à vítima de violação aos Direitos Humanos, em especial nos casos em que os interesses defendidos por cada um dos litigantes são protegidos tanto no âmbito doméstico quanto no plano internacional.

Por sua vez, não se pode falar de uma aplicação automática e irrefletida do julgamento anteriormente proferido pela CorteIDH⁸⁴, impondo-se ao intérprete o exame das peculiaridades da questão a ser apreciada, verificando suas semelhanças e diferenças com a situação fática descrita no precedente e a extensão das proteções conferidas pelos ordenamentos jurídicos nacional e interamericano.

Destacamos que, na Argentina, mesmo antes da Reforma Constitucional de 1994 — que conferiu hierarquia constitucional a diversos tratados de direitos humanos, inclusive a CADH⁸⁵ —, a *Suprema Corte de Justicia*

coordenação de normas no direito brasileiro. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 31.

83 MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de Convencionalidade de Atos do Poder Público: Concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade? In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 313.

84 TELLO MENDOZA, Juan Alonzo. (2015). La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. *Prudentia Iuris*. Buenos Aires, v. 35, n. 80, p. 208. dez. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

85 O artigo 75(22) da Constituição Argentina encontra-se assim redigido: "*Artículo 75.- Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso,*

de la Nación vem adotando uma diretriz segundo a qual os juízes locais, diante da existência de um precedente da CorteIDH, devem identificar a *ratio decidendi* daquele julgamento, verificar sua aplicabilidade ao caso sob exame, mediante exame das situações fáticas existentes em cada uma das causas, e realizar o julgamento da ação em conformidade ou não com o precedente, apontando as semelhanças e diferenças entre os casos, inclusive com a possibilidade de afastamento da tese adotada pela Corte Interamericana, desde que devidamente indicados os fundamentos que os levaram a tal entendimento, de forma similar ao que ocorre, no sistema da *Common Law*, com as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*⁸⁶.

4.2. Efeitos da declaração de inconvenção

Outro ponto de questionamento diz respeito aos efeitos do reconhecimento de que um dado ato normativo nacional contraria o *corpus juris* interamericano: existe a necessidade de alguma providência por parte do Estado signatário?

por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.” (Artigo 75 – Cumprido ao Congresso: [...] 22. Aprovar ou rejeitar tratados celebrados os demais Estados e com as organizações internacionais e as convenções celebradas com a Santa Sé. Os tratados e as convenções têm hierarquia superior às leis. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo, a Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de acordo com suas condições de vigência, possuem hierarquia constitucional, não derogam qualquer artigo da primeira parte desta Constituição e devem ser compreendidos como complementares aos direitos e garantias por ela reconhecidos. Somente poderão ser denunciados, por sua vez, pelo Poder Executivo Nacional, mediante prévia aprovação de dois termos da totalidade dos membros de cada Câmara. Tradução nossa). ARGENTINA. *Constitución Nacional Argentina*. Disponível em: <<http://www.casarsoda.gob.ar/images/stories/constitucional-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

86 SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina: ¿Ante las puertas de La “Constitución Convencionalizada?” In: BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Ed.). *Controle de Convencionalidade*. Brasília. 2016. p. 107-121. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

No caso das leis que concederam anistia aos agentes responsáveis por graves violações de direitos humanos cometidas durante os períodos de ditadura militar na América Latina, Flávia Piovesan⁸⁷ aponta que a CorteIDH vem reconhecendo, a partir do julgamento do caso *Barrios Altos vs. Perú*⁸⁸, que elas carecem de efeitos jurídicos desde sua edição, razão pela qual se dispensa até mesmo um ato formal de revogação pelo país interessado.

Observa-se que, nos julgamentos de mérito proferidos pela Corte em situações similares (dentre os quais destacamos os casos *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*⁸⁹, *Gomes Lund y Otros vs. Brasil*⁹⁰ e *Gelman vs. Uruguay*⁹¹) não consta a ordem para derrogação dos dispositivos inconvençãoais: há, isso sim, comando específico para que o Estado assegure que as leis de anistia não impeçam as investigações dos atos praticados durante os regimes não democráticos, a apuração dos agentes responsáveis e a sua punição.

Situação similar ocorreu no caso *Gelman vs. Uruguay*, Ao proferir julgamento de mérito, a Corte havia reconhecido a inconvençãoalidade da *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* (Lei n. 15.848, de 22

87 PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en Derechos Humanos e Impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Hector; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 66. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/22.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

88 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo). San José, 14 de marzo de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

89 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 26 de setembro de 2006, p. 65. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

90 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilla do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

91 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de Febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones). San José, 24 de fevereiro de 2011, p. 85. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016. .

de dezembro de 1986), que impedia a investigação de crimes cometidos durante o período ditatorial instaurado naquele país e a responsabilização dos agentes envolvidos em tais atos⁹². Foi promulgada, então, a Lei n. 18.831 de 27 de outubro de 2011, que possibilitou a investigação dos fatos ocorridos e a punição dos agentes responsáveis⁹³. No entanto, a Corte Constitucional local reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 2º e 3º da nova lei, que afastavam a aplicação de qualquer prazo prescricional e qualificava os crimes como de lesa-humanidade. Ato contínuo, a Corte Interamericana, em sede de supervisão ao cumprimento de sentença, declarou a irregularidade do acórdão exarado pela Corte Constitucional uruguaia, sob o fundamento de que ela impunha obstáculos à investigação, apuração e punição dos agentes responsáveis por atos de grave violação de direitos humanos, contrariando o julgamento de mérito anteriormente proferido pela CorteIDH.

Impõe-se, aqui, realizar algumas considerações sobre o *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Apesar de a Corte ter reconhecido a inconveniência das disposições da Lei de Anistia brasileira (Lei n. 6.683/1979) que impediam a apuração de crimes praticados por agentes governamentais durante o período ditatorial instaurado no país⁹⁴, observa-se que o

92 URUGUAY. *Ley n. 15.848, de 22 de diciembre de 1986*. Funcionários Militares y Policiales: Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985. Disponível em <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7214926.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

93 URUGUAY. *Ley n. 18.831, de 27 de octubre de 2011*. Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985. Disponível em <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2131898.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

94 O ponto resolutivo n. 03 da sentença proferida pela CorteIDH foi assim redigido: “3. *Las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil*”. (3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e punição de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e a punição dos responsáveis, nem podem ter impacto igual ou similar em relação a outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil” – tradução nossa). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Senten-

Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, reconheceu a validade do referido diploma legislativo e manteve a sua vigência⁹⁵. O acórdão ainda não transitou em julgado, encontrando-se pendentes embargos de declaração opostos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

O descumprimento, pelo Brasil, do julgamento proferido no âmbito interamericano já foi apontado pela CorteIDH no âmbito da Supervisão ao Cumprimento de Sentença (item 5 dos pontos resolutivos da *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014 – Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*⁹⁶, e ensejou, no plano interno, o ajuizamento de nova Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL junto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro (autuada sob o n. 320), distribuído à Relatoria do Min. Luiz Fux, buscando afastar os obstáculos à investigação e punição dos agentes responsáveis pelos crimes de desaparecimento forçado promovidos por agentes estatais durante o período em que vigia o regime ditatorial no Brasil⁹⁷. Essa situação demonstra que, apesar da orientação adotada pela Corte, nem sempre a sentença por ela proferida declarando que determinadas disposições normativas nacionais carecem de efeitos jurídicos é suficiente para fazer com que os Estados signatários venham a afastar a aplicação da lei reconhecida como inconveniente, surgindo dúvidas quanto ao descumprimento da decisão proferida no âmbito interamericana

cia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 24 de novembro de 2010, p. 115-116. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

95 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

96 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014*. Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. San José, 17 de outubro de 2014. p. 41. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

97 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320*. Rel. Min. Luiz Fux. (em tramitação). Documentos disponíveis em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>>. Acesso em: 01 maio 2017.

no e sobre a necessidade da adoção de algum ato local de natureza legislativa ou administrativa que possa levar à implementação dos comandos inscritos na sentença internacional.

Chamamos a atenção para o fato de que, após o julgamento proferido no âmbito interamericano, a discussão não mais se resolve por meio de diálogo entre a CorteIDH e o STF: há uma decisão interamericana vinculante, em relação ao Brasil, nos termos do artigo 68.1 da CADH, cujo descumprimento pode ensejar novas responsabilizações do Estado brasileiro no plano internacional, diversamente do que pretendem Carla Ribeiro Volpini Silva e Bruno Wanderley Junior⁹⁸.

Por sua vez, nos casos que não envolvem a prática de crimes por agentes estatais em períodos ditatoriais, a Corte vem reconhecendo, em diversas oportunidades⁹⁹, a inconveniência de atos normativos locais, constando expressamente na sentença o dever de o Estado signatário que foi parte naquele feito promover, em prazo razoável, a compatibilização com o *corpus juris* interamericano por meio da alteração ou revogação do referido diploma.

Observa-se, portanto, que o afastamento da incidência das disposições normativas nacionais não é automático entre as partes envolvidas no feito, como pretende Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹⁰⁰, mostrando-se necessá-

ria a intervenção normativa do Estado.

Em relação aos demais administrados frente a esse Estado, a sentença interamericana não implica a revogação imediata dos dispositivos jurídicos nacionais¹⁰¹, mostrando-se indispensável a atuação direta do Estado em promover a revogação ou alteração do ato normativo em prazo razoável, sob pena de nova responsabilização no plano internacional.

Isso não implica uma autorização para a referida disposição continue a ser aplicada indiscriminadamente no âmbito interno. Diante da existência de um precedente internacional, mostra-se possível aos agentes estatais (especialmente aqueles que exercem a função jurisdicional) afastar a incidência da norma inconveniente, por meio de ato devidamente fundamentado, indicando os elementos de fato e as razões de direito que formaram a sua convicção, apontando as semelhanças e eventuais diferenças apuradas entre o precedente invocado e a situação analisada, possibilitando, inclusive, o afastamento ou a superação do precedente, caso a solução encontrada pelo juiz ou Corte local confira maior proteção à pessoa humana¹⁰².

Quanto aos demais Estados da CADH e sujeitos à jurisdição da Corte — aqueles que não foram parte no processo internacional —, os julgamentos possuem eficácia relativa, não implicando alteração direta em seus ordenamentos jurídicos. Tal circunstância, porém, não impede que as *rationes decidendi* utilizadas sejam examinadas pelos órgãos judiciais locais¹⁰³, estabelecendo-se um

98 A Responsabilidade Internacional do Brasil em face do Controle de Convencionalidade em sede de Direitos Humanos: Conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto à Lei de Anistia. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.12, n.2, 2015, p.612-629. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3699/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

99 Destacamos os julgamentos proferidos nos casos “La Última Tentación de Cristo” – *Olmedo Bustos y Otros vs. Chile* (Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 05 de febrero de 2001, p. 39 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017) e *Boye y Otros vs. Barbados* (Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 20 de noviembre de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017).

100 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional: Vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). In: *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2013, p. 667. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

101 Nesse sentido, manifesta-se Karlos A. Castilla Juárez: “*Con todo esto parece claro que no hay per se inaplicaciones, expulsiones, declaratorias de responsabilidad o figuras similares en donde no las hay expresa y reguladamente establecidas en cada sistema jurídico nacional.*” (Com tudo isso, parece claro que não há, por si, afastamento de aplicação, expulsões, declarações de responsabilidade ou figuras similares quando elas não estão expressamente previstas e reguladas em cada sistema jurídico nacional – tradução nossa). (Control de Convencionalidad Interamericano: Una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, v. 14, n. 33, p. 162, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960/4261>>. Acesso em: 26 jan. 2017).

102 SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina: ¿Ante las puertas de La “Constitución Convencionalizada?” In: BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Controle de Convencionalidade*. Brasília. 2016. p. 107-121. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

103 Nesse sentido, expõe Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes: “... a atuação judicial deve dar-se em harmonia com as novas vertentes do direito, da justiça e da democracia, todas as estruturas vetorizadas

verdadeiro diálogo entre os agentes nacionais e interamericanos enquanto entidades envolvidas em um projeto comum de proteção da pessoa humana¹⁰⁴.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A CorteIDH vem realizando a atividade de compatibilização dos atos normativos nacionais com o *corpus juris* interamericano desde a sua instalação, o que se caracteriza como controle de convencionalidade em seu sentido tradicional. No entanto, ao julgar o caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, em 2006, a Corte impôs aos Estados que firmaram a CADH e que aceitam a sua jurisdição contenciosa o dever de efetuar a adequação dos seus atos administrativos, judiciais e legislativos, comissivos e omissivos, com os tratados de direitos humanos vigentes no âmbito interamericano, atribuindo a essa tarefa o nome de controle de convencionalidade.

O presente estudo propôs-se a aferir se os controles de convencionalidade *tradicional* — realizado pela CorteIDH — e *interamericano* — por ela imposto aos Estados — constituem dois institutos distintos ou se são apenas as duas faces de uma mesma moeda. Nosso intuito é auxiliar o operador jurídico a superar as perplexidades que vêm sendo causadas pelo uso de uma única denominação para ferramentas aparentemente diversas. Nesse sentido, os estudos realizados apontam que os controles tradicional e interamericano confirmam nossa hipótese de que as duas modalidades de controle são institutos diferentes.

O controle tradicional vem sendo utilizado pelas Cortes Internacionais há significativo lapso temporal, por meio da invalidação de atos normativos estatais que contrariam os tratados internacionais celebrados por um determinado Estado, a partir da ideia de supremacia das disposições convencionais sobre o ordenamento jurídico nacional.

O controle interamericano, por sua vez, foi criado pela CorteIDH no julgamento do caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* e impõe que cada Estado que tenha aderido à CADH e aceite a jurisdição contenciosa da Corte, por meio dos seus agentes públicos — em especial, os juízes —, no âmbito interno, a compatibilização de seus atos administrativos, judiciais e legislativos com o conjunto formado pelos tratados internacionais de direitos humanos vigentes na América Latina e as próprias decisões da Corte.

A CorteIDH tem invocado as disposições inscritas nos artigos 1.1 e 2 da CADH para justificar a prevalência do *corpus juris* interamericano sobre os atos normativos nacionais e fixar o dever dos Estados de promover alterações no seu ordenamento jurídico e na sua estrutura administrativa, adequando-o ao sistema regional de proteção aos Direitos Humanos.

No entanto, a Convenção não impõe que o seu texto e a jurisprudência interamericana sejam obrigatoriamente incorporados ao direito interno nem define qual sua posição hierárquica nos ordenamentos jurídicos nacionais. De igual sorte, eventual modificação da organização administrativa e das atribuições dos agentes públicos locais encontram-se sujeitas a óbices de natureza legal e constitucional, cumprindo a cada Estado — e não à Corte — promovê-las.

Por sua vez, o *corpus juris* interamericano não goza de supremacia absoluta na proteção dos Direitos Humanos, sendo possível a aplicação do ordenamento jurídico local a um determinado caso concreto sempre que essa providência resultar em maior proteção à pessoa humana ou ao grupo em situação de vulnerabilidade, diante da incidência do princípio *pro homine*.

Destaca-se que nem todo pronunciamento realizado pela CorteIDH caracteriza-se como controle de convencionalidade. Nos julgamentos em que se tem flagrado omissões estatais ou a prática de atos administrativos e judiciais contrários aos deveres assumidos no plano internacional, a CorteIDH tem determinado ao Estado, de forma direta, o cumprimento das disposições convencionais. A situação difere quando se verifica a existência de disposições normativas constitucionais ou legais contrárias à CADH: nesses casos, há efetiva atividade de compatibilização das disposições normativas inscritas no ordenamento jurídico nacional com o *corpus juris* interamericano.

pelos direitos humanos.” (Internacionalização do Direito e Pluralismo Jurídico: Limites de cooperação no diálogo de juízes. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 9, n. 4, 2012. p. 230. Brasília, v.9, n.4, 2012. p. 230. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2123/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018).

104 BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Latinoamericanum: Una aclaración conceptual*. In: FIX-FIERRO, Héctor Felipe; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. p. 15. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/4.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

Quanto aos julgamentos proferidos pela CorteIDH, nos casos que caracterizam controle de convencionalidade em seu sentido tradicional, as sentenças possuem eficácia *erga omnes* e efeitos retroativos tão somente nos casos em que as disposições normativas locais impedem a investigação e responsabilização de agentes que praticaram atos de grave violação aos Direitos Humanos (os exemplos mais comuns dizem respeito às leis de anistia quanto aos crimes praticados durante os períodos ditatoriais). Nessas situações, a própria Corte afirma, expressamente, que tais leis *carecem de efeitos jurídicos*. No entanto, como se observa do caso *Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, nem sempre a existência de um julgamento no plano internacional mostra-se suficiente para fazer com que o Estado signatário venha a cumprir o julgamento proferido pela Corte Interamericana.

Nos demais casos, em regra, as sentenças internacionais são vinculantes e operam efeitos retroativos apenas para aqueles que foram parte no processo internacional, por força da coisa julgada. Quanto aos demais administrados, cumpre ao Estado que participou daquele feito promover, em prazo razoável, a alteração ou revogação da disposição normativa considerada inconveniente, mostrando-se possível afastar-se, desde logo, a aplicação dos referidos dispositivos, a fim de evitar novas responsabilizações no plano internacional.

Em relação aos outros Estados nacionais é preciso que se formule uma adequada teoria de efeitos vinculantes, identificando a *ratio decidendi* de cada julgamento para que eles possam ser aplicados pelas Cortes nacionais em verdadeiro diálogo. É preciso que os juízes de cada Estado, ao realizarem a busca da identidade do julgamento, atribuam-lhe efeito de precedente, mostrando-se necessário, em cada caso, o estabelecimento de diálogo entre os órgãos jurisdicionais nacionais e a Corte Interamericana para que seja alcançada a maior proteção às supostas vítimas de violação aos direitos humanos.

Pode-se observar, nesse sentido, que o controle de convencionalidade *tradicional* — controle dos atos normativos nacionais, realizado pela CorteIDH, tendo como parâmetro o *corpus juris* interamericano — e o controle de convencionalidade *interamericano* — exame de compatibilidade de quaisquer atos e omissões de um determinado Estado com os tratados internacionais e regionais de direitos humanos e os precedentes fixados

pela Corte, realizado por agente público estatal — constituem instrumentos diversos, que atuam em momentos distintos e — devidamente compreendidos e aplicados — podem vir a apresentar caráter complementar na promoção e proteção dos Direitos Humanos na América Latina.

Os estudos realizados não exauram a matéria sob exame. Os resultados apresentados são provisórios e tratam a pesquisa e as reflexões realizadas até o presente momento, mostrando-se necessário o aprofundamento e a discussão das questões suscitadas.

REFERÊNCIAS

APCHAIN, Hélène. *La QPC et le Contrôle de Conventionalité: Complementarité ou antagonisme?*. Disponível em: <<http://www.credho.org/credho/travaux/apchainqpc.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BARROSO Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efectividade de suas Normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 363 p.

BAZÁN, Víctor. *El Control de Conventionalidad: Incógnitas, desafíos y perspectivas*. 2012. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30034.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Latinoamericanum: Una aclaración conceptual*. In: FIX-FIERRO, Héctor Felipe; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. p. 03-23. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32345.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____; VENSKE, Ingo. *¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso. *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 83-129. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/2885-1.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 379.269/MS*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da

Fonseca; Relator para Acórdão: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 24 de maio de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1595452&num_registro=201603035423&data=20170630&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. _____. *Recurso Especial nº 1.640.084/SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1564541&num_registro=201600321060&data=20170201&formato=PDF>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. _____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Relator: Min. Eros Roberto Grau. Brasília, DF, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____. _____. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320*. Rel. Min. Luiz Fux. (em tramitação). Documentos disponíveis em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4574695>>. Acesso em: 01 maio 2017.

_____. _____. *Recurso Extraordinário nº 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 09 jun 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 891.

CARVALHO, Alexandre Perazo Nunes de. Convencionalização do Direito Civil: A aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.12, n.2, 2015, p. 341-354. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3756/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A.. ¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México, v. 13, n. 13, 2013, p. 51-97. Disponível em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/427/688>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Control de Convencionalidad Interamericano: Una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*. Bogotá, v. 14, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960/4261>>. Acesso em: 26 jan. 2017

_____. Control de Convencionalidad Interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*. San José, v. 32, n. 64, jul./dec. 2016. p. 87-126. Disponível em: <<http://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

CHILE. Constituição (1980). *Constitución Política de la República de Chile*. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentencia de 14 de febrero de 2012 (Fondo Reparaciones y Costas). San José, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Sentencia de Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo). San José, 14 de março de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. *Caso Boyce y Otros vs. Barbados*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 20 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 24 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones). San José, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. *Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf> Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 25 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. *Caso Neira Alegria y otros Vs. Perú*. Sentencia de 19 de enero de 1995 (Fondo). San José, 19 de janeiro de 1995. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 23 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

_____. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San José, 07 de setembro de 2014. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. *Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. San José, 19 de agosto de 2014. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf>. Acesso em: 13 jan 2017.

_____. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de julio de 2011*. Medidas Provisionales respecto de la República de Argentina. Asunto de las Penitenciarias de Mendoza. San José, 1º de julho de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/penitenciamendoza_se_09.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014*. Caso Gomes Lund y Otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. San José, 17 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013*. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. San José, 20 de março de 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004*. Solicitud de Medidas Provisionales presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Respecto de la República de Argentina. Caso de las Penitenciarias de Mendoza. San José, 22 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/penitenciamendoza_se_01.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2016.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. Caso Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca. Sentencia de Fondo da Corte Internacional Permanente de Justicia. In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU (Org.). *DOCUMENTO A/CN.4/151*: Resumen de las decisiones de los tribunales internacionales relativas a la sucesión de Estados. 1962. p. 160-161. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_151.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Con-

trol by the Inter-American Court of Human Rights. In: *Texas International Law Journal*. Austin, v. 50, n. 1, p. 45-93. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/69-inter-amer-constitutional-court.pdf>>. Acesso em: 08 jan 2017.

FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O Diálogo Hermenêutico e a Pergunta Adequada à Aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil: Caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v.12, n.2, 2015, p.175-192. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3655/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de Convencionalidad (Test de). In: _____; RAMÍREZ, Fabíola Martínez; MEJÍA, Giovani A. Figueroa (Orgs.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014. p. 240-242. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2017.

_____. Eficacia de la Sentencia Interamericana y la Cosa Juzgada Internacional: Vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso. *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2013, p. 617-671. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/2885-1.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Controle de Convencionalidade*. Brasília: CNJ. 2016. p. 13-34. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “Navegación Americana” de los Derechos Humanos: Hacia un ius commune. In: FIX-FIERRO, Héctor Felipe; BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Ra-*

sgos, Potencialidades y desafíos. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2014. p. 459-500. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/20.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

_____. The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some pertinent questions. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Notre Dame, v. 5, n. 1, 2015. p. 115-152. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol5/iss1/5/>> Acesso em: 15 Dez 2016.

_____. Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos). *Estudios Constitucionales*. Santiago, v. 13, n. 1. 2015, p. 109-128. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05 mar. 2017.

HITTEES, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad: Comparación: Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*. v. 7, n. 2, 2009, p. 123-162. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es>. Acesso em: 03 fev. 2017.

HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*. Cornell, v.44, n.3, 2011, p. 493-533. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1777&context=cilj>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

JIMENA QUESADA, Luis. *Jurisdicción Nacional y Control de Convencionalidad: A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013. 174 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 428 p. Tradução de: João Baptista Machado.

LAMOTHE, Olivier Dutheillet de. *Contrôle de Constitutionnalité et Contrôle de Conventionnalité*. 2007. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cccc.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2017.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Internacionalização do Direito e Pluralismo Jurídico: Limites de

- cooperação no diálogo de juízes. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 9, n. 4, 2012. p. 229-247. Brasília, v. 9, n. 4, 2012. p. 229-247. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2123/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método na Nova Teoria Geral do Direito: Um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das Fontes: Do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 17-66.
- MAZZUOLI, Valerio De Oliveira. *O Controle Jurisdicional de Convencionalidade das Leis*. 4 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 236 p.
- MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Controle de Convencionalidade de Atos do Poder Público: Concorrência ou hierarquia em face do controle de constitucionalidade? In: PAGILARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). *Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 293-315.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Juris Interamericano para los Tribunales Nacionales, y su Diferenciación con el Control de Constitucionalidad. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 467-544.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 24 jun. 2016.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações Transjudiciais e Transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 9, n. 4, 2012. p. 169-199. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2121/pdf>>. Acesso em 12 jan. 2018.
- PETERKE, Sven (Coord.). *Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374 p. Disponível em: <<http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>>. Acesso em: 05 dez. 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano en Derechos Humanos e Impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Hector; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y Desafíos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 61-81. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/22.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017
- RESENDE, Augusto César Leite de. A Executividade das Sentenças da Corte Interamericana de Derechos Humanos no Brasil. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 225-236. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2579/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- REY CANTOR, Ernesto. Controles de Convencionalidad de las Leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo (Orgs.). *La Ciencia Del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo IX - Derechos Humanos y Tribunales Internacionales. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p. 225-262. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/16.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2017.
- RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHÄFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Discriminação contra Pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017, p. 1545-1576. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revista-ceaju/article/view/28033/20622>>. Acesso em 12 jan. 2018.
- RODRÍGUEZ, Gabriela. Artículo 29: Normas de Interpretación. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentário*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer. 2014, p. 706-714. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2017
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina: ¿Ante las puertas de La “Constitución Convencionalizada?” In: BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Ed.). *Controle de Convencionalidade*. Brasília. 2016. p. 107-121. Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt

da Cruz, Tarciso Dal Maso. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Talca, v. 8, n. 1, 2010. p. 117-136. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Diálogo entre o Supremo Tribunal Federal Brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma realidade nos dias atuais? *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, v. 44, n. 143, dez./2017, p. 207-232. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/789/Ajuris143DT8>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; WANDERLEY JUNIOR, Bruno. A Responsabilidade Internacional do Brasil em face do Controle de Convencionalidade em sede de Direitos Humanos: Conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto à Lei de Anistia. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 612-629. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3699/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; KÖCHE, Rafael. Um Direito sem Estado? Direitos humanos e a formação de um novo quadro normativo global. *Revista de*

Direito Internacional. Brasília, v.10, n.2, 2013. p.86-100. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2561/pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2018.

