

Mariana Caroline Scholz

**DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E O PROTOCOLO
DE NAGOYA: NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS LEGAIS DA
IMPLEMENTAÇÃO DO CERTIFICADO INTERNACIONAL DE
CONFORMIDADE**

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
para obtenção do Grau de Mestre em
Direito
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cristiane Derani

Florianópolis
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Scholz, Mariana Caroline

DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E O PROTOCOLO DE NAGOYA: NATUREZA JURÍDICA E ASPECTOS LEGAIS DA IMPLEMENTAÇÃO DO CERTIFICADO INTERNACIONAL DE CONFORMIDADE / Mariana Caroline Scholz; orientadora, Cristiane Derani - Florianópolis, SC, 2016.

272 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Protocolo de Nagoya. 3. Direito Internacional Ambiental. 4. Biodiversidade. 5. Acesso e Repartição de Benefícios. I. Derani, Cristiane. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós Graduação em Direito. III. Título.

Mariana Caroline Scholz

**TÍTULO: DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E O
PROTOCOLO DE NAGOYA: NATUREZA JURÍDICA E
ASPECTOS LEGAIS DA IMPLEMENTAÇÃO DO CERTIFICADO
INTERNACIONAL DE CONFORMIDADE**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre”, e aprovada em sua forma final pelo Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

Florianópolis/SC, 18 de dezembro de 2015.

Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Cristiane Derani
Orientadora
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Rogério Silva Portanova
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Ricardo Stanziola Vieira
Universidade do Vale do Itajaí

Este trabalho é dedicado à minha mãe
Maria, aos meus irmãos Rolf e Tamara,
e aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Um trabalho desta magnitude exigiu tempo, dedicação e energia. Ele jamais teria sido realizado sem a ajuda e auxílio de tantas pessoas que me acompanharam nesta jornada, que é o mestrado.

Ao Curso de Pós-Graduação em Direito desta Universidade, só tenho o que agradecer aos professores e servidores.

Agradeço, em especial, à Professora Cristiane Derani: à luz da sua mente brilhante foram diversos os ensinamentos, conversas, partilhas e realizações. Sinto-me honrada em ser sua orientanda. Obrigada pela compreensão, carinho e tantas oportunidades.

Agradeço ao professor Portanova: suas lições impulsionaram diversos aprendizados durante todo o mestrado. Obrigada ao professor Arno Dal Ri Junior, hoje coordenador: é uma honra trabalhar ao seu lado e compartilhar de seus ensinamentos. Agradeço também aos membros do grupo EMAE, são inúmeras vivências partilhadas com companheirismo e aprendizado. E aos membros da Representação Discente do PPGD, que no trabalho e parceria auxiliaram minha formação como profissional e pessoa. Agradeço também aos servidores da secretaria da pós-graduação, Cida, Fabiano, Nelson, por todo o belo trabalho realizado e inúmeras ajudas. E agradeço aos servidores da direção do CCJ, Patrícia e Pedrinho, pelos inúmeros auxílios no 4º andar.

Agradeço à minha família: à minha mãe Maria, ao meu irmão Rolf e à minha irmã Tamara, à tia Mari e à vó Anni: foram vocês que, mesmo a quilômetros de distância, sempre me acolheram, ajudaram das diversas formas, incentivaram e compreenderam minha ausência. Obrigada também por todos os ensinamentos que me trouxeram até aqui. Amo muito vocês.

Os amigos são a família que a gente escolhe, e eu escolhi a melhor família do mundo. Minha vida e minhas conquistas jamais seriam a mesma sem toda a ajuda, atenção, carinho, diversão, compreensão e companheirismo dos meus estimados amigos. Bruno, Luiz, Arlon, Morgana, sou grata e amo vocês. Agradeço também a Ju e a Bia, Floripa jamais teria sido a mesma sem vocês, são muitas histórias, e sou muito grata por ter conhecido vocês, amigas na dor e alegria. Tenho que tecer um agradecimento especial ao Marco: você foi fantástico no momento mais caótico, me mimou, suportou e ajudou no que podia durante este trabalho, sem você eu não teria terminado a tempo... imensa gratidão. No mesmo sentido, agradeço a Beni por nos receber em sua casa, que serviu como KG de grande parte deste trabalho.

Agradeço a tantos amigos e colegas por dividirem comigo algumas dificuldades e muitas alegrias. E em especial à bela Ilha da Magia, que me recepcionou tão bem e propiciou momentos tão felizes.

We often forget that WE ARE NATURE. Nature is not something separate from us. So when we say that we have lost our connection to nature, we've lost our connection to ourselves.

(Andy Goldsworthy)

RESUMO

A regulamentação internacional da biodiversidade é um dos maiores desafios do Direito Internacional Ambiental. A comunidade internacional, no intuito de conservar e regulamentar a biodiversidade – como elemento essencial para a biosfera, e conseqüentemente para a humanidade e o seu desenvolvimento econômico e social –, adotou diversos tratados sobre a matéria, com destaque à Convenção da Diversidade Biológica e o Protocolo de Nagoya. O recente Protocolo de Nagoya – sobre acesso e repartição justa e equitativa de benefícios da diversidade biológica – oferece mecanismos especiais para conservar e utilizar sustentavelmente a biodiversidade. Um destes é o certificado internacional de conformidade. Mas muito pouco se sabe sobre tal mecanismo. Por essa razão, é fundamental compreender a natureza jurídica e os aspectos legais da implementação dessa nova ferramenta no cenário jurídico internacional. A presente dissertação, com base no método dedutivo e pesquisa bibliográfica e documental, conclui que o certificado de conformidade é um instrumento internacional, compulsório e público, possui natureza jurídica *sui generis*, e sua implementação é concretizada ao ser inserido no regime internacional de comércio. Inicialmente, traça-se um panorama da construção histórica do Direito Internacional Ambiental, seus sujeitos e fontes, assim como o impacto da fragmentação e do conflito norte e sul na sua formação. No segundo capítulo, levantam-se os aspectos históricos e tratados específicos da regulamentação internacional da biodiversidade. Em seguida, analisam-se o Protocolo de Nagoya e as especificidades da natureza jurídica do certificado internacional de conformidade. Por fim, pondera-se sobre a relação entre comércio e meio ambiente, e os seus regimes próprios do Direito Internacional, em especial a aceitação da Organização Mundial de Comércio da matéria ambiental. Encerra-se com a justificativa da possibilidade de inserção do certificado no regime internacional do comércio, de forma mais plausível pela aceitação consolidada dos certificados de origem na OMC, com base no princípio da integração sistêmica do Direito Internacional de Koskenniemi.

Palavras-chave: Direito Internacional Ambiental. Biodiversidade. Protocolo de Nagoya. Acesso e Repartição de Benefícios. Certificado Internacional de Conformidade.

ABSTRACT

The international biodiversity regulation is one of the biggest challenges of International Environmental Law. The international community aiming to preserve and regulate biodiversity – like an essential element for the biosphere, and by this matter for humanity and its economical and social development – adopted several treaties about this matter, as the Biological Diversity Convention and the Nagoya Protocol. The recent Nagoya Protocol – on access and the fair and equitable sharing of biological diversity's benefits – offers special tools to preserve and use in a sustainable way the biodiversity, one of these tools is the International Certificate of Compliance. Few things are known about such tool and because of it, it is fundamental the comprehension of such legal nature and its implementation aspects, as it is a new mechanism presented to the international legal context. The present dissertation, based on deductive method and bibliographical and documental research concludes that the Certificate of Compliance is an international, compulsory and public mechanism that have *sui generis* legal nature, and its implementation is sure to be insert in the context of international trade. To start, draws an overview about the historical background of environmental international law, its subjects and sources, likewise the fragmentation impacts and conflicts between north and south during its formation. The second chapter of this dissertation studied the historical aspects and treaties about biodiversity international regulation. Then, on the third chapter the Nagoya Protocol is analyzed about its specificities concerning the legal nature of the International Certificate of Compliance. Finally, the last chapter brings an analysis on the relationship between trade and environmental international regimes, especially the debate of environmental matters by the World Trade Organization. And concludes presenting the possibility of the Certificate's insertion into the international trade regime, in a similar way that the WTO accept origin certificates, based on Koskenniemi's principle of systemic integration of international law.

Keywords: Environmental International Law. Biodiversity. Nagoya Protocol. Access and Benefit Sharing (ABS). International Certificate of Compliance.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABS	– Access and Benefit Sharing (Acesso e Repartição de Benefícios)
BSWG	– Open-Ended Ad Hoc Working Group on Biosafety (Grupo de trabalho Ad Hoc de Composição Aberta sobre Biossegurança)
CBD	– Convention on Biological Diversity
CDB	– Convenção da Diversidade Biológica
CIJ	– Corte Internacional de Justiça
CITES	– Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção)
CMS	– Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals (Convenção sobre Espécies Migratórias de Animais Selvagens)
COP	– Conference of the Parties (Conferência das Partes)
CTE	– Committee on Trade and Environment (Comitê de Comércio e Meio Ambiente)
CTES	– Committee on Trade and Environment Special Session (Comitê de Comércio e Meio Ambiente Sessão Especial)
DI	– Direito Internacional
ECOSOC	– Economic and Social Council (Conselho Econômico e Social)
ECTS	– European Credit Transference System (Sistema Europeu de Transferência de Crédito)
EEE	– Espaço Econômico Europeu
EUA	– Estados Unidos da América
EXCOP	– Extraordinary Meeting of COP (Reunião Extraordinária da COP)
FAO	– Food and Agriculture Organization of the United Nations (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura)
GATS	– Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços
GATT	– General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral de Tarifas e Comércio)
IAEA	– International Atomic Energy Agency (Agência Internacional de Energia Atômica)

ICJ	– International Court of Justice
IMO	– International Maritime Organization (Organização Marítima Internacional)
IPR	– International Property Rights (Direito Internacional da Propriedade Intelectual)
ITPGRFA	– International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture
IUCN	– International Union for Conservation of Nature (União Internacional para Conservação da Natureza)
MAB	– Program Man and the Biosphere of UNESCO (Programa da UNESCO sobre Homem e Biosfera)
MAT	– Mutually Agreed Terms (Termos mutuamente acordados)
MLS	– Multilateral System (Sistema Multilateral)
NIEO	– New International Economic Order (Nova Ordem Econômica Internacional)
NAMA	– Grupo de Negociação em Acesso a Mercados para Produtos Não-Agrícolas
NP	– Nagoya Protocol (Protocolo de Nagoya)
OCDE	– Organisation for Economic Co-operation and Development (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)
ONG	– Organização não governamental
ONGs	– Organizações não governamentais
ONU	– Organização das Nações Unidas
OI	– Organização Internacional
OIs	– Organizações Internacionais
OIT	– Organização Internacional do Trabalho
OMC	– Organização Mundial do Comércio
OMS	– Organização Mundial da Saúde
OVM	– Organismos Vivos Modificados
PCIJ	– Permanent Court of International Justice (Corte Permanente de Justiça Internacional)
PIC	– Prior Informed Consent (Consentimento Prévio Informado)
PIP	– Pandemic Influenza Preparedness of WHO (Preparação para Pandemia de Gripe da OMS)
PNUD	– Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
PNUMA	– Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
PPMs	– Process and Production Methods (Métodos de Processo e Produção)

POP	– Convention on Persistent Organic Pollutants (Convenção sobre Poluentes Orgânicos Persistentes)
SBSTTA	– Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice of CBD (Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico da CBD)
SPS	– Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias)
TBT	– Technical Barriers to Trade Agreement (Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio)
TIRFAA	– Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura
TRIPS	– Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio)
UE	– União Europeia
UNCED	– Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento
UNCLOS	– United Nations Convention on the Law of the Sea (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar)
UNCTAD	– United Nations Conference on Trade and Development
UNESCO	– United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e a Cultura)
UNEP	– United Nations Environment Programme
UPOV	– International Union for the Protection of New Varieties of Plants (União Internacional para Proteção das Obtenções Vegetais)
VCLT	– Vienna Convention on the Law of Treaties (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados)
WCED	– World Commission on Environment and Development (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento)
WCS	– World Conservation Strategy
WGABS	– Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit Sharing (Grupo de trabalho Ad Hoc de Composição Aberta sobre Acesso e Repartição de Benefícios)
WHO	– World Health Organization
WNBR	– World Network of Biosphere Reserves (Rede Mundial de

Reservas da Biosfera)
WWF – World Wide Fund for Nature (Fundo Mundial para a
Vida Selvagem e Natureza)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
1.1 OBJETIVOS	25
1.1.1 Objetivo Geral	25
1.1.2 Objetivo Específico	25
2 DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL	27
2.1 CONTORNOS HISTÓRICOS.....	32
2.2 SUJEITOS	47
2.2.1 Estado	49
2.2.2 Organização Internacional	51
2.2.3 Indivíduo	54
2.2.4 Organização Não Governamental	56
2.2.5 Empresa Transnacional/Multinacional	58
2.3 FONTES	59
2.3.1 Costume Internacional	61
2.3.2 Tratados	65
2.3.3 Princípios	68
2.3.3.1 Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais.....	71
2.3.3.2 Cooperação	82
2.3.3.4 Poluidor-Pagador	89
2.3.3.5 Prevenção.....	90
2.3.3.6 Prevenção	91
2.3.3.7 Responsabilidade Comum Porém Diferenciada.....	91
2.3.4 Jurisprudência	94
2.3.5 Doutrina	95
2.3.6 Resoluções de Organizações Internacionais	96
2.3.7 Atos Unilaterais de Estados	98
2.3.8 Soft Law	100
2.3.9 Jus Cogens	101
2.3.10 Obrigações Erga Omnes	102
2.4 FRAGMENTAÇÃO E CONFLITO NORTE x SUL	104
2.4.1 Conflito Norte e Sul	110
2.4.2 Regime Internacional Ambiental	112
2.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL.....	115
3 REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DA BIODIVERSIDADE	119
3.1 PRINCIPAIS TRATADOS E DOCUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE A BIODIVERSIDADE APÓS 1972	123

3.2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA	135
3.3 CONCEITOS FUNDAMENTAIS	143
3.3.1 Biodiversidade ou Diversidade Biológica	143
3.3.2 Recursos Genéticos	144
3.3.3 Conhecimento Tradicional Associado à Biodiversidade.....	146
3.3.4 Acesso e Repartição de Benefícios	150
3.4 CONFERÊNCIAS DAS PARTES DA CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA E OUTROS DOCUMENTOS ADOTADOS	152
3.4.1 Criação do Protocolo de Nagoya.....	154
3.5 CONCLUSÕES FINAIS DA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DA BIODIVERSIDADE.....	157
4 O PROTOCOLO DE NAGOYA E O CERTIFICADO INTERNACIONAL DE CONFORMIDADE.....	161
4.1 O PROTOCOLO DE NAGOYA	161
4.1.1 Relação com Outros Acordos e Instrumentos	163
4.1.2 Recursos Genéticos do Âmbito de Aplicação do Protocolo de Nagoya.....	165
4.1.3 Finalidade de Aplicação dos Recursos Genéticos no Âmbito do Protocolo de Nagoya	169
4.1.3.1 Recursos Genéticos para Agricultura e Alimentação.....	170
4.1.4 Características do Sistema ABS no Protocolo de Nagoya	172
4.1.4.1 Acesso a Recursos Genéticos e/ou Conhecimentos Tradicionais Associados	173
4.1.4.2 Repartição de Benefícios Derivados da Utilização	178
4.1.4.3 Órgãos do Protocolo de Nagoya	182
4.1.4.4 Procedimentos e Mecanismos para o Cumprimento do Protocolo.....	183
4.2 O CERTIFICADO DE CONFORMIDADE.....	187
4.2.1 Autoridade Competente pela Emissão do Certificado.....	190
4.2.2 Natureza jurídica	195
4.3 CONCLUSÕES SOBRE O PROTOCOLO DE NAGOYA E O CERTIFICADO INTERNACIONAL DE CONFORMIDADE	206
5 MEIO AMBIENTE E COMÉRCIO: ASPECTOS LEGAIS DA IMPLEMENTAÇÃO INTERNACIONAL DO CERTIFICADO CONFORMIDADE.....	209
5.1 MEIO AMBIENTE E COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	209
5.1.1 Organização Mundial do Comércio	218
5.1.2 Meio Ambiente e a Organização Mundial do Comércio.....	219
5.1.3 Certificado de Origem na OMC	230

5.2 ASPECTOS LEGAIS DA IMPLEMENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE CONFORMIDADE	233
5.2.1 Princípio da Integração Sistêmica de Koskenniemi	236
6 CONCLUSÃO	243
REFERÊNCIAS	251
ANEXO A – Formulário oficial para a notificação de licenças ou seu equivalente... ..	263

1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Ambiental – marcado pela fragmentação, conflito Norte e Sul e emergência de novos sujeitos no Direito Internacional – é a área que se constitui um arcabouço institucional e normativo para perseguir a proteção ambiental. No fenômeno de se constituir um regime internacional ambiental, jamais está isolado do Direito Internacional como um todo. Portanto, na busca de seus interesses, transpassa diversos temas e cria novas ferramentas para a efetividade normativa ambiental.

A conservação da biodiversidade é um dos temas especializados dentro do Direito Internacional Ambiental, e certamente um dos que mais propõe desafios. Suas ameaças vêm de diversas fontes, e a conservação da biodiversidade apresenta um conjunto de dificuldades que só pode ser tratado de forma a integrar valores sociais, culturais, ecológicos e econômicos.

Hoje, a conservação e uso sustentável da biodiversidade são regulados de forma mais abrangente pela Convenção da Diversidade Biológica de 1992. Neste contexto, a Convenção da Diversidade Biológica criou o Protocolo de Nagoya para tratar especificamente sobre acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios derivados da utilização da biodiversidade. Este Protocolo incorpora a complexidade do tema e propõe mecanismos que consolidam o desenvolvimento em matéria ambiental: a proteção de acesso, a repartição de benefícios, a integração de órgãos nacionais e internacionais e o monitoramento e fiscalização dos recursos genéticos.

Como uma ferramenta de monitoramento, é proposto um certificado internacional de conformidade, que garante que as normas de acesso e repartição foram cumpridas, e rastreia o recurso genético em toda a cadeia de sua utilização. Trata-se de um mecanismo inovador, que realça a relação entre proteção ambiental e comércio, e levanta dúvidas quanto a sua natureza jurídica e implementação.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é contribuir na busca de respostas sobre esta nova ferramenta criada pelo Direito Internacional Ambiental: o certificado internacional de conformidade. O que se pretende é esclarecer e definir a natureza jurídica, assim como compreender a implementação no Direito Internacional. Para tanto, buscou-se realizar uma pesquisa dedutiva que perpassasse a mera teoria, combinando a pesquisa bibliográfica, a pesquisa documental e a interpretação das normas internacionais, a fim de construir as respostas para o problema levantado. Para tanto, alguns autores são base no

desenvolvimento do trabalho, principalmente Alan Boyle, Elisa Morgera, Gurdial Singh Nijar, Martti Koskeniemi, Matthias Buck, Nico Schrijver, Patricia Birnie e Philippe Sands.

Desta forma o trabalho foi dividido em quatro capítulos:

O primeiro capítulo explora a construção histórica do Direito Internacional Ambiental. Primeiro é preciso conceituá-lo como um ramo do Direito Internacional, e demonstrar como jamais se desassocia deste tronco. Após, aborda-se o desenvolvimento histórico próprio da consideração ambiental no Direito Internacional, os principais fatos e textos legais que auxiliaram na sua formação. Como um ramo do Direito Internacional, buscou-se construir toda a base do tema (talvez um tanto exagerada, mas nem por isso desnecessária), apresentando as fontes e sujeitos internacionais e como cada um auxiliou e fomenta o Direito Internacional Ambiental. Por fim, a última parte do primeiro capítulo destina-se ao estudo da fragmentação do Direito Internacional e conflito Norte e Sul, fenômenos essenciais na formação e constante desenrolar do ramo.

O segundo capítulo, devidamente apoiado no Direito Internacional Ambiental, se volta para uma questão em específico no mar de temas ambientais: a regulamentação internacional da biodiversidade. Parte-se novamente para a compreensão histórica do tema, os principais tratados e documentos internacionais sobre biodiversidade após 1972, para se destacar o documento que é a espinha dorsal da biodiversidade hoje: a Convenção da Diversidade Biológica. Após são definidos os conceitos fundamentais em matéria de biodiversidade, para se encerrar toda a parte introdutória.

O terceiro capítulo, após toda a compreensão fundamental dos elementos envolvidos, finalmente se aprofunda sobre o Protocolo de Nagoya. De início, enfrentam-se as características peculiares do tratado, analisam-se suas previsões e o sistema de acesso e repartição de benefícios (ABS) que ele cria. Após, avalia-se em detalhes o certificado de conformidade do protocolo como uma ferramenta para garantir a conservação e o uso sustentável dos recursos genéticos. O aporte teórico construído até aqui servirá de referencial para a análise do instrumento em relação a sua formação e esclarecimento dos objetivos que a ele são designados, para poder definir sua natureza jurídica e implicações.

No quarto e último capítulo, conduz-se um vislumbre dos aspectos legais da implementação do certificado de conformidade, o qual destaca a relação meio ambiente e comércio. Para tanto, se explica sobre o regime internacional do comércio criado pela Organização Mundial do Comércio, e se demonstra como ela incorpora as questões ambientais. Neste íterim,

se vislumbra o arcabouço normativo da OMC, que aceita certificados, em especial os acordos TBT, SPS e certificação de origem. Na conclusão, se indica que o Certificado de Nagoya pode ser aceito como o são os certificados de origem, que se fundamenta nos aspectos legais da implementação do certificado de conformidade, enquanto mecanismo proposto entre regimes internacionais, com base no princípio da integração sistêmica.

Este trabalho, diante da complexidade do tema, tem a inspiração acadêmica de contribuir com o esclarecimento sobre o Direito Internacional Ambiental, da regulamentação da biodiversidade, do Protocolo de Nagoya, e do instrumento inovador que é o certificado internacional de conformidade, sem, contudo, exaurir a temática. Assim, pode auxiliar o incipiente estudo do Direito Internacional do Protocolo de Nagoya. O Brasil é signatário da Convenção da Biodiversidade, mas ainda não ratificou o Protocolo de Nagoya, que entrou em vigor há praticamente um ano. É no intuito de esclarecimentos e divulgação da temática que este trabalho pode auxiliar.

Por fim, destaque-se que o trabalho utiliza a metodologia autor-data, que permite notas de rodapé explicativas. As notas de rodapé não se revelam indispensáveis para a compreensão do texto, mas elas aprofundam as ideias. Tais notas também foram utilizadas para revelar os textos traduzidos na língua original. Isto se viu necessário uma vez que o tema é construído basicamente em inglês. Trazer o texto na língua original auxilia na compreensão do conteúdo e manutenção dos termos e siglas chaves utilizados no presente trabalho, para os quais não existe tradução consolidada, como ABS, ABS Clearing-House, PIC, MAT, etc.

1.1 OBJETIVOS

1.1.1 Objetivo Geral

Compreender o instrumento jurídico certificado internacional de conformidade do Protocolo de Nagoya.

1.1.2 Objetivos Específicos

- Estudar e descrever o Direito Internacional Ambiental;
- Estudar e identificar a regulamentação internacional da biodiversidade;
- Estudar e compreender o Protocolo de Nagoya;

- Verificar e analisar o que o Protocolo de Nagoya propõe sobre o acesso a recursos genéticos e à repartição justa e equitativa dos benefícios;
- Analisar e determinar a natureza jurídica do certificado internacional de conformidade do Protocolo de Nagoya;
- Estudar e analisar os aspectos legais da implementação do certificado internacional de conformidade.

2 DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Se existe um campo de pesquisa do direito complexo e instigante, que lida com questões fundamentais da humanidade em uma articulação inovadora e contemporânea, certamente é o Direito Internacional Ambiental.

É indubitavelmente complexo diante dos temas aos quais se destina a regulamentar (assim como a forma de regulamentar) em um prisma que se afasta da zona de conforto da maioria dos juristas (direito nacional ou interno). É instigante, uma vez que se vislumbram todas as suas possibilidades, desafios e objetivos. E é uma articulação ímpar entre diversas realidades e instituições jurídicas em prol de múltiplos objetivos em que o meio ambiente é a espinha dorsal. Eis a face do campo de pesquisa.

A primeira pergunta a se colocar é: por que o termo Direito Internacional Ambiental? Uma simples observação das palavras isoladas basta para situar o assunto: trata-se de normatização (direito) exterior ou entre nações (internacional), relativa ao meio ambiente (ambiental).

Mas, além do convencional significado das palavras, a ordem dos fatores tem um propósito: realçar sua natureza e vínculo intrínseco com o clássico Direito Internacional.

O Direito Internacional, cuja origem pode ser considerada a Paz de Vestfália de 1648¹, se destina a reger as relações jurídicas, criando normas entre os diferentes sistemas nacionais que regem a comunidade internacional, determinando os direitos e obrigações dos sujeitos desta comunidade, originalmente e especialmente os Estados².

¹ Os tratados de Munster e Osnabruck, na Vestfália, em 24 de outubro de 1648, marcam o fim da Guerra dos Trinta Anos (1618- 1648). E representam “[...] o fim de uma era e início de outra, em matéria de política internacional, com acentuada influência sobre o Direito Internacional, então em seus primórdios. Esses tratados acolheram muitos dos ensinamentos de Hugo Grócio, surgindo daí o Direito Internacional tal como o conhecemos hoje em dia, quando triunfa o princípio da igualdade jurídica dos Estados, estabelecem-se as bases do princípio do equilíbrio europeu, e surgem ensaios de regulamentação internacional positiva”. (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 101)

² Reflexões e precedentes terão de levar em conta o Estado como meio e ferramenta operacional do Direito Internacional: “A presença e a influência dos Estados são incontornáveis no Direito Internacional, no sentido de que estarão

Enquanto os tratados firmados em Vestfália são o marco inicial, Accioly, Casella e Silva (2012, p. 133) ensinam que é o Tratado de Versalhes, firmado em 1919, que assinalou o fim oficial da Primeira Guerra Mundial, que confere uma nova fase para o Direito Internacional e as relações internacionais. O que ele demarca é a passagem de um Direito Internacional de coexistência para cooperação. Cooperação que se expandiu para muito além de evitar conflitos diretos entre Estados, e abriu espaços para novos sujeitos no campo internacional, como Organizações Internacionais, Organizações não governamentais, indivíduos e outros³ (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 51).

Como descrito por Sands (2003, p. 12), hoje, os princípios e regras do Direito Internacional, assim como as Organizações Internacionais, servem à cooperação. Eles buscam fornecer a moldura para a comunidade internacional cooperar por meio do estabelecimento de normas de conduta e resolução de conflitos. Normas que exprimem as funções próprias do Direito Internacional⁴: funções legislativas, administrativas e judicantes⁵.

Se o propósito inicial do Direito Internacional foi de buscar e manter a paz entre os Estados soberanos⁶, seu desenvolvimento histórico e gradual resultou no aumento do repertório de temas pelos múltiplos interesses em comum dos governos (comércio, direitos humanos, recursos

sempre presentes e atuantes os Estados, na formação e aplicação do direito de regência das relações entre estes”. (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p.101)

³ Para ver mais sobre os sujeitos do Direito Internacional ver item 2.2 do presente trabalho.

⁴ No mesmo sentido, Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 9) “First, in its constitutional role international law provides mechanisms and procedures for negotiating the necessary rules and standards, settling disputes, and supervising implementation and compliance with treaties and customary rules.”

⁵ Tais funções são explicadas por Sands (2003, p. 12 -13) como: “The legislative function [...] provides for the creation of legal principles and rules which impose binding obligations requiring states and other members of the international community to conform to certain norms of behavior. The administrative function of international law allocates tasks to various actors to ensure that the standards imposed by the principles and rules of international law are applied. The adjudicative function of international law aims to provide mechanisms or for to prevent and peacefully settle differences or disputes which arise between members of the international community [...]”

⁶ O condão desse direito pode ser visto na obra clássica “A Paz Perpétua” do ano de 1795, de Immanuel Kant.

naturais)⁷ na mesma medida que houve um alastramento da consideração de sujeitos desde o seu marco inicial.

Justamente nesse desenvolvimento, a ampliação do leque de questões reconhecidas como intrínsecas e inevitavelmente internacionais, denominado fragmentação⁸, se vislumbra o surgimento do Direito Internacional Ambiental, em que “[...] a conservação dos recursos naturais se cristalizou em uma parte importante e crescente do Direito Internacional Público” (SANDS, 2003, p. 03, tradução nossa).

É nessa linha de pensamento que Schrijver (2008, p. 258) ressalta que o Direito Internacional Ambiental tem suas raízes no clássico Direito Internacional. E, por mais que recentemente possa ser considerado como um novo ramo do Direito Internacional (principalmente pela percepção da importância de resposta jurídica à degradação ambiental mundial⁹ em diversos tratados), não se afasta jamais de seu tronco, do qual tira sua substância e força.

Sob o mesmo ponto de vista, Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 2) apontam que o Direito Internacional Ambiental não é uma disciplina separada e autossuficiente do direito. Em muitos aspectos, trata-se da simples aplicação das regras, princípios e processos já estabelecidos do Direito Internacional (DI) para a resolução de problemas e disputas ambientais internacionais.

Claro que do aumento da importância dos problemas ambientais foi necessário desenvolver um corpo de leis mais específicas, destinadas à proteção do meio ambiente, em harmonia com os novos sujeitos do DI, o que não deixa de ser parte do Direito Internacional como um todo e de aplicar suas regras e princípios gerais.

Portanto, um estudo do Direito Internacional contemporâneo não pode ignorar o corpo de legislação especificamente ambiental, bem como

⁷ Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 41) aprofundam “Ultimately, governments make policy choices about how to balance competing objectives of this kind on political, social, economic, or ethical grounds. These choices will be reflected in the agreements they sign or in the state practice that contributes to general international law. The relationship between environmental concerns international-trade policy and human-rights law is best negotiated by states acting through the UN, the WTO, and other international organizations.”

⁸ Para mais sobre fragmentação, ver item 2.4 do presente trabalho.

⁹ Degradação ambiental global especificamente quanto a: “Over-exploitation of natural resources, loss of biodiversity, desertification, (tropical) deforestation, pollution of international waters, threat of global warming, and ozone layer depletion are among the most pressing concerns.” (SCHRIJVER, 2008, p. 258).

a aplicação do Direito Internacional geral para problemas ambientais (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 2).

Mais precisamente:

[...] a resolução de problemas ambientais internacionais independente da categorização, acarreta na aplicação do Direito Internacional como um todo de maneira integrada. No mundo real, simplesmente não é possível resolver muitos dos problemas jurídicos colocados pelos problemas ambientais internacionais sem considerar o direito dos tratados, responsabilidade dos Estados, jurisdição, direito do mar, direito sobre recursos naturais, resolução de controvérsias, direito privado internacional, direitos humanos, direito penal internacional e do direito comercial internacional, para citar apenas os mais óbvios.¹⁰ (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p.3, tradução nossa).

Esse também é o entendimento de Sands (2003, p. 15, tradução nossa) que conceitua Direito Internacional Ambiental como “[...] normas substantivas, processuais e institucionais do Direito Internacional, que tem como objetivo principal a proteção do meio ambiente”. Sob este prisma, o direito e as instituições internacionais servem como a estrutura principal para a cooperação entre os membros da comunidade internacional nas suas preocupações ambientais (SANDS, 2003, p. 12).

Em síntese, o ramo movido por preocupações ambientais se utiliza das ferramentas e institutos existentes no Direito Internacional, sobretudo quando é comum que as implicações ambientais sejam bilaterais, regionais ou globais, o que tornam ineficientes as medidas estatais

¹⁰ Em inglês “[...] the resolution of international environmental problems, however categorized, entails the application of international law as a whole, in an integrated manner. In the real world, it is simply not possible to address many of the legal issues posed by international environmental problems without also considering the law of treaties, state responsibility, jurisdiction, the law of the sea, natural resources law, dispute settlement, private international law, human rights law, international criminal law, and international trade law, to name only the most obvious.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 3).

isoladas¹¹, e tais implicações somente podem ser trabalhadas e resolvidas por norma e regulamentação internacional (SANDS, 2003, p. 03).

Muito embora a matéria seja antiga, Sands (2003, p. 51) ressalta que somente em 1990, durante a preparação da RIO 92, as mudanças legais e políticas reconheceram a importância substantiva dos tópicos ambientais; é neste momento que se nota discretamente a consolidação da área chamada Direito Internacional Ambiental¹².

Tal explicação é relevante para a compreensão de que a regulamentação da biodiversidade ganha forma no contexto da relação entre Estados soberanos, de modo que, na perseguição de seus interesses com o ânimo de solucionar problemas, os Estados entrelaçaram temas ambientais nas suas políticas internacionais.

Em contrapartida, embora historicamente o Direito Internacional Ambiental tenha focado principalmente as relações entre Estados – seus direitos e deveres internacionais –, Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 9 tradução nossa) explicam que “[...] as dimensões dos direitos humanos tornaram-se cada vez mais proeminentes. A participação das Organizações não governamentais também concedeu aos atores não estatais influência significativa nas negociações de tratados ambientais e

¹¹ No mesmo sentido: “A compreensão do papel e alcance do Direito Internacional somente se consolidará na medida em que se tenha conscientização da absoluta impossibilidade e inadequação operacional dos sistemas nacionais, estes isoladamente considerados como unidades autônomas, muitas vezes se não francamente antagônicas, ao menos colidentes, para fazer frente às necessidades do tempo presente.” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p.127).

¹² Com efeito, nesse aspecto, a área adquiriu as funções legislativas, administrativas e judicantes já mencionadas. O que significa que em matéria ambiental a função legislativa deve gerar normas com obrigações que “[...] imponham limites sobre as atividades que podem ser realizadas ou permitidas por causa de seu impacto real ou potencial sobre o meio ambiente. Impacto que pode ser sentido dentro de um Estado, através das fronteiras de dois ou mais Estados ou em áreas fora da jurisdição e controle de qualquer Estado” (SANDS, 2003, p. 12-13, tradução nossa). A função administrativa atribui tarefas aos vários atores do Direito Internacional para garantir que as normas e princípios do Direito Internacional Ambiental sejam aplicados. E a função judicante diz respeito à criação de mecanismos ou cortes para resolver as disputas que possam surgir “envolvendo o uso de recursos naturais ou a realização de atividades que tenham impacto sobre o meio ambiente”.

na agenda internacional de órgãos internacionais. Na realidade, o Direito Internacional Ambiental moderno não é mais apenas feito por Estados”¹³.

Em suma, Direito Internacional Ambiental deve ser definido como o conjunto de normas que criam direitos e deveres voltados à proteção/manejo ambiental, por meio das fontes do Direito Internacional, voltado para os sujeitos do Direito Internacional.

Por conseguinte, uma vez compreendida a área de pesquisa, e antes de se explicar melhor que fontes e sujeitos são esses e sua relevância para o Direito Internacional Ambiental, parte-se para os contornos históricos que moldaram a área. Não é objetivo, do presente trabalho, realizar um detalhamento histórico completo, mas se reconhece a necessidade de ilustrar um breve esboço de alguns episódios para a compreensão sistêmica do tema de pesquisa.

2.1 CONTORNOS HISTÓRICOS

A discussão sobre meio ambiente no âmbito internacional de maneira sistemática e global tem seu desabrochar nos anos 70, no cenário pós-Segunda Guerra Mundial, com o acirramento da preocupação ambiental pelo esgotamento de recursos naturais, bem como pelos problemas da poluição derivados das indústrias, intensificados pelo impacto da política, crescimento econômico e comércio.

Sands (2003, p. 3) e Schrijver (2012, p. 51) esclarecem que as condições que contribuíram para o surgimento do Direito Internacional Ambiental podem ser resumidas em: diversos problemas ambientais, acompanhados do reconhecimento do homem da dependência ecológica, assim como problemas que não respeitam barreiras nacionais. Ou seja, nessa época, os problemas ambientais foram reconhecidos por implicações internacionais e demandaram regulamentação internacional.

É profundamente importante entender que o Direito Internacional Ambiental evoluiu num dado momento em que a heterogeneidade da comunidade internacional se intensificou. Simultaneamente, os problemas

¹³ Na língua de origem: “Although international environmental law has historically been focused mainly on interstate relations and the rights and duties of states, the human-rights dimensions have become increasingly prominent. NGO participation has also given non-state actors significant influence in environmental treaty negotiations and the environmental agenda of international bodies. In a very real sense modern international environmental law is no longer made by states alone.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 9).

econômicos clamaram por desenvolvimento, e as necessidades dos países em desenvolvimento se sobressaíram (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 11). Justamente a Fragmentação e conflito Norte X Sul, melhor detalhadas no tópico 2.4 da presente dissertação.

Sem dúvida, mesmo que esparsos e tímidos até 1972, “O desenvolvimento do Direito Internacional do Meio Ambiente coloca-se dentre os mais significativos das últimas décadas [...] tornou-se parte central do Direito Internacional, no contexto pós-moderno, e tema recorrente das negociações e esforços de regulamentações de caráter tanto interno como internacional” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 980), devido ao seu caráter crucial de manutenção da vida.

Claro que antes dos anos 70 já existiam discussões internacionais que abordavam matéria ambiental, mas de forma isolada e específica, que regulamentaram e/ou resolveram contenciosos de algum tema especial (aves, plantas, poluição transfronteiriça).

Sands (2003, p. 25-70) delimita quatro períodos históricos para a matéria ambiental no cenário internacional: o primeiro período é do século XIX até à Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas, em 1945; o segundo, de 1945 até à Conferência de Estocolmo, de 1972; o terceiro, de 1972 até à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992; e o quarto, de 1992 em diante.

Não é possível definir um marco de referência no primeiro período, mas podem-se citar os tratados bilaterais de peixes no século XIX (SANDS, 2003, p. 25). De acordo com o autor, no primeiro período existe um despertar da necessidade de limites no uso de recursos naturais no processo de industrialização (de pessoas e nações), de modo que instrumentos jurídicos são considerados.

Sands (2003, p. 29) explica como a construção inicial da conservação da vida selvagem (proteção de alguns peixes, pássaros e rios) é fruto do esforço de pessoas particulares, principalmente cientistas e organizações ambientais na Europa e nos Estados Unidos, esforços influenciados por valores econômicos, religiosos, morais e estéticos, afora o valor econômico (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 7).

Nesse ínterim, para Birnie e Boyle (2002, p. 6) os problemas transfronteiriços ambientais são os primeiros que exigem medidas internacionais mais significativas. Como referência internacional ambiental cita-se o caso da fundição Trail (Trail Smelter Case). A empresa Trail Smelter, no Canadá, causou danos às terras de pastagem e agricultura nos Estados Unidos, pela emissão de dióxido de enxofre no ar.

O caso foi levado a um tribunal arbitral, para decidir o que devia ser pago de indenização pelos danos transfronteiriços.

A decisão emblemática do tribunal arbitral, em 16 de Abril de 1938, determinou o pagamento de uma multa aos Estados Unidos, pelos danos ocorridos a partir de janeiro de 1932. O principal fundamento da decisão, explica Sands (2003, p. 885), se embasou nos danos mensurados em terras cultiváveis, calculados pela redução do valor de uso ou valor de aluguel da terra por conta da poluição. A decisão inaugurou a possibilidade de compensação financeira pelos danos de poluição ambiental entre Estados. Accioly, Casella e Silva (2012, p. 984) concedem a mesma ênfase do caso *Trail Smelter* como início da história do Direito Internacional Ambiental, e utilizam a decisão para refletir o início da obrigação de não causar dano a outro Estado.

O segundo período começa com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e suas agências especializadas. O momento histórico é caracterizado por duas coisas: em primeiro lugar, houve uma eclosão de preocupações ambientais nas Organizações Internacionais e Organizações não governamentais; e em segundo lugar, teve início à adoção de instrumentos legais em nível regional e global sobre poluições causadas por atividades altamente danosas ao meio ambiente (como a extração do petróleo) e conservação dos recursos ambientais (como a água doce) (SANDS, 2003, p. 30).

Sem dúvida, é a ONU o órgão mais relevante do período, que construiu o palco das ações ambientais globais. Claro que em 1945 havia pouca consciência da necessidade de proteger o ambiente, e é por isso que a Carta da ONU não tece considerações ambientais no seu texto, mas prevê que o seu propósito é promover a cooperação internacional para resolver os problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários, e também auxiliar nas condições do desenvolvimento econômico e social, o que justifica seus trabalhos na área ambiental.

Na verdade, a proteção ambiental é um elemento essencial para resolver os problemas da humanidade na busca do desenvolvimento econômico e social (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 58). O primeiro documento da ONU sobre meio ambiente é a resolução de 1947, do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), que dispõe sobre o objetivo de uma gestão equilibrada e conservadora dos recursos naturais, e convoca a Conferência de 1949 das Nações Unidas sobre a Conservação e Utilização dos Recursos (SANDS, 2003, p. 31).

Dentre os vários órgãos criados neste período, que desempenharam um papel significativo no desenvolvimento do Direito Internacional

Ambiental, tem destaque a União Internacional para Conservação da Natureza (IUCN).

Fundada em 1948, a IUCN aceita como participantes os governos, outras ONGs, cientistas e profissionais. Ela é considerada um órgão híbrido, pela diversidade de membros, ao mesmo tempo não governamental e intergovernamental (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 102). A IUCN trabalha em constante contato com a ONU, e foi a responsável por diversos tratados internacionais.

Todos os efeitos nocivos das ações humanas e inúmeras tragédias ambientais nos anos 60 alertaram a comunidade internacional sobre a importância do meio ambiente nas questões sociais e econômicas. Os eventos auxiliaram na mobilização dentro da ONU e do ECOSOC (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 985).

Também nos anos 60, diversos relatórios e estudos tornaram públicos os efeitos nocivos a médio e longo prazo sobre ações no meio ambiente, como uso de pesticidas, extinção de animais, contaminação de água e descargas de resíduos químicos¹⁴, testes nucleares, expansão econômica e crescimento populacional, consumo e desperdício dos recursos naturais e aumento da poluição como um todo (SCHRIJVER, 2010, p. 51).

A movimentação internacional auxiliou outros órgãos a considerar o tema meio ambiente. Um exemplo é o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)¹⁵, que estabeleceu, em 1971, um grupo de medidas ambientais e comércio internacional. Foi o início de um longo processo de integração entre comércio e problemas ambientais¹⁶.

De maneira significativa, em 1968 ocorreu a Conferência Intergovernamental de peritos da área científica para o uso racional e conservação dos recursos da Biosfera convocados pela UNESCO em

¹⁴ Como exemplos “Vazamento de óleo e outros acidentes com navios petroleiros foram responsáveis por eventos como o das “marés negras”, no Mar do Norte, quando a liberação de petróleo bruto pelo petroleiro Torrey Canyon praticamente destruiu o mar e a costa da Grã-Bretanha e do norte da França. A poluição atmosférica também tomou dimensões bastante sérias na Europa. A emergência da energia nuclear e o risco de guerra nuclear entre os Estados Unidos e a Rússia também inspiravam preocupação em relação ao futuro da humanidade.” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 985).

¹⁵ Em inglês: “General Agreement on Tariffs and Trade” (GATT).

¹⁶ Incluindo principalmente “[...] the question of the circumstances in which unilateral trade restrictions adopted in the name of environmental protection could be justified under GATT rules.” (SANDS, 2003, p. 41).

1968. Tal conferência, que teve o propósito de analisar o impacto das atividades humanas na biosfera, aprovou vinte recomendações (SANDS, 2003, p. 35). Tais recomendações serviram de base para os temas adotados em seguida na Conferência de Estocolmo, de 1972.

O segundo período se encerra com a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, mais conhecida como Conferência de Estocolmo¹⁷, que ocorreu na cidade de Estocolmo, na Suécia, em junho de 1972. De fato, tal conferência é considerada pelos doutrinadores como o verdadeiro marco inicial do Direito Internacional Ambiental¹⁸.

A conferência foi designada pela Assembleia Geral da ONU em 1968¹⁹, por uma recomendação da Suécia às Nações Unidas, e ocorreu de 5 a 16 de Junho de 1972, contando com a presença de 114 Estados e um amplo número de Organizações Internacionais (SANDS, 2003, p. 36).

Esta conferência se tornou um marco, especialmente por reunir vários Estados, expondo a preocupação com o desenvolvimento pós-Segunda Guerra Mundial, levando em consideração medidas para preservação do meio ambiente. Foi considerada um sucesso, pois teve uma concordância dos Estados nos tópicos prioritários da conferência, que incluem elementos significativos e inovadores, como: redefinição dos problemas internacionais; determinação e justificativa de cooperação; reabordagem de responsabilidade internacional; e composição das relações organizacionais internacionais (SANDS, 2003, p. 36).

Apesar dos conflitos²⁰ mundiais, em especial entre países em desenvolvimento²¹, a conferência aprovou três instrumentos: a resolução

¹⁷ Em inglês “United Nations Conference on the Human Environment” e “Stockholm Conference”.

¹⁸ Aponta-se o ano de 1972, quando foi realizada a Conferência de Estocolmo, convocada pela Resolução 2.398 (XXIII) de 3 de dezembro de 1968, da AGNU, como o ano em que a conscientização para a destruição do meio ambiente tomou âmbito global (ACCIOLY; CASELLA; e SILVA, 2010, p.661). Neste sentido, também Birnie e Boyle (2003, p. 38).

¹⁹ Convocada pela Resolução 2.398 (XXIII) de 3 de dezembro de 1968, da AGNU (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 983).

²⁰ A Conferência de Estocolmo coincidiu com um período de importantes transformações no mundo, principalmente na economia e na política. Foi um período de crise do petróleo, elevada inflação, desemprego alto, instabilidade monetária, tensão Leste-Oeste, nacionalização da produção do petróleo em diversos países (Chile, Iraque, Peru, Líbia, Venezuela), etc. (SCHRIJVER, 2010, p. 51).

sobre arranjos institucionais e financeiros, que criou um Fundo Ambiental voluntário; a Declaração de Estocolmo, contendo vinte e seis princípios; e um Plano de Ação, contendo 109 recomendações, instrumentos que foram essenciais para nortear todas as iniciativas normativas e institucionais durante a próxima década, especialmente na ONU, promovendo direitos e responsabilidades de cunho ambiental, visando à cooperação internacional (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 49).

A Declaração de Estocolmo, aprovada em 16 de junho de 1972, ainda é um documento extremamente relevante. Seus princípios bem delimitados são de uma consciência ímpar dos temas ambientais.

Os 26 princípios, especialmente os princípios 8 a 15, reconhecem a relação entre desenvolvimento econômico e social com a qualidade ambiental. E os princípios 21 ao 24 exprimem acuradas provisões para o Direito Internacional: reconhecendo direito soberano dos Estados de explorar seus próprios recursos com a responsabilidade para assegurar que as suas atividades não causem danos ambientais em outros Estados ou áreas além da jurisdição nacional (Princípio 21); requerendo a cooperação dos Estados no desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental (Princípio 22); reconhecendo as diferenças entre valores e aplicabilidade de normas em países desenvolvidos e em desenvolvimento (Princípio 23); e solicitando cooperação internacional para controlar, prevenir, reduzir e eliminar efeitos nocivos ao meio ambiente de atividades em todas as esferas, respeitando a soberania e o interesse de todos os Estados (Princípio 24).

Para Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 589), até à Conferência de Estocolmo, a exploração excessiva de espécies era o único problema visto, com exceção de ecologistas que já argumentavam que a destruição de habitats, poluição e introdução de espécies exóticas traziam sérios danos, questões que hoje são amplamente reconhecidas.

O terceiro período, que se inicia na Conferência de Estocolmo, é marcado por ações da ONU para criar um sistema de coordenação de respostas para os problemas ambientais internacionais, o que culminou na

²¹ Sobre países desenvolvidos e em desenvolvimento: “Developed countries include the thirty member states of the OECD. The twenty-seven states which previously formed part of the ‘Soviet bloc’ are generally referred to as ‘economies in transition’. The rest of the world, comprising some 134 states, are the developing states which form the Group of 77. The Group of 77 often works as a single negotiating bloc within the framework of the UN.” (SANDS, 2003, p. 72).

adoção de diversos tratados bilaterais e multilaterais que utilizaram Estocolmo como exemplo.

Schrijver (2012, p. 51-57) observa que, nos anos seguintes à Conferência de Estocolmo, as preocupações ambientais começaram a permear o debate sobre a gestão dos recursos naturais. Em especial, as resoluções da Assembleia Geral gradualmente elaboraram diretrizes para a conservação e uso dos recursos naturais no interior dos Estados e, ao mesmo tempo, reconheceram a soberania permanente sobre os recursos naturais.

Veja-se que Sands (2003, p. 40) e Accioly, Casella e Silva (2012, p. 983) consideram a conferência marcante, por influenciar desenvolvimentos legais e institucionais em nível regional e global para políticas com considerações ambientais. Sobretudo, ela foi responsável pela criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)²² dentro da ONU.

O que se observa é como o período após Estocolmo foi relevante para o Direito Internacional Ambiental, por proliferação de Organizações Internacionais ambientais, de tratados sobre o tema, órgãos de tratados para aplicação dos mesmos, e pela ampliação de novas obrigações internacionais de cunho ambiental, além da consolidação da integração entre meio ambiente e desenvolvimento no uso de novas técnicas, como o estudo de impacto ambiental para as atividades humanas.

Acrescenta-se que, enquanto nos anos 70 as consequências regionais de destruição da flora e fauna eram óbvias, é nos anos 80 que os tratados de direito ambiental adentram na agenda internacional, devido às evidências científicas das consequências do buraco na camada de ozônio, mudanças climáticas e perda da biodiversidade (SANDS, 2003, p. 3). Os problemas locais passaram a ser considerados em suas consequências transfronteiriças, regionais e, por fim, globais.

Sands (2003, p. 42) destaca que, nesse período, o impacto das Organizações Internacionais foi sentido e, na ONU, a Comissão Internacional de Direito Internacional²³, o Conselho de Segurança²⁴ e a

²² Em inglês “United Nations Environment Programme” (UNEP).

²³ Em inglês “International Law Commission” (ILC). A Comissão de Direito Internacional foi estabelecida pela Assembleia Geral em 1948, com a missão de dar seguimento ao desenvolvimento progressivo e à codificação do Direito Internacional sob o artigo 13(1)(a) da Carta das Nações Unidas. Como um corpo jurídico especializado, sua tarefa é preparar projetos de convenções sobre temas que ainda não tenham sido regulamentados pela legislação internacional, e

Assembleia Geral se manifestaram sobre a importância de questões ambientais²⁵.

De relevância semelhante, vários tratados e instrumentos não vinculantes foram adotados junto às Organizações Internacionais e não governamentais. E essas organizações, como PNUMA da ONU, IUCN, FAO²⁶, IMO²⁷, IAEA²⁸ entre outras, se integraram do papel de conceder

codificar as regras do Direito Internacional nos campos onde já existe uma prática do Estado (SANDS, 2003, p. 83).

²⁴ O Conselho de Segurança é o órgão máximo da ONU para manutenção da paz e segurança composto por cinco membros permanentes e dez membros periódicos. Suas resoluções são vinculantes para todos os membros da ONU, e só recentemente se referiu a problemas ambientais como item importante para a paz internacional pelas resoluções: “Security Council Res. 687/1991 (1991). Environmental and peace. Note by the President of the Security Council on ‘The Responsibility of the Security Council in the Maintenance of International Peace and Security’”. E “Security Council Resolutions S/2001/357, S/RES/1355 (2001) and S/RES/1376 (2001) Security Council has addressed the link between the illegal exploitation of natural resources and armed conflict in Africa Report of the Panel of Experts on the Illegal Exploitation of Natural Resources and Other Forms of Wealth of the Democratic Republic of the Congo” (SANDS, 2003, p. 93).