TELLO MENDOZA, Juan Alonzo. (2015). La Doctrina del Control de Convencionalidad: Dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. *Prudentia Iuris*. Buenos Aires, v. 35, n. 80, p. 197-220. dez. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/doctrina-control-convencionalidad-tello.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Limiar do Novo Século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (coord.). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 103-151.

URUGUAY. *Ley n. 15.848 de 22 de diciembre de 1986*. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985. Disponível em <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp7214926.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

URUGUAY. *Ley n. 18.831, de 27 de octubre de 2011*. Pretensión Punitiva del Estado: Restablecimiento para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985. Disponível em <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2131898.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2017

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

El *soft law* como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad

Soft law as a source of international law: some reflections from complexity theory

Rafael Sanz

André Folloni

El *soft law* como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad*

Soft law as a source of international law: some reflections from complexity theory

Rafael Sanz**

André Folloni***

RESUMEN

El sistema de fuentes en derecho internacional carece de una “meta-norma” o, en terminología hartiana, una regla de reconocimiento expresa. El surgimiento *soft law* o derecho blando se vincula tanto con la indeterminación estructural de las fuentes del derecho internacional como con la incapacidad de los modelos tradicionales para describir la realidad jurídica existente hoy día. Por esta razón, este paper intenta comprender el *soft law* como una fuente del derecho internacional a partir de su condición y de la comprensión del sistema jurídico como un sistema complejo adaptativo desde la teoría de la complejidad contemporánea. Utiliza como ejemplos el Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas de la Unión Europea y la *lex mercatoria*.

Palabras clave: *Soft law*. Fuentes del derecho. Derechos fundamentales. Complejidad.

ABSTRACT

The system of sources in international law lacks a “meta-norm” or, in Hartian terminology, an explicit recognition rule. The emergence of *soft law* is linked to the structural indeterminacy of the sources of international law and to the inability of traditional models to describe the legal reality that exists today. For this reason, this paper tries to understand *soft law* as a source of international law based on its condition and the understanding of the legal system as a complex adaptive system based on the theory of contemporary complexity. It uses as examples the Code of Conduct on the taxation of European Union companies and the *lex mercatoria*.

Keywords: *Soft law*. Sources of Law. Fundamental Rights. Complexity

* Recibido em 29/11/2017
Aprovado em 18/12/2017

** Investigador en Derecho tributario en la Universidad de Sevilla. E-mail : rsanz@us.es

*** Doctorado em Derecho (Universidad Federal de Paraná). Profesor Titular y Director del Posgrado en Derecho (Maestría y Doctorado) — Universidad Católica de Paraná. E-mail: folloni.andre@pucpr.br

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de fuentes en derecho internacional carece de una “meta-norma” o, en terminología hartiana, una regla de reconocimiento expresa. Es decir: no existen criterios taxativos para determinar cómo se produce el derecho y, por tanto, cuándo una regla o principio forma parte del sistema jurídico internacional¹. A falta de una meta-norma expresa, es tradicional la remisión al artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en lo sucesivo, CIJ), que hace referencia a los tratados internacionales, la costumbre y los principios generales de derecho; además, el artículo se refiere –como medio auxiliar– a “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”. Ahora bien: se ha señalado que este precepto (cuyo antecedente fue redactado en los años veinte del siglo pasado) no se adapta a la realidad actual y, por tanto, no puede considerarse “la última palabra” sobre el sistema de fuentes². La doctrina considera también que se genera una distorsión al intentar aplicar con carácter general un precepto pensando para un órgano centralizado y construido sobre una concepción específica del derecho³.

El surgimiento del objeto de análisis de este trabajo, el soft law o derecho blando, se vincula tanto con la indeterminación estructural de las fuentes del derecho internacional⁴ como con la incapacidad de los modelos tradicionales para describir la realidad jurídica existente hoy día. Así, la propagación del término pone de manifiesto el desbordamiento del sistema tradicional de fuentes del derecho⁵. Ir más allá del territorio seguro del artículo 38 del Estatuto de la CIJ nos lleva a un ter-

reno “difícil” y “controvertido”⁶, pero es necesario explorarlo. THÜRER define el terreno denominado soft law como un “área gris entre el Derecho y la política”⁷; DEL TORO HUERTA, como “el ámbito en el que se transforma la norma social en norma jurídica”⁸. Vemos así que, para buena parte de la doctrina, el soft law describiría el espacio que se extiende entre aquellas reglas evidentemente jurídicas y aquellas que, claramente, no lo son, sino que pertenecen a sistemas como el político o el moral.

El soft law, en su sentido más amplio, es –según DI ROBILANT– un conjunto de instrumentos regulatorios y mecanismos de gobernanza que, aunque implican algún tipo de compromiso normativo, no se fundamentan en reglas vinculantes o un régimen de sanciones formales⁹. El elemento común a la mayoría de las definiciones propuestas es que no tiene carácter vinculante pero sí “efectos prácticos” desde un punto de vista normativo, en el sentido de que es capaz de orientar la conducta de determinados agentes. Por último, una definición más precisa se deriva de la identificación de tres elementos de juridicidad (obligación, o carácter vinculante; precisión, o determinación de la conducta sin ambigüedades; y delegación, que implica que se reconoce la potestad de terceros para implementar, interpretar, aplicar y desarrollar las reglas, así como resolver los conflictos que se produzcan). Sobre estos tres elementos, y teniendo en cuenta que no operan como dicotomías sino que son cuestión de grado, el soft law se define como aquel conjunto de normas donde alguna de estas tres dimensiones han sido debilitadas.

Aunque puedan identificarse algunos elementos comunes a las diversas definiciones doctrinales, un problema es que el término propuesto carece en realidad de un significado unívoco, pese a su frecuente uso y a los encendidos debates sobre su utilidad o conveniencia¹⁰. Es, más bien, un término “comodín” bajo el que se agru-

1 PROST, Mario. *The concept of unity in public international law*. Oxford: Hart Publishing, 2012. p. 103.

2 HOOFF, Godefridus van. *Rethinking the sources of international law*. Deventer: Kluwer, 1983. p. 82.

3 FALK, Richard A. On the quasi-legislative competence of the General Assembly. *The American Journal of International Law*, v. 60, n. 4, p. 782, Oct. 1966.

4 PROST, Mario. *The concept of unity in public international law*. Oxford: Hart Publishing, 2012, p. 103.

5 Se afirma que el *soft law* responde al desbordamiento de las fuentes del derecho internacional tal y como se reflejarían en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. SHELTON, Dinah. *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 1: la función del soft law se encuentra entre las cuestiones que plantea cuestiones sobre los límites del derecho internacional.

6 HILLGENBERG, Hartmut. A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 3, p. 499, 1999.

7 THÜRER, Daniel. The role of soft law in the actual process of european integration. In: Jacot-Guillarmod, O.; Pescatore, P. (Ed.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un espace économique européen?* Zürich: Schultess Polygraphischer Verlag, 1990. p. 131.

8 DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 6, p. 530, 2006.

9 ROBILANT, Anna di. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 3, p. 499-554, 2006.

10 ROBILANT, Anna di. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 3, p. 499-554, 2006, p. 501.

pa una gran variedad de instrumentos. DEL TORO ha llegado a afirmar, no sin ironía, que su función “no es, evidentemente, aclarar conceptos, pues tendría que empezar por aclararse a sí mismo”¹¹.

Este trabajo pretende contribuir al debate sobre la naturaleza del soft law y su relación con el sistema de fuentes para aportar, en la medida de lo posible, un poco de esa necesaria claridad.

2. UN ANÁLISIS DEL SOFT LAW A PARTIR DE TRES EXPERIENCIAS

La pluralidad y heterogeneidad del fenómeno analizado justifican la particular elección metodológica que caracteriza este primer epígrafe. Comenzaremos por describir el surgimiento de algunos instrumentos que han sido calificados como “soft law” y, a partir del análisis de las experiencias concretas, intentaremos luego identificar elementos comunes mediante un proceso de inducción lógica. En parte, se trata de reconstruir el proceso de creación del propio término ya que, como no podría ser de otra forma, el concepto de soft law es posterior al fenómeno que describe.

El término “soft law” se emplea en un primer momento para hacer referencia a normas ineficaces¹². Posteriormente, el concepto comienza a usarse en un sentido técnico específico similar al actual. A veces, la paternidad del concepto (en este sentido técnico) se atribuye a Richard BAXTER¹³, quien lo habría introducido en su curso de derecho internacional público en la Escuela de Derecho de Harvard¹⁴; o a Arnold D. McNAIR, aunque este lo habría empleado más bien como sinónimo de *lex ferenda*¹⁵. La cuestión es poco relevan-

te: no nos interesa la autoría individual de un término, sino el proceso por el cual se le dota de un determinado significado intersubjetivo. Por lo demás, es pacífico que el término se originó en el derecho internacional público, probablemente por sus particulares características, y luego se ha trasladado otros contextos, incluidas numerosas ramas del derecho interno¹⁶.

Los tres fenómenos que se analizarán son las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas; el Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, como ejemplo de instrumento no vinculante formulado en el seno de la Unión Europea; y la llamada *lex mercatoria*. Nuestra intención no es, ni mucho menos, aportar nada novedoso a cada debate concreto; sino analizar cómo surge cada nuevo instrumento y cómo le siguen diversos intentos de categorización por parte de la doctrina y, en su caso, de encuadre en el sistema de fuentes. El objetivo es, en suma, esbozar una especie de genealogía del soft law. Nuestro foco estará no en cada instrumento en sí, sino en el debate jurídico que se genera y las circunstancias en las que se emplea este término.

2.1. Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Algunos de los primeros usos del concepto de “soft law” se refieren a las resoluciones de las instituciones de la Organización de las Naciones Unidas, sobre todo de la Asamblea General, y a su integración o no (y, en su caso, en qué circunstancias) en el sistema de fuentes del derecho internacional público.

La cuestión práctica que la doctrina trató de determinar era si las resoluciones de la Asamblea General tenían la capacidad de influir en la conducta de los Estados con carácter general, pese a que la Carta de las Naciones Unidas no le atribuya capacidad normativa alguna. El derecho internacional, originariamente, se estructura en torno a los acuerdos entre Estados soberanos. Uno de los objetivos principales de estos agentes es evitar verse vinculados sin que medie su expreso consentimiento. Para consentir de manera efectiva, los Estados deben saber qué tipo de actuación creará una

11 DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 6, p. 543, 2006.

12 “Untaught law, conversely, is soft law, ineffective law, disappearing law, ultimately, dead law”, según VALNDERBILT, Arthur T. The law school in a changing society: a law center. *American Bar Association Journal*, n. 32, p. 525, 1946.

13 Por ejemplo, en FRANCK, Thomas. *The power of legitimacy among nations*. Oxford: Oxford University Press, 1990. p. 29.

14 HASSAN, Parvez. The international covenants on human rights: an approach to interpretation. *Buffalo Law Review*, v. 19, n. 3, p. 35-50, 1970.

15 D’ASPREMONT, Jean. Softness in international law: a self-serving quest for new legal materials. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 5, 2008, p. 1081; FOOTER, Mary E. The (re)turn to ‘soft law’ in reconciling the antinomies in WTO law. *Melbourne*

Journal of International Law, v. 11, p. 2, 2010.

16 ROBILANTI, Anna di. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 3, p. 499-554, p. 499, 2006.

expectativa de cumplimiento futuro¹⁷. Este era el marco conceptual bajo el cual se analizó la función de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas. ¿No es incompatible con este principio estructural del derecho internacional la idea de que el soft law pueda implicar cierta vinculación? En principio parece serlo, y de hecho la idea de que las resoluciones podrían constituirse como una fuente del derecho internacional parte, en primera instancia, del mundo académico¹⁸ más que de unos Estados celosos de su soberanía.

Siguiendo a KERWIN, pueden identificarse tres categorías de argumentos a favor del carácter vinculante de las resoluciones de la Asamblea General. Un grupo afirma que la autoridad de la Asamblea se deriva de la Carta de las Naciones Unidas, que es un tratado que vincula a todos los Estados miembros. De modo muy interesante, se sugirió en esta línea que no existe un órgano superior que pueda determinar cuál es la competencia de la Asamblea y que, por tanto, “los poderes de la Asamblea General pueden evolucionar de manera orgánica para enfrentarse a nuevas circunstancias”¹⁹. Un segundo grupo afirma que las resoluciones de la Asamblea pueden remplazar u operar como algunos de los elementos que determinan la existencia de una costumbre internacional²⁰. Por último, un tercer grupo (bastante heterogéneo) conecta el carácter vinculante de las resoluciones con la naturaleza representativa de la Asamblea; entre ellos, podemos señalar a quienes han considerado que la Asamblea tiene una función cuasi-legislativa²¹.

17 KERWIN, Gregory J. The role of United Nations General Assembly resolutions in determining the principles of international law in United States courts. *Duke Law Journal*, n. 4, p. 877, 1983.

18 KERWIN, Gregory J. The role of United Nations General Assembly resolutions in determining the principles of international law in United States courts. *Duke Law Journal*, n. 4, p. 890, 1983.

19 CASTAÑEDA, Jorge. *Legal Effects of United Nation Resolutions*. New York: Columbia University Press, 1969. p. 16. Por el contrario, HILLGENBERG afirma que las competencias de la Asamblea General sólo pueden modificarse mediante la enmienda de la Carta de las Naciones Unidas. HILLGENBERG, Hartmut. A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 3, p. 515, 1999.

20 Véase DUPUY, que al mismo tiempo afirma que “en un mundo donde el número de Estados se ha cuadruplicado y se han constituido grupos diferenciados en los planos económico, social, ideológico, una parte del derecho consuetudinario está condenado a la explosión” DUPUY, Rene-Jean. *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’*. In: Société Française pour le Droit International (Ed.). *L’Élaboration du droit international*. Paris: Pedone, 1975. p. 134.

21 FALK, Richard A. On the quasi-legislative competence of the General Assembly. *The American Journal of International Law*, v. 60, n.

Por el contrario, entre los argumentos contrarios a la inclusión de las resoluciones de la Asamblea General en el sistema de fuentes se encuentran los relativos a la existencia de contradicciones entre ellas o el hecho de que su redacción sea excesivamente vaga; se ha señalado también que no son indicadores fiables de la opinión mundial, por diversos motivos²². En este sentido, es interesante la propuesta realizada en su momento por BLEICHER, quien consideró que sólo podría considerarse que tienen cierto efecto normativo (en el sentido de creación de expectativas de cumplimiento futuro) aquellas resoluciones frecuentemente citadas por la propia Asamblea General, que expresarían convicciones estables en el tiempo²³.

En el seno de este debate podemos detectar el empleo del término “soft law” en el sentido técnico que luego se ha hecho dominante²⁴. Por ejemplo, en 1965, GROSS enmarcó el debate sobre la naturaleza jurídica y los efectos de las resoluciones de la Asamblea General en la diferencia entre el “hard law” (tratados y convenciones) y el “soft law” (resoluciones y declaraciones)²⁵.

Puede parecer una obviedad afirmar que el debate sobre la naturaleza de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU es consecuencia de la creación de dicha organización. Sin embargo, nos da una primera idea relevante: la aparición de nuevos actores en el ámbito internacional implica una tensión sobre el sistema de fuentes.

4, p. 782-791, Oct. 1966.

22 KERWIN, Gregory J. The role of United Nations General Assembly resolutions in determining the principles of international law in United States courts. *Duke Law Journal*, n. 4, p. 893-894, 1983.

23 BLEICHER, Samuel A. The legal significance of re-citation of General Assembly Resolutions. *The American Journal of International Law*, v. 63, n. 3, p. 446, Jul. 1969.

24 También, en algunos trabajos publicados en los años sesenta encontramos aún el uso de la expresión “soft law” como un equivalente aproximado de “norma ineficaz”, en el sentido que señalamos *supra*. Por ejemplo, cuando SCHACHTER describe en un trabajo de 1964 la Carta de las Naciones Unidas como “soft law”, se está refiriendo a que contiene principios de carácter general y abstracto, que deben concretarse a través de su aplicación a casos específicos por parte de las instituciones de las Naciones Unidas. En este sentido, “hard law” se refiere a derecho eficaz, o derecho preciso. SCHACHTER, Oscar. The quasi-judicial role of the Security Council and the General Assembly. *The American Journal of International Law*, v. 58, n. 4, p. 960-965, Oct. 1964; véase también HIGGINS, Rosalyn. The development of international law by the political organs of the United Nations. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, v. 59, p. 116-124, Apr. 1965.

25 GROSS, Leo. The United Nations and the role of law. *International Organization*, v. 19, n. 3, p. 555, 1965. Véase también CHRISTOL, Carl Q. Communist China and international law: strategy and tactics. *The Western Political Quarterly*, v. 21, n. 3, Sep. p. 464, 1968.

La doctrina tradicional sobre las fuentes del derecho fue formulada antes de la creación de organizaciones internacionales y, evidentemente, no podía tener en cuenta el efecto de la creación progresiva de una comunidad internacional²⁶, proceso que se pone de manifiesto a través de elementos como la fundación de la Organización de las Naciones Unidas, la profunda reformulación de los derechos humanos²⁷, la protección del medio ambiente, la explotación de los océanos, la exploración espacial, o la descolonización y la solidaridad como fundamento del desarrollo económico de los pueblos.

Curiosamente, durante la redacción del Estatuto de la CIJ se rechazó una propuesta para que la Asamblea General tuviera potestad legislativa, lo cual hubiera implicado una reformulación expresa del sistema de fuentes²⁸. Se impuso un carácter más continuista, que se limitó a recoger ideas ya consolidadas.

Sin embargo, tal y como afirmó SCHACHTER, los órganos políticos de las Naciones Unidas son centros de autoridad en un sistema institucional complejo a través de los cuales se desarrollan actividades que tienen un impacto en las políticas estatales²⁹. Posteriormente, la descolonización implicó un cambio profundo en la composición de la comunidad internacional (que dejó de ser fundamentalmente eurocéntrica y pasó a tener una mayor heterogeneidad), lo cual introdujo mutaciones en su agenda³⁰. En este sentido, DUPUY vincula la emergencia de los Estados del entonces llamado “tercer mundo” con la afirmación de nuevos principios que no se expresan a través de las fuentes tradicionales, sino – entre otros instrumentos– mediante “declaraciones co-

munes cuyo valor y efectos jurídicos son aún inciertos”, y que reciben el nombre de soft law³¹.

Por tanto, y en lo que por ahora nos interesa, la aparición de la Asamblea General en el sistema de instituciones del derecho internacional y, posteriormente, la independencia de nuevos Estados del “tercer mundo” con unos intereses diferentes a los de los países desarrollados, crearon nuevos medios de interacción, nuevos actos comunicativos y nuevos discursos. Ante la evidente imposibilidad de ignorarlos, la doctrina intentó incluirlos en el modelo del derecho internacional de varias formas: encajándolos en elementos que ya existían (es el caso de las teorías que vinculan las resoluciones de la Asamblea General con la costumbre); proponiendo una reescritura formal del sistema de fuentes (con una propuesta en tal sentido durante la redacción del Estatuto de la CIJ) o aplicando una categoría, la del soft law, de contornos poco nítidos y cuya interacción con otros elementos no es en absoluto clara.

2.2. El Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas

La Unión Europea se puede describir como una entidad supranacional de integración de Estados para la persecución de una serie de objetivos fundamentalmente económicos, pero también de otra naturaleza. Esta entidad está en permanente construcción desde 1950 a través de una serie de procesos de ampliación de competencias, creación de nuevas instituciones y expansión de su ámbito territorial. Por ese motivo, el sistema jurídico de la Unión Europea es particularmente dinámico. A lo largo de su historia ha debido aplicar muy diversas estrategias para solventar los problemas a que ha debido enfrentarse; el Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas es uno de ellos.

El sistema de la Unión Europea se caracteriza porque sus instituciones han admitido y promovido desde el inicio el uso conjunto de mecanismos de hard y de soft law³². El propio artículo 288 del Tratado de Funciona-

26 DUPUY, Rene-Jean. Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’. In: Société Française pour le Droit International (Ed.). *L’Élaboration du droit international*. Paris: Pedone, 1975. p. 133.

27 “No se puede entender ni el hecho, ni la estructura, ni la dinámica de la expansión de los derechos humanos después de 1945 si no se interpreta como una respuesta a la experiencia de una catástrofe política y moral [...] la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es la simple continuación de la historia de los derechos humanos desde el siglo XVII o XVIII” MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofía de los derechos humanos*. Barcelona: Herder, 2010. p. 21.

28 KERWIN, Gregory J. The role of United Nations General Assembly resolutions in determining the principles of international law in United States courts. *Duke Law Journal*, n. 4, p. 879, 1983.

29 SCHACHTER, Oscar. The quasi-judicial role of the Security Council and the General Assembly. *The American Journal of International Law*, v. 58, n. 4, p. 960-965, Oct. 1964.

30 PETERSON, M. J. *The UN General Assembly*. Abingdon: Routledge, 2006. p. 134.

31 DUPUY, Rene-Jean. Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’. In: Société Française pour le Droit International (Ed.). *L’Élaboration du droit international*. Paris: Pedone, 1975. p. 134.

32 CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law: text, cases, and materials*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 107; TRUBEK, David M.; COTTRELL, Patrick; NANCE, Mark. ‘Soft law’, ‘hard law’ and EU integration: toward a theory of hybridity. *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n. 1002, p. 65, nov.

miento de la Unión Europea (en lo sucesivo, TFUE), en su versión consolidada tras el Tratado de Lisboa, que recoge el elenco actual de “actos jurídicos de la Unión”³³, incluye entre las fuentes (secundarias) principales del derecho de la UE dos elementos, los dictámenes y las recomendaciones, de los que se dice expresamente que tienen carácter no vinculante (y que la doctrina, consecuentemente, ha calificado como “soft law”³⁴). Además, existe toda una serie de fuentes atípicas, no previstas expresamente en los Tratados, que también pueden considerarse soft law. Normalmente se trata de instrumentos dictados unilateralmente por la Comisión y el Consejo, aunque hay otros supuestos³⁵. Existen encendidos debates en la doctrina sobre su naturaleza y también sobre su utilidad o conveniencia, aunque nuestro interés es, de nuevo, analizar estos debates desde un punto de vista externo más que entrar en ellos. Los debates doctrinales y las iniciativas adoptadas por las instituciones sobre cómo categorizar estudios dispositivos *cuasi* normativos nos interesan como objeto de estudio.

Tradicionalmente, los Estados europeos se han mostrado reacios a ceder su soberanía en el ámbito de la fiscalidad directa por su importancia recaudatoria y como instrumento de política fiscal³⁶. Pero el hecho de que la creciente integración económica en el marco del mercado único europeo no haya ido acompañada de una homogeneización de los sistemas tributarios ha provocado toda una serie de problemas: entre ellos, diversos obstáculos jurídicos a las actividades u operaciones económicas transfronterizas o un grado elevado de competencia fiscal entre Estados miembros. Las instituciones han reaccionado para cubrir la falta de iniciativa de los Estados (y el bloqueo en el seno del Consejo, competente para adoptar medidas de armonización tributaria pero que requiere unanimidad para ello) promoviendo un ejercicio amplio de sus competencias o promoviendo

la coordinación a través de medidas de soft law, como alternativa a la armonización vinculante.

Concretamente, el Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas fue adoptado para dar respuesta a la competencia fiscal lesiva. Con este término, la Unión Europea se refiere a aquellas manifestaciones de competencia entre sistemas tributarios que producen efectos que deben evitarse, como una pérdida de ingresos fiscales (a través del fenómeno conocido como “*race to the bottom*”) o de eficiencia en la asignación de recursos (en la medida en que las decisiones empresariales se tomen puramente por motivos tributarios).

El Código de conducta describe qué es una medida fiscal “potencialmente perniciosa” (epígrafes A y B) y contiene un compromiso de los Estados miembros de no introducir nuevas medidas de este tipo (epígrafe C) y de dismantelar progresivamente las ya existentes (epígrafe D). Aunque el Código es “un compromiso político” y, por tanto, no influye en los derechos y obligaciones de los Estados miembros ni en las competencias de estos y de la Unión Europea³⁷, también se prevé un compromiso de comunicación de medidas vigentes o en tramitación que pudieran entrar en el ámbito de aplicación del Código (epígrafe E) y un procedimiento de evaluación de las medidas perniciosas (epígrafes F a I), así como un procedimiento de seguimiento y revisión de los resultados del propio Código (epígrafe N) y otra serie de disposiciones heterogéneas. Uno de los principales resultados de los procedimientos de evaluación es el llamado Informe Primarolo, aprobado el 29 de noviembre de 1999, que recoge una lista de 66 medidas que han merecido la consideración de perjudiciales tras la evaluación.

Además de ser un dispositivo no vinculante, desde un punto de vista formal se trata de un acto atípico, concretamente de una resolución. Tal y como ha señalado el Abogado General LA PÉRGOLA, en sus conclusiones presentadas en el caso NIFPO³⁸,

las resoluciones son uno de esos actos atípicos (no menos importantes) a los que el Consejo y la Comisión recurren en ocasiones –desde la óptica, sin embargo de la creciente integración entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros– para expresar su voluntad política, precisando los

2005.