²⁵ Mais especificamente: “The International Law Commission (ILC) completed a first reading of its draft Articles on the law of non-navigational uses of international watercourses, while the UN Security Council declared that ecological issues could constitute threats to international peace and security. The UN General Assembly adopted a resolution prohibiting the use of driftnets, the first time that body had adopted a normative rule seeking to establish a worldwide standard.” (SANDS, 2003, p. 42)

²⁶ A Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), em inglês “Food and Agriculture Organization” possui sua sede em roma e foi estabelecida em 1945 para “[...] collect, analyse, interpret and disseminate information on nutrition, food and agriculture (including fisheries, marine products, forestry and primary forest products), to promote national and international action, and to provide technical and other assistance.” (SANDS, 2003, p. 95). “FAO was created for the purpose, inter alia, of improving efficiency in the production of food and agricultural produce. Broadly defined, its mandate also covers forestry, plant genetic resources, fisheries, and fresh water resources. It is empowered to collect information, promote research, furnish assistance to governments, and make recommendations on conservation of natural resources and other matters.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 73).

²⁷ Organização Marítima Internacional, em inglês “International Maritime Organization” (IMO). “IMO is the principal body responsible for the international

bases para a política ambiental²⁹, e órgãos como o Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio também foram chamados.

Como um dos resultados de Estocolmo, diante de vários, cita-se a conferência convocada em 1973 para efetivar a recomendação 99.3 do Plano de Ação de Estocolmo, que resultou na Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas de Fauna e Flora (CITES) (SCHRIJVER, 2010, p. 51).

Foi iniciativa do PNUMA, na ONU, a diretiva encaminhada para a Assembleia Geral que constituiu em 1983 a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (WCED)³⁰. Trata-se de uma comissão independente, presidida pela primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland para reexaminar as questões ambientais e de desenvolvimento após a Declaração de Estocolmo, assim como propor novas formas de cooperação internacional com compreensão e compromisso sobre o tema.

Fruto da WCED, o Relatório Brundtland foi publicado em 1987, denominado “Nosso Futuro Comum”. O relatório elaborou um novo enfoque para problemática ambiental: o desenvolvimento sustentável. Sua

regulation of shipping and thus for the prevention of pollution of sea by ships. Its role as ‘the competent organization’ in this respect is referred to implicitly in several articles of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea. It is empowered to promote ‘the general adoption of the highest practicable standards in matters concerning the maritime safety, efficiency of navigation and prevention and control of marine pollution from ships.’ (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 75).

²⁸ Agência Internacional de Energia Atômica, em inglês “International Atomic Energy Agency” (IAEA). “The IAEA was established principally to facilitate dissemination of nuclear technology for peaceful purposes and to prevent the proliferation of nuclear weapons. It has over one hundred member states, meeting annually in a General Conference, and a Board of Governors of thirty-five members, which must include the ten members most advanced in the technology of atomic energy or production of its source materials, and representatives of the eight major UN regions, if not already included. Although this agency is associated with the UN, it is an independent intergovernmental organization without specialized agency status.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 77).

²⁹ Um dos grandes exemplos de integração destes órgãos é a “World Conservation Strategy: Living Resource Conservation for Sustainable Development (1980) prepared by the International Union for Conservation of Nature (IUCN) in collaboration with UNEP, the World Wildlife Fund for Nature, FAO and UNESCO” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 50).

³⁰ Em inglês “World Commission on Environment and Development” (WCED).

principal recomendação diz respeito a conciliar proteção ambiental e desenvolvimento sustentável (SANDS, 2003, p. 50). Tal estudo foi o responsável por uma nova articulação internacional do tema meio ambiente.

O relatório propõe ainda um programa de ação para o desenvolvimento sustentável dentro da ONU, e demandou uma conferência para promover o debate e implementação dos seus objetivos.

No mesmo ano, a Assembleia Geral adotou a resolução “Perspectiva Ambiental para o ano 2000 e além”, elaborada pelo UNEP, como um guia para ação nacional e cooperação internacional para desenvolvimento ambientalmente saudável (SANDS, 2003, p. 50). E em dezembro de 1987 aprovou o Relatório Brundtland, no qual o conceito de desenvolvimento sustentável teve papel central (SCHRIJVER, 2010, p. 59). Mas só em dezembro de 1989 convocou a conferência internacional a ser realizada em junho de 1992 no Brasil, por oferta do mesmo, pela resolução 44/228 (SANDS, 2003, p. 52). Foi durante a temporada de preparações para esta conferência que o Direito Internacional Ambiental começou a ser tratado como área.

Assim se tem a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD)³¹, que demarca o fim do terceiro período.

A II Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, realizada de 3 a 14 de janeiro de 1992 no Rio de Janeiro, mais conhecida como Cúpula da Terra, RIO 92 ou ECO 92, teve como principal tema avaliar como os países haviam promovido a proteção ambiental desde a Conferência de Estocolmo, discutir e adotar medidas para o desenvolvimento sustentável³² e discutir como reverter o atual processo de degradação ambiental.

Essa conferência foi a maior reunião de chefes de Estado da história da humanidade, contando com a presença de cerca de 180 países, representados por aproximadamente 20 mil pessoas, e mais de 9 mil Organizações não governamentais, buscando soluções para o

³¹ Conhecida em inglês por “UN Conference on Environment and Development” (UNCED) ou Earth summit 1992.

³² Sands (2003, p. 53) explica que “Environmental concerns have been marginal in the broader scheme of international legal and institutional arrangements. For them to affect and influence behaviour in significant ways they must be integrated into economic and development activities, without their being overwhelmed by the more powerful rules of international economic co-operation.”.

desenvolvimento sustentável, termo consolidado na própria conferência (BRASIL, 2015b).

A conferência teve o mérito de conceber vários documentos essenciais para o Direito Internacional Ambiental, três instrumentos recomendatórios e dois tratados³³. São eles, respectivamente: Declaração do Rio de Princípios sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; a Agenda 21; a Declaração de Princípios sobre as Florestas; a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima; e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

Para Sands (2003, p. 53), esse evento foi uma oportunidade para consolidar os desenvolvimentos trabalhados pelo Direito Internacional Ambiental em uma estratégia internacional coerente de política ambiental e regulamentação legal.

Dentre os documentos citados, aprovados na RIO 92, o mais relevante para o tema aqui tratado é a Convenção da Diversidade Biológica. Segundo Sands (2003, p. 515) se trata do primeiro documento internacional global sobre a biodiversidade.

Na visão de Schrijver (2012, p. 59), o principal resultado foi a Declaração do Rio, a qual, diferentemente da declaração de Estocolmo e da Carta da Natureza, é menos específica sobre a gestão de recursos naturais e conservação da natureza. Ao invés disto, o objetivo da Declaração do Rio foi o de alcançar um equilíbrio entre a proteção do meio ambiente e a promoção do crescimento econômico nos países em desenvolvimento.

Interessante ressaltar que, na véspera da Conferência em 1991, foi criado o Fundo Global para o Meio Ambiente³⁴ pelo Banco Mundial, PNUMA e PNUD para fornecer fundos e permitir aplicação de políticas ambientais. Durante a RIO 92, esse fundo foi apontado como mecanismo financeiro para a Agenda 21, a Convenção de Mudanças Climáticas, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (POP) (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 82).

O quarto período, posto em movimento a partir da RIO 92 até os dias atuais, pode ser caracterizado por um momento de integração quando “[...] as preocupações ambientais devem, como questão de direito e política internacional, ser integradas a todas as atividades.” (SANDS,

³³ Ver a explicação sobre Soft law no item 2.3.8.

³⁴ Em inglês “Global Environment Facility” (GEF).

2003, p. 15, tradução nossa)³⁵. Por isso que uma atenção especial foi dada às formas de cumprimento das obrigações ambientais internacionais, como pode ser notado no acentuado número de jurisprudência.

Após a RIO 92, um elevado número de novos tratados internacionais foram adotados. O debate político e legal internacional tomou seu ápice e disseminou algumas palavras-chave do Direito Internacional Ambiental, como desenvolvimento sustentável e globalização.

É nesse período que o direito retira seu foco da função legislativa para adoção de padrões normativos, e se direciona para as técnicas de implementação, práticas eficazes e justas das medidas ambientais para a comunidade internacional.

Nesse sentido Sands explica:

Uma vez que foram estabelecidas as normas e outras obrigações ambientais, as instituições desempenham cada vez mais um papel no sentido de garantir a implementação e o cumprimento destas normas e obrigações. O auxílio na implementação assume uma série de formas. No recebimento de informações das partes e outros sujeitos de forma informal, pode requerer relatórios periódicos com base em tratados ambientais internacionais, para avaliar o progresso. Assistência na implementação também ocorre pelo fornecimento de recomendações técnicas, jurídicas, administrativas ou institucionais. No âmbito do Protocolo de Montreal de 1987, as partes procuraram assegurar a aplicação do tratado através da criação de um comitê de implementação; e a Convenção de 1992, de Mudanças Climáticas, prevê a criação de um Órgão Subsidiário de Implementação para auxiliar os membros na Conferência das Partes e na efetivação da convenção³⁶ (SANDS, 2003, p. 77, tradução nossa).

³⁵ Em inglês, “The fourth period was set in motion by UNCED, and may be characterised as the period of integration: when environmental concerns should, as a matter of international law and policy, be integrated into all activities.” (SANDS, 2003, p. 15).

³⁶ No original: “Once environmental and other standards and obligations have been established, institutions increasingly play a role in ensuring implementation

Os conhecimentos disseminados durante a RIO 92 advertiram o mundo sobre a biodiversidade, sua concentração nos países do Sul e sua importância tanto para a conservação da vida humana quanto a do planeta em si. Consolidou-se a ideia do desenvolvimento sustentável, com ênfase na grande perda de patrimônio natural e no reconhecimento de que as populações tradicionais possuem saberes importantes sobre a biodiversidade (LOULEIRO, 2009, p. 151).

Não é exagero afirmar que o Direito Internacional Ambiental contemporâneo e todos os tratados e resoluções ambientais após 1992 pautam-se nesta conferência e seus instrumentos. Os tratados que entraram em vigor começaram as Conferências das Partes (COP), que mobilizam periodicamente a comunidade internacional. A Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas negociou o Protocolo de Kyoto. A Convenção da Diversidade Biológica gerou o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança e o Protocolo de Nagoya sobre Recursos Genéticos. A Agenda 21 alcançou lugar nos planos estratégicos em legislações nacionais, estaduais e municipais. E as recomendações da conferência serviram como guias para os países instaurarem órgãos governamentais competentes em matéria ambiental e publicarem suas legislações. Por fim, a ONU, por meio das suas agências e secretarias, foi ativa no papel de auxiliar a divulgação da matéria.

É diante do explanado que as duas outras conferências da ONU foram importantes, mas não tão significativas. Afinal, antes de 1992 faltavam legislações; uma vez feitas, o trabalho é executá-las, e isso leva tempo.

of and compliance with these standards and obligations. Assisting in implementation takes a number of forms. It may be limited to receiving information from parties or other persons on an informal and ad hoc basis, or it may entail the regular receipt and consideration of reports or periodic communications from parties to international environmental treaties as a means of reviewing progress in implementation. Assisting in implementation also takes place through the provision of advice on technical, legal and administrative or institutional matters. Under the 1987 Montreal Protocol, the parties seek to ensure implementation through the work of a non-compliance procedure including an Implementation Committee and the 1992 Climate Change Convention provides for the establishment of a Subsidiary Body for Implementation to assist the conference of the parties in the assessment and review of the implementation of the Convention.” (SANDS, 2003, p. 77).

Para marcar o aniversário de dez anos da RIO 92, a ONU convocou a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável³⁷ para agosto de 2002 em Joanesburgo, na África do Sul. A conferência teve como objetivo verificar os desafios na melhoria de vida das pessoas, como água, saneamento e energia, e os impactos sobre os recursos naturais. Em grande parte, serviu para avaliar os resultados mundiais após a RIO 92.

A conferência demonstrou como o termo “desenvolvimento sustentável” ganhou aceitação política. Não houve nenhum tratado adotado, mas sim uma declaração de políticas gerais, reafirmando o compromisso com os acordos de 1992 e de 1972. O ponto central da declaração é cooperação internacional para diminuir pobreza, empoderamento das mulheres, conservação da biodiversidade e outras como chave para um futuro sustentável (SANDS, 2003, p. 66).

A última e mais recente conferência da ONU aconteceu em 2012, dez anos depois de Joanesburgo. Em 2009, a ONU convocou uma nova conferência para avaliar o progresso em matéria de desenvolvimento sustentável e tratar de novos temas.

A Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, conhecida como Rio+20, aconteceu na cidade do Rio de Janeiro. Tratou sobre diversos temas importantes para o desenvolvimento, como economia verde, energia sustentável, alimentação entre outros. Ocorreram múltiplas atividades de Estados, ONGs e Organizações Internacionais durante todo o evento. O documento final, também de cunho declarativo, foi considerado o compromisso para a cooperação internacional em prol do desenvolvimento sustentável. De forma interessante, houve mais de 700 compromissos entre as partes para necessidades específicas como transporte e energia, que movimentaram bilhões de reais. A conferência se tornou um cenário para reafirmações de compromissos políticos e pequenos acordos, e nenhum outro tratado de matéria ambiental foi concretizado.

Pelo exposto, se conclui um breve levantamento histórico da matéria ambiental e sua inserção política e jurídica no âmbito internacional. Como pode ser observado, se o Direito Internacional Ambiental começou limitado à responsabilidade Estatal por danos transfronteiriços causados por poluição e gestão de problemas em espaços comuns como o alto mar, hoje acomoda uma abordagem preventiva e de precaução para gestão dos riscos ambientais e proteção dos mais diversos

³⁷ Em inglês “World Summit on Sustainable Development” (WSSD).

recursos do meio ambiente em nível global (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 39/202).

Disso deriva a consciência do meio ambiente não mais somente como objeto em uma relação de vizinhança, mas de tutela ambiental focada em conservação e uso sustentável, que requer uma abordagem sofisticada para cumprimento³⁸, com uma atenção comparável aos direitos sociais e econômicos da comunidade internacional no nível global.

Todos esses fatos históricos, principalmente a partir dos anos 60, servem para demonstrar como seria ingênuo esperar que o Direito Internacional remediasse problemas de tamanha complexidade no mundo atual, com uma base política, jurídica e científica mais especializada e concisa, que exija compromisso e resposta por parte dos Estados, mas também de todos os sujeitos do Direito Internacional. Como bem explicado por Birnie, Boyle e Redgwell:

Os Estados estão sujeitos à obrigações de restrições e controles sobre os efeitos de atividades extraterritoriais dentro de sua jurisdição e controle, assim como na exploração de recursos naturais compartilhados e espaços comuns, porém mais significativamente, as noções de herança comum, interesse comum, preocupação comum e equidade intergeracional alargaram o escopo do Direito Internacional e legitimaram o interesse de outros Estados na gestão do meio ambiente “doméstico” de cada Estado, para ao menos respeitar algumas questões como mudança climática e a conservação da biodiversidade. Além disso, a caracterização da

³⁸ Essa tutela deve: “It must be capable, first, of ensuring compliance with the obligations of pollution control, resource conservation, transboundary risk management and cooperation considered in the previous chapter. Second, the emergence of problems of a global character, affecting the atmosphere, oceans, and natural resources necessitates an appropriate community response to matters of enforcement and compliance. A perspective which accords rights only to ‘injured states’ after the event will be inappropriate to the polycentric character of global environmental problems involving a range of actors and a multiplicity of complex interrelated issues, or for the protection of common interests, common property, or future generations. Third, many environmental problems involve harm which is subtle, cumulative, and manifest only after a long period of time; in these circumstances ‘only equitable and preventative remedies may be capable of providing an effective solution’” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 212).

qualidade ambiental como uma questão de direitos humanos, que potencialmente concede a indivíduos o direito à reivindicação de proteção, na legislação nacional e internacional, contra o seu governo ou aqueles de outros Estados, teve efeitos radicais na transformação da natureza da soberania, ou direitos de soberania sobre recursos naturais e do meio ambiente em geral.³⁹ (2009, p. 41, tradução nossa).

Após um breve e difícil contorno histórico do Direito Internacional Ambiental ser emoldurado, no qual se nota como diferentes atores contribuíram na história do tema, é importante um olhar mais aproximado desses atores que hoje são chamados para diferentes papéis e funções nessa área.

Por isso, o próximo tópico trata sobre os sujeitos do Direito Internacional.

2.2 SUJEITOS

Estados, Organizações Internacionais, Organizações não governamentais são alguns dos sujeitos fundamentais para o surgimento e, mais importante hoje, o cumprimento das medidas internacionais ambientais. Como visto, por ser um ramo derivado do Direito Internacional, o Direito Internacional Ambiental é composto e direcionado para os sujeitos internacionais.

Mas o que é um sujeito do Direito Internacional?

³⁹ Em inglês “Not only are states subject to obligations of restraint and control over the extraterritorial effects of activities within their jurisdiction or control, as well as in the exploitation of shared natural resources and common spaces but, more significantly, notions of common heritage, common interest, common concern, and inter-generational equity have extended the scope of international law and the legitimate interest of other states into the management of every state’s domestic environment, at least in respect of certain issues such as global climate change and conservation of biodiversity. Moreover, the characterization of environmental quality as a human-rights issue, potentially affording individuals a claim to protection in national and international law against their own government and those of other states, has effected another radical transformation in the nature of sovereignty or sovereign rights over natural resources and the environment in general.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 41).

Para Accioly, Casella e Silva (2012, p. 239) e Brownlie (1997, p. 71), o fio condutor para a consideração da personalidade jurídica do sujeito internacional é possuir direitos e deveres no plano internacional com capacidades para exercê-los⁴⁰.

Destacam-se dois sujeitos: Estados e Organizações Internacionais, como principais atores nas relações internacionais envolvendo a temática do estudo. Mas claro que não podem deixar de se apresentar os outros sujeitos considerados como tal no contexto da fragmentação⁴¹: as Organizações não governamentais (ONGs), Sociedades ou empresas transnacionais e os seres humanos (indivíduos). Tais autores ainda arrolam como sujeitos os povos e os beligerantes.

Como “sujeitos e objetos”, Sands (2003, p. 71) salienta que as funções são várias: legislar, monitorar, realizar relatórios e assegurar o cumprimento das obrigações internacionais. O papel de cada sujeito deriva da sua personalidade jurídica internacional e dos “direitos e deveres” reconhecidos pelo Direito Internacional geral e pelas regras estabelecidas pelos tratados⁴².

⁴⁰ A noção da capacidade efetiva de exercício de direitos e obrigações como atributiva de personalidade internacional foi definida com clareza pela Corte Internacional de Justiça em 1949, ao declarar que era sujeito do Direito Internacional a organização que “tem capacidade de ser titular de direitos e deveres internacionais e que esta tem a capacidade de fazer prevalecer os seus direitos através de reclamação internacional”. Nesse parecer de 1949 foi relevante a distinção feita pela Corte Internacional de Justiça no sentido de que “os sujeitos de direito, em determinado sistema jurídico não são necessariamente idênticos, quanto à sua natureza ou à extensão de seus direitos: sua natureza depende das necessidades da comunidade” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 241).

⁴¹ Ver tópico 2.4 sobre fragmentação. Por ora cabe apontar que “O quadro institucional e normativo internacional, existente há séculos, tornou-se consideravelmente mais extenso (pelo aumento do número de participantes tradicionais do sistema) e mais complexo (pela multiplicação da presença e da influência de todo o conjunto de atores e agentes não estatais, no sistema internacional, cuja existência e efeitos da ação não mais se podem negar).” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 240).

⁴² No mesmo sentido Brownlie (1997, p. 71) explica que uma entidade reconhecida pelo Direito consuetudinário como capaz de possuir direitos e deveres e de apresentar reclamações internacionais, possuindo estas capacidades que lhe foram conferidas, é uma pessoa jurídica. Se a primeira condição não for satisfeita, a entidade em causa pode ainda ter personalidade jurídica de tipo muito restrito, dependendo do acordo ou da aquiescência de pessoas jurídicas

2.2.1 Estado

O sujeito por excelência do Direito Internacional clássico, e por seguimento do Direito Internacional Ambiental, é o Estado. A ordem jurídica internacional, que regula as atividades, historicamente demonstra como são os Estados que têm o papel principal tanto como legisladores quanto titulares de direitos e obrigações.

Pode-se definir o Estado como agrupamento humano, estabelecido permanentemente num território determinado e sob governo independente (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 338).

A Convenção Interamericana sobre os Direitos e Deveres dos Estados, firmada em 1933 em Montevidéu, é comumente citada para refletir os requisitos de existência de um Estado no Direito Internacional consuetudinário. Tais requisitos são: a) população permanente; b) território determinado; c) governo; d) capacidade de entrar em relação com os demais Estados.

Os requisitos citados possuem suas especificidades e conceitos. Para Brownlie (1997, p. 121), esses elementos representam as manifestações físicas e sociais dessa pessoa jurídica.

Por população se entende a coletividade de indivíduos que habitam o território, e é a expressão demográfica quantitativa. O território determinado⁴³ como elemento constitutivo do Estado representa o elemento físico (porção de terra, mar, ar) no qual é exercida a soberania e jurisdição⁴⁴ (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 805), independentemente da extensão territorial.

reconhecidas, sendo oponível, no plano internacional, somente àqueles que nisso acordaram ou aquiesceram.

⁴³ Determinado não significa perfeitamente delimitado, mas sim uma ocupação efetiva, mesmo que permaneça em controvérsia disputas de fronteiras e independente da extensão territorial. Nesse sentido o caso *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft v Polish State*, é referência em que tribunal arbitral Alemão-Polonês (1929) decidiu: “Para se dizer que um Estado existe e pode ser reconhecido como tal, é suficiente que seu território tenha consistência suficiente, mesmo se suas fronteiras não tenham sido delimitadas de forma precisa.”

⁴⁴ A competência dos Estados a respeito do seu território é habitualmente descrita em termos de soberania e jurisdição. Sendo que a “[...] totalidade dos direitos do Estado, sendo a competência jurídica o caso típico, é geralmente descrita como ‘soberania’, sendo os direitos específicos ou o cúmulo de direitos em número inferior aos da soberania designados por ‘jurisdição’. Em resumo, ‘soberania’ é a forma jurídica abreviada de um certo tipo de personalidade jurídica, a da

O terceiro requisito para o Direito Internacional, governo, independe dos regimes constitucionais e sociais instaurados⁴⁵. E o último requisito, capacidade de entrar em relação com os demais Estados, é um elemento subordinado e complementar ao governo. Afinal reunidos os elementos (População, território e governo), o governo da nova entidade (soberano e não subordinado) buscará entrar em relação com os demais membros da comunidade internacional. Portanto, buscará o reconhecimento do Estado⁴⁶.

A partir da constituição do Estado ele é soberano e está em pé de igualdade com seus pares. Por isso, igualdade e soberania⁴⁷ regem a

qualidade de Estado, enquanto que ‘jurisdição’ se refere a aspectos específicos de substância, em especial a direitos (ou pretensões), liberdade e poderes.” (BROWNLIE, 1997, p. 122). Interessante ressaltar que o território marítimo, terrestre e espacial é intrinsecamente ligado à soberania, é espaço físico da jurisdição estatal que do ponto de vista da espacialidade da política dos Estados, ou do ponto de vista da análise teórica das normas, revela-se à dissociação do espaço sensível e do espaço jurídico. Mais do que essa dissociação, são as modalidades nas quais esta opera reveladoras de tensões que marcam o conjunto do Direito Internacional pós-moderno (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 805).

⁴⁵ A Convenção de Viena sobre relações diplomáticas (1961) prevê no preâmbulo que a Convenção “contribuirá para o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, independentemente da diversidade dos seus regimes constitucionais e sociais” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 392).

⁴⁶ Para explicar melhor sobre o reconhecimento do Estado, Accioly, Casella e Silva (2012, p. 408) resgatam Anzilotti, ele expunha que a razão da personalidade internacional do Estado surgir concomitantemente com o seu reconhecimento: “Assim como toda ordem jurídica determina os seus sujeitos, estabelece igualmente o momento em que começam a existir. E como sujeito jurídico significa ser destinatário de normas jurídicas, a personalidade existe quando uma entidade se torna destinatária de normas. As normas jurídicas internacionais constituem-se por meio de acordos; os sujeitos da ordem jurídica internacional começam, portanto, a existir no momento em que se verifica um primeiro acordo: precisamente nesse instante as entidades envolvidas tornam-se uma em relação à outra, destinatárias das normas resultantes do referido acordo e, portanto, sujeitos da ordem jurídica de que estas normas fazem parte.”

⁴⁷ Os corolários principais da soberania e da igualdade dos Estados são os seguintes: 1) jurisdição, *prima facie* exclusiva, sobre um território e sobre a população permanente que nele vive; 2) dever de não ingerência na área de jurisdição exclusiva dos outros Estados; e 3) subordinação às obrigações

comunidade internacional moderna, o que significa que todos os países possuem uma personalidade jurídica uniforme e personalidade jurídica plena (BROWNLIE, 1997, p. 309). Por conseguinte, todas as relações internacionais se baseiam na dinâmica de coexistência e cooperação de Estados soberanos.

É nesse caminhar que o Estado, como sujeito, ao mesmo tempo somente se ordena e se constrói como sistema institucional e normativo na medida em que põe limites a esse sujeito, na expressão concreta da soberania do Estado. Ou seja, ao nascer, o Estado ingressa na comunhão internacional gozando de todos os direitos reconhecidos pelo Direito Internacional e com a obrigação de arcar com os deveres por estes impostos (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 338/447). Nesse sentido, Sands (2003, p. 14) expressa que “[...] o desafio do Direito Internacional no mundo de Estados soberanos é conciliar a independência fundamental de cada Estado com a inerente e fundamental interdependência do meio ambiente”⁴⁸.

2.2.2 Organização Internacional

O segundo sujeito mais relevante do Direito Internacional são as Organizações Internacionais (OI). Após a Primeira Guerra Mundial e a instauração da Liga das Nações, foi reconhecido o papel importante dessa instituição internacional. Em vista disso, Schrijver (2010, p. 15) discorre que é a partir do século XVIII, que as relações internacionais pautadas pelo princípio da balança de poder dos Estados levaram filósofos e pensadores⁴⁹ a construírem ideias inovadoras sobre a paz universal, no qual as OIs são originalmente mecanismos para contenção de guerra.

Accioly, Casella e Silva (2012, p. 242) explicam que durante cerca de 300 anos, de Vestfália até Viena e depois Versalhes, o Direito Internacional ocupava-se exclusivamente dos Estados. Mas a partir do fim da Primeira Guerra Mundial ocorre a introdução de elementos novos, com

resultantes do Direito consuetudinário e dos tratados concluídos com o consentimento do Estado obrigado (BROWNLIE, 1997, p. 309).

⁴⁸ No original “[...] the challenge for international law in the world of sovereign states is to reconcile the fundamental independence of each state with the inherent and fundamental interdependence of the environment.” (SANDS, 2003, p. 14).

⁴⁹ Exemplos são: Grotius, Abbé de Saint Pierre, e Rousseau (SCHRIJVER, 2010, p. 15).

o surgimento e a difusão das Organizações Internacionais e crescente atuação destas nos mais variados campos da vida internacional.

E assim se reconheceu a abundância de funções que uma OI pode desempenhar nos ares da cooperação internacional, e elas se multiplicaram. Principalmente quando se reconhece a quantidade de problemas internacionais em que os Estados sozinhos são impotentes e carecem de operação coordenada (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 636-638).

Uma OI, de acordo com a precisa definição de Piero Sereni (MELLO, 2000, p. 601), é uma associação voluntária de sujeitos de Direito Internacional, constituída por ato internacional e disciplinada nas relações entre as partes por normas de Direito Internacional, que se realiza em um ente de aspecto estável, que possui um ordenamento jurídico próprio e é dotado de órgãos e institutos próprios, por meio dos quais se realiza as finalidades comuns de seus membros, mediante funções particulares e o exercício de poderes que lhe foram conferidos.

Em resumo, seus requisitos e características atuais podem ser arrolados em: a) Associação Voluntária de sujeitos do DI; b) O ato institutivo da organização é internacional; c) Personalidade Internacional; d) Ordenamento Jurídico Interno; e) Existência de Órgãos e poderes Próprios; f) Necessita manter relações com os demais sujeitos de DI.

Ao longo do século XX, as OIs desempenharam um papel fundamental no que diz respeito ao desenvolvimento do Direito Internacional. Por conseguinte, o marco factual da configuração da Organização Internacional como um sujeito do Direito Internacional se deve ao Caso Bernadote, de 1949⁵⁰. Trata-se de uma opinião consultiva na Corte Internacional de Justiça solicitada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que resultou na decisão da Corte de que uma Organização

⁵⁰ O caso é sobre o conde sueco Folke Bernadotte, o negociador chefe das Nações Unidas que foi morto em um ataque terrorista na nova cidade de Jerusalém em uma viagem diplomática. Sem saber como proceder quanto à morte do agente, a Assembleia Geral da ONU solicitou opinião consultiva da Corte, questionando se: “No caso de um agente das Nações Unidas no desempenho de seus deveres sofrer dano em circunstâncias que envolvam a responsabilidade de um Estado, tem as Nações Unidas, como uma organização, a capacidade de postular uma causa internacional contra o responsável (de jure) ou de fato contra o governo responsável em vista a obter a reparação devida pelo dano causado? a) para as Nações Unidas b) para a vítima ou seus representantes” (ICJ, 1949, tradução nossa).

Internacional é um sujeito do Direito Internacional, e tem capacidade de postular e buscar responsabilização diante dos Estados⁵¹.

Claro que diferente dos Estados, que possuem personalidade plena no DI, as OIs possuem um alcance da personalidade jurídica limitada, cuja abrangência se restringe aos fins específicos e poderes limitados no seu instrumento de criação. São os instrumentos constitutivos das OIs que atribuem a elas suas características e competências. Portanto, as funções, poderes e estrutura são variáveis e mais limitados que os dos Estados.

Posteriormente, em 1986, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais reconhece às OIs o direito de celebrar tratados, conforme recomendado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, já em 1969.

Hoje, praticamente todas as Organizações Internacionais possuem competência ou responsabilidade pelo desenvolvimento, aplicação ou execução de obrigações internacionais de cunho ambiental, seja administrativa, legislativa ou judicial (SANDS, 2003, p. 73). Claro que as diferentes funções decorrem dos poderes concedidos pelos instrumentos constituintes ou tratados firmados, assim como a prática das organizações.

Assim também observam Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 104), ilustrando que apesar das OIs não terem sido sistematicamente integradas, seus esforços ambientais se complementam notoriamente, e suas conquistas decorrem, sobretudo, de ações para expandir preocupações governamentais, melhorar o ambiente contratual internacional e auxiliar no aumento da capacidade política e administrativa dos Estados. Por último, Sands (2003, p. 76) ressalta que é fundamental a participação dos Estados nas atividades das Organizações Internacionais para consulta,

⁵¹ Em resposta a essa pergunta, a Corte não só definiu que uma OI é um sujeito do Direito Internacional e tem capacidade de postular, mas ainda: a) Os danos contra a Organização são aqueles contra a máquina administrativa ou contra sua propriedade e valores, nos interesses dos quais a organização é guardiã. b) Para a questão B, deve ser considerado se no curso de se postular uma ação dessa espécie, a Organização pode cobrir “a reparação devida ao dano causado à vítima”, a regra tradicional sobre o dever de proteção diplomática do Estado nacional implica em uma resposta afirmativa. Dever de proteger. c) Dever diplomático de proteger agentes das OIs em serviço. d) Dever da Organização de arcar com a indenização por danos causados aos agentes. E e) O que enseja responsabilização dos Estados perante as OIs (ICJ, 1949, tradução nossa).

debates e informações que contribuam para a construção de um consenso nas ações ambientais.

2.2.3 Indivíduo

Ainda é debatido o posicionamento do indivíduo enquanto sujeito do DI. Autores clássicos do Direito Internacional, em especial do século XIX, tratam esse ramo como fruto exclusivo da vontade estatal, em que o homem é mero objeto do direito e não detentor de direitos. Entre eles se podem citar Anzilotti, Arangio-Ruiz, Sereni e Quadri.

Já autores do século XX consideram os indivíduos como sujeitos, já que os mesmos possuem direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional, e são o fundamento e foco de todo direito⁵². Para Mello (2000, p. 612), negar a personalidade jurídica ao indivíduo no DI é negar uma série de institutos da vida jurídica internacional. E admiti-lo é se enquadrar na moderna tendência de democratização do DI.

Como visto, após Versalhes se introduzem elementos novos no Direito Internacional com o surgimento e a difusão das Organizações Internacionais; nessa seara, o indivíduo também ganha abertura. Mas se em Versalhes ele ganha abertura, é após a Segunda Guerra Mundial que o indivíduo ganha palco.

O que se tem após esse período é um papel crescente do indivíduo, não mais como objeto indireto de direitos, mas como sujeito de direito, detentor de direitos e deveres. No patamar de direitos, nascem os direitos humanos, e no campo de deveres se destaca a responsabilidade penal internacional, e diversos documentos citam o homem⁵³ (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 242).

⁵² Ver mais em autores como Politis, Scelle etc.

⁵³ No plano internacional, o Pacto da Sociedade das Nações se refere, no art. 23, de alguns direitos do homem, da mulher e das crianças. Na mesma altura, a Carta da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a parte XIII do Tratado de Versalhes. Assim “[...] o regime internacional de proteção dos direitos dos trabalhadores, e a partir dos acordos internacionais para a proteção de minorias étnicas, posteriormente, resultaria a consolidação de sistema de proteção internacional dos direitos humanos. A Carta das Nações Unidas espelha esta preocupação desde o seu Preâmbulo, cujos preceitos devem pesar na interpretação de todos os dispositivos da Carta. {Nós, os Povos das Nações Unidas, resolvemos a preservar as gerações futuras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço de nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano,

No período pós-Segunda Guerra Mundial, existe um marco para os indivíduos no DI, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Esse tratado busca ressaltar direitos fundamentais⁵⁴ do homem, como matéria intrinsecamente internacional em um sistema de proteção contra os horrores da guerra (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 714).

Seguido de inúmeros documentos, políticas e órgãos internacionais sobre direitos humanos, não resta dúvida de que hoje o indivíduo é um sujeito do Direito Internacional, e isso representa um traço característico do Direito Internacional contemporâneo, mas sua capacidade jurídica de agir é muito restrita se em comparação com um Estado ou uma OI, pois ela se limita àqueles cenários em que o Direito Internacional assim o admite (Órgãos e Cortes específicos).

Enquanto tradicionalmente os indivíduos expressaram seu envolvimento nas questões ambientais pelas organizações ambientais, principalmente ONGs, é a relação crescente entre direitos humanos e debate internacional ambiental que possibilitou aos indivíduos recorrerem às normas e procedimentos de direitos humanos para clamar por preocupações ambientais nos órgãos internacionais (SANDS, 2003, p. 117).

É ainda mais interessante observar que o reconhecimento dos direitos humanos toma uma dimensão ambiental em muitos aspectos⁵⁵. Direitos civis, políticos, econômicos e sociais se tornaram foco para reivindicações ambientais; o meio ambiente saudável é considerado um direito humano fundamental⁵⁶ (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 38).

na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas.}" (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 714).

⁵⁴ Nesse sentido, aponta André de Carvalho Ramos que os direitos humanos, no plano internacional, podem ser definidos como sendo o conjunto mínimo de direitos considerado essencial para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade, e que ainda se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 715).

⁵⁵ Considerar os direitos fundamentais dos homens quanto às questões ambientais internacionais é se aproximar dos doutrinadores franceses quanto à solidariedade do direito das gentes, como Scelle.

⁵⁶ Os recursos naturais são fundamentais para a humanidade. Os problemas ambientais não colocam em risco somente o meio ambiente, mas a atual e futura geração dos homens. Existe uma indivisibilidade e interdependência do homem

No mesmo patamar, as convenções internacionais ambientais tiram seu foco de problemas interestatais, e destacam a importância do homem, o posicionando no centro das preocupações⁵⁷ (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 38). O Direito Internacional Ambiental reconhece os direitos de comunidades indígenas e tradicionais, assim como direitos dos indivíduos participarem na tomada de decisão, terem acesso a informações e mecanismos administrativos e judiciais⁵⁸ (SANDS, 2003, p. 117).

2.2.4 Organização Não Governamental

De caráter extremamente relevante no direito moderno, se vislumbram as Organizações não governamentais (ONGs). Formuladas em meados do século XIX, o papel das ONGs só se intensificou com o tempo.

As ONGs internacionais são pessoas jurídicas sem fins lucrativos, fundações ou associações, criadas por iniciativa privada ou mista, que congregam pessoas de várias nacionalidades na defesa de interesses comuns⁵⁹. Seu objetivo comumente é auxiliar na luta por causas humanitárias ou ecológicas, ajustando e até fiscalizando a atuação dos Estados e empresas.

Via de regra, possuem personalidade jurídica privada de direito interno, ou seja, vinculadas ao país em que possuem sede. Exatamente por este motivo, sua consideração como sujeito internacional é dificultosa. Por isso a característica chave para uma ONG ser internacional é possuir

com o meio ambiente, que deve ser reconhecida. Ver mais em Accioly, Casella e Silva (2012, p. 725) e Sands (2003, p. 117).

⁵⁷ Princípios de participação, não discriminação, equidade intergeracional.

⁵⁸ Ver Declaração do Rio de 1992 e também: “It is in regard to the latter that individuals have acquired rights under international law: the increased availability of complaint procedures – such as the Inspection Panel of the World Bank and the non-compliance mechanism established under the 1998 Aarhus Convention – provides formal mechanisms” (SANDS, 2003, p. 117).

⁵⁹ Suas características podem ser resumidas em: a) Personalidade jurídica de direito interno de um Estado; b) Não tem o intuito de lucro na finalidade de sua atuação; c) Não podem representar Estados; d) Atos regidos pelas normas jurídicas nacionais, conforme os critérios determinados pelo Direito Internacional Privado de algum Estado; e) Status de sujeito de DI depende da decisão da própria sociedade internacional e; f) Capacidade jurídica de agir limitada.

uma rede de colaboração entre cidadãos de diversos países, criando uma sociedade civil que opera no âmbito global por suas finalidades.

Exatamente como as OIs, uma ONG tem sua capacidade jurídica de agir limitada, menor que uma OI, pois seus atos dependem do consenso, procedimentos e autorizações dos Estados e OIs⁶⁰. A expressão “Organização não governamental” foi usada pela ONU pela primeira vez em 1959, para designar toda organização da sociedade civil que não estivesse vinculada a algum governo.

Ao longo dos anos, se inseriram ativamente no Direito Internacional e conquistaram alguns espaços significativos. A extensão em que as ONGs participam e influenciam o trabalho nas Organizações Internacionais depende de cada organização e varia consideravelmente. Assumem forma como órgãos colaboradores de campanhas internacionais e trabalho de campo, por meio da assistência e monitoramento, papel consultivo em várias agências das Nações Unidas⁶¹, órgão de representação para os diversos povos e participação ativa no processo de políticas internacionais em diversos órgãos⁶².

⁶⁰ Como exemplo se pode citar o Comitê Internacional da Cruz Vermelha: pode firmar tratados, mas só em matéria de direito humanitário. Os Médicos Sem Fronteira não podem assinar tratados e não têm acesso a processos contenciosos internacionais. No sistema interamericano, quem pode fazer a denúncia no caso de violação de direitos humanos são Organismos Não Governamentais.

⁶¹ “Article 71 of the UN Charter provides only for NGOs to enter into consultation agreements with ECOSOC, but UN resolutions also allow the Secretary General to invite them to attend public sessions of the General Assembly and Security Council as observers when economic and social matters are under discussion. The practice of most UN specialized agencies, such as IMO and FAO, is similar. NGOs are allowed to participate in meetings as observers only if they are concerned with matters within the competence of the relevant organ or organization. NGO participation remains controversial in some international organizations, notably the IAEA and WTO, due to opposition from some member states.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 101).

⁶² Como exemplos, se podem citar as reuniões preparatórias e a participação na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em junho de 1992, no Rio de Janeiro; na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena, em junho de 1993; e na IV Conferência Mundial sobre as Mulheres, em Beijing, em setembro de 1995. Da mesma sorte, em assuntos econômicos e sociais ocorre uma significativa expansão no que se refere ao engajamento das ONGs.

2.2.5 Empresa Transnacional/Multinacional

O último sujeito que cabe ser destacado é a empresa transnacional/multinacional. Com a mudança definitiva no *rol* de sujeitos após a Primeira Guerra Mundial, e mais significativamente após a Segunda Guerra, os agentes econômicos que se aproveitaram da globalização no desenvolvimento das suas atividades para fluxo do capital adquiriram direitos e deveres perante a comunidade internacional.

Não há terminologia uniforme. As Nações Unidas continuam a usar o termo "corporação transnacional", embora muitos autores evitem o termo por causa de sua associação com a agora desacreditada Nova Ordem Econômica Internacional. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) empregam o termo "empresa multinacional" (KAMMINGA; ZARIFI, 2000, p. 18).

Empresas são entidades jurídicas comerciais, com finalidade lucrativa, que exercem suas atividades no Estado de origem, mas também em territórios estrangeiros, pela sua inserção civil e legal no país receptor com filiais.

Por via de regra, empresas transnacionais/multinacionais estão sujeitas apenas às leis nacionais dos diferentes Estados em que atuam. Mas conquistaram na esfera internacional a capacidade de celebrar acordos e denunciar Estados no que diz respeito às normas de investimentos estrangeiros no Tribunal Internacional de Arbitragem e ao Centro Internacional para arbitragem de Disputas sobre Investimentos (KAMMINGA; ZARIFI, 2000, p. 20).

Quanto aos deveres, diversas normas internacionais, muitas ambientais, impõem limites e normativas para a realização de atividades, desde transporte de lixo radioativo, medidas sanitárias de alimentos, até acesso a recursos genéticos e poluição⁶³.

⁶³ “Nevertheless, some long-standing multilateral treaties do directly impose obligations on companies. The 1969 Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage provides that the owner of a ship (which may be a company) shall be liable for any pollution damage caused by it. The 1982 UN Convention on the Law of the Sea prohibits not only states but also natural and juridical persons from appropriating parts of the seabed or its minerals.” (KAMMINGA; ZARIFI, 2000, p. 20).

Assim como as ONGs, as empresas transnacionais são sujeitos do Direito Internacional, mas somente naqueles cenários em que o Direito Internacional assim os admite (Órgãos e Cortes específicos).

2.3 FONTES

Direito Internacional é o ramo do direito que trata das relações jurídicas entre Estados soberanos e demais entes ou organizações consideradas sujeitos internacionais. Conforme Sands (2003, p. 12), o Direito Internacional, através de seus instrumentos, tem uma função essencial: “[...] fornecer um quadro, no qual os vários membros da comunidade internacional podem cooperar, estabelecer normas de comportamento e resolver suas diferenças”⁶⁴.

De modo a perseguir os objetivos do Direito Internacional, os fundamentos deste ramo podem ser traduzidos nos motivos que levam ao aparecimento da norma jurídica e os modos pelos quais ela se manifesta⁶⁵, assim como de que local se retiram as fontes dos direitos e deveres no campo internacional. Mesmo diante de discussões doutrinárias, um marco no assunto de fontes do Direito Internacional é o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que em seu artigo 38 especificou:

⁶⁴ O texto original “[...] to provide a framework within which the various members of the international community may cooperate, establish norms of behavior and resolve their differences. The proper functions of international law are legislative, administrative and adjudicative functions” (SANDS, 2003, p. 12).

⁶⁵ Para Accioly, Casella e Silva (2012, p. 145) os defensores do Direito Internacional positivo, direitos e deveres internacionais dos Estados somente podem resultar da sua vontade expressa ou tácita. Em outras palavras, só podem existir fontes positivas no sentido de que toda relação jurídica deve ser concebida sob dois aspectos: “[...] um fundamental, racional ou objetivo; e o outro, formal, positivo. No primeiro caso, existe fonte real, que é verdadeira, a fundamental; no segundo caso, existem fontes formais ou positivas, isto é, que dão forma positiva ao direito objetivo, preexistente, e o apresentam sob o aspecto de regras aceitas e sancionadas pelo poder público”. Assim, fonte real seriam os princípios gerais do direito e fontes formais, o costume e os tratados. O conteúdo estaria na primeira categoria, e as fontes normais seriam suas respectivas formas de manifestação. Na mesma linha, a jurisprudência internacional e a doutrina “dos juristas mais qualificados das diferentes nações” seriam aplicadas “como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”.

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito (BRASIL, 1945).

Esse artigo representa a aceitação majoritária das fontes do Direito Internacional: os tratados, costumes e princípios como fontes primárias, e como fontes secundárias ou auxiliares as decisões judiciais e os ensinamentos da doutrina qualificada. Tal artigo possui um caráter sistematizador.

Apesar de não ser uma lista exaustiva das fontes, é de fato, a mais aceita para exemplificar as regras de Direito Internacional⁶⁶, que pretende impor obrigações vinculantes aos Estados e outros sujeitos internacionais, de modo a nortear os modos de comportamentos no cenário internacional (SANDS, 2003, p. 12).

Claro que ainda se podem citar as resoluções das Organizações Internacionais e atos unilaterais de Estados. Accioly, Casella e Silva (2012, p.146) acrescentam que no parágrafo 2, o Estatuto esclarece que a CIJ tem, ainda, a faculdade de decidir uma questão *ex aequo et bono*, ou seja, ante a inoccorrência de norma expressa, mediante aplicação da equidade, “se as partes com isto concordarem”.

Dentre as fontes arroladas, para alguns doutrinadores como Birnie e Boyle (2002, p. 12), os Tratados e Costumes são fontes por excelência do Direito Internacional, afinal “Tratados e costumes têm sido

⁶⁶ “A list of sources of international environmental law is more properly reflected in the list proposed by the International Law Commission (ILC) in 1989, which included those identified in Article 38(1) as well as binding decisions of international organisations, and judgments of international courts or tribunals” (SANDS, 2003, p. 123).

historicamente os principais métodos de criar vinculação no Direito Internacional. Estes foram favorecidos pelos Estados que apoiam uma abordagem positivista ao Direito Internacional”⁶⁷. Ou seja, é a consolidada corrente positivista do Direito Internacional que agrega tamanha importância aos tratados e costumes.

E é claro, as fontes do Direito Internacional Ambiental são “[...] as mesmas a partir das quais todas as leis internacionais emanam, uma vez que o Direito Internacional Ambiental é, como vimos, apenas um ramo do Direito Internacional geral”⁶⁸ (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 14).

2.3.1 Costume Internacional

Embora os tratados sejam a mais utilizada fonte de Direito Internacional, são os costumes que representam a essência do Direito Internacional, fonte que decorre do consenso e prática reiterada dos Estados.

Na verdade, costume internacional é a consolidação de uma norma costumeira internacional, norma que se extrai, segundo a letra b do artigo 38 da ICJ, “como prática geral aceita como sendo o direito”. Ou seja, prática reiterada dos Estados, e uma aceitação dessa prática como norma, um senso de obrigação que é conhecido como *opinio juris*⁶⁹.

Na realidade, o costume é o fruto de usos tradicionais, aceitos durante longo período, tanto assim que o fator tempo era tido como elemento crucial de sua formação, porém o fator tempo definiu⁷⁰.

⁶⁷ Na língua original “Treaties and custom have historically been the main methods of creating binding international law. These were favored by states supporting the ‘positivist’ approach to international law.” (BIRNIE;BOYLE, 2002, p. 12).

⁶⁸ Em inglês “The sources of international environmental law are, of course, the same as those from which all international law emanates, since international environmental law is, as we have seen, simply a branch of general international law.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 14).

⁶⁹ “Statute of the International Court of Justice identifies the two elements of customary international law: state practice and *opinio juris*” (SANDS, 2003, p. 144).

⁷⁰ Brownlie (1997, p. 17) ensina que “Desde que a uniformidade e a generalidade da prática sejam demonstradas, não é exigida qualquer duração específica. O decurso do tempo constitui, obviamente, uma parte da prova da generalidade e uniformidade. Não é necessária uma longa prática...”. O que Accioly, Casella e

Eis então os dois elementos fundamentais de um costume no Direito Internacional: prática geral e *opinio juris*. De modo que *opinio juris* é crença de que uma ação foi realizada por Estados devido a uma obrigação legal⁷¹, que depois é comprovada por práticas estatais existentes.

Para a Corte Internacional de Justiça (BIRNIE; BOYLE, 2002, p. 18), a existência de uma *opinio juris* pode ser formada apenas na evidência de uma prática reiterada, ou mesmo em um consenso na doutrina. O que faz um ciclo de confirmação dos elementos, no qual o comportamento, ou prática reiterada, é uma evidência sobre a aceitação como obrigação do Estado, *opinio juris*. Assim, conclui Brownlie (1997, p. 20) que “[...] a existência de uma prática geral dá origem a uma presunção de *opinio juris*.”

Porém, é justamente baseado na *opinio juris* que ocorre a verificação de qual prática é relevante para ser denominada como costume.

O problema de definir o que é prática também é levantado por alguns autores. Petersen (2007, p. 277) observa que “Em particular, o elemento da prática estatal está sujeito à controvérsia. Estudiosos têm debatido que tipo de atividade constitui prática estatal, e discordam sobre a duração e frequência da atividade que são necessárias para satisfazer a definição”. Mesmo a escolha de um método não evita o problema de ser verificada uma determinada prática, ainda mais em uma comunidade internacional, com mais de 200 Estados.

Portanto, para a prática reiterada, não há a necessidade de ser uma prática de todos os Estados (universalidade)⁷² em relação à determinada

Silva (2012, p. 153) explicam: “Com o progresso da ciência e da tecnologia, as modificações verificam-se mais rapidamente, com repercussão no conceito de costume. Em outras palavras, o fator tempo, antes exigido para a sua formação, perdeu importância, cedendo à *opinio juris* [...] é lícito dizer que, desde que se comprove que determinada “prática é consequente e generalizada, nenhuma duração é requerida (...) uma prática prolongada não é necessária”, como admite Ian Brownlie.”

⁷¹ A convicção de obrigatoriedade – que se contrapõe às normas de cortesia, justiça ou moralidade – é suficientemente palpável, reconhecendo a prática dos Estados na diferença entre obrigação e uso (BROWNLIE, 1997, p. 19).

⁷² Este aspecto complementa o da uniformidade. Certamente que não se exige a universalidade, porém o verdadeiro problema consiste em determinar que valor tem a abstenção de protesto por parte de um número substancial de Estados em face de uma prática seguida por outros (BROWNLIE, 1997, p. 18).

norma, bastando ser recorrente. Prática reiterada, em suma, é o uso constante e uniforme praticado pelos Estados em causa (BROWNLIE, 1997, p.18).

Nesse sentido, o ex Juiz e Vice-Presidente da ICJ, Weeramantry (1997, p. 95), argumenta que “O apoio geral da comunidade internacional não significa, naturalmente, que cada membro da comunidade tenha dado o seu expresso e específico apoio [...]”.

Na mesma fala, Weeramantry (1997, p. 95, tradução nossa) fundamenta com os apontamentos de Brierly, no qual:

Seria praticamente impossível, e todos, menos os mais rigorosos positivistas admitem, que não é necessário mostrar que cada Estado tenha reconhecido certa prática. Assim como no direito inglês, em que a existência de um costume local ou costume de comércio pode ser válido sem a prova de que cada indivíduo na localidade, ou envolvidos no comércio, praticou o costume. Este teste de reconhecimento geral é necessariamente vago; mas é da natureza do direito consuetudinário, seja nacional ou internacional [...]

Este discurso demonstra a impossibilidade de que, para ser aceito, um princípio ou costume tenha a aceitação positivamente geral. Basta que seja evidente, por algum número ou grupo de Estados, que aquilo é uma prática estatal, uma forma contemporânea de dizer que a aceitação é geral ou mundial⁷³.