33 En la versión original del Tratado de Roma de 1957, que creó la Comunidad Económica Europea, el artículo equivalente es el 189, que recoge el mismo listado de fuentes.

34 ALONSO GARCÍA, Ricardo. El soft law comunitario. *Revista de Administración Pública*, n. 154, p. 64, 2001.

35 SENDEN, Linda. *Soft law in European Community law*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 113.

36 ADAMCZYK, Łukasz; MAJDAŃSKA, Alicja, The sources of EC law relevant for direct taxation. In: LANG, Michael et al. *Introduction to european tax law: direct taxation*. Vienna: Spiramus Press, 2008. p. 20; y ROCCATAGLIATA, Franco. Diritto tributario comunitario. In: UCKMAR, Victor (Ed.). *Diritto tributario internazionale*. Padova: CEDAM, 2005. p. 1230-1231.

37 Así se señala expresamente en el preámbulo del Código.

38 Las conclusiones de los Abogados Generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son una especie de dictamen no vinculante previo a la sentencia del Tribunal.

elementos de los acuerdos alcanzados en el seno de la Institución con el fin de evitar que dichos acuerdos puedan ser cuestionados³⁹.

Encontramos dos elementos interesantes en las palabras del Abogado General. En primer lugar, la función que LA PÉRGOLA atribuye a las resoluciones es una tradicionalmente vinculada a los sistemas jurídicos: la estabilización de expectativas (concretamente, se expresan determinados acuerdos de voluntad para que no sean cuestionados en el futuro). En segundo lugar, la referencia a una “expresión de voluntad política”. El soft law se ha considerado una cuestión fronteriza entre el derecho y la política; con todo, es evidente que una ley o un tratado internacional (ambos instrumentos jurídicamente vinculantes, pertenecientes al *hard law*) son también expresiones de voluntad política, que pasan a tener efectos jurídicos porque interaccionan para ello con otros elementos del sistema.

Esta interacción, en el caso del Código, ya se puede prever con la redacción del propio texto. El epígrafe J hace referencia al régimen de ayudas de Estado (actuales artículos 107 a 109 TFUE), que prohíbe aquellas medidas estatales (incluidas las de naturaleza tributaria) otorgadas por un Estado miembro o con recursos públicos, que concedan una ventaja a sus beneficiarios, beneficiando a determinadas empresas o producciones y afectando (incluso solo potencialmente) a la competencia o a los intercambios entre Estados. Existe un deber de los Estados de comunicar medidas que potencialmente sean ayudas de Estado (en este caso, se trata de una obligación jurídicamente vinculante), que quedan sujetas a revisión por parte de la Comisión Europea. La doctrina señala cómo el Código de Conducta fue reforzado por la aplicación más estricta, por parte de la Comisión, de las reglas sobre ayudas de Estado⁴⁰.

GRIBNAU señala el “hecho notable” de que el informe Primarolo ha sido presentado a los Estados que han ingresado en la Unión Europea desde entonces como parte del acervo comunitario: es decir, como aquellas reglas que deben aceptarse para poder formar parte de la Unión. Como consecuencia, a su vez, los nuevos Estados han ejercido una fuerte presión sobre los que ya formaban parte de la Unión en 1999 para

que se garantice la plena aplicación del Código; también señala que existe una retroalimentación entre el Código de conducta y otros mecanismos de soft law que pertenecen a ámbitos diferentes (como los derivados del informe de la OCDE *Harmful Tax Competition: An Emerging Issue*, de 1998)⁴¹.

Los Estados miembros han reformado la mayor parte de sus medidas tributarias para adaptarse a las reglas del Código de conducta⁴². Su eficacia no sólo proviene de la interacción entre mecanismos de soft law y de hard law, sino que en las reflexiones de la doctrina están presentes algunos de los mecanismos mediante los cuales el soft law produce un impacto sobre la conducta: la voluntad de los Estados de evitar críticas (“*shaming*”), que es una de las causas de la eficacia de instrumentos como listas negras; la difusión de conductas por imitación o a través del discurso (es el caso de la interacción entre nuevos y antiguos Estados de la Unión en torno al informe Primarolo); o la creación de redes (“*networking*”), por ejemplo a través del grupo de trabajo que analiza las medidas potencialmente perniciosas. Estas redes facilitan la deliberación (el Código ha sido calificado como un instrumento de coordinación de las políticas tributarias, ya que prevé que durante la elaboración de nuevas medidas tributarias un Estado debe consultar con el resto cuando dicha medida puede ser potencialmente lesiva⁴³) y el aprendizaje⁴⁴.

2.3. Lex mercatoria

Desde los años 1980, las empresas transnacionales han impulsado con éxito un nuevo sistema jurídico, en gran medida no estatal, que regula las operaciones mercantiles transfronterizas y que recibe el nombre de *lex mercatoria*. Las empresas pretenden minimizar su relación con el marco de regulación estatal⁴⁵ porque cada

39 Conclusiones del Abogado General LA PÉRGOLA presentadas el 30 de septiembre de 1997, NIFPO, C-4/96, Rec. p. I-681, ap. 56.

40 GRIBNAU, Hans. Soft law and taxation: EU and international aspects. *Legisprudence*, v. 2, n. 2, p. 84, 2008;

41 GRIBNAU, Hans. Soft law and taxation: EU and international aspects. *Legisprudence*, v. 2, n. 2, p. 84, 2008.

42 GRIBNAU, Hans. Soft law and taxation: EU and international aspects. *Legisprudence*, v. 2, n. 2, p. 83-84, 2008.

43 GRIBNAU, Hans. Soft law and taxation: EU and international aspects. *Legisprudence*, v. 2, n. 2, p. 82, 2008.

44 Véase TRUBEK, David M.; COTTRELL, Patrick; NANCE, Mark. ‘Soft law’, ‘hard law’ and EU integration: toward a theory of hybridity. *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n. 1002, p. 79, nov. 2005.

45 SWEET ha afirmado que la *lex mercatoria* “parasita” al Estado: al tiempo que lo emplea para garantizar la efectividad de sus normas, las empresas transnacionales intentan minimizar el control estatal sobre su actividad económica. SWEET, Alec Stone. The new lex

vez les es menos útil; y quieren además evitar cualquier tipo de control externo que no esté sujeto a su aprobación. Se ha afirmado que una de sus características más destacadas es que el contrato desplaza a la ley como fuente central del derecho⁴⁶. Su aplicación se confía a un sistema de tribunales de arbitraje de carácter privado, pero cuyos laudos tienden a ejecutarse a través del derecho estatal.

Evidentemente, la propia naturaleza del sistema y su encaje en los modelos predominantes de *qué es derecho* se encuentra bajo discusión teórica. Como señalan KERCHOVE y OST, la *lex mercatoria* puede considerarse tanto no jurídica (un conjunto de usos comerciales que emanan del “cuerpo social”) como jurídica (“expresión de principios generales del derecho internacional”)⁴⁷. De nuevo nos encontramos, por tanto, en “el ámbito en el que se transforma la norma social en norma jurídica”, recordando la cita de DEL TORO HUERTA.

Gran parte de la doctrina que ha negado tradicionalmente el carácter jurídico de la *lex mercatoria* criticaba su legitimidad, en parte porque rechazaba la posibilidad de que el derecho pueda ser creado por actores privados. Sin embargo, las críticas actuales se centran más bien en las dudas sobre la definición de su contenido, su cognoscibilidad y predictibilidad⁴⁸.

Otra conclusión que extraemos al estudiar el análisis que la doctrina académica hace de la *lex mercatoria* es la siguiente: para muchos autores resulta clave en la práctica, a la hora de determinar su carácter jurídico, el reconocimiento por parte de determinados operadores jurídicos, fundamentalmente los jueces. Así, CUNIBERTI⁴⁹, MUSTILL⁵⁰ o TEUBNER se encuentran entre los autores que dan un lugar importante en sus análisis al hecho de que los jueces acepten o no la *lex*

mercatoria como fundamento para dictar determinadas sentencias con efectos en el derecho estatal. También es el caso de GALGANO, quien recoge un pronunciamiento de la Corte Suprema italiana donde esta afirma explícitamente que la *lex mercatoria* existe porque existe una comunidad empresarial que comparte una serie de valores que se refieren a su actividad (lo cual nos recuerda al adagio latino *ubi societas ibi ius*); y que existe en dicha comunidad la convicción mayoritaria de que tales valores son vinculantes⁵¹. Encontramos esta sentencia de un especial interés porque recoge un supuesto donde, a partir de una reflexión teórica sobre qué es derecho, un tribunal estatal reconoce el carácter jurídico de un sistema concreto nacido fuera del ámbito del Estado.

En el momento en que se acepta la existencia de un sistema fundamentalmente no-estatal que regula el comercio internacional, una de las tareas de la doctrina es precisamente la determinación de los elementos que lo componen. Evidentemente, esa es una problemática relacionada con las fuentes del derecho. La versión más reducida de la *lex mercatoria*, según JEMIELNIAK, sería aquella que considera que son fuentes del derecho de la *lex mercatoria* las prácticas o usos del derecho mercantil transnacional y los principios generales del derecho. Asimismo, en versiones más amplias, podrían incluirse estándares internacionales para el comercio establecidos por organismos tanto públicos como privados; modelos contractuales o laudos arbitrales⁵². En este ámbito encontramos, de nuevo, propuestas donde los mecanismos tradicionales o de *hard law* conviven con los de *soft law*, donde los mecanismos adoptados por los Estados interactúan con los que surgen de las interacciones comerciales en las que participan las empresas transnacionales. Por ejemplo, CUNIBERTI afirma que la *lex mercatoria* debe incluir los tratados internacionales sobre cuestiones comerciales que tienen más amplia aceptación; las prácticas y modelos contractuales y los principios generales del derecho⁵³.

La cuestión de si las prácticas y modelos contractuales pueden constituir una fuente del derecho (en este caso, del sistema jurídico conocido como *lex mercato-*

mercatoria and transnational governance. *Journal of European Public Policy*, n. 13, p. 627-646, 2006.

46 GALGANO, Francesco. The new *lex mercatoria*. *Annual Survey of International & Comparative Law*, v. 2, n. 1, p. 103, 1995.

47 KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *Le droit et les paradoxes du jeu*. Paris: PUF, 1992. p. 181.

48 JEMIELNIAK, Joanna. Application of transnational substantive rules to commercial disputes: on creative aspects of arbitral decision making. ZIRK-SADOWSKI, Marek; GOLECKI, Mariusz Jerzy; WOJCIECHOWSKI, Bartosz (Ed.). *Multicentrism as an emerging paradigm in legal theory*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009. p. 260.

49 CUNIBERTI, Gilles. Three theories of *lex mercatoria*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 52, n. 1, p. 372-380, 2013.

50 MUSTILL, Michael J. The new *lex mercatoria*: the first twenty-five years. *Arbitration International: The Journal of LCLA Worldwide Arbitration*, v. 4, p. 104-109, 1988.

51 Judgment of February 8, 1982, Cass., 1982 Foro It. I, 2285 (It.)

52 JEMIELNIAK, Joanna. Application of transnational substantive rules to commercial disputes: on creative aspects of arbitral decision making. ZIRK-SADOWSKI, Marek; GOLECKI, Mariusz Jerzy; WOJCIECHOWSKI, Bartosz (Ed.). *Multicentrism as an emerging paradigm in legal theory*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009. p. 257.

53 CUNIBERTI, Gilles. Three theories of *lex mercatoria*. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 52, n. 1, p. 381, 2013.

ria) es sin duda la más polémica. Al analizarla, TEUBNER afirma que “de acuerdo con la doctrina tradicional de las fuentes del derecho la *lex mercatoria*, sin duda, es no-jurídica. Puede ser cualquier cosa, normas profesionales, reglas sociales, costumbres, usos, obligaciones contractuales, acuerdos intra- o inter-organizacionales, laudos arbitrales, pero no derecho”⁵⁴. Y añade una afirmación que entendemos muy relevante: la distinción entre lo que es derecho y lo que no lo es se basa en una jerarquía de normas jurídicas donde las normas superiores legitiman a las inferiores, de modo que los fenómenos normativos que quedan fuera de esta jerarquía no son derecho, sino simples hechos. En un sentido similar, GALGANO afirma que “si continuamos concibiendo el contrato como mera aplicación del derecho, y no como una fuente del derecho, resultará imposible entender cómo está cambiando el derecho de nuestros tiempos”⁵⁵. Ambos autores coinciden en cuestionar la distinción norma-hecho, o creación-aplicación, en los términos en que se deriva de la concepción jurídica dominante; y ambos están recogiendo aquí una limitación inherente a dicha concepción hegemónica, y sobre la que volveremos luego.

3. EL PROBLEMA DEL PARADIGMA ACTUAL: LIMITACIONES DERIVADAS DEL MONISMO JURÍDICO Y DEL FORMALISMO JURÍDICO

Tras el análisis de los tres fenómenos anteriores, calificados de soft law por la doctrina mayoritaria, estamos en condiciones de sistematizar una serie de problemáticas que surgieron al intentar incluir este tipo de instrumentos en los modelos que permiten explicar qué es el derecho.

Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones no se consideraban fuentes del derecho internacional en la medida en que se tomaba como parámetro de referencia el artículo 38 del Estatuto del CIJ. Los intentos de la doctrina para ofrecer una explicación de este tipo de instrumentos oscila entre una tendencia más conservadora (emplear las categorías existentes

para explicar estas resoluciones, asimilándolas a alguno de los elementos que definen la costumbre internacional o vinculándolas con los principios generales del derecho) y otra más innovadora, la creación o aplicación de una nueva categoría, la de soft law.

El uso de esta categoría, que ha acabado por tener un gran éxito y se ha introducido así en la conciencia jurídica a través de la cual se interpreta o se construye la realidad, implica también una evidente expansión del ámbito de los dispositivos que se consideran jurídicos.

En los tres casos analizados, la creación de mecanismos de soft law viene precedido por la emergencia de nuevos actores, que a veces tienen carácter institucional —la Asamblea de la ONU, las instituciones de la Unión Europea— y a veces no, como es el caso de las empresas transnacionales. En el caso de la Asamblea, la modificación en su composición (derivada de los procesos de descolonización) hace que se introduzcan nuevas dinámicas y que se potencie este órgano, el más representativo de la Organización de las Naciones Unidas, para promover una serie de intereses en muy diversos ámbitos.

Según GOLD, por ejemplo, “el ingrediente esencial del soft law es una expectativa de que los Estados que aceptan tales instrumentos tomarán su contenido con seriedad y les concederán cierto grado de respeto”⁵⁶. ¿Tienden los destinatarios de un dispositivo de soft law a cumplirlo? Aunque existen relativamente pocos estudios empíricos sobre el particular⁵⁷, es una cuestión que está recibiendo una atención creciente⁵⁸. A la luz de la escasa información disponible, puede afirmarse que los tratados internacionales y otros acuerdos no vinculantes presentan un grado similar de cumplimiento⁵⁹, dato que entendemos de la mayor relevancia.

56 GOLD, Joseph. Strengthening the soft international law of exchange agreements. *The American Journal of International Law*, v. 77, p. 443, 1983.

57 SHELTON, Dinah. *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 11.

58 En el marco del cumplimiento cooperativo fomentado por la OCDE, por ejemplo, se ha planteado de manera expresa la necesidad de poder medir el impacto real de esta experiencia en el cumplimiento de los contribuyentes. OECD. *Co-operative compliance: a framework: from enhanced relationship to co-operative compliance*. New York: OECD, 2013. Es importante señalar que el cumplimiento cooperativo opera casi exclusivamente a partir de elementos de soft law: no pretende modificar el ordenamiento jurídico, entendido como derecho vinculante.

59 HILLGENBERG, Hartmut. A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 3, p. 502, 1999.

54 TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalisation and the emergence of *lex mercatoria*. *European Journal of Social Theory*, n. 5, p. 199-217, 2002.

55 GALGANO, Francesco. The new *lex mercatoria*. *Annual Survey of International & Comparative Law*, v. 2, n. 1, p. 102-103, 1995.

Pues bien, ¿por qué, si estamos ante elementos que tienen un efecto típicamente jurídico, como es la estabilización de expectativas, o que reflejan la percepción de una colectividad de que determinados valores son vinculantes o deseables, los juristas enfrentan tantas dificultades determinar la naturaleza de estos fenómenos? ¿Cuáles son los problemas que aquejan a los modelos jurídicos más extendidos a la hora de reconocer el carácter jurídico del soft law?

La concepción hegemónica del derecho, de carácter positivista–normativista, conlleva una concepción epistemológica que considera que “conocer” significa describir una realidad puesta. En su aspecto metodológico, el positivismo intenta imitar las ciencias empíricas y asume como científico sólo aquello que puede medirse, pesarse o valorarse matemáticamente. La consecuencia en el ámbito del derecho es “un modelo interpretativo meramente reproductor del Derecho positivo codificado”, centrado en la conexión lógica entre los hechos y las hipótesis legislativas⁶⁰. Por su parte, el normativismo considera que el derecho es un conjunto de normas prescriptivas, cuya función es la de influenciar directamente en el comportamiento de su destinatario; normas que a su vez se construyen a través del lenguaje. Probablemente, el mayor exponente del normativismo sea KELSEN, quien definió el derecho como un “orden normativo de coacción”⁶¹.

El concepto kelseniano de fuente de derecho es el de “fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica”; o, en otras palabras, “la norma jurídica positiva del escalón superior que regula su producción”⁶². La crítica de TEUBNER previamente citada a una “distinción entre lo que es derecho y lo que no lo es” basada “en una jerarquía de normas jurídicas donde las normas superiores legitiman a las inferiores” es una crítica precisamente al modelo kelseniano. Uno de los principales problemas que presenta este modelo es que es un modelo jerárquico y cerrado. Sin embargo, aunque no existe una norma de rango superior que habilite de manera expresa al Consejo a adoptar una resolución como el Código de conducta (que constituye por tanto un acto

atípico), eso no obsta a su existencia empírica, ni evita que los Estados adecuen la conducta a lo previsto en tal dispositivo, eliminando medidas tributarias que se consideran competencia fiscal lesiva.

Tal vez esta concepción piramidal del derecho –que, además, siempre ha sido conflictiva desde un punto de vista teórico cuando se ha pretendido determinar la regla de cierre– pueda sustituirse por una visión más descentralizada. En este sentido, TEUBNER afirma que la existencia de una regla última de reconocimiento no es sino un mito, que esconde una circularidad del derecho. El derecho sería esencialmente –desde la perspectiva de las teorías autopoieticas a las que TEUBNER se adscribe– autorreferencial.

Por otra parte, KELSEN afirmó también que no sería jurídica la norma que prescribiera una determinada conducta sin que otra norma estableciera una sanción para el caso de su incumplimiento⁶³. Si aceptamos tal asunción, el soft law sería una realidad no-jurídica. La doctrina ha afirmado que la aplicación del *soft law* se basa, en gran medida, en la buena fe de las partes⁶⁴. Existen además mecanismos de “coacción blanda” o “informales”, en virtud de los cuales el cumplimiento no queda estrictamente al arbitrio del destinatario⁶⁵, pero que normalmente no se considera que tengan carácter jurídico.

Además, bajo el paradigma monista imperante, la única coacción admisible es la del Estado (lo cual hace particularmente compleja la admisibilidad, o la comprensión, de la *lex mercatoria* como sistema jurídico).

El derecho de la Modernidad, caracterizado por su estatalidad, unicidad, positividad y racionalidad, es un producto histórico. Podemos considerarlo una respuesta a las necesidades de la forma de producción capitalista y, fundamentalmente, la unidad de mercado. Fren-

60 HOFFMAN, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Do normativismo à principiologia na interpretação/decisão jurídica. *Pensar*, v. 17, n. 2, jul./dez. p. 454-455, 2012.

61 KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 48-55.

62 KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 259.

63 KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1978. p. 59.

64 ALARCÓN GARCÍA, en un análisis centrado en el sistema jurídico estatal, destaca que estos instrumentos “son dictados acompañados de la buena fe como elemento presente y dominante en las relaciones que establece”. ALARCÓN GARCÍA, Gloria. El soft law y nuestro sistema de fuentes. In: PISÓN, Juan Arrieta Martínez de et al (Ed.). *Tratado sobre la Ley General Tributaria*. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo. Cizur Menor: Aranzadi, 2010. p. 293.

65 Los mecanismos de aplicación del Código de conducta son un ejemplo. Otro ejemplo sería el de códigos de buen gobierno corporativo, profusamente empleados en la actualidad: se considera que su incumplimiento tendrá un reflejo negativo en la valoración de la empresa en los mercados financieros.

te a la fragmentación jurídica propia del feudalismo, la actividad económica de la burguesía exigía un ordenamiento jurídico general y unificado, que vino de la mano del Estado-nación⁶⁶. Este origen explica que el derecho estatal moderno haya tenido tradicionalmente una pretensión de hegemonía, tanto en el ámbito estrictamente normativo como (a través del paradigma del monismo jurídico) en el simbólico.

Como señala SANTOS, al concebirse el Estado como la única forma de poder político-jurídico, la lucha por el poder tiende a reducirse a la lucha por el control de sus instituciones. Todas las luchas sociales se canalizan a través de la estructura estatal, en una serie de procesos y transformaciones que permiten que el derecho del Estado se presente como un instrumento de representación de los intereses de toda la sociedad (a través del sufragio universal) y de respuesta a sus necesidades (garantiza tanto la unidad de mercado como el Estado del bienestar)⁶⁷. Los fenómenos descritos produjeron una “despluralización” jurídica y permitieron que el Estado sostuviera con cierto éxito un paradigma monista que ocultaba la pervivencia, pese a todo, de muchos otros relatos de construcción normativa de la realidad.

La situación ha cambiado paulatinamente y creemos que no es excesivamente polémico afirmar que no puede hablarse de esferas excluyentes de soberanía en el mundo actual. Esto es evidente en la Unión Europea, donde el concepto de soberanía se ha convertido en algo fuertemente limitado, en la medida en que muchas de las competencias que permiten reconocer a un Estado como tal han pasado a ser competencias exclusivas de la Unión Europea (como la emisión de moneda) o competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros. Pero, en general, fenómenos como la transformación de los derechos humanos tras la segunda guerra mundial o los diversos procesos de globalización, entre ellos -pero no solo- la globalización económica, son elementos de erosión de la soberanía. Para entender el momento actual es más necesario que nunca abandonar el monismo jurídico para establecer un paradigma pluricéntrico, o tal vez sin un centro preciso.

66 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001. p. 40.

67 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente*: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática. Bilbao: Desclée, 2003. v. 1. p. 165-168.

4. LA NECESIDAD DE UNA VISIÓN MÁS AMPLIA DEL DERECHO: ¿QUÉ NOS OFRECE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS DINÁMICOS COMPLEJOS?

El soft law es un fenómeno de evidente heterogeneidad. Su definición y su interacción con el hard law presentan aspectos de difícil sistematización. Para ofrecer una nueva configuración, puede ser necesario dar un paso atrás y repensar nuestra concepción del sistema jurídico. Los juristas no siempre disponemos de un marco epistemológico claro y suficientemente elaborado para afrontar todos los problemas que ofrece el análisis del derecho. Estas son algunas de las cuestiones problemáticas que hemos detectado a lo largo del trabajo: ¿cómo tratar la inclusión de nuevos actores en un sistema jurídico? ¿Qué naturaleza o rango jurídico debemos atribuir a los mecanismos a través de los que se expresan y que, muchas veces, no están previstos en la norma constitucional -entendida en sentido lato- del ordenamiento correspondiente? ¿Cómo interaccionan con los elementos “oficiales” del sistema?

El objetivo de este epígrafe es esclarecer tales cuestiones, tomando como referencia teórica la teoría de los sistemas dinámicos complejos, tal y como ha sido aplicada al ámbito jurídico por el profesor estadounidense J. B. RUHL. Este autor ha sugerido que el sistema jurídico puede estudiarse a la luz de los estudios sobre sistemas en otras ciencias y analizarse a partir de los agentes que operan en ellos, de cómo interactúan y de cuál es el resultado emergente de dicha interacción. Vamos a desarrollar esta idea.

Empezamos por afirmar que el derecho no es un sistema cerrado, sino abierto. Su carácter abierto se refiere a la continua interacción con su entorno⁶⁸. Como señala RODRÍGUEZ-M., es necesario “rechazar la idea más difundida de que el derecho es un sistema de normas que se transforma y evoluciona internamente, es decir, a través de los mecanismos inherentes a su propio sistema normativo de funcionamiento”⁶⁹. El derecho, en tanto que sistema, genera un continuo intercambio de información con su medio.

El derecho es un sistema dinámico, y por tanto en continuo cambio. Esto es consecuencia de una serie de

68 LUHMANN, Niklas. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990. p. 30.

69 RODRÍGUEZ-M., Eduardo. Pluralismo jurídico: ¿el derecho del capitalismo actual? *Nueva sociedad*, n. 112, p. 93, mar/abr. 1991.

elementos que podemos encontrar en cualquier sistema jurídico, incluido el internacional: la heterogeneidad de agentes (en el caso del derecho internacional, Estados y organizaciones internacionales; así como diversos grupos –movimientos de liberación nacional, grupos beligerantes– o la propia persona física, bajo determinadas circunstancias y límites), las existencia de relaciones no-lineares y de un alto grado de retroalimentación entre los agentes, lo cual crea una red de nodos y canales a través del cual se transmite la información⁷⁰.