Sem adentrar muito a problemática em torno dos costumes, nem explorar toda a fundamentação de formação de um costume internacional, convém ressaltar que, como explica Birnie e Boyle (2002, p. 16): Embora, a maioria dos escritores considere que não é necessário um consentimento expresso ou tácito de que uma norma de direito consuetudinário o é, a criação de novos costumes depende, no fim, de algum consentimento dos Estados, e a identificação destes costumes exige ponderação. Isso significa, em suma, que a classificação de um costume internacional depende de alguma forma de consenso internacional, que sempre irá sofrer uma considerável arbitrariedade (PETERSEN, 2007, p. 277).

⁷³ Não é exigida uma completa uniformidade, exigindo-se, porém, uma uniformidade substancial (BROWNLIE, 1997, p. 17).

Como visto, um dos fundamentos do costume internacional é a concordância ou aceitação entre os Estados daquela conduta e do senso de obrigação, que é verificada pela prática geral.

A importância do costume como fonte, contudo, perdura, pois a codificação do Direito Internacional, como um todo, ainda está longe de se completar (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 153). É sintomática nas Convenções de codificação, firmadas em Viena, a adoção da já referida menção, no preâmbulo, quanto ao fato de que “as regras de Direito Internacional consuetudinário continuarão a reger as questões que não forem reguladas nas disposições da presente Convenção”.⁷⁴ (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 153).

Em matéria ambiental, a responsabilidade estatal de não causar dano ambiental a outro Estado por problemas transfronteiriços assume a posição de norma consuetudinária. As demais obrigações ambientais internacionais dificilmente são apresentadas como costumes, a maioria ganha sua obrigatoriedade por tratados (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 9).

É por isso que Sands (2003, p. 143) afirma que o costume internacional desempenha um papel secundário no Direito Internacional Ambiental, embora suas aplicações ainda tenham uso nas obrigações dos tratados e outros assuntos relacionais (SANDS, 2003, p. 143).

⁷⁴ A Convenção de Viena sobre direito dos tratados, assinada em 1969, internacionalmente em vigor desde 1980, é uma das mais importantes normas do Direito Internacional, e nesta as regras costumeiras sobre a matéria foram codificadas em documento quase perfeito. Evidência adicional da primazia do costume como fonte do Direito Internacional: as codificações bem-sucedidas normalmente o são, por refletirem adequadamente o que já era aceito como expressão da juridicidade, no plano internacional. A codificação exprimiria o que consuetudinariamente já era considerado legalmente válido, conforme A. Mercadante (1996) e A. P. Cachapuz de Medeiros (1995) (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 154). A Convenção de 1969 foi complementada por outra, a Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, cujo objetivo foi precisamente o de reconhecer o direito das Organizações Internacionais de firmar tratados e convenções (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 154).

2.3.2 Tratados

Os tratados, além de uma das principais fontes do Direito Internacional, são o método mais frequente e efetivo para regular os interesses e criar obrigações entre os Estados. O termo pode variar em tratado, convenção, protocolo etc., mas o objetivo central permanece: um documento escrito criando vínculos, direitos e obrigações entre os Estados e outros sujeitos⁷⁵.

Na definição de Accioly, Casella e Silva (2012, p. 155) “Por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional”. Para Morgenthau (1948, p. 212): “O principal meio pelo qual o Direito Internacional é criado é o tratado internacional. Um tratado internacional cria o Direito Internacional”.

Em suma, um tratado internacional é um contrato entre os sujeitos do Direito Internacional. Uma vez constituído, um tratado válido se torna vinculante, e esse fenômeno jurídico garante o isolamento do direito da política no Direito Internacional (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 156). Apesar de não existir fórmulas específicas, são as Convenções de Viena de 1969 e 1986 que codificam as regras aplicáveis aos tratados escritos⁷⁶, principalmente quanto à entrada em vigor, interpretação, validade⁷⁷ e encerramento.

Basicamente, os tratados são apenas vinculantes para as partes, mas é interessante observar como diversos doutrinadores⁷⁸ enfatizam como são

⁷⁵ Em outras palavras, tratado é a expressão genérica. São inúmeras as denominações utilizadas conforme a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 155).

⁷⁶ Interessante pensar que “The international law of treaties is governed by customary law, the 1969 Vienna Convention and the 1986 Vienna Convention. The 1969 Vienna Convention, large parts of which reflect rules of customary international law, provides the basis for considering many of the legal issues which arise in relation to treaties” (SANDS, 2003, p. 130).

⁷⁷ Para que um tratado seja considerado válido, é necessário que as partes (Estados ou Organizações Internacionais) tenham capacidade para tal; que os agentes estejam habilitados; que haja consentimento mútuo; e que o objeto do tratado seja lícito e possível. A Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 1969, em seu artigo 26, prevê que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa-fé” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 158).

⁷⁸ Nesse sentido, Brownlie (1997, p. 24), Birnie e Boyle (2002, p. 13) e Accioly, Casella e Silva (2012, p. 154). Assim “Framework or umbrella treaties can still

possíveis as provisões de um tratado vincular terceiros (não partes) na sua evolução, para um costume se preencher os requisitos de prática reiterada e *opinio juris*, além do número substancial de Estados que adotem aquela prática. Ainda, se reconhece uma situação mais notável ao afirmar que como prova de direito costumeiro se podem citar os tratados que ainda não entraram em vigor ou foram ratificados⁷⁹.

Enquanto um costume pode ser controverso e demandar esforços para ser reconhecido, um tratado cria o direito e dever a partir do momento que entra em vigor. Por isso que os tratados são os instrumentos

influence the development of customary law insofar as they establish support for certain basic rules or principles [...] Thus it should not be assumed that every treaty provision has been transformed into customary law, even if widely followed, or that every part of a treaty is binding on all parties.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 17).

⁷⁹ Como prova do direito costumeiro, citam-se, atualmente, também os tratados que ainda não tenham entrado em vigor, ou não foram ratificados por determinado Estado contra o qual alguma de suas normas tenha sido invocada. O problema é complexo, visto que, na linha de R.R. Baxter, a respeito de Tratados e costume (1970), “em alguns casos poderá ser difícil determinar se um tribunal ao decidir que um tratado reflete o Direito Internacional consuetudinário em determinado momento queria dizer que o tratado, desde o começo, era declaratório do Direito Internacional consuetudinário, ou se o tratado, com o correr do tempo, e com a aceitação geral de países não partes no mesmo, passou a integrar o Direito Internacional geral”. A doutrina, baseada na decisão da Corte Internacional de Justiça, a respeito da Plataforma Continental do Mar do Norte, de 1969, reconhece a importância das grandes convenções multilaterais não ratificadas como fonte do direito costumeiro (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 154). No mesmo sentido, “Customary law can emerge from conventions and bind states that have not ratified them only if the provisions in issue are of a fundamentally norm-creating character, both generalizable and applied in state practice with the sense of obligation necessary to establish custom.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 698) E “Guiding principles which may, through treaty practice, reflect existing or emerging norms of customary law might include the polluter-pays principle, the principle of precautionary action, and the principle of common but differentiated responsibilities of developed and developing countries. Procedural obligations which may be binding under customary law, at least within certain regions, include consultation, the provision of information on the environment and the obligation to carry out an environmental impact assessment for activities likely to cause significant environmental damage” (SANDS, 2003, p. 148).

mais utilizados para criar normas internacionais ambientais e são, sem dúvida, a base do Direito Internacional Ambiental.

Atualmente, muitos tratados são chamados de convenção-quadro, tratado estrutural ou guarda-chuva⁸⁰. Isso significa aqueles tratados genéricos especificamente concebidos para facilitar maior detalhamento do seu conteúdo por meio de protocolos, anexos ou acordos especiais. Tais tratados concedem diretivas e recomendações e esboçam o regime jurídico cujos objetos e/ou forma de operação será mais detalhada pelos acordos das partes nas reuniões das partes. Esses tratados fornecem um sistema regulatório capaz de evolução dinâmica para criar um sistema de regulamentação cada vez mais detalhada (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 85). É nessa classificação que se encontram os principais tratados de matéria ambiental atual, como a Convenção-Quadro de Mudanças Climáticas e a Convenção da Biodiversidade.

Para Accioly, Casella e Silva (2012, p. 1004), devido à natureza das obrigações e a peculiaridade dos bens ambientais protegidos, os tratados de direito ambiental assumiram características próprias e criaram mecanismos originais. Diante da grande abrangência dos tratados internacionais ambientais e das dificuldades técnicas inerentes à matéria, o Direito Internacional Ambiental adaptou-se bem a convenções tipo “guarda-chuva”, estruturais e às convenções-quadro. Afinal, estes tratados permitem que as partes possam incluir, futuramente, no *rol* de bens protegidos pelas Convenções, outros espaços ou espécies, ou, ainda, alterar o *rol* de substâncias proibidas ou de circulação restrita. Da mesma forma, Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 13) apontam que eles fornecem a base para uma ação progressiva adicionando e alterando as disposições de acordo com os conhecimentos científicos e as prioridades regulatórias.

⁸⁰ Em inglês “framework treaties” e “umbrella treaties”: “As Convenções-tipo (umbrella) caracterizam-se pela generalidade e flexibilidade de suas provisões, a fim de criar padrão a ser observado por outros tratados ou documentos internacionais [...] Por sua vez, as Convenções-quadro são caracterizadas pela existência de metas abstratas e normas programáticas, cuja implementação e cumprimento só são possíveis mediante a adoção de normas posteriores, normalmente protocolos. Tanto as Convenções-tipo guarda-chuva (umbrella) quanto as Convenções-quadro seguem o que a doutrina internacional chama de enfoque fracionado (piecemeal-approach). Por enfoque fracionado (ou piecemeal-approach) entenda-se a estratégia negocial adotada pelos representantes dos Estados, quanto a ser preferível firmar tratados acerca dos pontos em relação aos quais haja acordo, deixando para negociações posteriores e específicas os pontos mais polêmicos.” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 1001).

Outras características típicas de tratados ambientais internacionais são a formulação de órgãos específicos e estabelecimento de medidas assistenciais (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 1004). Os órgãos criados, secretarias e comitês técnicos atuam de forma a administrar a execução dos tratados, enquanto as medidas assistenciais servem para incentivar a adesão e implementar obrigações pela transferência de recursos, tecnologia e capacitação das partes.

O tratado, juntamente com as instituições que ele cria, se torna um regime regulamentar internacional.

2.3.3 Princípios

A última fonte primária do Direito Internacional são os princípios gerais. Apesar de amplamente reconhecida, também é considerada uma fonte problemática, mas se mostrou importante no desenvolvimento do Direito Internacional desde o aumento considerável de instrumentos como “Declarations of Principles” (BIRNIE; BOYLE, 2002, p. 18). De fato, os princípios gerais do Direito Internacional derivam da evolução histórica da própria comunidade internacional. Em torno desse termo se traduz o entendimento de uma “ideia base e geral”, que deve reger condutas.

Mas é problemático, no sentido da natureza desses princípios gerais: são aqueles geralmente aplicados internamente pela maioria dos países, como o processo legal justo e equitativo. Ou talvez aqueles reconhecidos pelo próprio Direito Internacional, como princípios básicos, direitos humanos ou direitos de liberdade dos mares.

Na verdade, a discussão dessa fonte no Direito Internacional começou nos anos 1920, quando o estatuto da PCIJ estava sendo estabelecido⁸¹. O compromisso adotado no estatuto da PCIJ e

⁸¹ O Comitê de Juristas, ao incluir os princípios gerais do direito dentre as normas a serem aplicadas pela Corte Permanente de Justiça Internacional, tinha em mente que, mesmo se as normas constantes dos tratados e do costume silenciassem a respeito de caso em julgamento, a Corte seria obrigada a pronunciar-se, isto é, não poderia eximir-se de julgar e declarar a inexistência de norma específica (non liquet) (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 175). Ocorre que, segundo Birnie e Boyle (2002, p. 19, tradução nossa), “Um grupo no comitê preparatório pensava que as fontes tradicionais de costume e tratado deveriam ser expandidas para permitir que o Tribunal aplicasse ‘as regras do Direito Internacional como um reconhecido pela consciência jurídica de nações civilizadas’”. Esse entendimento era baseado “[...] no conceito de que certos princípios existiam na chamada ‘lei natural’, princípios de ‘justiça objetiva’ que poderiam ser

posteriormente da ICJ expressa que existem princípios gerais do direito, não exatamente regras de Direito Internacional, mas normas que são reconhecidos pelas nações civilizadas.

E que a natureza desses princípios gerais se encontra nas regras aceitas pelas nações dentro do seu “foro doméstico”, o que respeita o quesito vontade dos Estados (BIRNIE; BOYLE, 2002, p. 19). Mas é importante ressaltar Anzilotti, que explica a remissão, primeiro, aos princípios gerais da ordem jurídica internacional e, segundo, aos “princípios universalmente admitidos na legislação dos povos civilizados: uma espécie de, como bem se disse, *novissimum ius gentium*, no sentido clássico, *quasi quo iure omnes gentes utuntur* (Inst. I, 1). Os princípios geralmente admitidos nas legislações dos povos civilizados foram, em sua maior parte, aceitos, tacitamente, também na ordem internacional, e a Corte os aplica enquanto tais” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 175).

Em resumo, princípios⁸² são normas condutoras, gerais e importantes, “constituem o eixo de valores e princípios que poderá nortear a consolidação e a interpretação das normas, por serem a fonte verdadeira ou fundamental, e a que pode fornecer elementos para a interpretação dos tratados e dos costumes [...]” especialmente como mecanismo das cortes internacionais (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 173).

Mas entre as fontes citadas do Direito Internacional, os princípios gerais do direito são as fontes formais mais vagas e de difícil caracterização. Na verdade, os princípios gerais possuem elementos e discussões similares às dos costumes, mas com uma diferença: “Se os princípios gerais podem ser formados por sua aceitação, a única distinção significativa que eles teriam de regras consuetudinárias, seria a ausência de uma exigência da prática estatal.” (PETERSEN, 2007, p. 285).

Ou seja, o reconhecimento de um princípio não necessita da prática reiterada, basta a aceitação geral das nações como tal⁸³, o que não

identificado por todos os seres humanos racionais.”. Tal entendimento gerou um grupo rival positivista, para o qual a PCIJ só deveria aplicar as regras e princípios derivados da vontade dos Estados.

⁸² Para Sands (2003, p. 233) “[...] principles ‘embody legal standards, but the standards they contain are more general than commitments and do not specify particular actions’, unlike rules.”

⁸³ Assim “Any effort to identify general principles and rules of international environmental law must necessarily be based on a considered assessment of state practice, including the adoption and implementation of treaties and other

significa universalidade literal, mas apoio e endosso na prática de muitos Estados, similar ao entendimento dos costumes.

E segundo Birnie e Boyle “[...] deve ser reconhecido que o uso mais frequente de princípios gerais deriva da aplicação de analogias com o direito interno, que estabelece regras de procedimento, evidência e jurisdição.” (2002, p. 20, tradução nossa). Por fim, a Corte utiliza os princípios de forma a dar suporte às conclusões nas decisões, e os princípios gerais têm considerável relevância e significação no Direito Internacional.

Como princípios típicos do Direito Internacional geral se podem citar os princípios do livre consentimento e da boa-fé, bem como a norma *pacta sunt servanda*, que são universalmente reconhecidos como de Direito Internacional (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 208), assim como os princípios de cooperação e solução pacífica de controvérsias⁸⁴.

Mas existem princípios próprios do Direito Internacional Ambiental. Para Sands, são eles: Soberania permanente sobre os recursos naturais e responsabilidade de não causar dano ambiental transfronteiriço; Prevenção; Precaução; Cooperação; Desenvolvimento Sustentável; Poluidor-Pagador; e Responsabilidade Comum, porém diferenciada (SANDS, 2003, p. 231).

Birnie, Boyle e Redgwell também arrolam os princípios citados, com exceção do Poluidor-pagador.

Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 26) interessantemente questionam se tais princípios são aqueles citados no artigo 38 da CIJ⁸⁵ e reconhecem que sua caracterização é de princípios gerais no regime ambiental. Outro questionamento é se tais princípios são normas

international legal acts, as well as the growing number of decisions of international courts and tribunals.” (SANDS, 2003, p. 234).

⁸⁴ Cumpre ressaltar os artigos 33 a 38 da Carta da ONU, que regulam a solução pacífica de controvérsias, e a Declaração de princípios reguladores das relações amistosas e da cooperação entre Estados em conformidade com a Carta da ONU (1970) (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 458).

⁸⁵ Na visão de Accioly, Casella e Silva (2003, p. 989) são específicos do Direito Internacional Ambiental os princípios do desenvolvimento sustentável, precaução, poluidor pagador e responsabilidade comum, porém diferenciada. Os demais princípios como cooperação, boa vizinhança, soberania permanente sobre os recursos naturais e dever de não causar danos a território de terceiros são para o autor princípios de Direito Internacional geral.

costumeiras⁸⁶ em que concluem que: “Enquanto o status de todos esses princípios em direito consuetudinário é duvidoso ou contestado, eles têm, no entanto, tornado-se modificadores importantes de regras e tratados vigentes, ou influenciado a negociação e a elaboração de regimes de tratados.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 38, tradução nossa).

Sem dúvida os princípios são muito importantes para o desenvolvimento do Direito Internacional Ambiental⁸⁷. Para este trabalho, três princípios – Soberania permanente sobre os recursos naturais, cooperação e desenvolvimento sustentável – são de especial interesse, mas também cabe uma breve explicação dos demais princípios: Poluidor-Pagador, Prevenção, Precaução e responsabilidade comum, porém diferenciada.

2.3.3.1 Soberania Permanente Sobre os Recursos Naturais

O princípio da soberania serve como base do Direito Internacional desde os tratados de Augsburg (1555) e Vestfália (1648), servindo também como linha diretiva da doutrina do direito das nações, apesar de ser também a sua maior fonte de controvérsias (SCHRIJVER, 2008, p. 02).

Durante o período de descolonização, seguindo o fim da Segunda Guerra Mundial, criam-se novos princípios e regras de Direito Internacional para promover o desenvolvimento econômico e fortalecer as relações internacionais (SCHRIJVER, 2008, p. 01). Inicialmente assumiu-se para o desenvolvimento do Direito Internacional que o controle de

⁸⁶ Para por Sands (2003, p. 231-232) enquanto alguns princípios destes princípios refletem uma norma costumeira, outros representam emergentes obrigações. Para ele não há dúvida que o princípio da soberania permanente de recursos naturais e cooperação estão suficientemente bem estabelecidos e são costume internacional. O mesmo pode se dizer do princípio da precaução. O status dos outros ainda não é tão claro e embora sejam princípios e vinculem obrigações de tratados ambientais só em contextos particulares podem ser considerados costumes.

⁸⁷ São importantes porque “They can set limits, or provide guidance, or determine how conflicts between other rules or principles will be resolved. They may lack the supposedly harder edge of a ‘rule’ or ‘obligation’, but they should not be confused with ‘non-binding’ or emerging law. The ICJ’s references to sustainable development in the Gabčíkovo-Nagymaros Case remain perhaps the best illustration of the role of internationally endorsed principles in international environmental law.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 28).

recursos naturais dependia de soberania sobre terra e mares nacionais (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 190).

Para Schrijver (2008, p. 260) um dos princípios básicos da soberania permanente é o direito do Estado ou do povo de dispor livremente das riquezas e recursos naturais dentro dos limites da jurisdição nacional. Isto reflete em, virtualmente, todas as resoluções ligadas à soberania permanente.

Deste modo, a Soberania Permanente sobre recursos naturais foi introduzida nos debates da Organização das Nações Unidas (ONU) como reivindicação dos países em desenvolvimento e (ex) colônias, de gozar dos benefícios de explorar os recursos naturais em seus territórios e anular arranjos legais pré-existentes de exploração, servindo países estrangeiros (SCHRIJVER, 2008, p. 01), enquanto tentavam se autoafirmar, alegando que o princípio da soberania encontra suas limitações quando seu exercício toca sobre a soberania territorial e integridade de outro Estado (SCHRIJVER, 2008, p. 232).

A formulação específica da frase “soberania permanente sobre riquezas e recursos naturais” foi introduzida em 16 de abril de 1952 pelo Chile, em um debate das ONU para a comissão dos direitos humanos, como parte do artigo sobre o direito de autodeterminação no projeto de direitos humanos, enfatizando o princípio da igualdade soberana e da não intervenção, com primado do direito nacional para resolução de disputas (SCHRIJVER, 2008, p. 369).

Direito Internacional Ambiental é um ramo relativamente jovem do Direito Internacional, que se desenvolveu em resposta a uma preocupação crescente com o meio ambiente, ainda que na década de 70 ou no século XIX existiram leis de proteção à pesca marinha, disposições antipoluentes e tratados que regulam a pesca em rios internacionais (SCHRIJVER, 2008, p. 231/252).

Segundo o autor:

Soberania permanente sobre os recursos naturais, enquanto um conceito jurídico, é tipicamente um produto da interação de política, economia e sociologia das relações internacionais. O processo de descolonização marcou sua gênese; e os esforços dos Estados recentemente independentes para melhorar as suas oportunidades de desenvolvimento tiveram um impacto profundo em sua evolução (SCHRIJVER, 2008, p. 255, tradução nossa).

Portanto, durante a Segunda Guerra Mundial, ficando clara a dependência dos países desenvolvidos nas matérias-primas dos países em desenvolvimento e na vulnerabilidade das linhas de fornecimento, levou-se à criação de uma política de utilização completa e eficiente dos recursos naturais, bem como a maior observância dos interesses das outras partes para o comércio internacional (SCHRIJVER, 2008, p. 29). Neste período, os recursos naturais não tinham grande enfoque na regulamentação internacional, com exceção da pesca marítima e em rios internacionais, o que muda com as leis sobre comércio de *commodities* e princípios de soberania sobre recursos naturais (SCHRIJVER, 2008, p. 13).

Tradicionalmente o Direito Internacional regula o uso de recursos de acordo com a interação internacional sobre eles, adotando variados graus de liberdade para a exploração entre os países. Este princípio era aplicado comumente a áreas adjacentes, de alto mar e rios internacionais, áreas pesqueiras, recursos hídricos ou áreas de diversidade natural (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 190).

Devido à pesca excessiva e mau aproveitamento, alguma espécies de peixes estavam em vias de extinção, o que levou à discussão, em 1958-1967, de uma nova visão sobre a lei dos mares. Em 1970, a Assembleia Geral adotou a declaração dos princípios governantes do leito oceânico e seu subsolo, classificando-os como fora da jurisdição nacional de qualquer país, o que levou, em 1982, à criação da Convenção Internacional sobre Direito do Mar⁸⁸ (SCHRIJVER, 2008, p. 215-216).

Os países em desenvolvimento conseguiram introduzir novos princípios de Direito do Mar, restringindo o antigo direito de liberdade sobre alto mar por um direito de apropriação e proteção, não somente assegurando direitos aos habitantes das zonas costeiras, mas também aumentando a responsabilidade na administração dos recursos marinhos (SCHRIJVER, 2008, p. 228). Conforme o autor: “o princípio da soberania permanente encontra suas limitações no momento que seu exercício toca a soberania territorial e integridade de outro Estado” (SCHRIJVER, 2008, p. 232, tradução nossa), levando a um princípio de responsabilidade pelas ações com efeitos transfronteiriços e a elaboração de vários tratados.

A partir da década de 50, o princípio da soberania sobre recursos naturais passa a fornecer a países em desenvolvimentos e colônias uma

⁸⁸ O artigo 136 da Convenção das Leis do Mar de 1982 proclama: “A área e seus recursos como patrimônio comum a toda a humanidade” (SCHRIJVER, 2008, p. 218).

blindagem legal contra infrações de sua soberania econômica, exploração de recursos e abusos contratuais por parte de Estados estrangeiros e companhias (SCHRIJVER, 2008, p. 03), fornecendo meios para a livre administração de seus próprios recursos dentro de sua jurisdição, com a formulação de suas próprias políticas ambientais, visando ao bem estar de seu povo⁸⁹ (SCHRIJVER, 2008, p. 241).

Durante as reuniões da Assembleia geral da ONU, os países desenvolvidos se opuseram à inclusão do princípio de soberania permanente por receio de que isso abriria caminho a desvios de obrigações internacionais, expropriações e nacionalização sem indenização adequada (SCHRIJVER, 2008, p. 50).

As resoluções implementadas nestas ocasiões⁹⁰ levaram à possibilidade dos países em desenvolvimento a determinar livremente o uso de seus recursos naturais; usar estes recursos a fim de melhor desenvolver seus interesses nacionais⁹¹ econômicos e sociais e com a obrigação de utilizar estes recursos para expansão econômica no cenário mundial (SCHRIJVER, 2008, p. 41).

As motivações por trás destas normativas eram, segundo o autor:

[...] que não há possibilidade de autoafirmação sem controle de seus recursos, independente da exploração, não havendo liberdade política em um Estado quando seus recursos estão sob controle de outro Estado. [...] os povos devem dispor livremente de seus recursos e riquezas naturais, sem prejuízo de nenhuma obrigação advinda de cooperações internacionais baseadas no princípio de benefício mútuo ou leis internacionais. Por nenhum motivo um povo deve ser privado dos seus meios de subsistência (SCHRIJVER, 2008, p. 52).

⁸⁹ Parágrafo 1 do ato da Assembleia Geral de 1962, Resolução 1803 (XVII).

⁹⁰ Resolução 626 (vii) 21 de dezembro de 1952 do direito de explorar livremente riqueza e recursos naturais. Resolução 523 (VI) 12 de janeiro de 1952 integra desenvolvimento econômico e comercial.

⁹¹ A parte operativa recomendou que os Estados-membros reconheçam “[...] o direito de cada país de nacionalizar e livremente explorar suas riquezas naturais, como fator essencial de independência econômica” (SCHRIJVER, 2008, p. 42, tradução nossa).

Segundo ele, os povos devem poder dispor livremente de seus recursos e riquezas naturais, levando-se em consideração o bom funcionamento das dinâmicas econômico-sociais, nacionais e internacionais.

Estas resoluções sobre a soberania permanente partiam de um direito costumeiro do Direito Internacional, reconhecido por alguns tribunais, indo à contrapartida dos arranjos entre Estados e corporações internacionais de exploração, sobretudo de petroleiras e mineradoras, procurando balancear o direito de soberania nacional com o interesse das companhias em manter a segurança legal e estabilidade dos seus investimentos e locais de exploração (SANDS, 2003, p. 236).

Durante muito tempo, a “linguagem” base da soberania permanente foi a linguagem dos direitos: o direito de dispor livremente dos recursos naturais, o direito à expropriação, o direito à compensação por danos a recursos naturais causados por Estados estrangeiros ou empresas. A invocação destes direitos leva, geralmente, a sérias controvérsias entre os Estados, principalmente entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. As reivindicações de direitos de soberania tem sido alvo de disputas diplomáticas e litígios internacionais, ocasionalmente diante da Corte Internacional de Justiça, porém com mais frequência diante de tribunais internacionais de arbitragem (SCHRIJVER, 2008, p. 258).

Em 1954, a Comissão dos Direitos Humanos recomendou a criação de uma comissão para o acompanhamento do direito de soberania permanente sobre riquezas e recursos naturais por meio do ECOSOC. A Assembleia Geral da ONU estabelece em 1958 a comissão por meio da resolução 1314 (XIII) (SCHRIJVER, 2008, p. 57-59). Já em sua primeira sessão, em maio de 1959, a comissão apresenta um estudo extraordinário com exemplos de legislação que os países poderiam tomar como base para livre adaptação de leis nacionais, visando estabelecer melhor controle e desenvolvimento sobre seus recursos naturais (SCHRIJVER, 2008, p. 64).

Foram neste período incluídas, pela primeira vez, provisões para que as expropriações e nacionalizações de capital e propriedade estrangeiras, em acordo com as leis nacionais, fossem feitas de forma não discriminatória e de forma a compensar previamente e de forma apropriada ao proprietário dos bens expropriados. O aparecimento deste termo foi adotado a partir de então nos textos sobre nacionalização e expropriação (SCHRIJVER, 2008, p. 61).

A partir de 1960, os países em desenvolvimento começaram a perseguir ativamente a implementação do princípio da soberania permanente sobre recursos naturais, notado como base para seu

desenvolvimento econômico e uma forma de redistribuição de riqueza e poder entre as relações internacionais com os países desenvolvidos (SCHRIJVER, 2008, p. 80).

Um dos muitos temas inerentes à soberania permanente é a expropriação e nacionalização de patrimônio ou investimento estrangeiro. Várias resoluções da ONU confirmam o direito de um país anfitrião de regulamentar e exercer autoridade sobre capital importado e atividades de investidores estrangeiros dentro de seu território, incluindo medidas legislativas e administrativas ou exercício de autoridade judicial. Da mesma forma, os investidores internacionais devem ser informados das prioridades adotadas pela legislação do país anfitrião, uma vez que estas leis devem ser seguidas pelo investidor (SCHRIJVER, 2008, p. 283-285).

Segundo o autor:

O direito de expropriação e nacionalização de investimento estrangeiro, sujeito a certas condições, é inerente à soberania de cada país e é geralmente reconhecido antes mesmo que o princípio de soberania permanente fosse adotado. Não obstante, sua contextualização dentro da soberania permanente e as condições de aplicação deram origem a debates e controvérsia (SCHRIJVER, 2008, p. 285, tradução nossa).

Portanto, segundo ele, o processo de nacionalização é um direito derivado da autoafirmação dos povos. O direito de nacionalização sobre propriedade estrangeira é unanimemente reconhecido, até mesmo por países que rejeitam o princípio da soberania permanente sobre recursos naturais, considerado por muitos Estados como o fundamento legal de tal direito (SCHRIJVER, 2008, p. 289).

Enquanto o Estado soberano pode dispor de seus recursos naturais, este também pode conceder a um terceiro sua exploração, desde que o acordo sirva ao propósito de desenvolvimento econômico social do Estado anfitrião. A concessão de um contrato não consiste na alienação da soberania, mas na delegação desta autoridade sobre a operação, por um tempo determinado. O caráter permanente e inalienável significa que o direito de dispor livremente de suas riquezas e recursos naturais pode ser recuperado, se necessário unilateralmente, apesar das obrigações contratuais do contrário (SCHRIJVER, 2008, p. 262).

A questão levantada é quando o caráter inalienável e permanente dos Estados chega ao fim em relação à soberania, visto que em acordos

entre países desenvolvidos e em desenvolvimento⁹², “livremente celebrados” entre as partes conforme o direito de dispor livremente de seus recursos naturais pode ser descritos como complexos (SCHRIJVER, 2008, p. 264-266).

Nesta discussão, abordando o direito de tomada sobre patrimônio estrangeiro em geral, há determinação do objeto de nacionalização e a abstenção de ressarcimento pela expropriação, enquanto a resolução de disputas deve ter como base a legislação nacional e o direito a livre escolha dos meios para resolução pacífica das disputas (SCHRIJVER, 2008, p. 286).

Enquanto há no princípio internacional da expropriação a necessidade de um interesse ou propósito público, reconhece-se que como este é definido pelo governo anfitrião, na maioria dos casos é impossível julgar com clareza a serventia ou propósito público. O Estado não é completamente livre para justificar as condições, porém tem grande margem de discricção (SCHRIJVER, 2008, p. 292).

Legalmente, toda expropriação deve ser precedida de pagamento de indenização adequada e não havendo direito do país anfitrião abster-se dessa compensação, é levada em consideração a situação sócio-econômica do país tomador, sendo que o princípio de “justa compensação” de ser suficientemente flexível para acomodar diferentes interesses em cada caso particular (SCHRIJVER, 2008, p. 298).

Portanto, o conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais reforça o princípio vigente de licitude na apropriação para fins públicos, sem ser descartado o princípio de indenização quando ponderado pela lei competente (BROWNLIE, 1997, p. 567).

Obrigações estritas só podem existir quando uma forma prescrita de conduta é imposta a um sujeito identificável, o que corresponde ao direito de outro sujeito a exigir tal conduta. Em Direito Internacional, termos como “obrigações” ou “compromissos” são muitas vezes utilizados para indicar a forma mais fraca dos deveres associados a tratados, códigos de conduta, resoluções não vinculativas e afins (SCHRIJVER, 2008, p. 307).

Já em 1970, as discussões sobre o princípio de soberania sobre recursos naturais se voltaram com mais ênfase aos mares adjacentes e

⁹² Segundo a colocação da Nigéria, estes eram “acordos entre um leão e um coelho”, conforme exposto durante o debate da Assembleia Geral, resolução 1803(XVII) (SCHRIJVER, 2008, p. 263).

áreas costeiras, recursos marinhos e leito oceânico, assuntos que levavam a grandes disputas (SCHRIJVER, 2008, p. 80).

Entre 1964 e 1972, as conferências da ONU sobre comércio e desenvolvimento (UNCTAD) focaram-se no desenvolvimento do comércio internacional por meio de uma cartilha de princípios e políticas para o desenvolvimento, incorporando o princípio da soberania, exploração de riquezas naturais e a aceleração da industrialização⁹³ (SCHRIJVER, 2008, p. 84).

No início de 1972, a UNCTAD introduz o conceito de proibição de coerção econômica, enfatizando a necessidade da manutenção da paz internacional e assegurando a discussão sobre soberania permanente⁹⁴ (SCHRIJVER, 2008, p. 93).

Em vista da primeira crise mundial do petróleo, os países em desenvolvimento fomentaram a adoção do Programa de estabelecimento da Nova Ordem Econômica Mundial (NIEO) (SCHRIJVER, 2008, p. 81), adotada em 1974 pela Assembleia Geral da ONU, gerando protesto dos países desenvolvidos alegando o detrimento de suas atividades econômicas de exploração em países em desenvolvimento (SCHRIJVER, 2008, p. 98). Dentre os pontos da NIEO, estavam o reforço do direito dos países em desenvolvimento de expropriar e nacionalizar capital estrangeiro e regular preços de *commodities* no mercado internacional.

Reconhecer que cada Estado tinha o direito soberano de expropriar ou nacionalizar propriedade estrangeira, gerava grandes mudanças na forma que um Estado poderia exercer sua soberania (SCHRIJVER, 2008, p. 105). As circunstâncias para expropriação e nacionalização deveriam ser aquelas que o Estado anfitrião considerasse pertinentes para seus propósitos públicos, desde que fosse paga indenização apropriada, e as controvérsias fossem resolvidas preferencialmente sob a legislação doméstica (SCHRIJVER, 2008, p. 310).

Durante a década de 1960, a extensão da degradação ambiental e o esgotamento dos recursos naturais levaram a uma discussão acerca dos temas relevantes sobre a conservação ambiental e provocou debates a respeito da lei internacional tradicional (SCHRIJVER, 2008, p. 120). A situação mudou radicalmente quando a soberania permanente foi

⁹³ Resolução 2692 (XXV) enfatiza o exercício da soberania permanente sobre recursos naturais nos países em desenvolvimento como indispensável para a aceleração da industrialização (SCHRIJVER, 2008, p. 89).

⁹⁴ Resolução 3016 (XXVII) de 18 de dezembro de 1972: proíbe a coerção econômica, política ou qualquer outra forma (SCHRIJVER, 2008, p. 93).

confrontada com o risco causado pelo humano ao meio ambiente, e as práticas de desenvolvimento econômico foram reconsideradas em relação com o seu benefício à população⁹⁵. Essa mudança culminou na Conferência de Estocolmo sobre problemas ambientais em 1972 (SCHRIJVER, 2008, p. 122).

É em meado dos anos 1970 que emergiram os limites de aplicação do princípio de soberania sobre recursos naturais, reconhecendo a necessidade de proteção ambiental, com o conceito mais moderno, no qual a limitação da soberania dependia da preservação ecológica (SANDS, 2003, p. 237).

Os princípios de Estocolmo servem para guiar os povos na preservação e melhoria do ambiente humano, além de recomendações para a cooperação internacional pelo meio ambiente (SCHRIJVER, 2008, p. 123).

Nos debates preliminares, foi discutido se o exercício da soberania poderia ser sujeitado à qualificação, limitação ou restrições (SCHRIJVER, 2008, p. 126). Nos anos seguintes, ocorreu uma evolução nos princípios e resoluções da ONU sobre gestão e conservação da natureza, visando à eliminação de modos irracionais e insustentáveis de exploração sem detrimento da soberania sobre recursos naturais (SCHRIJVER, 2008, p. 128).

Com o estabelecimento da WCED, a publicação do Relatório Brundtland e a adoção do desenvolvimento sustentável em 1987, fica claro como deve existir equilíbrio entre a preservação ambiental e as necessidades de desenvolvimento econômicas e industriais (SCHRIJVER, 2008, p. 249). No mesmo sentido, foi realizada a RIO 92, no qual os Estados deveriam cooperar para promover um sistema econômico mundial favorável, que levasse ao crescimento econômico sustentável e desenvolvimento de todos os países para melhor lidar com o problema de degradação ambiental (SCHRIJVER, 2008, p. 137).

A declaração de Estocolmo e os tratados da RIO 92 são altamente relevantes do ponto de vista da soberania sobre recursos naturais. Os princípios de Estocolmo e a declaração de princípios da Rio 92 esclarecem o direito dos países em criar suas próprias leis de proteção ambiental, equilibrando a soberania permanente sobre recursos naturais

⁹⁵ Em 1962, a Assembleia Geral aprovou a Resolução 1831 (XVII) sobre Desenvolvimento Econômico e da Conservação da Natureza que considerou os recursos naturais de importância fundamental para o desenvolvimento econômico dos países e de benefício para suas populações (SCHRIJVER de 2008, p. 121).

com a responsabilidade de preservação ambiental (SCHRIJVER, 2008, p. 274-275).

Em 1962, antes da percepção da importância da preservação ambiental, a Assembleia Geral da ONU adotou, por consenso, a Declaração sobre Desenvolvimento Econômico e Conservação da Natureza, no qual, pela primeira vez, foi colocado o objetivo que recursos naturais não deveriam ser desperdiçados, endossando uma iniciativa da UNESCO que recomenda a introdução de legislações domésticas de preservação e uso racional de recursos naturais (SCHRIJVER, 2008, p. 323).

Mas é na Declaração de Estocolmo sobre o Homem e o Meio Ambiente que foram apontadas as necessidades de planejamento e administração como requerimentos para a salvaguarda dos recursos do planeta Terra para as futuras gerações⁹⁶. De acordo com ela, as nações deveriam adotar uma abordagem integrada e coordenada para assegurar o desenvolvimento compatível com a proteção e aprimoramento do ambiente humano (SCHRIJVER, 2008, p. 324).

A responsabilidade dos Estados em não causar danos ambientais em áreas externas a sua jurisdição é anterior à Declaração de Estocolmo, estando relacionada com a obrigação de todas as nações em proteger, dentro de seus territórios, os direitos de outros Estados, em particular o direito à integridade e inviolabilidade, seja em paz ou guerra (SANDS, 2003, p. 241).

Segundo a lei internacional, os Estados devem também exercer seus deveres de soberania no interesse do desenvolvimento nacional, de forma a assegurar a seus habitantes os benefícios da exploração de recursos, resultando em desenvolvimento nacional de forma sustentável (SCHRIJVER, 2008, p. 311).

Ao exigir que a soberania permanente sobre os recursos naturais seja exercida no interesse do desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo, a Declaração de 1962 visa assegurar que toda a população deve se beneficiar da exploração de recursos naturais e do desenvolvimento nacional que deste advir (SCHRIJVER, 2008, p. 308).

Para garantir o acesso dos povos, a Convenção da UNESCO, de 1972, sobre a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural,

⁹⁶ Princípio 2: preservar (os recursos naturais) em benefício das gerações presentes e futuras através de um planejamento cuidadoso ou princípio de gestão (Princípio 13), gestão mais racional dos recursos e, assim, melhorar o meio ambiente.

determina que cada Estado-parte tem o dever de identificar, proteger, conservar e transmitir às gerações futuras o patrimônio cultural e natural que se encontra no seu território (SCHRIJVER, 2008, p. 330).

Para a conservação e uso sustentável de recursos naturais, a Carta Mundial da Natureza pede que “todas as áreas do planeta, seja terra ou mar” sejam sujeitas a princípios de conservação. Requisitando “proteção especial” para áreas únicas, ecossistemas representativos, e habitats de espécies raras e em perigo de extinção, ecossistemas e terras, atmosfera e recursos marinhos, devem ser administrados de forma a obter a “produtividade idealmente sustentável”, sem prejuízo a outros ecossistemas ou espécies. Recursos vivos não devem ser usados além da sua capacidade de regeneração, e danos irreversíveis à natureza devem ser evitados⁹⁷ (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 199).

A CDB reafirma que recursos biológicos de um Estado são sujeitos à soberania permanente. Contudo também aponta vários casos em que a conservação da biodiversidade é uma preocupação comum da humanidade. A convenção institui a conservação da diversidade biológica, o uso sustentável de seus componentes e a divisão equitativa dos lucros advindos da utilização de recursos genéticos, incluindo o acesso apropriado e a transferência de tecnologias relevantes. Através do balanceamento de direitos e deveres, transferindo forças dos países mais desenvolvidos para os menos favorecidos, seu 2º artigo captura a essência do termo “desenvolvimento sustentável” (SCHRIJVER, 2008, p. 417).

Na CDB, os Estados-partes ficam obrigados a tomar medidas nacionais eficazes para por fim à destruição de espécies biológicas, habitats e ecossistemas (SCHRIJVER, 2008, p. 332).

Gradualmente, o Direito Internacional reconhece que a administração de recursos naturais se estende além da jurisdição de cada, constituindo um problema comum a todos os Estados, protegido pelo artigo 2.7 da Carta da ONU (SCHRIJVER, 2008, p. 361).

Se esse princípio se desenvolveu na importância da soberania de todo e cada Estado na luta pela independência, hoje não significa que esses Estados não tenham obrigações quanto aos seus recursos naturais. A soberania contemporânea não é em nenhum sentido absoluta ou irrestrita, mas baseada em noções de segurança econômica, proteção ambiental e

⁹⁷ Conforme a Declaração da Rio 92 pedindo “redução ou eliminação de padrões insustentáveis de produção e consumo” o uso de forma e ritmo que não leve ao declínio da diversidade biológica a longo prazo” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 199).

interesse comum, levando a uma redefinição da soberania em si; não sendo uma fonte de exclusão de outros, mas uma fonte de cooperação para o bem de toda a comunidade internacional (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 192).

O manejo sustentável de recursos naturais é um dos maiores desafios enfrentados pelos governos e pelo povo, tornando-se uma responsabilidade mútua e duradoura com o aumento da consciência na necessidade da proteção do meio ambiente, vistas às inevitáveis consequências dramáticas que esta negligência poderia causar (SANDS, 2003, p. 314).

2.3.3.2 Cooperação

O princípio da cooperação é uma das bases do Direito Internacional de Estados soberanos. A igualdade entre os sujeitos implica em uma relação harmoniosa. O alastramento dos sujeitos na comunidade internacional realça sua aplicação e importância.

Para Sands (2003, p. 249), o princípio da cooperação decorre do princípio da boa vizinhança. O artigo 74 da Carta da ONU prevê o princípio da boa vizinhança relativo às questões sociais, econômicas, comerciais etc. A evolução deste princípio se traduz na aplicação de regras, promovendo a cooperação internacional.

Em matéria ambiental, o princípio ganha um destaque especial, tendo sido previsto em inúmeros tratados ambientais, com destaque na Declaração de Estocolmo (artigo 24), a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (artigo 118) e a Declaração do Rio (artigo 27).

A obrigação de cooperar significa um compromisso de boa-fé e, mais que isso, para Derani (2008, p. 141), o princípio da cooperação significa uma atuação em conjunto do Estado e sociedade na “escolha de suas prioridades e nos processos decisórios”. É a base dos instrumentos normativos para partilha de informação, participação na tomada de decisões, e estabilidade da relação entre a comunidade internacional por: notificação prévia, ajuda e auxílio em casos urgentes, incentivos, fiscalização em conjunto das áreas comuns dos Estados e outras que dependem de casos específicos (SANDS, 2003, p. 250).

Sands (2003, p. 250) relembra os casos *Lac Lanoux* e *Mox Plant*, para citar exemplos das práticas estatais de cooperação internacional e como exemplos da aplicação do princípio pelas cortes internacionais e de arbitragem. No caso *Lac Lanoux*, entre França e Espanha, pela utilização da água de um lago em comum, as partes são chamadas para cooperar, e entram em um acordo. No *Mox Plant*, o Tribunal Internacional do Mar

analisou a reclamação da Irlanda de que o Reino Unido deixou de cooperar segundo a UNCLOS. Na decisão final, o tribunal afirmou que o dever de cooperar é um princípio fundamental para combater a poluição (SANDS, 2003, p. 251).

É nesse sentido que Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 80) afirmam que a obrigação de cooperar é amplamente reconhecida e basilar para resolução dos problemas ambientais e conservação de recursos entre os Estados e outros sujeitos do Direito Internacional.

2.3.3.3 Desenvolvimento Sustentável

Em 1972, a Declaração de Estocolmo já previa:

As políticas ambientais de todos os Estados devem melhorar e não afetar adversamente o presente ou futuro potencial de desenvolvimento dos países em desenvolvimento, nem devem prejudicar a realização de melhores condições de vida para todos, e medidas adequadas devem ser tomadas pelos Estados e Organizações Internacionais, com vista a chegar a um acordo em atender as eventuais consequências econômicas nacionais e internacionais resultantes da aplicação de medidas ambientais.

A declaração, mesmo não usando o termo Desenvolvimento Sustentável, já consagra a grande espinha dorsal do termo: o reconhecimento da relação entre os elementos e o objetivo de unir desenvolvimento com consideração de medidas ambientais.

Outros artigos do mesmo documento estão recheados de preocupação em harmonizar meio ambiente e desenvolvimento. De uma perspectiva legal, Sands (2003, p. 10, tradução nossa) explica que Estocolmo gerou significativos movimentos para “[...] a criação de novas instituições e a criação de mecanismos de coordenação entre as instituições existentes (Plano de Ação), a definição de um quadro para as ações futuras a serem tomadas pela comunidade internacional (as recomendações), e a adoção de um conjunto de princípios gerais orientadores (os princípios)”.

No entanto, o mesmo autor coloca que a ideia de Desenvolvimento Sustentável e sua prática legal antecedem estes acordos, mas já visavam a preservação para o benefício da humanidade. “A prática dos Estados, no entanto, sugere que a ideia de ‘sustentabilidade’ tem sido uma

característica das relações jurídicas internacionais desde pelo menos 1893, quando os Estados Unidos afirmaram o direito de assegurar o uso legítimo e adequado das focas e de protegê-las da humanidade contra sua destruição arbitrária” (SANDS, 2003, p. 253, tradução nossa).

O princípio geral que coloca que os Estados deveriam assegurar que o desenvolvimento e o uso de suas fontes naturais deveriam ser sustentáveis, emergiu na preparação para a UNCED. Embora as ideias que sustentam o conceito de Desenvolvimento Sustentável ter uma longa trajetória nos instrumentos legais, o termo por si só começou a aparecer em meados de 1980. “O ‘princípio do desenvolvimento sustentável’ geral parece ter sido convocado pela primeira vez no preâmbulo do Tratado, de acordo do EEE, em 1992” (SANDS, 2003, p. 252, tradução nossa).

Entretanto, Sands (2003, p. 10, tradução nossa) aponta que é o Relatório de Brundtland que “é comumente visto como o ponto em que o desenvolvimento sustentável tornou-se um objetivo amplo de política global e coloca a comunidade internacional sobre o caminho que levou à UNCED e o conjunto de regras conhecido como o Direito Internacional no campo do desenvolvimento sustentável”.

O Relatório define Desenvolvimento Sustentável como “desenvolvimento que satisfaz às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem às suas próprias necessidades”. Desse conceito se extrai a ideia de necessidades para a presente geração e, ao mesmo tempo, uma limitação sobre os atos, especialmente de cunho ambiental, para essas necessidades serem supridas pelas futuras gerações também.

Posterior ao Relatório de Brundtland, é a Declaração do Rio, de 1992, que aborda com propriedade o tema desenvolvimento sustentável.

E como explica Sands (2003, p. 259, tradução nossa):

A Declaração do Rio de 1992 vai mais longe do que a maioria dos instrumentos por expressamente definir o conteúdo do conceito de desenvolvimento sustentável, e ativamente chamar para o “desenvolvimento progressivo do Direito Internacional no domínio do desenvolvimento sustentável”. Para além do componente ambiental do «desenvolvimento sustentável», a Declaração do Rio vincula as questões ambientais a questões que possam ser previamente mais prioritariamente

consideradas como pertencentes ao reino do direito econômico e de desenvolvimento.⁹⁸

Portanto, a Declaração do Rio traz outros elementos para o conceito de desenvolvimento sustentável e o relaciona com áreas de conhecimento até então isoladas. O conceito de desenvolvimento sustentável pode ser observado no Princípio 3: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a satisfazer equitativamente as necessidades ambientais e de desenvolvimento das presentes e futuras gerações”.

Dessa forma, para se atingir o desenvolvimento sustentável é preciso considerar proteção ambiental como parte integrante do processo de desenvolvimento (Princípio 4) para garantir aos seres humanos “[...] uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (Princípio 1).

Após tais documentos, a doutrina internacional se encarregou de definir melhor o conceito de Desenvolvimento Sustentável, e muitos autores trabalham no conceito a partir dos aspectos que compõe o termo.

Nesse sentido, é interessante a visão de Birnie e Boyle (2002, p. 86, tradução nossa) dos diversos elementos que compõem o desenvolvimento sustentável, mais especificamente “[...] utilização sustentável dos recursos naturais; a integração da proteção ambiental e desenvolvimento econômico; o direito ao desenvolvimento; a busca da distribuição equitativa dos recursos, tanto no presente geração e das gerações presentes e futuras, e a internalização dos custos ambientais através da aplicação do princípio de "poluidor-pagador" [...] a participação do público no processo de tomada de decisão e avaliação de impacto ambiental”.

Sands (2003, p. 253) também explora alguns elementos como parte do conceito de Desenvolvimento Sustentável. Para ele, os elementos são: a necessidade de preservar os recursos naturais para o benefício das

⁹⁸ Em inglês “The 1992 Rio Declaration goes further than most instruments by expressly defining the content of the concept of sustainable development, and actively calls for the ‘further development of international law in the field of sustainable development’, which suggests that international law in this field already existed. Apart from the environmental component of ‘sustainable development’, the Rio Declaration links environmental issues to matters which might previously be more properly considered as belonging to the realm of economic and development law” (SANDS, 2003, p. 259).

gerações futuras (o princípio da equidade intergeracional); 2. o objetivo de explorar os recursos naturais de uma forma que é 'sustentável', ou 'prudente', ou "racional" ou "sábio" ou "adequado" (o princípio da utilização sustentável); 3. o uso «equitativo» dos recursos naturais, o que implica que a utilização por um Estado deve ter em conta as necessidades de outros Estados (o princípio da utilização equitativa, ou a equidade intrageracional); e 4. a necessidade de garantir que as considerações ambientais sejam integradas ao desenvolvimento econômico e outros planos, programas e projetos, e que as necessidades de desenvolvimento são levadas em conta na aplicação dos objetivos ambientais (o princípio da integração).

Ou seja, para Sands existem quatro elementos essenciais no conceito de desenvolvimento sustentável. Tais elementos podem ser extraídos do que o Direito Internacional reconhece como conceito de desenvolvimento sustentável, baseado no contexto de evolução histórica do reconhecimento de uma série de compromissos e obrigações processuais e materiais.

Para Birnie e Boyle (2002, p. 84), o conceito de desenvolvimento sustentável no Direito Internacional pode ser observado no famoso caso *Gabcíkovo-Nagymaros*, no qual a Corte Internacional de Justiça afirmou “esta necessidade de conciliar o desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente [que] é apropriadamente expressa no conceito de desenvolvimento sustentável”.