Esto genera diversas cuestiones que deben tenerse en cuenta para cualquier análisis. La primera es que es conveniente un enfoque más centrado en los agentes y en la interacción entre ellos, como elementos básicos del sistema⁷¹. Parte de la doctrina ha señalado que la fuente primaria del derecho se encontraría en lo que WOLKMER denomina la “dinámica interactiva” de la sociedad humana⁷². Según TEUBNER, sus elementos básicos “son comunicaciones, no normas: el derecho no es un sistema de normas, tal y como pretenden las teorías analítico-normativistas”⁷³. De ese modo, la aparición de nuevos dispositivos jurídicos en un sistema (como el *soft law*) no debe analizarse desde la perspectiva de las normas (hemos señalado los problemas que causa dicho modelo), sino que es necesario analizar la aparición de nuevos agentes en el sistema y su interacción con los que ya existían. La teoría de los sistemas adaptativos complejos nos explica, según CASTI y GOLDSTEIN, que la aparición de un nuevo agente en un determinado medio provoca cambios imprevisibles en el sistema⁷⁴.

Desde una perspectiva basada en último término en la interacción entre agentes, como la que nos ofrece el modelo de los sistemas adaptativos complejos, podemos explicar por qué el grado en que un instrumento de *soft law* es vinculante no depende exclusiva y necesariamente de la voluntad de las partes, sino de la “in-

terdependencia factual” creada por sus acciones y por la interacción con una serie de elementos estructurales del sistema⁷⁵. Como afirman las teorías constructivistas, “los actores sociales no existen independientemente de su entorno social y sus sistemas de significados compartidos colectivamente”⁷⁶. En un sistema adaptativo complejo no existe necesariamente un agente central del sistema jurídico, sino una arquitectura auto-organizada en forma de red, consecuencia de las interacciones producidas a lo largo del tiempo bajo un criterio de dependencia del camino (“*path-dependence*”)⁷⁷.

En resumen, desde la perspectiva de la teoría de los sistemas adaptativos complejos propuesta, el ordenamiento jurídico sería el producto emergente del sistema jurídico, entendido este a su vez como un conjunto de personas e instituciones que interaccionan entre sí⁷⁸.

Una ampliación del concepto de derecho nos obliga, al mismo tiempo, a determinar cuál es su límite. Nuestra concepción de derecho tiene como elemento básico las interacciones entre una serie de agentes, pero estas interacciones –en la forma de actos comunicativos– pueden desplegar efectos en otros sistemas, como el moral, el político o el económico. En este sentido, consideramos que lo que caracteriza al sistema jurídico es que es un mecanismo de estabilización de expectativas; pero, en último término, lo que determina que una norma sea jurídica es que los propios agentes del sistema la consideren como tal. Si un juez decidiera explícitamente sobre la base de argumentos morales, el sistema jurídico podría reaccionar contra la sentencia pronunciada. Esto es así porque se consideraría un elemento extraño al sistema.

La aceptación de una norma como jurídica es una cuestión que sólo puede determinarse mediante la observación. HART denomina “reglas de reconocimiento” a aquellas cuya función es proporcionar criterios

70 RUHL, John B. Law's complexity: a primer. *Georgia State University Law Review*, v. 24, n. 4, p. 895, 2008.

71 FOLLONI, André. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 64.

72 WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001. p. 138.

73 TEUBNER, Gunther. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, p. 533, 2002.

74 CASTI, John L. *Complexification: explaining a paradoxical world through the science of surprise*. New York: Harper Perennial, 1995. p. 9; GOLDSTEIN, Jeffrey. Emergence as a construct: history and issues. *Emergence*, v. 1, n. 1, p. 60, 1999.

75 Véase HILLGENBERG, Hartmut. A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 3, p. 499-515, 1999. p. 505, aunque este autor considera que lo fundamental es la voluntad de las partes.

76 TRUBEK, David M.; COTTRELL, Patrick; NANCE, Mark. 'Soft law', 'hard law' and EU integration: toward a theory of hybridity. *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n. 1002, p. 72, nov. 2005. La traducción es propia.

77 HOLLAND, John. Complex adaptive systems. *Deadalus*, v. 121, n. 1, p. 20, 1992; RUHL, John B. Law's complexity: a primer. *Georgia State University Law Review*, v. 24, n. 4, p. 895, 2008.

78 RUHL, John B. Law's complexity: a primer. *Georgia State University Law Review*, v. 24, n. 4, p. 897, 2008.

de autoridad que permitan determinar qué normas son jurídicamente válidas y cuáles no lo son; muchas veces estas reglas de reconocimiento no se enuncian de manera expresa, pero su existencia se muestra de manera implícita en la actuación de jueces u otros aplicadores del derecho⁷⁹. En el ámbito del soft law, existen varios estudios muy interesantes que analizan la recepción de este tipo de normas en la jurisprudencia. Varios ejemplos, ampliamente citados a lo largo de este trabajo, son el análisis de KERWIN sobre la invocación de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU en los tribunales estadounidenses o los diferentes análisis sobre la aplicación de la *lex mercatoria* por los jueces estatales.

La diferencia con el modelo de HART es que el carácter dinámico del sistema, unido a su carácter descentralizado, implica que no existe en ningún momento una “última palabra” sobre una cuestión, sino que los diferentes agentes expresan sus pareceres sobre la base de una determinada estructura. La teoría que estamos aplicando nos proporciona una serie de herramientas metodológicas para analizar la interacción entre el soft law y el hard law, que es una cuestión que la doctrina ha analizado profusamente⁸⁰: el soft law expresaría, como mínimo, una convergencia de voluntades que puede dar lugar a una cooperación mutua que se desarrolle en un determinado sistema.

El soft law, como decíamos en la introducción, es manifestación del desbordamiento del sistema de fuentes. Esta idea puede explicarse a la luz de la diferenciación tradicional entre fuentes materiales y formales del derecho⁸¹. Las fuentes materiales serían aquellos factores, fenómenos o acontecimientos de naturaleza sociológica que contribuyen a construir el discurso jurídico. Las fuentes formales se refieren a los órganos legitimados para crear derecho y a los procedimientos mediante los que se crea. Establecen, por tanto, unas reglas de producción que determinan que la norma sea

válida⁸². Ahora bien, las fuentes formales se establecen desde el interior de un determinado ordenamiento jurídico y desde determinada perspectiva. Pueden considerarse la cristalización del sistema de fuentes materiales en un momento determinado: un ejemplo, que hemos mencionado previamente, es la redacción del artículo 38 del Estatuto de la CIJ.

Los cambios sociales, económicos y políticos de la segunda mitad del siglo XX han dejado atrás los marcos tradicionales de creación de normas. El sistema de fuentes (formales) estatal está en crisis porque el discurso que genera no es suficiente para explicar la realidad jurídica cotidiana. El fortalecimiento de nuevas subjetividades (tanto en el ámbito internacional como en el ámbito interno) produce nuevos actores con capacidad para la creación de reglas. En otras palabras, el sistema de fuentes formales ha sido desbordado por el sistema de fuentes materiales. Uno de los motivos para adoptar dispositivos de soft law es la de poder incluir a sujetos que no pueden suscribir tratados internacionales de acuerdo con las reglas de derecho internacional, a partes cuya competencia o jurisdicción es limitada o a sujetos que alguna de las partes no reconoce como sujetos de derecho internacional.

Hemos afirmado que, frente a la concepción kelseniana de sistema cerrado y jerárquico, aplicamos un modelo que describe un sistema abierto y sin centro. La formulación expresa del sistema de fuentes materiales es, de hecho, un acto comunicativo más, formulado por un agente específico, y que será acogido en mayor o menor grado por el resto de agentes. Eso explica por qué un juez puede, en cualquier momento, decidir una cuestión sobre la base de una fuente del derecho no prevista en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ o en cualquier otra norma con pretensión “constitucional”.

Consideramos relevante hacer aquí una puntualización. Nuestro análisis está centrado en el Derecho internacional, que constituye un sistema jurídico particularmente abierto. Dentro de los sistemas complejos podemos encontrar configuraciones muy diferentes que determinen respuestas ante una misma perturbación. El diseño del sistema puede tender a la recuperación del estado de equilibrio en el menor tiempo posible o, por el contrario, a la introducción de ajustes a los procesos del sistema para recomponer la integridad global del sis-

79 HART, Herbert. L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 117-118.

80 Por ejemplo, DUPUY, describe el papel de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la reformulación de la costumbre con motivo de la ascensión del llamado “grupo de los 77”, formado por antiguas colonias: DUPUY, Rene-Jean. *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la ‘soft law’*. In: *Société Française pour le Droit International (Ed.). L'Élaboration du droit international*. Paris: Pedone, 1975. p. 137-139.

81 MONTORO BALLESTEROS, Manuel Alberto. Ideologías y fuentes del derecho. *Anales de Derecho*, v. 6, p. 58-62, 1984.

82 MONTORO BALLESTEROS, Manuel Alberto. Ideologías y fuentes del derecho. *Anales de Derecho*, v. 6, p. 59, 1984.

tema⁸³. Este segundo modelo es más flexible (y recuerda más a la estructura del sistema de fuentes en el Derecho internacional), mientras que el primer modelo es más rígido (similar al sistema de fuentes en la Constitución de un Estado, por ejemplo). Ninguno de los dos modelos va a encontrarse en estado puro y, en ambos casos, la existencia de reglas definidas puede verse desbordada; pero deben trasladarse con cautela estas afirmaciones al ámbito del Derecho interno.

5. CONCLUSIONES

El concepto de fuentes del derecho, a la luz de la teoría de los sistemas dinámicos complejos, se convierte en una cuestión abierta. A nuestro entender, la categoría del soft law es uno de los mejores ejemplos de ello. Constituye un concepto omnicomprensivo de creación doctrinal que, históricamente, ha tratado de acoger o reflejar esta realidad evolutiva en muy diversos contextos.

Cada dispositivo normativo —como el tratado, la costumbre, la declaración o el modelo contractual— es el producto emergente de la interacción entre los agentes que componen el sistema. Esto implica que la introducción de nuevos agentes o de nuevos modos de interacción entre ellos puede y suele resultar en la emergencia de nuevos dispositivos normativos. La extensión del concepto de soft law, inicialmente en la doctrina y posteriormente en las instituciones, resulta ser un ejemplo de ello, a la luz de lo descrito en este trabajo.

El sistema de fuentes es un producto emergente de la interacción entre sujetos y puede ser más o menos rígido en función de cómo se produzca dicha interacción. Una de las consecuencias de tal naturaleza emergente es la dificultad de establecer un elenco que contenga todas las fuentes de un determinado sistema jurídico. Además, aunque se consiguiera tal completitud, la dinamicidad del sistema hace que toda lista que se pretenda cerrada sea, como mínimo, provisional. Partiendo de la idea de que cada sistema jurídico es una red sin un centro claro —algo más evidente aún en el derecho internacional—, todo intento de limitar las fuentes de producción de derecho no es sino un acto comunicativo emitido por

alguno de los agentes del sistema, que otros agentes no tienen por qué —dentro de cierto margen— tener necesariamente en cuenta.

REFERENCIAS

ADAMCZYK, Łukasz; MAJDAŃSKA, Alicja, The sources of EC law relevant for direct taxation. In: LANG, Michael et al. *Introduction to european tax law: direct taxation*. Vienna: Spiramus Press, 2008.

ALARCÓN GARCÍA, Gloria. El soft law y nuestro sistema de fuentes. In: PISÓN, Juan Arrieta Martínez de et al (Ed.). *Tratado sobre la Ley General Tributaria: Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*. Cizur Menor: Aranzadi, 2010. p. 271-298.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. El soft law comunitario. *Revista de Administración Pública*, n. 154, 2001.

BLEICHER, Samuel A. The legal significance of recitation of General Assembly Resolutions. *The American Journal of International Law*, v. 63, n. 3, jul. 1969.

CASTAÑEDA, Jorge. *Legal Effects of United Nation Resolutions*. New York: Columbia University Press, 1969.

CASTI, John L. *Complexification: explaining a paradoxical world through the science of surprise*. New York: Harper Perennial, 1995.

CHRISTOL, Carl Q. Communist China and international law: strategy and tactics. *The Western Political Quarterly*, v. 21, n. 3, Sep. 1968.

CRAIG, Paul; DE BÚRCA, Gráinne. *EU Law: text, cases, and materials*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CUNIBERTI, Gilles. Three theories of lex mercatoria. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 52, n. 1, 2013.

D'ASPREMONT, Jean. Softness in international law: a self-serving quest for new legal materials. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 5, 2008.

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del Derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. 6, 2006.

DUPUY, Rene-Jean. Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la 'soft law'. In: Société Française pour le Droit International

83 RUHL, John B. General design principles for resilience and adaptive capacity in legal systems — With applications to climate change adaptation. *North Carolina Law Review*, v. 89, p. 1376-1377, 2011.

- (Ed.). *L'Élaboration du droit international*. Paris: Pedone, 1975. p. 132-148.
- FALK, Richard A. On the quasi-legislative competence of the General Assembly. *The American Journal of International Law*, v. 60, n. 4, Oct. 1966.
- FOLLONI, André. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba: Juruá, 2016.
- FOOTER, Mary E. The (re)turn to 'soft law' in reconciling the antinomies in WTO law. *Melbourne Journal of International Law*, v. 11, 2010.
- FRANCK, Thomas. *The power of legitimacy among nations*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- GALGANO, Francesco. The new lex mercatoria. *Annual Survey of International & Comparative Law*, v. 2, n. 1, 1995.
- GOLD, Joseph. Strengthening the soft international law of exchange agreements. *The American Journal of International Law*, v. 77, 1983.
- GOLDSTEIN, Jeffrey. Emergence as a construct: history and issues. *Emergence*, v. 1, n. 1, p. 60, 1999.
- GRIBNAU, Hans. Soft law and taxation: EU and international aspects. *Legisprudence*, v. 2, n. 2, 2008.
- GROSS, Leo. The United Nations and the role of law. *International Organization*, v. 19, n. 3, 1965.
- HART, Herbert. L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- HASSAN, Parvez. The international covenants on human rights: an approach to interpretation. *Buffalo Law Review*, v. 19, n. 3, p. 35-50, 1970.
- HIGGINS, Rosalyn. The development of international law by the political organs of the United Nations. *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting*, v. 59, p. 116-124, Apr. 1965.
- HILLGENBERG, Hartmut. A fresh look at soft law. *European Journal of International Law*, v. 10, n. 3, p. 499-515, 1999.
- HOFFMAN, Fernando; CAVALHEIRO, Larissa Nunes; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Do normativismo à principiologia na interpretação/decisão jurídica. *Pensar*, v. 17, n. 2, jul./dez. 2012.
- HOLLAND, John. Complex adaptive systems. *Deada-lus*, v. 121, n. 1, p. 20, 1992.
- HOOFF, Godefridus van. *Rethinking the sources of international law*. Deventer: Kluwer, 1983.
- JEMIELNIAK, Joanna. Application of transnational substantive rules to commercial disputes: on creative aspects of arbitral decision making. ZIRK-SADOWSKI, Marek; GOLECKI, Mariusz Jerzy; WOJCIECHOWSKI, Bartosz (Ed.). *Multicentrism as an emerging paradigm in legal theory*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009. p. 247-270.
- KELSEN, Hans. *Pure theory of law*. 2. ed. Berkeley: University of California Press, 1978.
- KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *Le droit et les paradoxes du jeu*. Paris: PUF, 1992.
- KERWIN, Gregory J. The role of United Nations General Assembly resolutions in determining the principles of international law in United States courts. *Duke Law Journal*, n. 4, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990.
- MENKE, Christoph; POLLMANN, Arnd. *Filosofía de los derechos humanos*. Barcelona: Herder, 2010.
- MONTORO BALLESTEROS, Manuel Alberto. Ideologías y fuentes del derecho. *Anales de Derecho*, v. 6, p. 55-84, 1984.
- MUSTILL, Michael J. The new lex mercatoria: the first twenty-five years. *Arbitration International: The Journal of LCLA Worldwide Arbitration*, v. 4, p. 86-119, 1988.
- OECD. *Co-operative compliance: a framework: from enhanced relationship to co-operative compliance*. New York: OECD, 2013.
- PETERSON, M. J. *The UN General Assembly*. Abingdon: Routledge, 2006.
- PROST, Mario. *The concept of unity in public international law*. Oxford: Hart Publishing, 2012.
- ROBILANT, Anna di. Genealogies of Soft Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 54, n. 3, p. 499-554, 2006.
- ROCCATAGLIATA, Franco. Diritto tributario comunitario. In: UCKMAR, Victor (ed.). *Diritto tributario internazionale*. Padova: CEDAM, 2005.
- RODRÍGUEZ-M. Eduardo. Pluralismo jurídico: ¿el derecho del capitalismo actual? *Nueva sociedad*, n. 112, p. 91-101, mar./abr. 1991.

- RUHL, John B. General design principles for resilience and adaptive capacity in legal systems — With applications to climate change adaptation. *North Carolina Law Review*, v. 89, p. 1373-1401, 2011.
- RUHL, John B. Law's complexity: a primer. *Georgia State University Law Review*, v. 24, n. 4, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Desclée, 2003. v. 1.
- SCHACHTER, Oscar. The quasi-judicial role of the Security Council and the General Assembly. *The American Journal of International Law*, v. 58, n. 4, p. 960-965, Oct. 1964.
- SENDEN, Linda. *Soft law in European Community law*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- SHELTON, Dinah. *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- SWEET, Alec Stone. The new lex mercatoria and transnational governance. *Journal of European Public Policy*, n. 13, p. 627-646, 2006.
- TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalisation and the emergence of lex mercatoria. *European Journal of Social Theory*, n. 5, p. 199-217, 2002.
- TEUBNER, Gunther. El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, p. 533-571, 2002.
- THÜRER, Daniel. The role of soft law in the actual process of european integration. In: Jacot-Guillarmod, O.; Pescatore, P. (Ed.), *L'avenir du libre-échange en Europe: vers un espace économique européen?* Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990.
- TRUBEK, David M.; COTTRELL, Patrick; NANCE, Mark. 'Soft law', 'hard law' and EU integration: toward a theory of hybridity. *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, n. 1002, nov. 2005.
- VALNDERBILT, Arthur T. The law school in a changing society: a law center. *American Bar Association Journal*, n. 32, 1946.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Ley de rotulación de alimentos de Chile: ¿Traba comercial o protección de la salud?

Food Labeling Law of Chile: trade barrier to trade or health protection?

Nicolás Cobo

Ley de rotulación de alimentos de Chile: ¿Traba comercial o protección de la salud?*

Food Labeling Law of Chile: trade barrier to trade or health protection?

Nicolás Cobo**

RESUMEN

Las políticas públicas para reducir el sobrepeso y la obesidad como pandemia encuentran en el etiquetado de alimentos una buena alternativa para decisiones nutricionales saludables. La ley N°20.606 de Chile, supone un desafío novedoso, aunque enfrenta dificultades en su implementación y objeciones por incumplir los compromisos internacionales del país con sus socios comerciales. Si afecta estándares de la OMC, el Acuerdo de Obstáculos Técnicos y el Codex Alimentarius, es una materia que se analiza a través de las observaciones de países en el Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio (BTC) y la doctrina, debido a que el rótulo negro puede estigmatizar negativamente algunos alimentos, sin necesariamente existir una causalidad científica directa negativa en el consumo.

Palabras clave: Sobrepeso y alimentación, Etiquetado de alimentos, Obstáculos Técnicos al Comercio

ABSTRACT

Public policies to reduce overweight and obesity as a pandemic, find on food labeling a good alternative for healthy nutritional decisions. Chile's law N° 20,606 is a novel challenge, although it faces difficulties in its implementation and objections to breaching the country's international commitments with its trading partners. Whether it affects WTO standards, the Technical Barriers to Trade Agreement and the Codex Alimentarius is an issue that is analyzed with comments from countries in the Committee Technical Barrier to Trade (TBT) and doctrine, since the black label may imply negatively stigmatizing some foods, without necessarily a direct scientific causation.

Keywords: Overweight and food, Food labeling, Technical Barriers to Trade

* Recibido em 10/02/2018
Aprovado em 18/02/2018

** NICOLÁS COBO ROMANÍ, es Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca, Magister Comercio Internacional Universidad de Barcelona; Director Escuela de Graduados Facultad de Derecho Universidad Católica, Profesor Derecho Internacional y miembro del Observatorio del Derecho a la Alimentación desde 2011. ncobo@uc.cl

1. PLANTEAMIENTO

Se propone un análisis respecto de la pertinencia e implementación de una normativa muy novedosa de etiquetado de alimentos desarrollada en Chile, que lleva tan solo un año desde su entrada en vigencia y cuyos efectos preliminares, tanto respecto de su implementación, como del logro de los

objetivos declarados de reducir los actuales niveles de sobrepeso y obesidad en los niños, se encuentran aún en etapa primaria de desarrollo. Lo anterior, mediante un análisis, sistematización, seguimiento y cumplimiento de la implementación de la ley N°20.606 de etiquetado de alimentos de Chile. Asimismo, se propone un análisis crítico, a partir de la comparación de otras regulaciones de etiquetado de alimentos con formatos y objetivos similares, un análisis de las restricciones de comercialización y publicidad dirigida a menores, en base a las recomendaciones y estándares de organismos de salud, con un enfoque particular en la política de reducción de la obesidad y el sobrepeso y su vinculación con las normas de comercio internacional aplicables.

La hipótesis es que la información nutricional del etiquetado de alimentos de Chile cumple adecuadamente con los estándares y compromisos internacionales y con las obligaciones del país ante la OMC en sus diferentes acuerdos, en especial, el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Codex Alimentarius.

El esquema, formato y plazos para el etiquetado aprobado en Chile, mediante la ley N°20.606, constituyen una normativa adecuada en el marco de los compromisos comerciales internacionales, justificado en los objetivos declarados por la autoridad de salud. Analizar los fundamentos, criterios y normas utilizados respecto de los parámetros internacionales en el Codex Alimentarius, formato e implementación relativos a los contenidos nutricionales, y ello no supone un incumplimiento de las obligaciones de no discriminar y se revisarán los planteamientos de los socios comerciales respecto de la nueva normativa en el Comité de Barreras Técnicas y sus efectos.

Se propone establecer, si la manera como se ha interpretado actualmente el derecho de conocer los nutrientes críticos de los alimentos, da cumplimiento adecuado de incluir información suficiente que permita una decisión libre y conducente a una nutrición saludable para los consumidores, considerando su formato y parámetros, en base a las recomendaciones y estándares internacionales de una alimentación adecuada y saludable y si las regulaciones podrían caer en el esquema del paternalismo libertario.

Analizar y evaluar el cumplimiento en la implementación de la ley N°20.606 sobre etiquetado de alimentos, diferencias y semejanzas con normativas comparadas

seleccionadas, su impacto y efectos en las obligaciones y las consecuencias ante eventuales incumplimientos, como también la fiscalización de la autoridad nacional. Se considera un análisis crítico del ajuste de la industria, sus costes estimados en esta etapa preliminar y los efectos iniciales.

La metodología a emplear será el método comparativo utilizando la dogmática del derecho, desde el contenido de las normativas jurídicas nacional y comparada, en especial, las normas comerciales internacionales pertinentes de la OMC y los acuerdos aplicables, confrontando diferencias y similitudes de normativas que incorporan rótulos de semáforos en países seleccionados por su semejanza, y con el aporte del análisis crítico de los principios de la doctrina, y de la jurisprudencia relevante, cuando sea pertinente.

1.1. Contexto de obesidad y desafíos de salud pública

Los malos hábitos alimenticios de las familias ha tendido al descuido de la calidad de la nutrición, el aumento del consumo de alimentos y bebidas ultraprocesados generan desafíos muy complejos para la salud pública, cerca de la mitad de los adultos (53,8%) tienen sobrepeso u obesidad, según datos de la OCDE en 2015¹. Ello se debe fundamentalmente a la disponibilidad de alimentación altamente calórica y el cambio de hábitos, en que el sedentarismo es la conducta preponderante.

Aunque el sobrepeso, hasta hace poco, estaba asociado a un problema de países desarrollados, la tendencia de los últimos años, muestra que hoy también está presente en países en desarrollo. En México, por ejemplo, con 72,5% de los adultos mexicanos y el 36,3% de los adolescentes², según FAO un 58% de personas tienen sobrepeso y la obesidad afectan al 23% de la población de América Latina y el Caribe³, o como el caso de China, que en 2014, presentaba prevalencia de sobrepeso y obesidad con 17,2% (niños) y 9,11% (niñas).⁴

1 Health at a Glance 2015 OECD Indicators

2 Encuesta Nacional de Salud y Nutrición Ministerio de Salud de Chile 2016

3 Panorama de la Seguridad Alimentaria y Nutricional en América Latina y el Caribe FAO y OPS 2017

4 Trends in overweight and obesity among rural children and adolescents from 1985 to 2014 in Shandong, China Ying-xiu Zhang, Zhao-xia Wang, Jin-shan Zhao, Zun-hua Chu European Journal of Preventive Cardiology Vol 23, Issue 12, pp. 1314 – 1320; April-26-2016

Según CEPAL⁵, al año 2.030 se proyectan 204 mil muertes en Chile por causa de obesidad. Chile ocupa el segundo lugar en obesidad después de México, asimismo, Chile es el principal consumidor de bebidas azucaradas⁶. Algunos datos revelan la preocupante situación de salud en Chile: 25% de los alumnos de 8° básico se encuentran en riesgo cardiovascular⁷. Desde el punto de vista económico, Chile gastaría un 0,5% del PIB en obesidad, de hecho, entre 2005 y de acuerdo con el Ministerio de Salud de Chile en 2015 se duplicó el número de menores de 6 años con obesidad⁸.

Este creciente desafío, según el Institute for Health Metrics and Evaluation (IHME)⁹, y la OMS¹⁰ afecta a 2 mil millones en el mundo, ello exige la exploración de medidas que reduzcan esta tendencia, y que van desde la prohibición, impuestos, educación y promoción de actividad física, entre otras. Dentro de estas acciones, también destacan las regulaciones del etiquetado de alimentos que incluyen información de las calorías, equivalentes de actividad física y guías alimenticias diarias (GDA). Los programas de alimentación escolar del gobierno de Chile (JUNAEB), están siendo revisados y modificados significativamente para evitar entregar dietas de baja calidad nutricional o excesivamente calóricas, como también un conjunto de acciones contra la obesidad infantil en el Programa Contrapeso¹¹.

Los malos hábitos alimenticios requieren orientar la atención a los restaurantes de comida rápida, supermercados y tiendas de barrios, generándose por ello, normativas que adviertan e informen adecuadamente los componentes nutricionales. En 2008, comenzó la primera normativa voluntaria de información calórica en

los menús en Nueva York¹², para luego, en el año 2010 se aprobó una ley federal, haciendo obligatoria esta medida en restaurantes y cafeterías.

Los hábitos nutricionales y la relativa baja comprensión de los descriptores nutricionales ha centrado parte del debate en los etiquetados, su formato y contenido y la necesidad de advertir de manera más clara la calidad de los alimentos, dando al consumidor información nutricional de lo que se consume¹³.

Algunas preguntas que surgen de inmediato, son ¿cuál debe ser el rol del regulador ante los malos hábitos nutricionales, el creciente sedentarismo y sus consecuencias en la salud pública? ¿Se trata de una función informativa o debe el Estado asumir una tarea restrictiva y de limitar las decisiones de alimentación de los ciudadanos? ¿Qué formato o exigencia de etiquetado nutricional es aceptable o cuáles de éstos podrían implicar una eventual traba comercial?

Cuando se refiere a la alimentación de los menores de edad y en esferas de colegios, puede parecer más fácil nuestra respuesta, pero siempre está supeditada a la responsabilidad que tienen los padres y al rol formador que deben desempeñar los establecimientos escolares, en los adultos, las decisiones nutricionales libres e informadas.

1.2. Etiquetado, formatos y eficacia

Hay estudios que han medido la atención prestada a la información de las etiquetas, la que es muy breve, entre 25 y 47 segundos¹⁴, se trata de entregar una información que sea simple, relevante en la decisión nutricional y transparente, es decir, entregar todo lo que sea sustantivo y no matizar o disfrazar algunos nutrientes para generar una expectativa errada de los beneficios o su inocuidad, evitando el uso de términos como “light” y otros similares que inducen a equívocos.

5 Fernández, Andrés et al. Impacto social y económico de la malnutrición Modelo de análisis y estudio piloto en Chile, el Ecuador y México; Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) 2017

6 Popkin B & Hawkes C Sweetinf of the Global Diet, particularly beverages: patterns trends and policy responses *The Lancet diabetes & Endocrinology*, Volume 4 Issue 2, 2016, 174- 186

7 Estudio Nacional de Educación Física Encuesta SIMCE en educación física, 2016

8 MINSAL octubre de 2016 *Diario La Tercera* 2 de octubre de 2016 <http://www.latercera.com/noticia/menores-de-seis-anos-con-obesidad-se-duplican-durante-la-ultima-decada/>

9 Global, regional, and national prevalence of overweight and obesity in children and adults during 1980–2013: a systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2013 Ng, Marie et al. *The Lancet*, Volume 384, Issue 9945, 766 - 781

10 <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/es/> (acceso el 4 de agosto de 2017)

11 <http://contrapeso.junaeb.cl/> (acceso el 4 de agosto de 2017)

12 Harnack, L. J., & French, S. A. (2008). Effect of point-of-purchase calorie labeling on restaurant and cafeteria food choices: A review of the literature. *The International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity*, 5, 51.

13 Burton, S., Creyer, E. H., Kees, J., & Huggins, K. (2006). Attacking the Obesity Epidemic: The Potential Health Benefits of Providing Nutrition Information in Restaurants. *American Journal of Public Health*, 96(9), 1669–1675. <http://doi.org/10.2105/AJPH.2004.054973>

14 Borgmeier, I., & Westenhoefer, J. (2009). Impact of different food label formats on healthiness evaluation and food choice of consumers: A randomized-controlled study. *BioMedCentral Public Health*, 9, 184. doi:10.1186/1471-2458-9-184

La Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, en su Plan de Acción para la prevención y control de enfermedades no transmisibles de 2013-2019, recomiendan medidas para reducir el sobrepeso y obesidad, especialmente en niños a través de etiquetados de alimentos, como también normas y políticas sobre alimentos y bebidas, como también “proporcionar etiquetado nutricional en todos los alimentos preenvasados en los que se reivindicuen propiedades de carácter nutricional o sanitario”¹⁵.

El etiquetado nutricional pueden ser en base voluntario (como Dinamarca o Suecia) u obligatorio (como Corea o Chile), debe contener al menos 4 nutrientes (proteínas, carbohidratos, grasas, energía y cualquier otro nutriente que se haya requerido)¹⁶.

El etiquetado, en todo caso, no tiene una eficacia demostrada, ya que los consumidores han expresado que prestan escasa atención a los rótulos por distintas causas¹⁷, como el bajo interés, la comprensión de la información, el tiempo de atención a su lectura y que se asigna mayor relevancia a otros aspectos como el valor, marca, fecha de vencimiento, el envase o la información del productor. Entre las alternativas, el formato de “semáforo” ha mostrado una eficacia en el cambio de conductas con un 18% de mejora en las opciones saludables y una reducción de un 4% en el consumo de calorías¹⁸.

Hay indicios que los programas de reformulación de alimentos obligatorios son más exitosos que perspectivas de normativas voluntarias y que el uso de etiquetado en el frente del envase con semáforo múltiple es el más eficazmente empleado por los consumidores¹⁹, lo que hace pensar que debe ser la tendencia para implementar con plazos e incentivos adecuados y acompañamiento,

en algunos casos, incorporando la diferenciación del tipo y tamaño de la industria alimenticia.

1.3. Experiencias Comparadas

Existen distintas experiencias comparadas de etiquetados que promueven una alimentación saludable y que han recurrido al uso de íconos o logos con advertencias dentro del sistema frente del envase (FOP por sus siglas en inglés), como el caso de los semáforos en Ecuador²⁰, o la pizza de colores en Australia, sin embargo, a diferencia del caso de Chile, éstos no presentan inquietudes sobre el potencial efecto negativo a la industria por el uso de esas etiquetas.

Las regulaciones de etiquetados que han implementado los países son muy diversas, tanto respecto de su obligatoriedad, como de los formatos que asumen, algunos han optado por el uso de semáforos (Ecuador o Reino Unido), que contiene información nutricional de alimentos (*Guideline Daily Amounts*) y otros emplean rótulos con advertencias, cuando existen altos contenidos en azúcar, sodio, grasas saturadas o calorías²¹. Ecuador advierte tres niveles de nutrientes alto, medio y bajo en azúcares, sodio y grasas, con los colores del semáforo, lo que parece muy claro para la información de consumo, sin por ello, implicar que se trata de un alimento dañino per se. México, por su parte, emplea otro sistema más confuso con 6 íconos basado en las porciones diarias y que no facilitan una decisión de consumo saludable, sin una compleja comparación.

En EEUU, la FDA en mayo de 2016²², estableció la obligación de incluir en las etiquetas de cereales, barras de caramelos, y otros alimentos envasados que se venden en supermercados, debiendo explicitarse en ellos el azúcar añadido en los alimentos y, en su caso, si se trata

15 N°32 letra i, Plan De Acción Mundial Para La Prevención y el Control de las Enfermedades no Transmisibles 2013-2020 acuerdo del 15 de Marzo de 2013 Organización Mundial de La Salud.

16 CAC/GL 2_1985, revisado en 1993

17 Mandle, J., Tugendhaft, A., Michalow, J., & Hofman, K. (2015). Nutrition labelling: a review of research on consumer and industry response in the global South. *Global Health Action*, 8.

18 Cecchini, M. and L. Warin (2016), “Impact of Food Labelling Systems on Food Choices and Eating Behaviours: A Systematic Review and Meta-analysis of Randomized Studies”, *Obesity Reviews*, Vol. 17(3), pp. 201-210. , citado por Obesity Update 2017 OCDE www.oecd.org/health/obesity-update.htm (acceso 18 de agosto de 2017)

19 Kloss L. et al. (2015), “Sodium Intake and Its Reduction by Food Reformulation in the European Union – A Review”, *NFS Journal*, Vol. 1, pp. 9-19

20 Ecuador: Reglamento Sanitario de Etiquetado de Alimentos Procesados Para el Consumo Humano (Acuerdo Ministerial 5103 del 29 de noviembre de 2013), en plena vigencia desde 2014. Con advertencia respecto de azúcar, sodio y grasas, estableciéndose algunas flexibilidades para productos como *duty free* y plazos ampliados y la posibilidad de utilizar stickers en los envases. Bolivia: desde 2016 con la Ley de Promoción de Alimentación Saludable N° 775 del 8 de enero de 2016 existe una norma que obliga a informar los contenidos de grasas, azúcares, sodio y químicos lo que incluye restricciones a la publicidad. La normativa establece el formato de semáforo para grasas, azúcares y sodio.

21 Beeken, Rebecca J and Wardle, Jane, Public beliefs about the causes of obesity and attitudes towards policy initiatives in Great Britain. *Public Health Nutrition* 2013 Dec; 16(12):2132-7

22 FDA-2012-N-1210-0875

de azúcar natural o artificial. La recomendación supone reducir la ingesta de azúcares añadidos a menos del 10 % de las calorías diarias.

El caso de Reino Unido, desde 2013, la Food Standards Agency, estableció sistemas voluntarios de semáforo en el frente de envase (FOP), con etiquetas de color rojo, amarillo y verde, con la presencia de descriptores nutricionales como azúcares y grasas. Algunos países del norte de Europa usan formatos con un cerrojo (Suecia, Noruega y Dinamarca) y otros un símbolo en forma de corazón (Finlandia)²³.

La Agencia de Normas Alimentarias del Reino Unido, utiliza un rótulo que informa sobre cinco nutrientes principales con un círculo de colores rojo, amarillo y verde (grasa, grasas saturadas, azúcares, sodio y energía). Sin embargo, se trata de un esquema en base voluntario y no de un etiquetado que se aplique transversalmente en la UE, ya que se consideró que estigmatizaba negativamente algunos alimentos como el jamón ibérico con categoría roja, por ello recibió la oposición de 7 de sus miembros²⁴, por estimarse que contradecía la normativa existente²⁵. Desde el año 2013, Australia y Nueva Zelanda, implementaron sistemas basados en un ranking de estrellas de salud, aunque en un esquema voluntario²⁶.

Existe evidencia internacional que muestra impactos positivos del etiquetado en mujeres o consumidores interesados en la información nutricional, sin embargo, se observa una baja comprensión de los contenidos, a veces, menor de la percibida, como en un caso de México, un 57% dijo entender los factores nutricionales, aunque en la realidad solo un 1,2% respondió correctamente sobre éstos.

También existen aspectos que dificultan el objetivo esperado del etiquetado, ello debido a que la información es insuficiente, o incluso porque las categorías son

confusas en las decisiones individuales de consumo, lo que reduciría la eficacia del etiquetado calórico²⁷.

Se pueden observar distintos formatos de etiquetado como los casos de Tablas de Información Nutricional; listado de nutrientes; semáforos en diversos formatos; sistema de puntuación nutricional; etiquetado de calorías; Guía de Cantidades Diarias (GDA): en cada caso, hay una unidad de referencia que puede variar (por porción; por cantidad diaria recomendada; por 100gr/100mL²⁸). Los colores, tamaños y ubicación varían en cada legislación.

Todos los demás formatos de etiquetados que se han mencionado (Australia, Ecuador, Reino Unido, Dinamarca), tienen presentaciones menos estigmatizantes o negativas que el caso chileno y suponen un preponderante objetivo de informar y permitir una decisión nutricional adecuada. Los colores y sus textos no inducen a pensar que se estaría frente a un producto no saludable, sino que debe ser consumido moderadamente. El énfasis podría identificarse en que se espera que las políticas autónomamente puedan cambiar los hábitos contemporáneos de sedentarismo y mala nutrición, cuando se trata de una política integral, en que la educación y la promoción de hábitos saludables sean cotidianas. El resultado, parece ser que, se está dirigiendo la regulación, principalmente, afectan y modifican la oferta y no a la demanda, cuando se trata de menores de edad, podría ser más aceptable esta limitación.

2. LEY N°20.606: EL CASO DE CHILE

En junio de 2016, originada en un proyecto del Senador Girardi²⁹, comenzó a regir en Chile la ley N°20.606, la que estableció diversas restricciones en las etiquetas con un formato frente del envase (FOP), sobre la base de la elección de un criterio uniforme de base 100gr,

23 Capacci, S., Mazzocchi, M., Shankar, B., Brambila Macias, J., Verbeke, W., Pérez-Cueto, F. J., Koziol-Kozakowska, A., Piórecka, B., Niedzwiedzka, B., D'Addesa, D., Saba, A., Turrini, A., Aschmann-Witzel, J., Bech-Larsen, T., Strand, M., Smillie, L., Wills, J. and Traill, W. B. (2012), Policies to promote healthy eating in Europe: a structured review of policies and their effectiveness. *Nutrition Reviews*, 70: 188–200. doi:10.1111/j.1753-4887.2011.00442.x

24 <http://www.globalmeatnews.com/Retail/Seven-EU-states-oppose-British-traffic-light-labelling> (acceso 4 de agosto de 2017)

25 Food Information Consumers Regulation 1169/2011

26 Zhang, Q., Liu, S., Liu, R., Xue, H., & Wang, Y. (2014). Food Policy Approaches to Obesity Prevention: An International Perspective. *Current Obesity Reports*, 3(2), 171–182. <http://doi.org/10.1007/s13679-014-0099-6>

27 Kiszko, K. M., Martinez, O. D., Abrams, C., & Elbel, B. (2014). The influence of calorie labeling on food orders and consumption: A review of the literature. *Journal of Community Health*, 39(6), 1248–1269

28 Government and voluntary policies on nutrition labelling: a global overview Corinna Hawkes, Independent Consultant, Food and Nutrition Policy, France <http://www.fao.org/docrep/018/i0576e/i0576e04.pdf> (acceso 5 de agosto de 2017)

29 Moción de los señores Senadores Sergio Mariano Ruiz Esquide Jara, Guido Girardi Lavín, Carlos Ominami Pascual, Carlos Ignacio Kuschel Silva y Evelyn Matthei Fernet. Fecha 21 de marzo, 2007. Moción Parlamentaria en Sesión 5. Legislatura 355.

con máximos de 275 kcal, 400mg de sodio 10 gr de azúcar y 4gr de grasa. Respecto de los líquidos en 100mL el tope de azúcares es de 5 gr; 70 kcal, 100 mg de sodio y 3 de grasa, si bien se trata de una medida estándar, no siempre se condice con el alimento respectivo y da información que puede inducir a errores. Asimismo, se establecieron en la ley limitaciones a la publicidad destinada a menores y también respecto de la venta de determinados productos dentro de establecimientos educacionales.

Algunos beneficios del sistema que plantea la ley N° 20.606, son que su imagen es muy simple y visible, lo que supone una advertencia de un riesgo potencial, que aunque no puede asociarse al consumo directo, si puede implicar frente al consumo excesivo de esos alimentos, cuando tienen contenidos excesivos de sodio, azúcar, grasas o calorías. El rótulo simplificado de alimentos de Chile es único en el mundo por su claridad y ha sido reconocido por la OPS y FAO como una herramienta valiosa en la lucha por detener el avance la obesidad y “que acerca al consumidor a una mayor transparencia sobre los productos que consume”³⁰.

La Ley se implementó a través de la modificación del Reglamento Sanitario de los Alimentos³¹ y que entró en vigencia un año después. Su objetivo central, es la protección de los niños y asegurar una información de los alimentos, favoreciendo una decisión informada y disminuir el consumo de alimentos altos en contenidos de calorías, grasas saturadas, azúcares y sodio³². Si bien la vigencia de la ley comenzó 12 meses después de su aplicación, su proceso de implementación demorará hasta 3 años, ya que las Pymes tienen un plazo especial de 36³³ meses para ajustarse a los estándares del nuevo etiquetado. Del mismo modo, la ley incrementa la exigencia de los parámetros con una tabla que obliga a seguir reduciendo los niveles o deben mantenerse los rótulos.

30 http://www.paho.org/chi/index.php?option=com_content&view=article&id=636:respaldo-de-la-opsoms-y-fao-al-reglamento-sanitario-de-los-alimentos-para-la-aplicacion-de-la-ley-20606-en-chile&Itemid=1005 (acceso 4 de agosto de 2017)

31 Decreto N° 13, publicado en el Diario Oficial el 26 de Junio de 2015

32 Boletín Ley de Etiquetado MINSAL <http://web.minsal.cl/ley-de-alimentos-nuevo-etiquetado-de-alimentos/> (acceso 4 de agosto de 2017)

33 Decreto N°13, art. 3



Límites	Azúcares	Grasas saturadas	Calorías	Sodio
Líquidos	5g/100 mL	3g/100 gr	70Kcal/100 mL	100mg/100 gr
Sólidos	10g/100 gr	4g/100 gr	275Kcal/100 gr	400g/100 gr

Elaboración propia con datos Reglamento Sanitario de Alimentos Dcto 977/96

Se han criticado algunos aspectos y matices de la implementación de esta ley, en particular, la falta de un énfasis en la educación nutricional, ya que “[...] se requiere enmarcarla en una política de Estado sólida, consistente en el tiempo, con participación de todos los sectores, muy especialmente de Educación. Si no educamos a la población en alimentarse en forma saludable, a pesar de esta ley, continuará la demanda por alimentos muy poco sanos”, Dr. Fernando Vio³⁴, considera este experto del INTA, que existe un enfoque insuficiente, con lo que hoy sucede en las escuelas.

Asimismo, se cuestiona que la ley no resuelva adecuadamente algunos problemas, ya que fija umbrales muy bajos por nutrientes críticos y, además, sin hacer una distinción entre alimentos y que tampoco se refiere a porciones³⁵. También se criticó que el efecto de la normativa termina en la práctica siendo retroactiva, al aplicarse incluso a inventarios existentes en los supermercados, que habían sido envasados con anterioridad a la vigencia de la ley. Además, según enfatizaron algunos socios comerciales de Chile en el Comité de Barreras Técnicas o TBT (por sus siglas en inglés) que “[...] *el Codex no estableció ningún umbral para los nutrientes a que se refiere la legislación chilena y las advertencias chilenas podrían arriesgar generar un estigma en algunos alimentos, cuyo consumo moderado forma parte de una dieta saludable*”³⁶.

En cuanto a la eficacia de las etiquetas de la regulación chilena, ello se ha cuestionado y existe evidencia mixta, ya que sólo el 31% de los chilenos dice que

34 Diario El Mercurio, 23 de junio de 2016

35 Editorial Diario La Tercera 3 de enero de 2017

36 https://www.wto.org/spanish/news_s/news13_s/tbt_17jun13_s.htm Traducción propia (acceso 6 de agosto de 2017)

acostumbra a leer el rotulado y el 37% admite que no entiende la información nutricional³⁷. Solo un 35% de los consumidores afirma que cambia la conducta ante los rotulados, a 4 meses de vigencia de la ley³⁸ y, según ICEI de la U de Chile, un 56,2% de los consumidores no compara los sellos entre productos³⁹.

2.1. Implementación de la ley y su fiscalización:

Adicionalmente a los rótulos, la ley incluye una prohibición de los enganches publicitarios y juguetes⁴⁰, quedando en todo caso abierto a la interpretación de la autoridad. La industria de alimentos sostiene que se trata de una interpretación muy estricta frente al tema de la publicidad, y se afectaría la propiedad intelectual de una marca ya registrada, por ello, *“no podría el fiscalizador revisar la manera o forma o disposición de los elementos figurativos del envase de las empresas cuando estos ya han sido registrados como marca, pues ello sería una intervención a la competencia”*⁴¹.

Polémico también, fue el caso de la prohibición de la venta del “Kinder Sorpresa” de la empresa Ferrero, debido a que la ley incluye una prohibición de los enganches para incentivar el consumo de alimentos para niños, quedando pendiente una acción ante organismos como la OMC, por considerar la empresa afectada que se trata de una traba comercial, la que no estaría justificada en los compromisos de la OMC.

La implementación de la ley fue objeto de varias evaluaciones, durante el primer año se llevaron a cabo 3.000 inspecciones en supermercados y distribuidoras⁴² de los cuales un 56,6% fueron en establecimientos educacionales y 37,6% en supermercados y distribuidoras. Lo que implicó distintas infracciones 42,6% por el rotulado; 17,8% por publicidad dirigida a menores y 39,5% por venta en establecimientos educacionales. La mayor parte de los sumarios (91%), terminaron en una amonestación y apercibimiento.

37 Adimark-Fundación Chile, 2014

38 Centro de Estudios del Retail (CERET) Universidad de Chile

39 Diario La Tercera; 5 de enero de 2017

40 art 110 bis, Decreto N°977/96

41 Diario Financiero, 28 de julio de 2017, pag 6

42 Informe de evaluación de la implementación de la ley sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad; Subsecretaría de Salud Pública División de Políticas Públicas Saludables y Promoción Departamento de Nutrición y Alimentos, Junio 2017

2.2. Desafíos comerciales de la norma de etiquetado

Hasta ahora, los países han procurado generar etiquetados en base a estándares con información que ha tendido a ser más comprensiva y los consumidores exigen incluir elementos como la condición de ser orgánicos, si contienen productos transgénicos, la presencia de sustancias que puedan ser alergénicos (Gluten, Maní y otros) y, desde luego, elementos que faciliten una decisión saludable de la nutrición.

La necesidad de mejorar la nutrición y los hábitos de sedentarismo, para la comunidad internacional, como un objetivo deseable de política pública, está fuera de discusión. Sin embargo, lo que debe reflexionarse es hasta dónde puede llegar la regulación y la prohibición del Estado en las decisiones de consumo individual, si la educación e información son adecuadas y suficientes con dichos objetivos, o bien puede llegarse al uso de políticas que afecten la publicidad, la restricción de venta en algunos lugares para menores, e incluso a la prohibición de la oferta de productos que contengan juguetes. ¿Deben y pueden los gobiernos al regular materias de salud, también involucrarse en las decisiones de compra y alimentación de los ciudadanos, cuando se trate de alimentos no dañinos y en dosis de consumo moderado? ¿estaríamos ante un caso de paternalismo libertario?

La normativa chilena ha querido buscar en medidas más drásticas y que abarquen más allá de etiquetados visibles y de fácil comprensión, otras acciones que han generado dificultades en el ajuste a las empresas de alimentos, e incluso, la eventual imposición de trabas al comercio, por tratarse de medidas que estarían afectando los compromisos comerciales internacionales en acuerdos de la OMC, tales como Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT), Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (por sus siglas en inglés SPS), e incluso, los acuerdos sobre aspectos de derecho de propiedad (por sus siglas en inglés TRIPs).

Se afirma que el objetivo del etiquetado nutricional, es evitar una confusión al consumidor en su decisión de nutrición, y que muchas veces se le presentan alimentos como saludables (light), cuando no deberían ser calificados de esa manera o que su consumo excesivo pueda generar problemas futuros a la salud, esto último, supone generalmente altas y reiteradas ingestas y no se trata de alimentos que *per sé*, sean dañinos.

Al mismo tiempo, se debe dar cumplimiento a los criterios establecidos en el Codex Alimentarius⁴³, para la seguridad alimentaria, su inocuidad que aseguren que los alimentos no causarán daño a la salud, como también el respeto a las reglas del acuerdo de TBT.

En la práctica se realizaron intercambios de información por parte de Chile y ante las inquietudes de varios miembros, se generaron algunos ajustes en el proceso de implementación y la reducción de eventuales impactos negativos. Del mismo modo, el proceso debe realizarse sin causar un injustificado perjuicio a los productores, permitiéndose, además de un razonable periodo de ajuste en sus procesos productivos, información oportuna, adecuada y acompañamiento, permitiendo diferenciaciones para grandes y pequeñas empresas, lo que en los hechos fue expresamente considerado en el reglamento de la ley.

Otro elemento que nos parece más complejo de aceptar, aun adhiriendo los objetivos de salud invocados por la norma, es el daño a los derechos de propiedad y de imagen de la empresa de alimentos, ya que se prohibió el uso de imágenes que identifican los productos⁴⁴, son algunos casos de imágenes afectados por restricciones de publicidad dirigida a menores. Podría afectar derechos ya reconocidos en la Ley 19.039 de Propiedad Industrial y en Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).

La condición de tratarse de derechos de marca registrada no parece óbice para una acción restrictiva cuando se trata de algo que contenga probadamente causalidad directa y nociva para la salud, pero no siendo ese el caso, sino el potencial efecto ante un consumo en exceso, que nos parece que puede ser diferenciado el tratamiento.

La normativa incluye prohibiciones de realizar publicidad dirigida a niños menores de 14 años, de enganches o juguetes e incluso de venta en establecimientos educacionales, lo que ha generado importantes dificultades

comerciales para la industria⁴⁵. Diferente perspectiva, nos parece que suponen las restricciones de publicidad en horarios y que sean dirigidas a menores de edad, parecen razonables.