Em tal caso, o juiz Weeramantry (1997, p. 86, tradução nossa) da ICJ esclarece em seu voto que “desenvolvimento sustentável é usada como uma abordagem para a tomada de decisão, que exige a consideração da proteção do ambiente juntamente com o desenvolvimento econômico”. Isso se baseia na necessidade de participação integrada da proteção ambiental com desenvolvimento econômico e social, que juntos atingem o Desenvolvimento sustentável.

O juiz ainda ressalta, em seu discurso, que Desenvolvimento significa não somente um desenvolvimento econômico, de ganho e produtos, mas um desenvolvimento voltado para a satisfação humana de felicidade e bem-estar. Em suas palavras: “Isso poderia, talvez, ser chamado o primeiro princípio da lei relativa ao desenvolvimento. Para o fim de melhorar a soma total da felicidade humana e seu bem-estar, é importante e inevitável que os projetos de desenvolvimento de várias descrições, tanto maiores e menores, serão lançados ao longo do tempo em todas as partes do mundo” (WEERAMANTRY, 1997, p. 91, tradução nossa).

Ainda neste âmbito, no qual Desenvolvimento Sustentável se enlaça com desenvolvimento econômico, podemos analisar que diferentes países em diferentes situações econômicas são vistos sobre a mesma ótica jurídica “Argumentava-se que o reconhecimento desse Direito Internacional do desenvolvimento colidia com os princípios da reciprocidade e da não discriminação, ambos corolários do direito da igualdade jurídica dos Estados. Visando contornar esse óbice jurídico, passou-se a falar em Estados juridicamente iguais, mas economicamente desiguais” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 461).

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED) colocou o desenvolvimento econômico em pauta para se elaborar um conceito de Desenvolvimento Sustentável, que reconhecesse a necessidade econômica de cada país. A “UNCED teve o propósito de promover a igualdade: como alocar responsabilidades futuras para a proteção do ambiente entre os Estados que se encontram em diferentes níveis de desenvolvimento econômico, que contribuíram em diferentes graus a problemas particulares, e que têm diferentes necessidades e prioridades ambientais e de desenvolvimento” (SANDS, 2003, p. 262, tradução nossa).

O autor ainda coloca que:

O compromisso de integrar considerações ambientais ao desenvolvimento econômico e outros, de levar em consideração as necessidades de desenvolvimento social, econômico e outros na elaboração, aplicação e interpretação das obrigações ambientais. De muitas maneiras, este elemento é o mais importante e o mais legalista: o seu pedido formal de exigir o recolhimento e a divulgação de informação ambiental, e à realização de estudos de impacto ambiental. As preocupações ambientais historicamente haviam sido abordadas às margens de preocupações econômicas internacionais, e somente a partir da UNCED que a relação entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico tem sido mais plenamente reconhecida pela comunidade internacional (SANDS, 2003, p. 264, tradução nossa).

Desenvolvimento Sustentável implica não só em meros limites às atividades econômicas, visando à preservação ou proteção do meio ambiente, mas uma abordagem ao desenvolvimento que enfatiza a

importância fundamental de igualdade dentro do sistema econômico. Esta igualdade é intra-geracional, no sentido de que busca redirecionar o desequilíbrio entre riqueza e desenvolvimento econômico, envolvendo os países desenvolvidos e em desenvolvimento, dando prioridade às necessidades dos mais pobres, e é também inter-geracional quando busca um redirecionamento adequado do custo-benefício através das gerações vindouras; em outras palavras, “o desenvolvimento só será ‘sustentável’ se beneficia as pessoas desfavorecidas, sem prejudicar as necessidades do futuro” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 55, tradução nossa).

A integração da proteção do meio ambiente com o desenvolvimento econômico pode tornar as leis internacionais ambientais menos marginais. Por outro lado, a integração destes assuntos ambientais com os acordos econômicos internacionais pode servir meramente para diminuir algumas considerações ambientais e perpetuar uma abordagem econômica internacional, no qual os acordos futuros encorajem certos problemas ambientais. “Esta preocupação refere-se à integração de meio ambiente e desenvolvimento, o que levou ao surgimento do conceito de desenvolvimento sustentável, agora refletida em muitos instrumentos internacionais e as decisões de alguns tribunais internacionais” (SANDS, 2003, p. 09, tradução nossa).

Se o desenvolvimento é importante, por outro lado parte vital da vida humana é a proteção ambiental. Weeramantry (1997, p. 92, tradução nossa) ainda aloca a proteção ambiental como integrante dos Direitos Humanos no sentido de “[...] uma parte vital da doutrina contemporânea de direitos humanos, pois é uma condição *sine qua non* para inúmeros direitos humanos, como o direito à saúde e o direito à vida em si mesma”. Afinal, “É dificilmente necessário elaborar sobre isso, como danos ao meio ambiente pode prejudicar e minar todos os direitos humanos mencionados na Declaração Universal e de outros instrumentos de direitos humanos”.

Pois bem, apesar de todas as pessoas terem direito ao desenvolvimento e aproveitar seus frutos, existe em conjunto o dever de assegurar que esse desenvolvimento não faça danos ao meio ambiente. Weeramantry (1997, p. 92) explica que logo na formulação do conceito de desenvolvimento, foi compreendido que o desenvolvimento não pode ser perseguido de tal forma que tenha como resultado danos substanciais no meio ambiente em que ocorrer a exploração.

Desenvolvimento só pode ser perseguido se estiver em harmonia com as demandas razoáveis da proteção ambiental. Claro que se o desenvolvimento for sustentável devido ao seu baixo impacto sobre o

meio ambiente, é uma questão a ser respondida no contexto de cada caso específico.

Por fim, a formulação correta do direito ao desenvolvimento é que esse direito não é absoluto, mas relativo em consideração ao meio ambiente, o que se traduz no conceito de desenvolvimento sustentável.

2.3.3.4 Poluidor-Pagador

Outro princípio importante para o Direito Internacional Ambiental é o princípio do poluidor-pagador. Como Derani (2008, p. 142) ensina: “O princípio do poluidor-pagador (Verursacherprinzip) visa à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental”.

Isso significa que mecanismos e instrumentos de responsabilidade são aplicados para que o poluidor, um sujeito econômico que cause qualquer dano ao ambiente, deva arcar com os custos advindos da mitigação, eliminação e/ou neutralização do problema causado.

Derani (2008, p. 142) explica que:

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas “externalidades negativas”. São chamadas externalidades porque, embora resultante da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão “privatização de lucros e socialização de perdas”, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização.

Nesse sentido, a implicação prática do princípio é a alocação de obrigações econômicas para atividades que lesaram o meio ambiente (SANDS, 2003, p. 280). E não se trata apenas do princípio de responsabilidade, já que também visa a desincentivar atividades que lucram em detrimento do meio ambiente (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 995).

No Direito Internacional, o princípio pode ser rastreado até às primeiras regras de responsabilidade⁹⁹ por dano de atividades danosas,

⁹⁹ “The general rule relied upon in the Trail Smelter case derives from an extension of the principle of good-neighbourliness. Although the UN Charter does

como a Convenção de Paris de 1960 e a Convenção de Viena, sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares de 1963.

Mas o primeiro instrumento internacional a se referir expressamente ao princípio do poluidor-pagador foi a recomendação de 1972 da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁰⁰ sobre os princípios dos aspectos econômicos internacionais de políticas ambientais, que abordou o princípio de alocar os custos de prevenção e controle da poluição, de modo a incentivar o uso racional dos recursos ambientais e evitar distorções no comércio e investimento internacional (SANDS, 2003, p. 281). Em seguida, no ano de 1974, a OCDE adotou uma recomendação para implementação do princípio do poluidor-pagador, no qual afirmou que era um princípio fundamental dos países-membros (SANDS, 2003, p. 281).

Também foi consagrado na lei da União Europeia, em 1973, no programa de ação do meio ambiente, e em 1992, em uma resolução dos membros (SANDS, 2003, p. 283). Mas ainda se pondera se tal princípio atingiu o status de direito consuetudinário. Sands (2003, p. 281) explica que, mesmo que seja bem reconhecido e aplicado por vários países, não se chega ao consenso sobre sua natureza, pela objeção de alguns países de o reconhecerem como regra geral do Direito Internacional.

2.3.3.5 Prevenção

O princípio da prevenção diz respeito à obrigação de se prevenir danos ao meio ambiente, de modo que se limite, controle ou impeça atividades com o risco de causar tal dano. Para Sands (2003, p. 246), tal princípio requer que uma ação seja tomada de início, antes que o risco do dano se manifeste.

Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 141) explicam que esta obrigação requer que se tomem medidas adequadas para prevenir e evitar qualquer dano. Para isso, é preciso instrumentos de monitoramento e estudos prévios de impacto ambiental. Tal princípio foi bem aceito na legislação interna dos Estados pela sua aplicação prática.

not expressly address environmental issues, Article 74 of the Charter reflects the agreement of the UN members that ‘their policy in their metropolitan areas must be based on the general principle of good neighbourliness’ and must take account of ‘the interests and well-being of the rest of the world, in social, economic and commercial matters’” (SANDS, 2003, p. 242).

¹⁰⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

Mas ganhou corpo no Direito Internacional, na reafirmação da obrigação estatal de tais medidas. São diversos tratados e decisões judiciais que refletem o princípio da prevenção (Declaração de Estocolmo, Declaração do Rio de Janeiro, Convenção de Paris), e em matéria transfronteiriça é basicamente um direito consuetudinário (não fazer atividades que possam causar dano em outro Estado).

2.3.3.6 Precaução

Precaução é um princípio inovador que no início da sua formulação era confundido com prevenção mas, diante da complexidade ambiental, se especializou. O princípio da precaução significa, conforme estipulado no artigo 15 da Declaração do Rio de Janeiro que “[...] a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

A precaução representa uma mudança no papel dos dados científicos: se na certeza de dano ambiental a atividade não deve ser realizada (precaução); na ausência da certeza dos efeitos nocivos que a atividades cause ela também deve ser evitada. É claro que isso não significa que a ciência deixa de ser relevante. Ela deve continuar avaliando a existência e possibilidade de risco. Isso exige medidas para controlar e diminuir ao máximo as interferências no meio ambiente (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 157).

Para Derani (2008, p. 148), o princípio objetiva prevenir uma suspeição de perigo. É anterior à manifestação do perigo, em que a política ambiental exige normas que regularizem uma prática sustentável para afastar, no tempo e espaço, o perigo. Desta forma “Precaução é cuidado (*in dubio pro securitate*). O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas” (DERANI, 2008, p. 150).

No Direito Internacional Ambiental, o princípio está presente na Convenção de Ozônio, de 1985; na Convenção de Montreal, de 1987; no Protocolo de Cartagena, de 2000, e em diversos outros tratados sobre poluição, mudanças climáticas, transporte de lixo radioativo e biossegurança.

2.3.3.7 Responsabilidade Comum Porém Diferenciada

O aspecto de responsabilidade diferenciada é deveras polêmico, já que sua base sustenta que a maior degradação ambiental provém do

desenvolvimento econômico de alguns poucos países que se aceleraram econômica e tecnologicamente no último século. Ao longo das últimas décadas este cenário foi se modificando, com o avanço tecnológico dos países desenvolvidos e o desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento, que gradativamente criou a tendência de igualdade de contribuição para a degradação ambiental. “A inversão da balança é liderada por Brasil, China, Índia, Malásia, México e Tailândia, que tiveram aumentos significativos das atividades industriais nas últimas três décadas, mas não dão à proteção do meio ambiente a mesma prioridade dada pelos países desenvolvidos” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 996).

O princípio da Responsabilidade Comum Porém Diferenciada desenvolveu-se da aplicação da igualdade nas leis internacionais gerais, e através do reconhecimento de que as necessidades especiais dos países em desenvolvimento devem ser levadas em consideração quanto ao desenvolvimento, aplicação e interpretação das regras internacionais ambientais, como coloca Sands (2003, p. 285).

Quando se assume o ponto de vista das diferentes contribuições para a degradação ambiental global, os Estados têm Responsabilidades Comuns Porém Diferenciadas. Os países em desenvolvimento assumem a responsabilidade que tem em frente, na busca internacional por um Desenvolvimento Sustentável frente à pressão que a sociedade coloca sobre o meio ambiente global, e das tecnologias e recursos financeiros que cada uma comanda. “Estados devem cooperar em um espírito de parceria global para conservar, proteger e restaurar a saúde e integridade dos ecossistemas terrestres” (SANDS, 2003, p. 132).

Responsabilidade comum, porém diferenciada, pode ser vista no âmbito de que explicita um equilíbrio entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos em pelo menos dois sentidos: o de que permite diferentes padrões para os países desenvolvidos e torna suas ações dependentes da assistência solidária de países desenvolvidos (SANDS, 2003, p. 133).

Partindo deste pressuposto, de que países em desenvolvimento receberiam ajuda dos países desenvolvidos, uma série de mecanismos puderam ser criados, como podemos ler:

Em termos práticos, legitimou a criação de uma série de mecanismos de ajuda financeira, transferência de tecnologia e formação de capacidade, além da condução conjunta de projetos de preservação ambiental e de desenvolvimento

sustentável em número bastante elevado de Convenções. Mais recentemente, esse princípio também fundamentou o estabelecimento de obrigações diferentes para países desenvolvidos, em desenvolvimento e em transição para economias de mercado, de acordo com suas capacidades (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 997).

Neste âmbito, entende-se que os países devem cooperar para conservar e proteger o meio ambiente, restaurando, assim, a saúde e integridade do ecossistema terrestre, entendendo que os países desenvolvidos reconhecem a sua parcela de responsabilidade na busca internacional pelo Desenvolvimento Sustentável. “Neste tópico, o último princípio que merece menção específica é o princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada, enumerado como princípio sete da Declaração do Rio” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 995).

O princípio sete da Declaração do Rio ressalta o que foi discutido na Convenção sobre a Mudança Climática de 1992, que coloca o princípio de Responsabilidade Comum Porém Diferenciada como tendo dois elementos principais, como coloca Sands (2003, p. 286, tradução nossa):

O primeiro diz respeito à responsabilidade comum dos Estados-membros para a proteção do meio ambiente, ou partes dele, aos níveis nacional, regional e global. A segunda diz respeito à necessidade de considerar as diferentes circunstâncias, particularmente em relação à contribuição de cada Estado, para a constituição de um problema ambiental em particular e sua capacidade de prevenir, reduzir e controlar a ameaça.

Considerando que uma fonte natural pode ser “propriedade de um país ou mesmo compartilhada e sujeito de interesse legal ou até mesmo propriedade de Estado nenhum”, entende-se que a Responsabilidade Comum vem para ser aplicada para definir se a fonte é ou não propriedade de algum Estado ou se está sob a jurisdição exclusiva deste (SANDS, 2003, p. 286).

Entendendo que estas formulações podem diferir e devem ser analisadas e aplicadas, e considerando o contexto nas quais as circunstâncias se apresentam e foram adotadas, estas atribuições de “comum” compartilham, deveras, consequências em comum. Mesmo que

a extensão e natureza legal desta responsabilidade diferir para cada fonte e instrumento, a responsabilidade de cada Estado em prevenir que estas sejam prejudicadas, principalmente pela adoção de padrões nacionais e internacionais ambientais sobre obrigações da mesma natureza podem também diferirem (SANDS, 2003, p. 287).

Esta responsabilidade diferenciada entre os países é amplamente aceita quando se fala em tratados ambientais acerca da proteção ambiental. Entende-se que padrões ambientais devem ser baseados na peculiaridade de cada ecossistema e em diversos fatores nos quais se incluem o desenvolvimento econômico futuro nos países em desenvolvimento e suas contribuições históricas nas causas de problemas ambientais (SANDS, 2003, p. 287). O autor ainda coloca que: “Em termos práticos, diferenciam-se as responsabilidades e resultados em diferentes obrigações legais” (SANDS, 2003, p. 289, tradução nossa).

2.3.4 Jurisprudência

Como visto, decisões dos tribunais internacionais contribuíram para a resolução e clareza de diversas questões internacionais.

O artigo 38, alínea d, aloca as decisões judiciais, ou as jurisprudências, como meio auxiliar¹⁰¹.

Decisões judiciais podem ser de tribunais internacionais, dos tribunais arbitrais internacionais, dos tribunais nacionais, bem como as decisões dos tribunais de determinadas Organizações Internacionais (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 179).

Um tribunal internacional escolhe, corrige e adapta elementos das ordens jurídicas. A jurisprudência não passa de proposições lógicas, resultantes de um raciocínio judicial baseado em fragmentos existentes de Direito Internacional e em analogias de Direito interno (BROWNLIE, 1997, p. 30).

Cabe ressaltar que os tribunais e cortes aplicam o direito e não legislam¹⁰² (BROWNLIE, 1997, p. 32). Servem como fontes auxiliares

¹⁰¹ Esta disposição espelha, da mesma forma que os princípios gerais do direito, a preocupação do Comitê de Juristas encarregado da elaboração do Estatuto, de dar à Corte a possibilidade de encontrar regras capazes de permitir uma solução para todos os casos que lhe fossem submetidos, isto é, evitar o non liquet, mesmo que somente parte da resposta seja dada para a solução de determinado caso (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 178).

uma vez que as aplicações e conclusões de um conjunto de regras decididas para um caso concreto por um órgão colegiado desempenha o papel de referência¹⁰³.

Sem dúvida, ao esclarecer um tema, a jurisprudência contribui para o desenvolvimento do Direito Internacional (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 28). Ao se identificar e aplicar a lei, um tribunal fornece evidência confiável do que a lei é. Ao fazer isso, exerce uma influência na formação da lei, dando substância às normas e princípios (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 38).

É nesse sentido que Accioly, Casella e Silva (2012, p. 180) afirmam que, para se conhecer o Direito Internacional atual, é imprescindível conhecer as bases da jurisprudência internacional e suas evoluções.

Historicamente, foi nos anos 1990 e 2000 que a função judicante assumiu papel essencial na interpretação e aplicação das regras de Direito Internacional sobre meio ambiente (SANDS, 2003, p. 13). Mas, antes, foram as decisões arbitrais do trio imortal de arbitragem - *Bering Sea Fur Seals*, *Trail Smelter* e *Lac Lanoux* - que sustentaram a jurisprudência internacional durante boa parte de sua existência (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 38).

2.3.5 Doutrina

Outra fonte auxiliar apontada pelo artigo 38 é a doutrina. A doutrina é formada por especialistas e estudiosos do meio, que articulam um conjunto coerente de ideias fundamentais sobre o tema.

Mais do que muitas áreas do direito, é no Direito Internacional que a doutrina adquire um papel chave. A doutrina auxiliou na própria

¹⁰² O que é representado pelo termo inglês “subsidiary means”. Em outras palavras, cabe à Corte aplicar a lei e não fazê-la (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 180).

¹⁰³ “Não se pode ignorar a importância de interpretação doutrinária judicosa em que o autor desenvolve normas consuetudinárias ou mesmo textos convencionais que podem carecer de clareza. Na verdade, o autor simplesmente dá ênfase a regra de Direito Internacional existente, formulando-a de maneira a atender a determinada situação. Mesmo quando, tendo em vista situações novas, decorrentes, por exemplo, de situações criadas pelos avanços da ciência e tecnologia, formula regra recorrendo à analogia, a sua atuação é perfeitamente válida.” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 186).

formação do Direito Internacional, e os grandes pensadores influenciaram a criação de normas e foram amplamente utilizadas (BROWNLIE, 1997, p. 36).

Accioly, Casella e Silva (2012, p. 185) explicam que desde a formação do Direito Internacional, juristas como Grócio, Gentili e Vattel suprimiram as lacunas existentes. Outros, como Riere e Blutschli, codificaram o Direito Internacional. E alguns, como Pessoa, influenciaram textos inteiros aprovados em tratados. Para Brownlie (1997, p. 36), Gidel exerceu influência no direito do mar, e tantos outros adquiriram reputação internacional.

Até o presente trabalho se utiliza de vários autores que iluminam todos os temas. Diante disso, não seria exagero afirmar que o direito e sua aplicação depende de seus doutrinadores. É impossível adentrar no mar de complexidade do Direito Internacional Ambiental sem seus pensadores e estudiosos.

2.3.6 Resoluções de Organizações Internacionais

Outro documento internacional que se destaca e ganhou uma expoente importância na atualidade são as resoluções de Organizações Internacionais.

Uma resolução, declaração ou ato final que contenha aprovação das partes é uma forma de acordo internacional. Os termos se confundem. Os órgãos das Organizações Internacionais geralmente têm poderes para fazer recomendações ou resoluções, mas isso não significa que têm o poder de legislar e fazer lei entre as partes¹⁰⁴. Portanto, o caráter vinculante é debatido, primeiro pela função legisladora dos órgãos; segundo, pois nem todas as partes podem estar presentes e/ou aceitarem a resolução (unanimidade não é requisito¹⁰⁵).

¹⁰⁴ Nesse sentido “Article 10 of the UN Charter gives the General Assembly power only to make recommendations - it has no prima facie legislative power” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 32). Ainda mais quando pelo Artigo 25 da Carta da ONU “UN General Assembly resolutions are ‘only recommendatory’, whereas resolutions of the Security Council are binding ‘on all states.’” (SANDS, 2003, p. 140).

¹⁰⁵ Inclusive uma prática é continuar as negociações até existir um consenso, e os Estados são compelidos para não levantarem objeções a menos que seja vital para os seus interesses. E muitos Estados mantêm sérias reservas às resoluções expressadas antes e depois da adoção formal. Portanto, é preciso cuidado na

Mas não se nega o objetivo de vincular e ter efeito jurídico sobre as partes¹⁰⁶ (seja de cunho organizacional ou de conteúdo). A importância de tais instrumentos é autorizar (mesmo que não obriguem) a agir com base nas recomendações e se tornar diretamente aplicáveis entre os Estados, e possuindo efeito legislador em potencial, mesmo que requeiram um tratado ou a prática Estatal (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 33). No mesmo sentido, Accioly, Casella e Silva (2012, p. 185) explicam que as resoluções (e os votos) influenciam posteriormente a formulação de normas e tratados, refletem o momento histórico e o contexto cultural, o que justifica seu caráter declaratório de direito.

Brownlie (1997, p. 26) explica que mesmo se não for aprovado por unanimidade, o resultado pode constituir uma prova convincente do “direito consuetudinário sobre a matéria em questão”. Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 31) apontam que tais resoluções fornecem evidência da existência de uma lei ou a *opinio juris*¹⁰⁷ necessária para a nova lei, pela aceitação estatal.

O que ocorre é que a natureza dessas resoluções não é vinculante (regra geral), mas demonstram a *opinio júris* dos Estados pela aceitação de determinadas normas gerais do direito. Mesmo quando formuladas como princípios gerais, as resoluções deste tipo estabelecem uma base para o desenvolvimento progressivo do Direito e para a rápida

classificação do status legal das resoluções diante das opiniões estatais (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 32).

¹⁰⁶ Accioly, Casella e Silva (2012, p. 471) afirmam o caráter vinculante e o efeito jurídico das resoluções na ordem interna de determinada organização: não somente as resoluções relativas ao funcionamento da organização tem força obrigatória, mas também o conteúdo de resolução relativa a problema determinado, adotado por órgão principal, impõe-se aos órgãos subordinados a este.

¹⁰⁷ “It is a matter of controversy whether the resolution itself provides the *opinio juris* which, taken together with the practice of states, constitutes customary law, or whether the opinions expressed in the debate and the support expressed by voting for or abstaining on the resolution are themselves evidence of state practice. Although many lawyers continue to maintain that resolutions per se, without supporting state practice, can never be regarded as part of customary law, others hold the opposite view. At the very least, consensus resolutions may create strong expectations of conforming conduct and by these means the votes and views of states in international organizations come to have some lawmaking significance [...]” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 32).

consolidação das regras consuetudinárias pela manifestação do costume (BROWNLIE, 1997, p. 26).

A Corte Internacional de Justiça se manifestou sobre isso no Caso Nicarágua¹⁰⁸, no qual afirmou que “*opinio júris* pode, com a devida cautela, deduzir-se, *inter alia*, pela atitude das partes e Estados em relação a certas resoluções da Assembleia Geral e, em particular, a partir de uma resolução aprovada sem voto e expressa sob a forma de uma Declaração de Princípios pela interpretação da Carta das Nações Unidas¹⁰⁹ (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 33).

Isso demonstra como as atitudes dos Estados expressas em debates na ONU ou em outros órgãos e a votação das resoluções (com suas abstenções) podem ser constituídas prova de *opinio juris* necessário para uma norma consuetudinária estabelecida em resolução ou declaração (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 33).

Ao se voltar para o tema ambiental, não existiria espaço suficiente para citar todas as resoluções e declarações que marcaram o tema. Um vislumbre demonstra como são muitas: as Conferências de Estocolmo e do Rio foram chamadas por resolução da Assembleia Geral; resoluções da IUCN, Instituto de Direito Internacional definiram conceitos ambientais e determinaram ações por resoluções; a Conferência da CITES adotou uma resolução que ampliou as espécies protegidas de forma a vincularam todas as partes¹¹⁰.

2.3.7 Atos Unilaterais de Estados

A prática de um Estado pode ser verificada de diversas maneiras. Para citar alguns exemplos, pela ratificação, negociações, votos nos órgãos internacionais e atos unilaterais (SANDS, 2003, p. 144). É o

¹⁰⁸ Ver também que “The ICJ affirmed that resolutions of the General Assembly can have ‘definitive legal effect’: Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (1992) ICJ Reports 251 (concerning UNGA Res. 2847).” (SANDS, 2003, p. 142).

¹⁰⁹ Em ingles “‘though with all due caution’, be deduced from, *inter alia*, the attitude of the parties and states towards certain General Assembly resolutions and, in particular, from a resolution adopted without a vote and expressed in the form of a Declaration of Principles interpreting the UN Charter.” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 33).

¹¹⁰ Ver Sands (2003, p. 141), Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 29) e Accioly, Casella e Silva (2012, p.185-89).

último exemplo que ganhou destaque na prática internacional como fonte do Direito Internacional.