Otro tipo de acciones, que nos parece de difícil evaluación, es el caso de alimentos que tradicionalmente han incluido un juguete, como el “Kinder Sorpresa” de Ferrero y conforman su calidad única e inseparable, si se trata de alimentos que dañan la salud deben ser prohibidos, sin embargo, si se trata de un daño consecuencial a un mal hábito alimenticio, por ello, parece necesario tener matices o indemnizar por los perjuicios. Se trata de un producto que no puede ajustarse a las exigencias de la norma, aunque no necesariamente tenga la entidad de un alimento nocivo, cosa que es cuestionada por el autor de la ley, Senador Girardi.

2.3. Efectos y ajuste de la industria

La industria estima asimismo, que ha gastado en Chile U\$21MM en el proceso de re etiquetado, cambio de diseño, nueva gráfica y pérdidas de etiquetas que ya no se pueden utilizar, otro costo asociado sería de U\$50MM, por productos que no alcanzaron a comercializarse antes de la fecha de vigencia de la ley, asimismo, existen costos adicionales por la reformulación de productos para ajustarse a los parámetros y así poder eliminar el rótulo negro⁴⁶.

Es probable que ante las restricciones de etiquetado, sean las propias empresas de alimentos las que ya han iniciado sendos procesos de ajustes, algunos de ellos ya llevan años, según Mc Donalds, por ejemplo, comenzó en 2003 a reducir en 10% los niveles de azúcares, en 2007 se incluyeron vegetales en las opciones de la Cajita Feliz, lo que posiblemente evitó ser afectadas por la prohibición de venta a niños menores de 14 años⁴⁷. Existe también evidencia preliminar que la industria tiene incentivos para ajustarse unilateralmente ante exigencia de etiquetado en el frente del envase, reformulando y reduciendo sus niveles⁴⁸.

43 CAC/GL 2-1985, Rev. 1 – 1993 Directrices Del Codex Sobre Etiquetado Nutricional; CAC/GL 23-1997 Directrices Para el uso de Declaraciones Nutricionales; CODEX STAN 1-1985, Rev. 1-1991 Norma General del Codex para el Etiquetado de los Alimentos Preenvasados; CAC/GL 23-1997 Directrices para el Uso de Declaraciones Nutricionales y Saludables.

44 Tales como: Estrellitas, Chocapic, Trix y Zucosos de Nestlé; Tigre Tony y Sam el Tucán de Kellog; o Cheetos y Gatolate de Pepsico

45 art. 110 bis Decreto Supremo 977 de 1996 modificado por Decreto 13 de 1995

46 Economía y Negocios, Diario El Mercurio 22 de mayo de 2017

47 Negocios Diario La Tercera, 11 de junio de 2017

48 Kloss L. et al. (2015), “Sodium Intake and Its Reduction by Food Reformulation in the European Union – A Review”, NFS Journal, Vol. 1, pp. 9-19

Esta tendencia ya se ha percibido en algunas empresas como Coca Cola, que realizaron ajustes unilaterales, esta compañía modificó en 24 meses 59 fórmulas y a 29 de ellas, según el Gerente General Dino Tironi, le rebajaron el contenido de azúcar⁴⁹.

Estaríamos entonces ante una política que coincide con los postulados de Thaler y Sunstein, a través de “[...] intervenciones que preservan la libertad de los individuos, pero que pueden afectar a su comportamiento”⁵⁰, al agregar información orientada a la salud y al mismo tiempo ofrecer un consejo se podría calificar como una política “paternalista” y “libertaria” y conformar un “*nudge*” o empujoncito, sin restringir la libertad del consumidor, “que está motivado por los límites cognitivos, prejuicios, rutinas y hábitos en los individuos y la toma de decisiones sociales que plantea barreras para las personas a realizarse en su propio interés declarado”⁵¹, que se realiza, forzando la modificación de la oferta.

3. BARRERA TÉCNICA SEGÚN LOS COMPROMISOS ANTE OMC Y CODEX ALIMENTARIUS

Las TBT pueden distinguirse y considerarse necesarias o no necesarias y, por ello, restrictivas al comercio, también se debe relacionar con otros acuerdos, como los temas sanitarios (SPS), en los casos que se refieran directamente con la seguridad alimentaria. Los acuerdos autorizan las medidas si protegen la salud, animales, medio ambiente, prevenir prácticas engañosas (etiquetado y envases) y no deben ser más restrictivas o de mayores plazos que lo necesario para el cumplimiento con las leyes nacionales⁵².

En concreto, debemos considerar si la información entregada por el país a sus socios comerciales fue oportuna, adecuada y con antecedentes de respaldo científico en el Comité de TBT.

¿Por qué esas opciones serían menos restrictivas al comercio que el caso chileno? Es algo que cabe pre-

guntarse y observar las diferencias. Pareciera ser que la advertencia en formato de un octágono negro con un disco pare es, inequívocamente, algo negativo y que sin duda, advierte de un peligro, cosa que no sucede en los otros formatos que no están calificando o estigmatizando, ni llevan a pensar que se trata de un alimento nocivo en sí mismo. Existen otros formatos que facilitan la comparación respecto de los contenidos y sus excesos, al considerar el rótulo de la normativa chilena, la única posibilidad de comparación de productos similares es respecto del número de rótulos que tiene el envase.

Los Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT), están sujetos a principios, como el que no se deben establecer obstáculos innecesarios; no ser discriminatorios, y en base de trato nacional, en efecto, el Acuerdo dispone que, “[...] con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país”⁵³. Asimismo, el principio de equivalencia, esto es, que al comparar los reglamentos técnicos se puede lograr el mismo objetivo; de transparencia, debiendo notificarse en 60 días antes de la adopción formal de los reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación, cuando “pueda tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros”⁵⁴. Debe establecerse un servicio nacional de información para que los “miembros de la OMC pueden solicitar y obtener información y documentación sobre los reglamentos técnicos, normas y procedimientos de prueba adoptados o en proyecto en el país”⁵⁵, y permitiendo las consultas en las reuniones del Comité de Obstáculos Técnicos.

Varios de los socios comerciales de Chile (México, Guatemala, Unión Europea, Argentina, Australia, Costa Rica, Colombia, Canadá y Suiza), expresaron sus inquietudes respecto de la normativa chilena de rotulación que es muy novedosa, y aunque comparten el objetivo de salud invocado, en diversas consultas señalaron su preocupación en cuanto a que las medidas decretadas sean compatibles con las obligaciones del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT) y las de Propiedad Intelectual (TRIPs), toda vez que los acuerdos exigen

49 Diario La Tercera, 4 de septiembre de 2016

50 <http://elpaissemanal.elpais.com/confidencias/cass-sunstein/> (acceso 15 de Agosto de 2017)

51 *The Definition of Nudge and Libertarian Paternalism: Does the Hand Fit the Glove?* European Journal of Risk Regulation, 7(1), 155-174. (traducción propia)

52 https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_info_s.htm (acceso 4 de agosto de 2017)

53 art 2.1 párrafo 1 del artículo 2 Acuerdo Obstáculos Técnicos al Comercio

54 párrafo 9 del artículo 2 y párrafo 6 del artículo 5 Acuerdo Obstáculos Técnicos al Comercio

55 https://www.wto.org/spanish/tratop_s/tbt_s/tbt_info_s.htm (acceso de agosto de 2017)

que se deben asegurar los miembros no establecer obstáculos innecesarios al comercio internacional⁵⁶ y que deben basarse en estándares relevantes⁵⁷, del mismo modo, debe existir evidencia científica de respaldo que permita establecer un umbral, cuyo exceso genere un riesgo a la salud. Y, en todo caso, que no se trate de un medio ineficaz o inapropiado⁵⁸ de las normas o elementos pertinentes (art. 2.4), cuando se aleje de las normas internacionales como base de los reglamentos técnicos.

En este sentido, se deben tener presente las disposiciones del Codex Alimentarius y las directrices para el uso de declaraciones nutricionales saludables (CAC/GL 23-1997), las directrices sobre etiquetado nutricional (CAC/GL 2-1985) y la directrices sobre declaraciones de propiedad que podrán inducir a errores (CAC/GL 1-1979). El Codex, sin embargo, no establece normas expresas respecto del etiquetado frontal, lo que dificulta el estándar y deja abierta a la interpretación.

En el Comité de Barreras Técnicas al Comercio y en la gestación del proyecto en junio de 2013, varios países expresaron su preocupación por el riesgo de estigmatización de algunos alimentos que pueden ser consumidos moderadamente, sin que por ello, se genere algún problema a la salud.

La jurisprudencia del Órgano de Apelación de la OMC, ha señalado que no deben establecerse reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio y que para “quedar comprendido en la definición de “reglamento técnico”, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable, debe establecer una o más características del producto⁵⁹, y “la observancia de las caracte-

*ísticas del producto debe ser obligatoria*⁶⁰. Si la normativa en comento, cumple o no con el criterio de una regulación técnica que no afecten las obligaciones ante la OMC, es algo que está siendo debatido, aunque hasta ahora, no se conocen consultas solicitadas hayan iniciado el sistema de solución de diferencias.

Un reglamento técnico, a diferencia de una norma, es aquel que incluye el etiquetado, es un “[d]ocumento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria”⁶¹.⁶² Podría, en todo caso, incluir las caracte-

quiera “calidades”, “atributos”, “peculiaridades” u otras “marcas distintivas” de un producto que sean objetivamente definibles. Tales “características” pueden referirse, en particular, a la composición, tamaño, forma, color, textura, dureza, resistencia a la tensión, inflamabilidad, conductividad, densidad o viscosidad de un producto. En la definición de “reglamento técnico” que figura en el punto 1 del Anexo 1, el propio Acuerdo OTC da ciertos ejemplos de “características de un producto”: “prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado”. Estos ejemplos indican que las “características de un producto” incluyen no sólo las peculiaridades y calidades intrínsecas del propio producto, sino también características conexas tales como los medios de identificación, la presentación y la apariencia del producto. Además, según la definición del punto 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC, un “reglamento técnico” puede incluir las “disposiciones administrativas aplicables” a los productos que tengan ciertas “características”. Por otra parte, observamos que en la definición de “reglamento técnico” se dispone que tal reglamento “también puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado [...] o tratar exclusivamente de ellas” (sin cursivas en el original). El empleo en esa frase del término “exclusivamente” y de la conjunción disyuntiva “o” indica que un “reglamento técnico” puede limitarse a establecer solamente una o unas pocas “características de un producto”. T.4.1.1 CE — Amianto, párrafo 67 (WT/DS135/AB/R) https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/reperatory_s/index_article_s.htm#tbt (acceso 18 de agosto de 2017)

60 T.4.1.6 CE — Sardinias, párrafos 175-176 Ver (WT/DS231/AB/R)

“Esta definición la interpretamos en el asunto CE — Amianto [párrafos 66-70]. Al hacerlo describimos tres criterios que debe cumplir un documento para quedar comprendido en la definición de “reglamento técnico” que figura en el Acuerdo OTC. Primero, el documento debe aplicarse a un producto o grupo de productos identificable. No obstante, el producto o grupo de productos identificable no tiene que estar expresamente identificado en el documento. Segundo, el documento debe establecer una o más características del producto. Estas características del producto pueden ser intrínsecas o pueden estar relacionadas con él. Las características se pueden prescribir o imponer de forma afirmativa o negativa. Tercero, la observancia de las características del producto debe ser obligatoria.” https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/reperatory_s/index_article_s.htm#tbt (acceso 18 de agosto de 2017)

61 Anexo 1 Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

62 VER T.4.1.1 CE — Amianto, párrafo 67 (WT/DS135/AB/R)

56 art 2.2 Acuerdo Obstáculos Técnicos al Comercio

57 art 2.4 Acuerdo Obstáculos Técnicos al Comercio

58 “En consecuencia, en el contexto del párrafo 4 del artículo 2 un medio ineficaz significa un medio que no cumple la función necesaria para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, mientras que un medio es inapropiado cuando no es especialmente idóneo para el logro de ese objetivo. ... La cuestión de la eficacia se refiere a los resultados de los medios utilizados, mientras que el carácter de apropiado atañe más bien a la naturaleza de esos medios. (las cursivas figuran en el original)” T.4.4.1 CE — Sardinias, párrafo 285 (WT/DS231/AB/R)

https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/reperatory_s/index_article_s.htm#tbt (acceso 18 de agosto de 2017)

59 La esencia de la definición de “reglamento técnico” es que en un “documento” se han de “establecer” (es decir, enunciar, estipular o disponer) las “características de un producto”. El término “características” tiene una serie de sinónimos que son útiles para entender el sentido corriente de ese término en este contexto. Así, las “características” de un producto incluyen, en nuestra opinión, cuales-

rísticas del producto de modo afirmativo o negativo.⁶³ Aun está pendiente el debate respecto de si la mención “alto en” daría cumplimiento o puede generar una imagen negativa, que bien podría no ajustarse a los compromisos internacionales.

Los socios comerciales de Chile han expresado en los procesos de consultas, que consideran más conveniente y armónico con el comercio, el uso de advertencias de riesgos en el consumo excesivo y las campañas de salud, que las medidas anunciadas en la normativa chilena.

Según el Codex, las declaraciones deben evitar las expresiones respecto de propiedades de los alimentos que puedan suscitar dudas sobre la inocuidad de alimentos análogos, suscitar o provoca miedo a los consumidores⁶⁴.

Las declaraciones nutricionales deben ser consistentes con las políticas nacionales de salud y ser monitoreadas, las directrices de declaraciones nutricionales y saludables nos pueden dar luces sobre criterios rectores, deben estar “apoyadas por una cantidad de evidencia científica válida y suficiente como para justificar las declaraciones, proveer información verídica y no engañosa para ayudar al consumidor a elegir dietas saludables, y ser apoyadas por una educación específica para el consumidor.”⁶⁵. En el mismo sentido, cuando los alimentos incluyan nutrientes menos saludables deben incorporar iguales criterios para orientar e informar a los consumidores para una decisión de una dieta saludable.

Nos parece que, en lo fundamental, los principios se han respetado en la norma chilena, siendo debatible el que se pueda lograr los mismos fines mediante otros reglamentos técnicos. En las consultas realizadas en el Comité de Barreras Técnicas, los socios comerciales de Chile, expresaron que existían alternativas más amisto-

sas con el comercio para cumplir con mismos objetivos de salud, como las campañas de promoción y generar mayor conciencia⁶⁶ se cuestionó, del mismo modo, que podría tratarse de advertencias demasiado alarmistas y que no estaban basadas en datos científicos o normas internacionales reconocidas.⁶⁷

El objetivo declarado en el preámbulo del acuerdo del TBT, es de no crear obstáculos innecesarios al comercio, asegurando que los reglamentos técnicos y normas, incluidos los requisitos de envase y embalaje, marcado y etiquetado, y los procedimientos de evaluación estén en conformidad con los parámetros y criterios en base no discriminatoria, “[p]ara garantizar que los reglamentos y normas técnicas, incluidos los requisitos de embalaje, marcado y etiquetado y los procedimientos de evaluación de la conformidad con las reglamentaciones y normas técnicas, no crean obstáculos innecesarios al comercio internacional”⁶⁸.

Es por todo ello, especialmente relevante, la crítica planteada por miembros de la OMC en cuanto la “existencia de normativa internacional de referencia, contenida específicamente en el Codex Alimentarius, sobre indicaciones nutricionales de los alimentos que serviría para los fines perseguidos por Chile, pero resultando menos lesiva.”⁶⁹, lo que supondría un incumplimiento de las obligaciones ante el acuerdo de TBT.

La diferencia entre el acuerdo de barreras técnicas TBT y de medidas sanitarias SPS es que, en “el Acuerdo TBT busca asegurarle al consumidor la entrega de información sobre su calidad técnica, es decir, no exclusivamente sanitaria, mientras que las SPS previenen riesgos cuya evaluación se sustenta en principios científicos y no sólo en una eventual necesidad de informar al mercado”⁷⁰, la evaluación del riesgo, por lo tanto, es propia del ámbito sanitario y no de las barreras técnicas.

En cuanto al régimen al cual deben entenderse las exigencia de estándares, ello dependerá de si deben ser

63 “Las “características de un producto” pueden, en nuestra opinión, prescribirse o imponerse con respecto a los productos de forma afirmativa o negativa. En otras palabras, el documento puede disponer, afirmativamente, que los productos han de tener ciertas “características”, o el documento puede disponer, negativamente que los productos no han de tener ciertas “características”. En ambos casos, el resultado jurídico es el mismo: en el documento “se establecen” ciertas “características” vinculantes para los productos, en un caso afirmativamente y en otro por implicación negativa”. T.4.1.3 CE — Amianto, párrafo 69 (WT/DS135/AB/R) https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/index_article_s.htm#tbt (acceso 18 de agosto de 2017)

64 Sección 3.5 CAC/GL 1-1979

65 Preámbulo del CAC/GL 23-1997

66 Reunión de junio 2013 del Comité Barreras Técnicas al Comercio de la OMC

67 Noticias OMC 18 y 19 de junio de 2014 https://www.wto.org/spanish/news_s/news14_s/tbt_18jun14_s.htm#stc (acceso el 4 agosto de 2017)

68 Petros C. Mavroidis and Robert Wolfe, 2017 (traducción propia)

69 Boza, Sofía y Espinoza, Macarena; La Regulación Chilena sobre etiquetado y publicidad de los alimentos como instrumento contra la obesidad; Puentes Vol. 17 N°8, 16 de noviembre de 2016 pag 3

70 Sepúlveda Cristian, Manual para el Exportador Cómo entender y usar mejor los Acuerdos Comerciales, Cámara de Comercio de Santiago (CCS) y Dirección General de Relaciones Económicas. Internacionales – DIRECON. 2007 pag 47

materia del acuerdo de medidas sanitarias SPS o bien de barreras técnicas al comercio TBT “[e]n la medida en que una norma se ocupa de la inocuidad de los alimentos, la sanidad animal o la sanidad vegetal, debería estar comprendida en el acuerdo SPS y, en la medida en que se refiere a cuestiones más “agregadas”, como las etiquetas, debe caer bajo el acuerdo de TBT”⁷¹ Hasta ahora, el debate con los socios comerciales se ha mantenido en el ámbito comercial y no de la salud, cuando es el fondo de la discusión del etiquetado.

La manera de lograr la conformidad de las normas nacionales cuando se aparten de los estándares y recomendaciones de las organizaciones internacionales y, sin que por ello, supongan un incumplimiento de las obligaciones de los miembros de la OMC, debe reunir determinadas condiciones⁷²:

Debe responder a objetivos legítimos⁷³; ello supone que las normas internacionales sean ineficaces o inapropiados para los objetivos invocados; la medida sea proporcional y necesaria y la menos restrictiva posible al comercio; y la evaluación de los riesgos se base en información científica y técnica disponible.

Ya se ha advertido que hubo diversas expresiones de preocupación por parte de miembros de la OMC, ante las regulaciones de etiquetado chilena, por causa de protección a la salud, se presentaron inquietudes comercia-

les ante el Comité OTC de OMC en junio de 2014⁷⁴, las que se referían a esta preocupación.

Chile notificó a sus socios comerciales en el Comité de Barreras Técnicas, la modificación de sus normas de etiquetado, publicidad y restricciones de venta se refieren a un rubro que EEUU estimó en U\$255MM anuales⁷⁵, asimismo las medidas estuvieron disponibles para comentarios en los meses de marzo y abril de 2013, luego de lo cual, se realizaron ajustes de la normativa original propuesta y se extendieron los plazos iniciales de vigencia.

Las inquietudes expresadas frente a las notificaciones (agosto de 2014 y Julio de 2015), fueron respecto de 12 Estados, aunque los comentarios más significativos fueron por parte de EEUU, que basaron su inquietud en el excesivo porcentaje abarcado de la superficie del envase, la que luego se ajustó desde un 20% original al 7,5% definitivo. EEUU también consideró la ausencia de necesidad y la falta de explicaciones sobre la aplicación de la normativa respecto del comercio en algunos alimentos, por ello, se realizaron presentaciones escritas con las preocupaciones de poder afectar el comercio, como también, de los plazos y su obligatoriedad. Para este país, las medidas podían implicar barreras innecesarias al comercio, existiendo alternativas para los legítimos objetivos de salud pública, enfatizando que, un bajo consumo de los mismos productos no genera problemas a la salud y además que los plazos de implementación eran muy restrictivos⁷⁶. El escalonamiento de su aplicación fue considerado muy acelerado para permitir un adecuado ajuste de la industria alimenticia.

Otra consecuencia de las consultas desarrolladas en el Comité, fue que se redujeron las categorías de alimentos a las que se aplicarían las restricciones (como yogurt y pan), confirmándose por las autoridades de salud chilenas que no se aplicaría a los restaurantes y aclarando cómo sería el proceso de ajuste para productos previamente envasados.

México⁷⁷, por su parte, expresó sus dudas en cuanto

71 Petros C. Mavroidis And Robert Wolfe; *World Trade Review* (2017), 16: 1, 1–24 (traducción propia)

72 Mozzoni Agustina, La no inclusión del etiquetado frontal en la normativa del Codex Alimentarius como obstáculo para el avance de un marco regulatorio nacional más protectorio del derecho a la salud; *Revista Administración Pública y Sociedad N°2 diciembre de 2016*

73 “[.] De la interpretación del Grupo Especial surgen dos consecuencias. En primer lugar, la expresión “objetivos legítimos”, del párrafo 4 del artículo 2, como estableció el Grupo Especial en su conclusión, debe abarcar los objetivos mencionados expresamente en el párrafo 2 del mismo artículo, a saber: “los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente”. En segundo lugar, teniendo en cuenta el empleo de la expresión “entre otros” en el párrafo 2 del artículo 2, los objetivos que abarca la expresión “objetivos legítimos” del párrafo 4 del mismo artículo se extienden más allá de la lista de los específicamente mencionados en el párrafo 2. Por otra parte, compartimos la opinión del Grupo Especial de que la segunda parte del párrafo 4 del artículo 2 implica que se debe examinar y determinar la legitimidad de los objetivos de la medida” T.4.4.2 CE — Sardinas, párrafo 286 (WT/DS231/AB/R) https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/repertory_s/index_article_s.htm#tbt (acceso 18 de agosto de 2017)

74 https://www.wto.org/spanish/news_s/news14_s/tbt_18jun14_s.htm (acceso 18 de agosto de 2017)

75 2013 y 2014 Report on Technical Barriers to Trade, USTR

76 Minuta del Comité de Barreras Técnicas febrero de 2014 G/TBT/M/61

77 México tiene asimismo un programa de Estrategia Nacional para la Prevención y el Control del Sobrepeso, la Obesidad y la Diabetes, el cual contiene una política de etiquetado en el Reglamento de Control Sanitario de Productos y Servicios, y el reglamento téc-

a que estas medidas cumplieran con los principios de las regulaciones técnicas (transparencia, proporcionalidad, base científica, y conformidad con los estándares), como también, una eventual violación de los acuerdos de propiedad intelectual (TRIPs), solicitando la revisión y modificación de normas y el uso de instrumentos que fueran menos restrictivos. Se podrían afectar obligaciones establecidas en el reglamento atentarían contra las disposiciones del art 17, Anexo 1C del acuerdo de Marrakech, “*ya que las excepciones deben tener en cuenta los intereses legítimos de los titulares de las marcas actualmente registradas en nuestro país, derechos que son de rango constitucional, lo que en la especie no ocurre, despojando a la marca de su atributo principal, el cual dice relación con su distintividad*”⁸³ y afectándose por ello, según Opazo la posibilidad de distinguir los bienes y servicios ofrecidos por las empresas.

Para México las regulaciones propuestas no estaban en conformidad con las exigencias del Codex Alimentarius, en cuanto a que llevaba a los consumidores a pensar que existe un conocimiento cuantitativo exacto de lo que se debe consumir para la mantener la salud, y no una comprensión respecto de los nutrientes en los productos y que una delimitación cuantitativa para los individuos no era válida, ya que no existe un modo objetivo en que el conocimiento de los requisitos individuales sea utilizado en el etiquetado⁷⁹.

Brasil estimó como fuente de inquietud, los parámetros utilizados para la determinación de un producto como no saludable y que las medias no se basarían en las recomendaciones de las guías alimentarias de la OMS, en particular, le parecía preocupante la prohibición de venta en colegios y que podría conformar una infracción del Codex CAC/GL 1-1979 sección 3.5, ya que levanta dudas o genera miedo al consumidor⁸⁰.

Hay varios elementos que debemos tener en consideración, comenzando por la evaluación del riesgo⁸¹ y el principio precautorio⁸² que se ha invocado en la protección de la salud, sin embargo, nos parecen insuficiente

en este caso, ya que no existe evidencia de un daño y causalidad directa con demostración de base científica que permita aplicar las restricciones, el caso Carne de Hormonas, es claro en el requisito de demostrar sobre base científica, “una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo”⁸³, representada en una “tendencia principal de a opinión científica”⁸⁴ y que debe basarse en evaluaciones del riesgo que se hayan tenido en cuenta⁸⁵.

4. CONCLUSIONES

Es claro que el etiquetado por sí sólo, es insuficiente para modificar conductas y hábitos tan arraigados en la vida contemporánea, por lo que se requieren intervenciones multicausales y no restringirse exclusivamente a los rótulos de los envases, sino también, incluir información en los menús en restaurantes y colegios.

Los socios comerciales han planteado que se trata de medidas no amistosas con el comercio y que los objetivos de salud declarados se podrían lograr con otras alternativas. Lo que se ha podido observar hasta ahora, es que la industria tiene fuertes incentivos para generar ajustes unilaterales de modo de reducir los nutrientes que exceden los parámetros de la ley de etiquetado, para así evitar que se afecte la demanda en productos alimenticios en que ello sea posible. Sin embargo, no ha dejado de ser un proceso complejo y oneroso por lo que implica: reetiquetados, la existencia de inventarios aun sin vender, las condiciones que han impuesto otros actores, como los supermercados, que fijan plazos menores a la ley para eliminar productos o modificar las etiquetas. Lo habitual es que la fecha de producción del alimento es la que debe primar, más que la entrada en vigencia de la ley, lo anterior añadió un problema y coste adicional a la industria de alimentos.

Otros casos comparados, previos a la vigencia de la ley chilena, parecen diferenciarse, ya que advertían me-

nico NOM- 051-SCFI/SSA1-2010, Especificaciones generales de etiquetado para alimentos y bebidas no alcohólicas preenvasados- Información comercial y sanitaria.

78 Opazo Luis Felipe , <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/07/26/Ley-de-etiquetado-al-limite.aspx> (acceso 25 de agosto de 2017)

79 Sección 2.2.3.10 G/TBT/M/70 17 de febrero de 2017

80 Sección 2.2.2.20 Minuta del Comité de Barreras Técnicas febrero de 2014 G/TBT/M/61

81 art.5.1 Acuerdo Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

82 art.5.7 Acuerdo Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

83 para 192 Órgano Apelación WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R DS26: Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) OMC

84 para 193 Órgano Apelación WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R DS26: Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) OMC

85 para 188 Órgano Apelación WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R DS26: Comunidades Europeas — Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) OMC

dian­te el uso de otros rótulos como semaforos u otros indicadores menos alarman­tes y que facilitan la com­paración y una decisión informada de consumo. Los otros rótulos cumplen mejor con el objetivo de informar y advertir a los consumidores. Si los rótulos negros producen un efecto negativo y de inducir a la percepción que son alimentos nocivos, es algo que se ha discutido con ímpetu y cuyos efectos se verán con el tiempo.

Nos parece que aquí estaría el centro del problema de la política pública en comen­to, en el posible efecto de incumplir los compromisos de las normas TBT, ya que va más allá de lo necesario para informar al consumidor y termina afectando a los productores de alimentos. Todo alimento consumido en exceso puede generar alguna externalidad negativa, y no por ello se trata de un alimento no saludable. La carga de la prueba está en el lado del regulador y no es probable que pueda demostrar una causalidad directa, en casos de una ingesta moderada. El daño a la imagen y marcas registradas de las empresas alimenticias sin duda se ven perjudicadas y deberían ser compensados por este daño.

Creemos empero, que los socios comerciales se han mantenido expectantes y aunque hay preocupación de países como México y EEUU, entre otros, la mayoría enfrenta el mismo desafío de la obesidad y el sobrepeso, pero hasta ahora los resultados de otras acciones de política pública como educación, promoción de actividad física, restricciones, impuestos, guías alimentarias e incluso la rotulación, han sido insuficientes ya que se trata de un cambio de hábito, por ello, se han puesto las esperanzas en la normativa chilena que podría ofrecer datos interesantes, ya no tanto desde los consumidores, sino desde los productores que con el objetivo de ajustarse a las exigencias de la nueva norma, y que sus productos sean más saludables han rebajado los nutrientes que exceden los parámetros fijados por la ley.

Respecto de las restricciones al uso de imágenes en las acciones publicitarias habituales respecto de las marcas que permitan identificar un producto de otro, tales como el uso de figuras, nos parece que se deberían respetar. En todo caso, aun si aceptásemos las prohibiciones de imagen, ello supondría un acto expropiatorio para las empresas y debe ser compensado por el Estado.

El objetivo que podemos anticipar y, que ya se advierte en algunos casos comentados, es que la industria se está ajustando y, consecuentemente, con ello mejorará la nutrición en la ingesta, mas no necesariamente

los hábitos de los consumidores a través de la información. Este cambio, que es sin duda algo positivo, se está realizando mediante la posible transgresión de algunas normas, que hasta ahora están siendo toleradas por los países que han expresado su preocupación en las instancias de la OMC, pero no conocemos que se hayan iniciado procesos de consultas conducentes al establecimiento formal de una disputa.

BIBLIOGRAFÍA

Anne Marie Thow, Alexandra Jones, Corinna Hawkes, Iqra Ali, Ronald Labonté; Nutrition labelling is a trade policy issue: lessons from an analysis of specific trade concerns at the World Trade Organization. *Health Promot Int* 2017 daw109. doi: 10.1093/heapro/daw109

Björn Schildberg; Physikalisch-Technische Bundesanstalt How are Technical Barriers to Trade treated in EU Trade Arrangements? Recommendations for the Development Friendly Design of EPA Negotiations related to Technical Barriers to Trade 2011

Burton, S., Creyer, E. H., Kees, J., & Huggins, K. (2006). Attacking the Obesity Epidemic: The Potential Health Benefits of Providing Nutrition Information in Restaurants. *American Journal of Public Health*, 96(9), 1669–1675. <http://doi.org/10.2105/AJPH.2004.054973>

Cardwell Michael; The UK Agri-Food Sector, Brexit and International Trade: Opportunities and Challenges <http://foodresearch.org.uk/2017/01/the-uk-agri-food-sector-brexit-and-international-trade-opportunities-and-challenges/>

Carreno, I. (2016). An Update on Nutrient Profiles in Light of the Dextro Energy Judgment of the EU General Court. *European Journal of Risk Regulation (EJRR)* 7(3), 588-596.

Cecchini, M. and L. Warin (2016), “Impact of Food Labelling Systems on Food Choices and Eating Behaviours: A Systematic Review and Meta-analysis of Randomized Studie”, *Obesity Reviews*, Vol. 17(3), pp. 201-210.

Food Security and Safety by Nutan Kaushik, Shilpanjali Deshpande Sarma, Harpreet Kaur, Swati Mitechelle Dsouza, Swati Tomar, and Anjali Parasnis pp 149-180 *People, Planet and Progress Beyond 2015* Editor: P G Dhar Charkrabarti

Gregg, E. W., & Shaw, J. E. (2017). Global Health Effects of Overweight and Obesity.

Informe de evaluación de la implementación de la ley sobre composición nutricional de los alimentos y su publicidad; Subsecretaría de Salud Pública División de Políticas Públicas Saludables y Promoción Departamento de Nutrición y Alimentos, Junio 2017 <http://web.minsal.cl/wp-content/uploads/2017/05/Informe-Implementaci%C3%B3n-Ley-20606-junio-2017-PDF.pdf>

Kloss, L. et al. (2015), “Sodium Intake and Its Reduction by Food Reformulation in the European Union – A Review”, *NFS Journal*, Vol. 1, pp. 9-19.

Moens, G. A. (2015). Improving Public Health through Behavioural Rules: A Legitimate Legislative Project?. *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, 211, 1096-1105.

Mozzoni Agustina, La No Inclusión Del Etiquetado Frontal En La Normativa Del Codex Alimentarius: Un Posible Obstáculo Para Una Regulación Nacional Más Protectoria Del Derecho A La Salud; *Revista Administración Pública y Sociedad* N°2 diciembre de 2016 Instituto de Investigación y Formación en Administración

Pública <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/APyS/article/view/15422>

Rimpeekool, W., Seubsman, S., Banwell, C., Kirk, M., Yiengprugsawan, V., & Sleigh, A. (2015). Food and nutrition labelling in Thailand: a long march from subsistence producers to international traders. *Food Policy*, 56, 59–66. <http://doi.org/10.1016/j.foodpol.2015.07.011>

Smyth, S., Kerr, W., & Phillips, P. Labeling Demands, Coexistence and the Challenges for Trade. *Journal of Agricultural & Food Industrial Organization*, 15(1).

Yahir Acosta Comentario Sobre Estados Unidos – Atún II (México), Informe del Órgano de Apelación; *Revista de Derecho Económico Internacional* Vol. 3 No. 2, Junio 2013

Trade Perspectives Issue Number 16: 11th September 2015 <http://www.fra.tinivergano.eu/en/trade-perspectives/issue-number-16-11th-september-2015/>

Wang, Y., Wang, L., Xue, H., & Qu, W. (2016). A Review of the Growth of the Fast Food Industry in China and Its Potential Impact on Obesity. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 13(11), 1112.

IV. RESENHA DE LIVRO

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O civilizador gentil das Américas: considerações em torno da obra *The Hidden History of International Law in the Americas: Empire and Legal Networks*, de Juan Pablo Scarfi

Cicero Krupp da Luz

O civilizador gentil das Américas: considerações em torno da obra *The Hidden History of International Law in the Americas: Empire and Legal Networks*, de Juan Pablo Scarfi

Cicero Krupp da Luz*

O criativo título do livro de Juan Pablo Scarfi faz uma promessa incendiária: desvelar a história não contada da formação do direito internacional nas Américas. Após promover a curiosidade, o subtítulo indica a reflexões sobre conceitos de império e de redes jurídicas. Este último pretende promover diferenciada relevância ao redor de associações de intelectuais, políticos e juristas que, de acordo com o autor, colaboraram de maneira irrefutável para formação do direito internacional nas Américas. Já o império faz referência ao modo hegemônico de civilizador gentil dos Estados Unidos da América na incipiente construção do direito internacional, que embora índole legalista, nunca deixou de ter um caráter de dominação, como no forjar das diferenças entre orientais e ocidentais, da obra inaugural do pensamento pós-colonialista, de Edward Said: “Há ocidentais, e há orientais. Os primeiros dominam; os últimos devem ser dominados, o que geralmente significa ter suas terras ocupadas, seus assuntos internos rigidamente controlados, seu sangue e seu tesouro colocados à disposição de uma ou outra potência ocidental.”¹

A obra, contudo, não deve ser reduzida ao viés crítico, onde o direito internacional é ferramenta a estabelecer e assegurar relações hegemônicas. Ao mesmo tempo, o autor também procura demonstrar a formação de uma linguagem jurídica para a América Latina e a gênese de sistemas de cooperação interamericano. Para cumprir seu objetivo, a obra explora a história intelectual e institucional entre 1890 e 1943, quando busca narrar a estrutura do direito internacional estadunidense nas Américas, focando nomeadamente na evolução do Instituto Americano de Direito Internacional (*American Institute of International Law - AIIL*). Esta organização é defendida pelo autor como ponto epicêntrico para a construção, desenvolvimento e codificação desse direito internacional e do pan-americanismo, tendo sido criada pelos juristas internacionais James Brown Scott e Alejandro Alvarez, ambos descritos também com destaque para este objetivo.

A referida publicação (2017) é resultado do seu doutorado na Universidade de Cambridge em 2014. Neste mesmo ano, publicou *El imperio de la ley: James Brown Scott y la construcción de un orden jurídico interamericano*, texto de sua dissertação de mestrado que enfocou na comparação de visões políticas e jurídicas dos momentos coloniais e pós-coloniais na produção de uma rede continental jurídica. Atualmente, Juan Pablo Scarfi é pesquisador associado no *Conselho Nacional de Pesquisas Científicas e Técnicas* (CONICET) e professor de relações internacionais e direito internacional na *Universidad Nacional de San Martín*, na Argentina.

Segundo Scarfi, três leituras o influenciaram definitivamente para escrever o livro: *Spanish imperialism and the political imagination* (1990), de Anthony Pagden;

* Doutor pela Universidade de São Paulo. Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Constitucionalismo e Democracia da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. E-mail : ciceroLuz@gmail.com

1 SAID, Edward W. *Orientalismo - O Oriente Como Invenção do Ocidente*. Companhia das Letras: São Paulo, 2012. p. 71.

Broken chain of being: James Brown Scott and the origins of modern international law (1998), de Christopher R. Rossi; e *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960* (2001), de Martti Koskenniemi.² Em especial, a influência da obra de Koskenniemi é notória na própria ideia crítica de fundo que o texto incorpora. Com efeito, fica claro que um dos objetivos do livro foi entender e explorar a aposta civilizatória do direito internacional dos EUA para as Américas, mas também a tentativa de resistência e debate de apropriação de um vocabulário próprio dos países latino-americanos. Isto é, a linguagem construída de direito internacional, em boa parte pela atuação dos intelectuais estadunidenses promoveu também uma certa limitação formal para o EUA e um equilíbrio, também formal, para os países latino-americanos.

Na companhia daqueles autores citados, o papel crucial que o direito internacional tem desempenhado na construção de projetos hegemônicos tem sido debatido por alguns autores fundamentais nessa temática, que associa perspectivas de pós-colonialismo, imperialismo, historiografia e TWAIL (*Third World Approaches to International Law*).³ O conjunto destas ideias tem sido considerada como uma nova teoria crítica do direito internacional, a qual a obra de Scarfi já deve ser imediatamente identificada. Revisando a literatura de história do direito internacional latino-americana, e em especial, a brasileira, nota-se que há muito espaço para pesquisa e trabalhos originais como este. Contamos com insuficientes citações esparsas sobre este período, agentes e

organizações, com insuficiente debate em torno da incorporação da ideologia do pan-americanismo na virada e começo do século passado.

Assim, mesmo dentro do crescente campo de estudos sobre a história do direito internacional e de direito internacional crítico, raramente essa relação das Américas é considerada relevante. Entretanto, é notório na obra de Scarfi que normas e escolhas internacionais com forte apelo estadunidense desafiaram a soberania das jovens repúblicas das Américas entre os fins do século XIX e começo do século XX. Período em que o colonialismo europeu era enfrentado, em maior e menor medida, por governos, elites e intelectuais nacionais providos de distintas propostas: desde poéticas ideias de igualdade estatal, destemidas propostas de uniões regionais, até à dura compreensão do irresistível novo imperialismo: o estadunidense. Desse modo, é indiscutível o oportunismo da obra de Scarfi em oferecer a primeira exploração da implantação do direito internacional para a legitimação da ascendência dos EUA como um império informal nas Américas.

As principais evidências para seu argumento central estão na importância de certas conferências internacionais e a criação de associações de direito internacional para a afirmação daquele projeto. Para defender seu argumento, Scarfi utiliza a literatura histórica original para entrelaçar as relações entre os juristas internacionais, principalmente, James Brown Scott e Alejandro Alvarez, que foram decisivos para a formação e afirmação da AAIL, como nessa passagem: “Em 1915-1916, de acordo com os planos originais de Scott e Alvarez, o AAIL teve seu primeiro encontro em Washington. D.C., no contexto do Segundo Congresso Científico Pan-Americano com o objetivo de discutir questões científicas do direito internacional continental.”⁴

Um dos efeitos colaterais do texto é a revisão da Doutrina Monroe entrelaçada na construção do pan-americanismo na substituição do poder nas Américas do tradicional colonialismo europeu para a afirmação do imperialismo estadunidense. “O pan-americanismo foi, portanto, uma tentativa inicial de estabelecer e consolidar a hegemonia econômica dos EUA no continente, deslocando a liderança econômica europeia, particularmente a da Grã-Bretanha e da Alemanha.”⁵

2 UNIVERSIDAD DEL ROSARIO. *Repensando y renovando el estudio del derecho internacional dentro, desde y sobre la América Latina*. 27/9/2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sKTIN3mLxIDU> Acesso em 28/10/2017.

3 ANGHIE, Antony. *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*. Cambridge University Press: Cambridge, UK, 2005; *Sovereignty and Colonialism in International Law*. *Harvard International Law Journal*, 1999.; RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press: Cambridge, UK, 2003. *International law and social movements: Challenges of theorizing resistance*. *Columbia Journal of Transnational Law*. New York. Vol. 41. Nº 2, 2003.; PAHUJA, Sundhya. *Decolonizing International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*. Cambridge University Press: Cambridge, UK, 2011. ODUMOSU, Ibronke T. *Challenges for the (Present/) Future of Third World Approaches to International Law*. *International Community Law Review*. The Hague. Vol. 10. Nº 4, 2008. OKAFOR, Obiora. *Poverty, agency and resistance in the future of international law: An African perspective*. *Third World Quarterly*. London. Vol. 25. Nº 5, 2006, Ainda dentro dessa perspectiva, deve-se incluir Upendra Baxi, Luis Eslava, James Thuo Gathii, Mathew Craven, Liliana Obregón e Arnulf Becker Lorca.

4 SCARFI, Juan Pablo. *The Hidden History of International Law in the Americas: Empire and Legal Networks*. Oxford University Press: New York, EUA, 2017. p. 38.

5 SCARFI, Juan Pablo. *The Hidden History of International Law in*

O autor propõe um recorte de sua obra em seis capítulos, onde avança na medida em que examina os debates desencadeados em torno da AIIIL para o direito internacional, a intervenção e a não-intervenção, o pan-americanismo, a codificação do direito internacional público e privado e a natureza e alcance da *nova* Doutrina Monroe, bem como o pensamento jurídico internacional de Scott, Alvarez e outros juristas, diplomatas, políticos e intelectuais das Américas. Desse modo, Scarfi apresenta uma arquitetura original e inédita da complexa rede de indivíduos, instituições e ideias que ajudaram a recriar o domínio informal dos Estados Unidos no hemisfério ocidental durante o início do século XX.

Nas primeiras partes da obra, chamam atenção dois momentos: a participação de Ruy Barbosa e a reestruturação da Doutrina Monroe. No que se refere a questão pátria, Scarfi destaca o papel de Ruy Barbosa como anfitrião da Terceira Conferência Pan-Americana no Rio de Janeiro (1906), e próximo a Elihu Root e James Scott, tornando-se membro fundador da AIIIL. Para Scarfi, a relação entre Root e Barbosa foi decisiva para aproximação e participação inicial de Root na América Latina, a qual Root foi pioneiro em defender e debater a legitimação ideológica de uma nova ordem jurídica pan-americana, projetando as normas hegemônicas legalistas dos EUA nas Américas, a redefinição da Doutrina Monroe, a defesa de governos autônomos e o ideal da igualdade soberana.

Root foi eficaz na criação de uma rede preliminar de potenciais colaboradores para sua missão projetada. Esses primeiros contatos foram pontos de partida essenciais para iniciativas posteriores lideradas pelo CEIP, o AIIIL e a União Pan-Americana para consolidar e legitimar uma rede legal hemisférica maior. Na verdade, alguns deles, como Drago e Barbosa, se tornariam membros fundadores do AIIIL.⁶

Contudo, a atuação de Ruy Barbosa não se restringiu às relações políticas e sociais. Sua defesa do princípio da igualdade soberana entre os Estados é referida no texto de Scarfi, tanto na Segunda Conferência da Paz de Haia, quanto nas discordâncias com Scott e Root, que defendiam o princípio da igualdade soberana em termos estritamente formais. Desse modo, foi apenas mais tarde, na Segunda Comissão de Juristas de 1927 e

na Conferência Pan-Americana de Montevideu de 1933, quando a ideia de Barbosa ganhou força e aliados de outros juristas latino-americanos, como Luis Anderson e Carlos Saavedra Lamas, que defenderam e invocaram esse princípio em conexão com o princípio da não-intervenção absoluta.⁷

Na continuação da obra, é especialmente relevante a narrativa da redefinição da Doutrina Monroe, que tem como objetivo demonstrar a existência de um processo de redefinição da lógica pan-americana na região. Ainda que a Doutrina Monroe tenha sido defendida por certos intelectuais latino-americanos, como Alvarez, a ideia permanece controversa, uma vez que a proteção contra a colonização europeia dava margem ao início de uma relação de dominação ideológica política, e agora, jurídica da região.⁸ De fato, o livro é capaz de revelar o lado sombrio da Doutrina Monroe, quando os juristas citados por Scarfi consideraram essa política como razoável, já que os novos impérios ainda não tinham tanto espaço e tentáculos no mundo quanto os anteriores. Isto é uma ideia claramente de expansionismo imperial e de ruptura de ordem internacional preocupada com princípios jurídicos internacionais.

Deve-se reservar lugar notório também à problemática em torno da *Emenda Platt*, recontado com detalhes por Scarfi, pois fornece ilustrações acerca da visão etnocêntrica e norte-americana de Scott sobre o pan-americanismo e esclarece a estratégia da codificação estadunidense de direito internacional. A *Emenda Platt* (1901) visava garantir que a ilha de Cuba estaria sob proteção estadunidense de invasões europeias, fornecendo assim, um argumento jurídico e político para o domínio dos EUA sobre o território. “Scott fez uma referência explícita ao caso cubano e aos fundamentos legais da *Emenda Platt* como um princípio para proteger a independência

7 SCARFI, Juan Pablo. *The Hidden History of International Law in the Americas*. Empire and Legal Networks. Oxford University Press: New York, EUA, 2017. p. 40.

8 “Alvarez in particular believed that the Monroe Doctrine and Pan-Americanism as a doctrine of solidarity and cooperation, and American international law as a set of shared continental legal principles to be codified, could all contribute to moderating U.S. interventionism and unilateralism in the Americas, and advancing instead continental legal principles that could promote peace and solidarity and bind together the Americas, such as multilateralism, sovereign autonomy, and equality, a moderate approach to nonintervention, and the protection of the rights of individuals, among others”. In: SCARFI, Juan Pablo. *The Hidden History of International Law in the Americas*: Empire and Legal Networks. Oxford University Press: New York, EUA, 2017. p. 47.

the Americas: Empire and Legal Networks. Oxford University Press: New York, EUA, 2017. p. 7.

6 SCARFI, Juan Pablo. *The Hidden History of International Law in the Americas*: Empire and Legal Networks. Oxford University Press: New York, EUA, 2017. p. 25

cubana e legitimizar as intervenções dos EUA na ilha por razões humanitárias.”⁹ Conforme Scarfi, apenas quando os Estados Unidos se vincularam ao princípio da não-intervenção absoluta e da igualdade soberana revogando a *Emenda Platt* em Cuba em 1934, eles abriram o caminho para a construção de um sistema e um corpo mais sólido de cooperação interamericana. Haveria ainda outros princípios debatidos no texto, como a paz, o multilateralismo interamericano e a igualdade soberana. Contudo, a obra foca de maneira diferenciada no princípio da não-intervenção, que é discutido e contestado de forma inovadora, para além da Doutrina Monroe.

Não há dúvidas em torno da qualidade do texto de Scarfi ou da competência de sua profunda investigação sobre a interação entre o imperialismo dos EUA e as aspirações pan-americanas na elaboração do direito internacional no Hemisfério Ocidental. Entretanto, não ficou esclarecido a razão das escolhas dos países latino-americanos para a pesquisa (Argentina, Brasil, Chile, Peru e Uruguai e Cuba) e os seus possíveis impactos interpretativos domésticos do pan-americanismo nesses países, em especial, da Doutrina Monroe. O aprofundamento e alargamento da pesquisa (a outros países) certamente poderão gerar ainda melhores resultados.

Scarfi cumpre a promessa do título, pois revela a história, ao menos em parte, não contada das instituições e das relações entre seus principais atores, que levaram a sustentar muitos dos princípios do pan-americanismo e do direito internacional. Sua sobriedade intelectual na relação de fontes, fatos e perspectivas permite afirmar, sem exageros, que sua obra nasce com sintomas de um clássico da história do direito internacional e do direito internacional crítico.

9 SCARFI, Juan Pablo. *The Hidden History of International Law in the Americas: Empire and Legal Networks*. Oxford University Press: New York, EUA, 2017. p. 118.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**'Mestizo International Law: A
global intelectual history 1842 –
1933'** de autoria de Arnulf Becker-
Lorca

Jimena Sierra-Camargo

'Mestizo International Law: A global intellectual history 1842 – 1933' de autoría de Arnulf Becker-Lorca

Jimena Sierra-Camargo*

Desafiando buena parte de la literatura existente sobre la historia del derecho internacional, que hace énfasis en la influencia europea sobre la construcción de varias de las instituciones de este ordenamiento jurídico, que opera hoy en día en Estados 'no occidentales' y en Estados no europeos, el autor Arnulf Becker-Lorca en su libro *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842 – 1933*, describe la historia del derecho internacional que se extiende a estos Estados, como una historia 'mestiza' y no solamente como una historia de origen eurocéntrico.

La historia 'mestiza' que nos cuenta Becker-Lorca en su libro, destaca el papel de los Estados y particularmente de los abogados internaciona- listas ubicados en regiones diferentes a Europa occidental, y resalta como estos agentes se 'apropiaron' de varias categorías del derecho internacional europeo, que a su vez contribuyeron a la globalización y a la expansión del derecho internacional.

Guiado por el interés de entender el papel de los abogados internaciona- listas como actores políticos, Becker-Lorca explica como estos sujetos de la periferia incorporaron y utilizaron discursos e instituciones europeas, prin- cipalmente ubicadas en el siglo XIX y a comienzos del siglo XX, como lo fue la famosa 'Liga de las Naciones', logrando con ello, desafiar el llamado 'estándar civilizatorio', y contribuir a la consolidación de principios de los que se valieron los Estados periféricos y semi-periféricos para reafirmar su autonomía como sujetos del derecho del internacional, tales como el princi- pio de no intervención y el principio de autodeterminación.

El libro *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842 – 1933* se divide en cuatro partes. En la primera parte el autor explica cuál es la im- portancia de contar lo que él denomina una 'historia global intelectual' del derecho internacional y de sus orígenes, que a su vez esta mediada por una intersección entre lo 'local' y lo 'global' por un lado, y entre los 'centros' y las 'periferias' por el otro.

En la segunda parte, relativa al 'derecho internacional universal' el autor explica como se produjo la apropiación del pensamiento legal clásico por parte de los sujetos de las periferias y en qué consiste el llamado 'estándar civilizatorio'. Asimismo, en esta parte del libro Becker-Lorca nos cuenta por qué los regímenes de derecho internacional del siglo XIX son percibidos como ordenamientos desiguales y precisa cual fue el papel que desempeña- ron los 'abogados semi-periféricos' en el llamado proceso de apropiación. Luego, en la tercera parte el autor resalta el giro que se dio hacia el 'derecho internacional moderno' en los Estados semi-periféricos, y las transforma- ciones que en dicho proceso sufrieron categorías e instituciones clásicas del derecho internacional, tales como la de soberanía y la de igualdad entre Es- tados.

En la cuarta y última parte del libro, denominada 'Derecho Internacional Moderno', el autor narra lo que el denomina como la 'pre-historia' del prin-

* Visiting Fellow, Centre for Critical Inter- national Law CeCIL- Kent Law School (2015 – 2016); Visiting Fellow for the Transnational Law Institute TLI – King's College London, The Dickson Poon School of Law; Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad del Ro- sario y Docente de la misma Universidad. E- mail: jimensierra@gmail.com

cipio de autodeterminación y explica como se desafía la idea de la división entre lo ‘civilizado’ y lo ‘no civilizado’. Finalmente Becker-Lorca explica en que consistió el fenómeno de la codificación del derecho internacional en el continente americano y particularmente en el llamado ‘nuevo mundo’, que dio lugar a figuras clave tales como el principio de no intervención, para la lucha de los abogados semi-periféricos de integrar a sus Estados de origen en el orden internacional.

El periodo que Becker-Lorca examina comienza a mediados del siglo XIX con la firma del Tratado de Nanjing en 1842 y finaliza antes de finalizar el llamado periodo de entreguerras, con la firma de la Convención de Montevideo en 1933. El autor explica como la firma de estos dos tratados abre y cierra un periodo significativo, durante el cual, el discurso oficial del derecho internacional clásico es apropiado y posteriormente transformado por los abogados internacionalistas semi-periféricos, como sujetos clave para la inclusión de los Estados no occidentales en el orden internacional en condiciones más equitativas.

Si bien, la reconstrucción ‘mestiza’ de la historia del derecho internacional que hace Becker-Lorca pone de presente, al igual que lo han hecho otros internacionalistas, diversas contradicciones y desigualdades que ha reproducido históricamente este marco legal, el planteamiento que hace el autor va más allá. Becker-Lorca lejos de contar la historia de la construcción del derecho internacional y de su expansión en Estados no europeos y no occidentales como una imposición en una sola vía, resalta el papel que tuvieron los abogados internacionalistas originarios de dichos Estados en la reconstrucción e incorporación del derecho internacional en sus países de origen.

En este sentido es que el autor destaca el papel de los llamados ‘abogados semi-periféricos’ quienes si bien se aproximaron a las reglas provenientes del derecho internacional europeo, también las desafiaron en algunos casos, logrando con ello moldear este ordenamiento jurídico según las necesidades de sus propias naciones. Sin embargo, este desafío por parte de algunos de los abogados semi-periféricos más representativos como Calvo, Drago o Martens no llegó a cuestionar del todo la lógica evolucionista ligada al paradigma positivista, según la cual los Estados periféricos y semi-periféricos debían seguir en cierta medida el camino trazado por los países de centro.

A pesar de estas limitaciones, los abogados semi-periféricos clamaron por un trato igual frente a los Estados de centro, apelando para ello, a las formalidades propias del derecho internacional como una estrategia contra hegemónica basada en los usos del lenguaje de este derecho. Sobre este aspecto, el autor resalta que fue precisamente esta estrategia la que contribuyó a la expansión del derecho internacional en latitudes diferentes a la de Europa occidental. Sin embargo, el autor también nos cuenta como con el giro que se dio hacia el ‘derecho internacional moderno’, también se produjo una transformación en dicha estrategia que pasó a adquirir un carácter más pragmático y menos formalista. Bajo la nueva estrategia también cobró una mayor importancia entre los abogados semi-periféricos la idea de la internacionalización, por oposición a la de la soberanía.

Este cambio de estrategia también generó cierta ambivalencia, en la medida que por un lado los Estados no occidentales apelaban a soluciones de tipo institucional acudiendo para ello a instituciones como la ‘Liga de las Naciones’, pero por otro lado, clamaban por una mayor autonomía e independencia y cuestionaban las restricciones de la institucionalidad del derecho internacional existente. Esta ambivalencia también generó una tensión con los abogados internacionalistas de los países de centro, quienes argumentaban que había ‘intereses comunes’ de la comunidad internacional que debían preservarse.

En este sentido, Becker-Lorca destaca el periodo de entreguerras como uno de los más significativos en la lucha de los abogados internacionalistas semi-periféricos en contra de las instituciones y acepciones del derecho internacional clásico, que como el llamado ‘estándar civilizatorio’, dificultaban la incorporación de los Estados que estos abogados representaban en la comunidad internacional en condiciones de igualdad. De esta manera lograron cuestionarse ideas como la existencia de ‘civilizaciones superiores’ que estaban imbuidas en jerarquías de tipo colonial, que resultaban discriminatorias y que se basaban en criterios como la raza, la etnia, el origen y la nacionalidad.

Así, a pesar de que bajo instituciones propias del derecho internacional como la ‘Liga de las Naciones’ se mantenían algunos legados coloniales que abogados internacionalistas de la Europa occidental se resistían a modificar, poco a poco se fueron eliminando de dichas

instituciones argumentos que arrastraban un profundo sesgo colonial y que reproducían jerarquías discriminatorias como aquellos basados en la raza, la etnia, el origen y la nacionalidad. Según Becker-Lorca, el proyecto liderado por los llamados abogados semi-periféricos permitió avanzar en el pleno reconocimiento de los nacientes Estados no occidentales y no europeos como sujetos autónomos de derecho internacional, a la vez que permitió establecer ciertas restricciones a instituciones avaladas por el derecho internacional clásico tales como el derecho a la intervención.

Finalmente, la historia que nos cuenta Becker-Lorca de la lucha de los agentes de los Estados semi-periféricos por el reconocimiento de estos Estados como plenos sujetos de derecho internacional, por su autonomía e independencia y por la eliminación de legados y jerarquías coloniales que se mantenían en las instituciones de derecho internacional y que permitían preservar la dominación de occidente sobre otras latitudes, culmina con la celebración de la conferencia de Montevideo de 1933. Esta conferencia produjo como resultado la Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados conocida como la ‘Convención de Montevideo’, la cual, se hizo famosa por la incorporación del principio de no intervención y por la participación en ese proceso de

Estados Unidos a través de su política de la ‘buena vecindad’, creando así las bases para el llamado ‘panamericanismo’ y para la consolidación de los futuros procesos regionales de integración.

El aporte del libro *Mestizo International Law: A global intellectual history 1842 – 1933* es de gran valor para la historia del derecho internacional, por la complejidad que devela en la historia de la dominación de Europa occidental sobre los países periféricos y semi-periféricos, y en la que resalta el papel de los abogados internacionistas provenientes de estos países, quienes se ‘apropiaron’ de los discursos del derecho internacional de origen europeo y dieron lugar a lo que el autor denomina un derecho internacional ‘mestizo’.

Los llamados abogados semi-periféricos que son los protagonistas de esta historia, encontraron en el derecho internacional, un lugar de resistencia contra la dominación de Europa occidental, a la vez que utilizaron dichos discursos como una estrategia contra hegemónica para subvertir a través de innovadoras interpretaciones del derecho internacional eurocéntrico, los legados y jerarquías coloniales que se mantuvieron a través de dispositivos legales inmersos en este marco legal, aún después de eliminadas las administraciones coloniales en regiones como el continente americano.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**América Latina em
continuidades e rupturas**

Adriane Sanctis

VOLUME 14 • N. 3 • 2017
DIREITO AMBIENTAL GLOBAL

Adriane Sanctis*

ANGHIE, Antony. ORFORD, Anne. KOSKENNIEMI, Martti. *Imperialismo y Derecho Internacional: Historia y Legado*. Tradução de Jorge González Jácome; Estudo preliminar de Luís Eslava, Liliana Obregón e René Urueña. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2016.

Imperialismo é uma das palavras mais recorrentes na literatura crítica de direito internacional nos últimos anos. Mas nem sempre é tão claro qual a sua função além de marcar um posicionamento político (já bem consolidado) de denúncia do emprego do direito a favor do poder. Não é à toa que o livro apresentado por Luis Eslava, Liliana Obregón e René Urueña recorre mais uma vez à noção de imperialismo e à sua relação com o direito internacional. A publicação abre novas portas para o público latino-americano entrar na discussão e incentiva a refletir sobre o sentido do olhar para a história do direito internacional em nossa região.

Obregón, Eslava e Urueña, que têm origem latino-americana, carreira internacional e publicações amplamente conhecidas em língua inglesa, optaram pelo espanhol para apresentar uma seleção de produções do direito internacional crítico. Os textos são de Antony Anghie, Martti Koskenniemi e Anne Orford, com quem compartilharam diversas experiências acadêmicas – entre congressos, projetos em comum e até períodos de orientação.

Anghie e Koskenniemi são considerados os precursores da “virada historiográfica”, uma maneira de se repensar o direito internacional estabelecendo relações entre o passado e o presente¹. “The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960” (2001), de Martti Koskenniemi e “Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law” (2004), de Antony Anghie guiaram uma nova historiografia crítica que está preocupada em romper tradições da disciplina ou em revisar seus fundamentos². Para o livro, os editores escolheram o artigo de Antony Anghie “The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities”, publicado em inglês em 2007, que traz as principais ideias do livro de 2004 e articula a tese da centralidade da “dinâmica da diferença” nas construções do direito internacional, que “postula uma lacuna, uma diferença entre culturas e povos europeus e não europeus, sendo o primeiro caracterizado, amplamente, civilizado, e o outro não civilizado (e tudo isso

* Doutoranda no Departamento de Filosofia e Teoria do Direito da Universidade de São Paulo por bolsa CAPES, com período sanduíche no Instituto Erik Castrén da Universidade de Helsinque por bolsa Sylff Research Abroad da Fundação Sasakawa. Foi pesquisadora visitante no Laureate Program of International Law da Universidade de Melbourne como Kathleen Fitzpatrick Fellow e do Instituto Max Planck de Direito Internacional em Luxemburgo. E-mail: adriane.sanctis@gmail.com

1 GALINDO, George. Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law. *European Journal of International Law*, n. 16, p. 539-559, 2005, p. 541. Para uma visão geral das produções em história do direito internacional no início dos anos 2000, cf. HUEK, Ingo J. The discipline of the History of International Law – New Trends and Methods on the History of International Law. *Journal of the History of International Law*, n.3, p. 194-217, 2001.

2 GALINDO, George. Force Field: On History and Theory of International Law. *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History*, n. 20, p. 86-103, 2012, p. 88; GALINDO, George. ¿Para qué estudiar la historia del derecho internacional? In: URUEÑA, René (coord.). *Derecho Internacional. Poder y límites del derecho en la sociedad global*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2014. p. 3-25. p. 9.

implica em termos de qualificações relacionadas a cada um desses rótulos”³. De Martti Koskenniemi, os editores escolheram o artigo publicado em 2011, “Empire and international law: the real Spanish contribution”, sobre o vocabulário de direito privado construído pela escola de Salamanca, cuja permanência desafia a noção de imperialismo apenas constituído por noções públicas como a soberania⁴.

Dentre as discussões que essa nova linha de produção ensejou, vem ganhando corpo nos últimos anos o debate sobre as escolhas metodológicas de uma historiografia feita por juristas. Anne Orford despontou com uma posição clara: “como historiadores, nós [juristas] somos treinados para fazer os sentidos se moverem através dos tempos”⁵. No artigo escolhido pelos editores, “The Past as law or history: the relevance of imperialism for modern international law”, de 2012, Orford reflete sobre a função de se fazer uma pesquisa histórica no direito internacional⁶. A autora defende que juristas olham necessariamente para o passado como constitutivo dos costumes e tradições atuais; o que varia é apenas “quais precedentes devem ser invocados para fazer o presente inteligível”⁷.

3 ANGHIE, Antony. The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities. **Third World Quarterly**, v. 27, n. 5, p. 739 – 753, 2006. p. 742.

4 KOSKENNIEMI, Martti. Empire and International Law: the real Spanish contribution. **University of Toronto Law Journal**, v. 61, n.1, p. 1-36, 2011. O autor relembrou essa mesma pesquisa quando defendeu recentemente a importância de se olhar para o vocabulário jurídico das relações privadas na agenda crítica de direito internacional: KOSKENNIEMI, Martti. Expanding Histories of International Law. **American Journal of Legal History**, n. 56, p. 104-112, 2016.

5 ORFORD, Anne. Histories of International Law and Empire. ESIL Lecture, University Paris 1, Pantheon Sorbonne, 23 jan. 2013, 10:51. Disponível em: <https://youtu.be/b5UzITLEMko>. Acesso em: 30 out. 2017.

6 Sobre esse debate, cf. GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Para que serve a história do direito internacional? **Revista de Direito Internacional**, v.12, n.1, p. 339-354, 2015; LESAFFER, Randall. International Law and Its History: The Story of an Unrequited Love. In: CRAVEN, Matthew. FITZMAURICE, Malgosia. VOGIATZI, Maria (eds). Time, History and International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 27-42. KOSKENNIEMI, Martti. Histories of International Law: significance and problems for a critical view. **Temple International & Comparative Law Journal**, n. 27, p. 215-240, 2013.

7 ORFORD, Anne. The Past as Law or History? The Relevance of Imperialism for Modern International Law. International Law and Justice Working Papers, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, n.2, 2012. p. 9. Entre trabalhos da autora mais recentes nessa linha, cf. ORFORD, Anne. On international legal method. **London Review of International**

Em seu estudo preliminar no “Imperialismo y Derecho Internacional”, Obregón, Eslava e Urueña defendem que o passado do direito internacional tem o poder de revelar “legados” que merecem reflexão. Parecem fazer um tipo de recurso à história para “identificar a relação do direito internacional com o mundo mais abrangente da política, economia, ou sociologia, contra o qual é empregado ou em que é inserido”⁸. Com intenção política clara, o livro busca “oferecer ferramentas teóricas à academia latino-americana para repensar o direito internacional em uma região que segue marcada por seu passado colonial e suas relações de dependência com os antigos e novos centros imperiais” (p. 18).

As ferramentas teóricas que leitores encontrarão no livro não constam apenas nas traduções dos três textos-chave da literatura, ainda que seja grande a contribuição de torná-los acessíveis a um público mais amplo. O diferencial do livro é a chave de análise escolhida por Obregón, Eslava e Urueña, que é um gatilho verdadeiramente capaz de gerar novas perguntas e métodos de pesquisa.

Seu estudo preliminar pode ser dividido em quatro partes. A primeira (itens I e II) traz uma separação entre “duas formas de se aproximar da relação entre imperialismo e direito internacional” (p.19). Uma delas é a forma estrita (ou canônica), a outra é uma forma ampla. “Cada aproximação depende do que se entende por imperialismo e de como se conceitua a história e o objeto do direito internacional” (p. 19).

Dentro do sentido canônico, o imperialismo é questão do passado, dos tempos de “consolidação de esfera de influência” de metrópoles europeias sobre os outros continentes do mundo – no caso da América Latina, do século XVI até o início do XIX (p. 20). Naqueles tempos, o direito internacional fez parte do aparato administrativo direcionado à exploração colonial. Para os que adotam o sentido canônico de olhar a história, o que sucedeu esse período foi um direito internacional novo, construído a partir das conquistas de autodeterminação

Law, v. 1, n. 1, p. 166-197, 2013; ORFORD, Anne. International Law and the Limits of History. In: WERNER, Wouter. HOON, Marieke de. GALÁN, Alexis (eds). The Law of International Lawyers: Reading Martti Koskenniemi. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

8 CRAVEN, Mathew. Introduction: International Law and its Histories. In: CRAVEN, Matthew. FITZMAURICE, Malgosia. VOGIATZI, Maria (eds). Time, History and International Law. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 1-25, p. 7.

dos povos e descolonização formal. Ou seja, o direito internacional é visto como “uma ferramenta técnica, uma ordem normativa justa para avançar na construção de consensos universais sobre convivência, segurança, comércio internacional e meio ambiente” (p.19).

Já a perspectiva ampla não endossa essa ruptura. Diferentemente, o direito internacional teria, nessa época, se consolidado “*lingua franca* para negociar e tomar posse de territórios periféricos e estabelecer sistemas transnacionais de intercâmbio financeiro e de matérias primas e produtos industriais” (p. 26). Portanto, mudam as formas e as instituições, mas não a característica de dependência perpetuada pelo direito.

A segunda parte do estudo preliminar traz o surgimento de percepções, em contexto histórico e interdisciplinar, sobre a limitação do olhar canônico (itens III e IV). A crítica à visão canônica do imperialismo emerge nos anos 1970 e influencia trabalhos de ciência política, economia, antropologia e sociologia, os primeiros a questionar uma suposta reestruturação da ordem mundial (p. 33). Nesse contexto se insere a teoria do dependentismo, que denunciava a manutenção de subordinação – em vez de desenvolvimento para os subdesenvolvidos – no ideal de modernização econômica (p. 34-36). No direito internacional dos anos 1960 e 1970, a primeira geração de críticos do direito internacional destacou o eurocentrismo da disciplina como um estado problemático, mas transitório (p. 40). Acompanhando outras disciplinas, nos anos 1990 essa atitude otimista perde lugar. Representantes da nova corrente acadêmica de “estudos críticos do direito internacional” que gerou o TMAIL (*Third World Approaches to International Law*) viram uma ponte entre a relação da metrópole e suas colônias de um lado da história e, de outro, relações de poder como as de um estado desenvolvido e um subdesenvolvido, ou entre uma instituição internacional e um estado em desenvolvimento (p. 43). O que os comentaristas mostram com a história das percepções sobre o imperialismo é que há continuidade de assimetria, dependência ou subordinação nessas relações.

Mas o que tudo isso tem a ver com o direito internacional concretamente? A terceira parte do estudo preliminar (itens V, VI, VII) traz a história do direito internacional pensado por uma perspectiva latino-americana, para mostrar as ligações concretas de uma abordagem ampla com o que se vê na criação, aplicação e interpretação do direito internacional atualmente. Nas narrativas regionalistas, iniciadas pelo projeto boliva-

riano e por produções de latino-americanos que davam uma perspectiva do continente ao direito internacional no século XIX, conforma-se uma “consciência jurídica crioula” (p. 56). Uma adaptação posterior do panlatinismo francês articulou uma ideia de região que excluía os Estados Unidos e consolidava uma noção de América Latina para se pensar um direito internacional próprio ou adaptado no século XX (p. 61-64). Como mostram os autores, ao longo de todas essas construções sempre estava presente o paradoxo de resistência contra intervenções externas (europeias ou estadunidenses) ao mesmo tempo que se reforçava o discurso civilizatório que legitimava a exploração (p. 61; p.63-64).

Retornando ao ponto dos anos 1980 e 1990, essa terceira parte da narrativa do estudo preliminar encontra as crises cambiais dos países da América Latina. Os autores mostram que a postura ampla dá conta de situações muito familiares para a nossa região – e aqui está um dos passos mais persuasivos do estudo para convencer quem já não está “convertido” a uma visão ampla do imperialismo. Os autores mostram como o apoio monetário do Fundo Monetário Internacional aos países em crise na América Latina, condicionado a mudanças estruturais informadas pelo ideal liberal (como adaptações nas políticas sociais e tributárias) guarda semelhanças com a instalação de um maquinário administrativo da época colonial. Ainda que óbvias as diferenças contextuais, ambos ocorrem por imposição externa em prol de benefícios que reforçam a dependência (p. 74-75). O direito internacional forneceu essa possibilidade, já que o FMI é “uma organização internacional, criada por um tratado, cujas funções e faculdades estão estipuladas por um instrumento jurídico internacional (...), o sistema jurídico internacional cria e perpetua o aparato de poderes, obrigações e direitos que permitem ao FMI atuar” (p. 71).

Segundo Obregón, Eslava e Urueña, o exemplo “nos obriga a prestar atenção ao problema da imposição como característica central, mas dinâmica, do imperialismo” (p. 75). No caso do apoio monetário do FMI, não houve uso de força militar, econômica e social como no colonialismo do século XVI, que foi “parte de um projeto imperialista que utilizou o processo de conquista e administração colonial como ferramentas para o assentamento em terras estrangeiras e o controle de populações” (p. 20). Mesmo assim, é pouco viável a recusa por parte do Estado, condicionado pela economia política. Então o consentimento que fundamenta-

ria uma noção de direito internacional otimista sobre a igualdade soberana encobre, sob uma imagem de capacidade jurídica formal, a continuação das estruturas de poder (p. 76).

A última parte do estudo preliminar apresenta as traduções, que “oferecem uma releitura das doutrinas imperiais como resultado de situações politicamente controversas e que são eventualmente aplicadas a regiões como a América Latina” (p. 76). O artigo traduzido de Antony Anghie é colocado em primeiro lugar como uma amostra de como uma análise da história pela perspectiva ampla relativiza a ideia voluntarista do direito internacional público, de uma regulação entre Estados em pé de igualdade, já que “analisa a invisibilidade das realidades coloniais e pós-coloniais na forma tradicional de apresentar a história do direito” (p. 78). Essa noção de imperialismo é “complementada” (p.82) pelo texto de Martti Koskenniemi, que explora relações privadas, em vez de poderes estatais, enfocando o “imperialismo do dia a dia” (p. 81) e os direitos subjetivos (p.88). Nas palavras dos comentadores, o artigo mostra que o “direito internacional e imperialismo formam (...) uma unidade inseparável pois representam duas caras de uma mesma arquitetura do poder público global – uma arquitetura que foi obscurecida por leituras canônicas do direito internacional que usualmente esquecem o fundo político das relações internacionais” (p. 83). Finalmente, o artigo de Orford é apresentado pelos comentadores como “talvez a defesa mais sólida que tenha sido feita sobre a importância de continuar explorando o legado imperial no funcionamento da disciplina” (p. 90). Na

visão de Obregón, Eslava e Urueña, o livro fecha então com um convite para que “o direito internacional se converta em um espaço para questionar as condições do presente e tratar de articular novos caminhos, novos direitos internacionais para o futuro” (p.93).

O livro sem dúvida marca a posição de que “o imperialismo não é um momento histórico que deixamos para trás”, mas “um aparato cultural, econômico, militar, institucional e jurídico que continua organizando o acesso a recursos e ao poder em escala global” (p. 37). Nesse sentido, os autores adotam uma noção de imperialismo que não é a-histórica, mas transtemporal, já que “o conceito de império implica uma tecnologia multiforme de poder, que deriva seu nome da estrutura imposta em um momento na história, mas que não se limita a ela” (p. 37).

Apesar de Obregón, Eslava e Urueña não empregarem as expressões “continuidade” e “ruptura”, mostram com seu estudo preliminar que faz sentido um olhar amplo para o imperialismo justamente porque ilumina continuidades históricas normalmente encobertas por noções de novidade, permite ver o direito internacional como “um complexo aparato ideológico, institucional e cultural, com efeitos reais (mas nem sempre coerentes) na vida de todos” (p. 94). Enxergar as continuidades históricas do imperialismo certamente instiga respostas ao eurocentrismo na produção de direito internacional: leva a questionar as narrativas de progresso que ignoram as interações com a periferia e a desconfiar das histórias que destoam da realidade local.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

Editorial

Priscila Pereira de Andrade

Crônicas de Direito Internacional Público - A política australiana de refúgio e a decisão da suprema corte de papua nova guiné: a ilegalidade do centro de detenção offshore

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

Direito Global: Uma teoria adequada para se pensar o direito ambiental?

"Complex is beautiful": What role for the 2015 Paris Agreement in making the Effective Links within the Climate Regime Complex?

Sandrine Maljean-Dubois e Matthieu Wemaëre

Une illustration du droit global, la lex mercatoria climatique

Mathilde Hautereau-Boutonnet

Océans et changements climatiques : Rechercher les interactions au sein de la fragmentation du droit international

Sophie Gambardella

Une gouvernance globale du climat par la transparence depuis l'Accord de Paris: le droit global de l'environnement comme solfège?

Anne-Sofie Tabau

La progressive harmonisation des règles du procès environnemental: manifestation de l'émergence d'un droit global?

Eve Truilhé-Marengo

A participação social na construção do direito ambiental global

Michelle Lucas Cardoso Balbino

A proteção ambiental como efeito indireto do sistema de gestão de energia ISO 50001

Matheus Linck Bassani e Ricardo Serrano Osorio

O desafio do estabelecimento da governança energética com base no modelo do Direito Administrativo Global: estudo de caso das energias renováveis

Alice Rocha da Silva e Othon Pantoja Oliveira de Azevedo

O princípio da participação e a criação e gestão das áreas protegidas na perspectiva do direito ambiental global

Marcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva

A teoria ambientalista (green theory) e a competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos: O caso da Colômbia

Eduardo Biacchi Gomes e Ane Elise Brandalise

30 anos do Protocolo de Montreal: Uma história de sucesso do Direito Ambiental Internacional

Fernando Rei e Valeria Cristina Farias

Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade

Ana Maria D'Ávila Lopes e Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior

Da relevância dos casos do Desarmamento Nuclear perante a Corte Internacional de Justiça

Lucas Carlos Lima

Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda?

Gilberto Schäfer, Roger Raupp Rios, Paulo Gilberto Cogo Leivas e Jesus Tupã Silveira Gomes

El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad

Rafael Sanz e André Folloni

Ley de rotulación de alimentos de Chile: ¿Traba comercial o protección de la salud?

Nicolás Cobo