Atos unilaterais são frequentes na vida internacional, cujos conteúdos e objetivos variam (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 198). O que existe de comum entre eles é a declaração da vontade e opinião de um Estado: o que manifesta, cria para ele obrigações e responsabilidades, assim como direito de outras partes. Muitos atos unilaterais, como a declaração de asilo político, produzem efeitos jurídicos perante outros membros da comunidade internacional.

O caso dos testes nucleares franceses da Corte Internacional de Justiça é referência no assunto. Não trata somente da classificação de um ato unilateral estatal, mas também aborda matéria ambiental.

A decisão da corte, em 1974 (ICJ, 1974, tradução nossa), utilizando como base o princípio da boa-fé, reconheceu o efeito legal da declaração francesa que iria encerrar os testes nucleares: “É claramente reconhecido que as declarações feitas por meio de atos unilaterais, relativas a situações de fato ou legais, podem ter o efeito de criar obrigações legais. Nada na natureza de um *quid pro quo*, nem qualquer aceitação posterior, nem mesmo qualquer reação de outros Estados é necessária para que tal declaração tenha efeito. Nem é preciso uma forma decisiva. A intenção de estar vinculado é a interpretação mais apurada do ato. O carácter vinculativo dos possíveis resultados nos termos do ato se baseia em Estados interessados e de boa fé, que têm o direito de exigir que a obrigação seja respeitada”¹¹¹.

Assim, a CIJ afirmou que os atos unilaterais fornecidos publicamente criam obrigações legais que vinculam as partes, mesmo quando não foi fruto de uma negociação internacional (SANDS, 2003, p. 151).

¹¹¹ Na língua original “It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Nothing in the nature of a *quid pro quo*, nor any subsequent acceptance, nor even any reaction from other States is required for such declaration to take effect. Neither is the question of form decisive. The intention of being bound is to be ascertained by an interpretation of the act. The binding character of the undertaking results from the terms of the act and is based on good faith interested States are entitled to require that the obligation be respected.” (ICJ, 1974).

2.3.8 Soft Law

Como visto, é difícil em curto prazo criar obrigações advindas do costume internacional. E os tratados, muito úteis, frequentemente demoram a entrar em vigor ou só contam com um número limitado de partes. Nesse sentido, pela dinâmica e urgência dos problemas ambientais, foi necessária a criação de uma ferramenta facilitadora. Eis os códigos de conduta, recomendações, orientações e declaração de princípios, chamados de *soft law* (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 34).

É tema relativamente recente do Direito Internacional, a chamada controversa “*soft law*”. O termo em português pode ser traduzido como “lei macia”, flexível, não vinculante. Pela familiarização do termo em inglês, na comunidade internacional, se impediu uma tradução homogênea no português.

Soft law representa aquelas normas internacionais que são vistas como não obrigatórias, por isso não vinculantes, ou voluntárias, ou seja, destituídas de caráter obrigatório (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 470). Para Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 34), os instrumentos citados carecem de obrigatoriedade, mas não de autoridade e significância normativa. Nesse sentido, o Direito Internacional reconhece que tais instrumentos são, no mínimo, um compromisso de boa-fé e evidência de *opinio júris*.

O termo nasceu para se opor à chamada “*hard law*”, instrumentos jurídicos vinculantes às partes. Uma declaração de princípios, por exemplo, que não exige nenhuma ação concreta ou proíbe algo é considerada uma *soft law*.

Mas, ainda assim, tais instrumentos são veículos para consenso de normas, princípios e mobilização estatal. E a sua adoção tem efeito de legitimar práticas e políticas que podem levar para o surgimento de um novo costume e negociação de tratados (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 34).

Nesse sentido, diversos instrumentos *soft law* foram utilizados para a realização de tratados, ou incorporados em tratados, o que demonstra que de forma alguma são inúteis. Mais do que isso, para o Direito Internacional tais instrumentos não vinculantes adotados no âmbito de um tratado devem ser utilizados como fonte na interpretação e aplicação dos tratados (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 36).

Como explica Oliveira (2011, p. 25) e Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 36), o Direito Internacional Ambiental é sobremaneira influenciado por guias, recomendações e declarações, no qual a *soft norm* aparece como um meio de viabilizar o convencimento dos Estados em

matérias controvertidas. Talvez resida aí sua vantagem, ao permitir aos Estados assumirem compromissos que de forma vinculante não fariam para não limitar a liberdade de ação ou já se comprometer com assuntos que merecem formulação mais precisa. É uma abordagem suave para uma vinculação posterior, seja por tratado ou *opinio júris*, do estabelecimento de uma nova ordem legal internacional em harmonia com o meio ambiente.

2.3.9 Jus Cogens

O artigo 38 da Corte se refere às normas tradicionais do Direito Internacional moderno, mas à prática internacional que consolidou outra fonte: as normas *jus cogens*. É claro para os doutrinadores do Direito Internacional que não existe hierarquia entre as fontes aqui explicadas, mas existem algumas normas, poucas e relevantes, que assumem o caráter de imperativas pelo seu conteúdo.

Uma norma imperativa do Direito Internacional é aquela “[...] norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional geral da mesma natureza (art. 53)” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p.469). Essa é a definição consagrada na Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 1969, proposta pela Comissão de Direito Internacional.

Sendo norma obrigatória, para Brownlie (1997, p. 537) a principal característica de tais regras é a sua não derogabilidade. Ele explica que tais normas são do direito consuetudinário, em que nenhum sujeito do Direito Internacional pode afastar por sua própria vontade, e em caso de conflito com uma norma *jus cogens*, a outra será nula e sem efeito, além de que só pode ser modificada por uma norma posterior de igual natureza.

Brownlie (1997, p. 538) explica que aquele que invocar uma regra de *jus cogens* suporta o ônus da prova para sua consideração. É nesse sentido que Koskenniemi (2006, p. 190) ressalta que qualquer tentativa de determinar o conteúdo de *jus cogens* por definições abstratas traz problemas, e o melhor caminho é deixar o seu conteúdo, quais sejam, ser confirmado pela prática estatal e jurisprudência dos tribunais.

Todavia, os doutrinadores já apontam para algumas normas de *jus cogens*. Koskenniemi arrola (2006, p. 189): a proibição do uso agressivo da força; o direito de autodefesa; a proibição de genocídio; a proibição de tortura; crimes contra a humanidade; proibição de escravidão; proibição

de pirataria; proibição de discriminação racial e apartheid; e proibição das hostilidades à população civil como regras básicas de direito humanitário.

Já para Brownlie elas são: proibição de agressão e genocídio, e qualquer regra que respeite os direitos fundamentais da pessoa humana, como proibição à escravatura e discriminação racial, assim como o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais (1997, p. 537).

Tais normas refletem aquilo que é mais fundamental, e que não pode ser opção de escolha da comunidade internacional.

2.3.10 Obrigações *Erga Omnes*

Antes de se encerrar o conteúdo de fontes do Direito Internacional Ambiental, cabe a explicação de obrigações *erga omnes*. Isto porque, independente das fontes que as formulem, obrigações *erga omnes* são aquelas admitidas para toda a comunidade internacional.

Conceituadas como “obrigações que se impõem a todos os sujeitos de Direito Internacional, com o fim de preservar os valores fundamentais da comunidade internacional” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 76), dizem respeito a todas as normas *jus cogens*, mas nem toda norma precisa ser considerada *jus cogens* para gerar obrigações *erga omnes*¹¹².

Por exemplo, as normas de autodeterminação e proteção ambiental são controvertidas quanto à sua natureza de *jus cogens*, mas são amplamente consideradas como capazes de gerar obrigações que refletem valores fundamentais da comunidade internacional (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 76).

O que as obrigações *erga omnes* fazem é designar o âmbito de aplicação da legislação pertinente, e as consequências processuais que se seguem a partir deste. São de direito de todos, independente do interesse particular ou dano imediato, em que é possível invocar responsabilidade em caso de violação. Isso não significa que existe superioridade desta

¹¹² Em complemento “It is likely that all States have a legal interest in the observance of rules from which no derogation is permitted. In this sense, it is plausible to assume that all *jus cogens* norms constitute *Erga omnes* obligations. But the equation does not work the other way around. From the fact that all States have an interest in the fulfilment of an obligation it does not necessarily follow that those norms are peremptory – that is to say, they do not necessarily render conflicting obligations null and void” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 204).

obrigação, mas que ela assume procedimentos diferenciados pelo seu conteúdo (KOSKENNIEMI, 2006, p. 193).

O Direito Internacional contemporâneo se moveu para além do bilateralíssimo. Hoje, os tratados e costumes geram uma rede de relações recíprocas, obrigações interdependentes, que não devem ser resumidas pela relação somente entre dois Estados. Um exemplo são os direitos humanos¹¹³ (KOSKENNIEMI, 2006, p. 195).

A resolução de 2005 sobre obrigações e direitos *erga omnes*, no Direito Internacional, definiu que tais obrigações são:

- (a) uma obrigação de Direito Internacional geral que um Estado está obrigado, em qualquer caso, à comunidade internacional, devido aos seus valores comuns e sua preocupação para o cumprimento, de modo que uma violação desta obrigação permite que todos os Estados a tomar medidas; ou
- (b) uma obrigação segundo um tratado multilateral que um Estado-parte no tratado está obrigado, em qualquer caso, a todos os outros Estados-partes no mesmo tratado, em virtude de seus valores comuns e preocupação para o cumprimento, de modo que uma violação desta obrigação permite que todos estes Estados-membros a tomar medidas (KOSKENNIEMI, 2006, p. 203, tradução nossa).

Então, obrigações *erga omnes* são obrigações em que o cumprimento é interesse legal de todo e cada Estado. São regras integrais de natureza interdependente dos tratados, considerações elementares para a humanidade, cuja violação compromete o objeto e propósito do tratado (KOSKENNIEMI, 2006, p. 205). É por isso que as obrigações *erga omnes* assumem uma posição de referência no tema meio ambiente, quando os problemas ambientais globais estão em pauta (poluição, mudanças climáticas, extinção da biodiversidade). São preocupações

¹¹³ Nesse sentido “Most (though not all) *Erga omnes* obligations have emerged in the field of human rights and humanitarian law. In these fields, the law does not create reciprocal obligations between States in the bilateralist manner. An obligation to respect the right to freedom of speech in a State’s territory, for example, is not directed towards any particular States or the citizens of particular States. Rather, under such a norm a State assumes a responsibility in relation to all persons under its jurisdiction.” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 198).

comuns da humanidade, que encaminham direitos ambientais para a comunidade internacional como um todo (SCHRIJVER, 2008, p. 264).

2.4 FRAGMENTAÇÃO E CONFLITO NORTE X SUL

Accioly, Cassela e Silva (2012, p. 125) anunciam: “Entre universalidade e fragmentação, inscreve-se a perspectiva do Direito Internacional para o século XXI: o anseio pauta-se pela primeira; a realidade impõe seu peso em relação à segunda”.

O grande desafio do Direito Internacional no século XX foi a extraordinária ampliação do seu âmbito de atuação (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 127).

Como especialista no assunto, Koskenniemi (2006, p. 244) explica que a globalização é responsável pela manifestação de cooperação técnica especializada global. O que significa que os especialistas de comércio, medicina, energia, segurança, meio ambiente e outras áreas da sociedade adquiriam os meios de comunicação necessários à sua cooperação, de modo a transgredir as fronteiras nacionais. Mas a regulamentação nacional parece insuficiente para a rede transnacional que se cria, enquanto o Direito Internacional tradicional não engloba seus objetivos e necessidades especializadas.

É assim que as redes desenvolveram suas regras e sistemas próprios. Isso é uma reação natural, muitas vezes informal, da adoção de formas de comportamento e soluções padronizadas de especialistas, que servem como modelo para aquela área. Koskenniemi (2006, p. 244) ensina que a coordenação dos especialistas é muitas vezes harmonizada nas leis e regulações nacionais ou regionais. Mas, frequentemente, esses sistemas surgem pela cooperação intergovernamental e com a assistência de Organizações Internacionais. O maior resultado é a emergência de regimes no Direito Internacional correspondentes às necessidades e interesses de cada área de forma isolada, que têm sua base em tratados multilaterais e dentro de Organizações Internacionais (KOSKENNIEMI, 2006, p. 244).

Em concordância, Sands (2003, p. 124) acrescenta que as causas da fragmentação são complexas e incluem a falta de vontade política por parte dos Estados de estabelecer acordos mais eficazes e eficientes com áreas emergentes, bem como um grau de resistência burocrática dentro de algumas secretarias do tratado, assim como a expansão da agenda pós-guerra, deseuropeização do Direito Internacional e o Norte e Sul criando tensões no Direito Internacional. Claro que existem outros detalhes

sociológicos e políticos para o surgimento desses sistemas de regras especiais, mas que não são objeto do presente trabalho.

Eis que a fragmentação do Direito Internacional é a fragmentação do mundo social¹¹⁴ internacional, que alcançou relevância jurídica, já que foi acompanhada pelo surgimento de regras e complexos de regras autônomas e especializadas, assim como instituições legais e esferas de práticas jurídicas. O que antes era governado pelo Direito Internacional geral, se tornou campo de operação de sistemas especializados, direito comercial, direitos humanos, direito do mar, direito da união europeia etc (KOSKENNIEMI, 2006, p. 11).

Para Koskenniemi, as regras especializadas e os complexos de regras são necessários, parecidos com os diferentes Estados soberanos. É certo dizer que o mundo é pluralista. Cada regime, cada sistema, cada grupo de especialistas possui suas prioridades e preferências, seu viés estrutural. Cada sistema é desenvolvido para priorizar determinadas coisas, assim como o foram a diversidade de sistemas nacionais presentes no DI (KOSKENNIEMI, 2006, p. 247).

Por isso, a fragmentação do Direito Internacional possui dois aspectos: um institucional e um substantivo (KOSKENNIEMI, 2006, p. 247).

O aspecto institucional diz respeito às várias instituições aplicando normas jurídicas internacionais, e às relações hierárquicas entre si, Organizações Internacionais, ONGs, Cortes e tribunais, todos os atores e sujeitos internacionais. Mas a competência institucional depende das considerações de seus próprios órgãos e é muito relativa ao caso concreto.

Já o aspecto substantivo que por hora merece maior atenção, trata-se desse corpo normativo especializado, a divisão do direito e da lei em diversas caixas especializadas, que reivindicam autonomia e primazia no cenário internacional.

Este aspecto substantivo ou material são os diversos regimes. Tais regimes são trabalhados como se fossem regimes autônomos e autocontidos¹¹⁵. Para Koskenniemi, o termo auto-contido é utilizado de

¹¹⁴ Nesse sentido “Fischer-Lescano and Teubner describe the proliferation of international legal regimes as the epi-phenomenon of the multidimensional fragmentation of world society – a global space which has differentiated itself into myriad autonomous systems. Legal fragmentation is merely an ephemeral reflection of a more fundamental, multi-dimensional fragmentation of global society itself.” (PULKOWSKI; SIMMA, 2006, p. 503).

¹¹⁵ Em inglês “self-contained regime”.

forma limitante para representar um conjunto especial de regras secundárias ao abrigo da responsabilidade do Estado, que reivindica primazia sobre as regras gerais no caso de uma violação. Ou de forma ampla, para se referir ao conjunto de regras que tratam sobre algum problema particular, de forma diferente da maneira que seriam tratados no Direito Internacional geral. Nesse sentido mais amplo, o regime se funde com o viés contratual do Direito Internacional, no qual se a matéria é regulada por tratado não há motivo para recorrer a outras fontes (KOSKENNIEMI, 2006, p. 68).

É comum “[...] campos inteiros de especialização funcional, especialização acadêmica e diplomática serem descritos como autocontidos no sentido que as regras especiais e técnicas de interpretação e administração são pensadas nas suas próprias aplicações”¹¹⁶ (KOSKENNIEMI, 2006, p. 68, tradução nossa).

Direitos humanos e direito europeu, entre outros exemplos, são identificados como regimes próprios, no sentido de que as regras do Direito Internacional geral são assumidas, modificadas ou mesmo excluídas na sua administração, com o pressuposto que aqueles tais princípios e normas se diferem da lei internacional (KOSKENNIEMI, 2006, p. 68).

Em resumo, um regime autocontido como autônomo pressupõe: um conjunto de normas secundárias que determinem as consequências das regras primárias, procedimentos e determinações; e um conjunto de normas para criação, interpretação, aplicação e administração do direito (KOSKENNIEMI, 2006, p. 81).

É nesse sentido que Koskenniemi (2006, p.70) nega a ideia de um regime “autocontido” ou autônomo. Ele ressalta a inadequação do termo “autocontido” ou autônomo pelo sua tendência enganosa. Afinal, todos os regimes são sistemas inter-relacionados de regras primárias e secundárias, bem como procedimentos para a realização das responsabilidades da comunidade internacional, que derivam e se dirigem ao Direito Internacional.

O que tais regimes fazem é prover um guia interpretativo e uma direção, que de alguma forma se diferenciam das regras gerais de direito. Eles reforçam a normatividade de um assunto em particular, para fornecer

¹¹⁶ Em inglês “Sometimes whole fields of functional specialization, of diplomatic and academic expertise, are described as self-contained (whether or not that word is used) in the sense that special rules and techniques of interpretation and administration are thought to apply.” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 68).

uma proteção eficaz de determinados interesses que não foram objeto do Direito Internacional tradicional. Na verdade, tais regimes são ramos, tópicos, subsistemas do Direito Internacional geral. Eles identificam e articulam interesses voltados para áreas diversas a serem aplicados em instituições (KOSKENNIEMI, 2006, p. 73).

Como explica Koskenniemi (2006, p. 76), até mesmo o teórico Riphagen, que usou o termo autocontido e discorreu sobre as possibilidades de um conjunto de regras de conduta e procedimento de um circuito legal fechado, nunca quis dizer que tal regime seria isolado. Ele ressaltava que a existência de um sub-regime não exclui permanentemente a aplicação das regras gerais do direito costumeiro internacional, e qualquer regime tem seus limites e pode falhar, caindo então na regra geral ou em outro subsistema.

Nenhum regime especial está totalmente isolado do Direito Internacional geral. Mesmo que o grau em que um regime tem que ser complementado pela lei geral varie, a lei geral jamais é excluída. Até a criação de tais regimes só é possível pelas normas de Direito Internacional geral¹¹⁷, e são limitados pelas normas de jus cogens e outras normas gerais internacionais (KOSKENNIEMI, 2006, p. 82-83).

Muitos tratados que criaram regimes jamais foram planejados para excluir o Direito Internacional geral. Pelo contrário, fazem uso constante das normas gerais na administração de tais regimes. E mais: interagem com outros regimes, não existem fronteiras, afinal nenhum assunto de interesse humano é completamente autônomo. Nesse sentido, todo regime precisa ser equilibrado e considerado com outros de acordo com o problema a ser resolvido, pois nenhuma exclusão está implícita (KOSKENNIEMI, 2006, p. 91).

Mesmo no caso de regimes bem desenvolvidos, o Direito Internacional geral jamais é afastado. Todo regime especial se conecta com o Direito Internacional de três formas: Primeiro, as condições de validade de um regime especial, incluindo sua criação são determinadas por princípios de Direito Internacional geral; segundo, um regime especial não fornece todas as condições para o seu funcionamento. A lei geral prevê recursos nesse sentido, pela natureza sistêmica do Direito Internacional, ele auxilia um regime especial de três maneiras:

¹¹⁷ “Pauwelyn summarizes the position succinctly: [I]n their treaty relations states can “contract out” of one, more or, in theory, all rules of international law (other than those of jus cogens), but they cannot contract out of the system of international Law”. (KOSKENNIEMI, 2006, p. 93)

- (a) O Direito Internacional geral (ou seja, costume geral e os princípios gerais de direito) preenche lacunas no regime especial e fornece orientação interpretativa para o seu funcionamento;
- (b) A maioria dos VCLT (incluindo, acima de tudo, artigo 31 e 32) é válido como direito consuetudinário e aplicável no sentido referido no (a);
- (c) O Direito Internacional geral contém princípios de hierarquia que controlam o funcionamento do regime especial, sobretudo na determinação das normas imperativas do Direito Internacional, mas também no fornecimento de recursos para a determinação em caso de conflito que regime deve ser dada prioridade ou, pelo menos, quais as consequências que decorrem da violação dos requisitos de um regime ao adiar para outro (geralmente responsabilidade do Estado)¹¹⁸ (KOSKENNIEMI, 2006, p. 101, tradução nossa).

E terceiro, o Direito Internacional geral prevê as consequências da "falha" do regime especial. Quando um regime especial "falha", isso não pode ser sempre determinado de dentro desse regime. A incapacidade de se resolver uma situação, quando uma solução de controvérsias falha, se volta para o Direito Internacional geral (KOSKENNIEMI, 2006, p. 101). Ou seja, para ser um regime especial, isso só é possível pelo Direito Internacional clássico.

É claro que a quantidade de sistemas normativos cria o perigo de existir leis, princípios e práticas institucionais em conflito ou

¹¹⁸ Em inglês:“(a) General international law (that is, general custom and general principles of law) fulfils gaps in the special regime and provides interpretative direction for its operation;

(b) Most of the VCLT (including, above all, article 31 and 32) is valid as customary law and applicable in the sense referred to in (a);

(c) General international law contains principles of hierarchy that control the operation of the special regime above all in determining the peremptory norms of international law but also in providing resources for determining in case of conflict what regime should be given priority or, at least, what consequences follow from the breach of the requirements of one regime by deferring to another (usually State responsibility)” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 101).

incompatíveis entre si. Mas isso só reflete a rápida expansão da prática legal internacional para diversas áreas e objetos de consideração, da mesma forma que ocorre no direito interno.

Na verdade, a maior preocupação quanto à fragmentação é a viabilidade do tradicional Direito Internacional, técnicas de argumentação e interpretação jurídica, na realidade internacional diante desses diversos regimes (KOSKENNIEMI, 2006, p. 247).

Mas como visto, nenhum regime é autônomo e isolado. A fragmentação substancial do Direito Internacional não representa nenhum risco sério para a prática legal. É normal do raciocínio jurídico conectar normas e sistemas de normas, assim como separá-los e estabelecer relações de prioridade e hierarquia. O surgimento de novos ramos do direito, que tomam forma por novos tipos de tratados ou conjunto de tratados, é uma simples característica da complexidade da sociedade em um mundo globalizado (KOSKENNIEMI, 2006, p. 114).

Se a estrutura do Direito Internacional é necessária para a coordenação e cooperação entre Estados soberanos, assim também é necessária a mesma estrutura para coordenar a cooperação dos sistemas de regras autônomos e instituições¹¹⁹.

Para James Crawford (PULKOWSKI; SIMMA, 2006, p. 504), o Direito Internacional fornece a estrutura formal baseada na soberania, negociação e consenso, que pode ser utilizada para qualquer tema e de muitas formas.

No mesmo sentido, ensina Accioly, Casella e Silva (2012, p. 192) que o direito é fruto da vida social e das reflexões para ordenar os dados em um conjunto coerente e lógico, de forma que o Direito Internacional precisa de uma análise sistemática mais delicada que os direitos nacionais. Trata-se de um problema de coerência no Direito Internacional, e uma das principais conclusões do estudo de Koskenniemi (2006, p. 248) é que o surgimento de regimes especiais (nunca autônomos, auto-contidos ou independentes) não compromete a segurança jurídica e nem a previsibilidade e igualdade dos objetos legais.

¹¹⁹ Mais especificamente “The maxim validly gives effect to na informal hierarchy inherent in the organization of international law. Special regimes of international law can be conceptually related to general international law, including the regime of state responsibility, by invocation of the *maxim lex specialis derogat legi generali*: the rules on state responsibility, as codified by the ILC, are part of ‘general’ international law; they can be derogated from by all other secondary norms, which are by definition ‘special’” (PULKOWSKI; SIMMA, 2006, p. 500).

Pulkowski e Simma (2006, p. 484) explicam que mesmo com a diversificação de regimes jurídicos e da multiplicação de atores no processo jurídico internacional, outros temas centrais do Direito Internacional geral se mantiveram estáveis, como normas de proteção diplomática e responsabilidade estatal. De um corpo pequeno, mas organizado para uma teia normativa espalhada, essa evolução só foi possível pela estabilidade do Direito Internacional como um todo. “Unidade e multiplicidade, estabilidade e mudança são condições mútuas para ambos”¹²⁰.

Se por um lado os regimes especiais evoluíram como uma resposta diante das insuficiências da falta de flexibilidade do sistema geral, por outro lado, os mesmos regimes que se “emanciparam” permanecem dependentes do Direito Internacional. Em outras palavras, a fragmentação da ordem jurídica internacional exige uma afirmação simultânea do seu eixo central (PULKOWSKI; SIMMA, 2006, p. 529).

Por isso, esse desenrolar histórico explicado pode ser traduzido como “A passagem de um mundo fragmentado para Estados soberanos, para então um mundo fragmentado em “regimes” especializados [...]” em que esta última mudança “[...] pode, de fato, não requerer uma transformação fundamental do Direito Internacional público – embora deva chamar para usos criativos de suas técnicas tradicionais”¹²¹ (KOSKENNIEMI, 2006, p. 246, tradução nossa).

Devidamente explicado o fenômeno da fragmentação, cabe a observação que o Direito Internacional Ambiental surge exatamente neste contexto de expansão da agenda internacional por corpos especializados. E se a fragmentação é a conjuntura, o conflito Norte e Sul é uma mola propulsora, como se verá a seguir.

2.4.1 Conflito Norte e Sul

A relevância do conflito Norte e Sul pede uma breve explicação do assunto, mas não será tão explorado devido à complexidade do tema e à impossibilidade do mesmo ser aprofundado no presente trabalho.

¹²⁰ Em inglês “Unity and multiplicity, stability and change mutually condition each other.” (PULKOWSKI; SIMMA, 2006, p. 529).

¹²¹ Na língua original “The move from a world fragmented into sovereign States to a world fragmented into specialized “regimes” may in fact not at all require a fundamental transformation of public international law - though it may call for imaginative uses of its traditional techniques.” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 246).

O conflito Norte X Sul é a tensão que surgiu entre os interesses e necessidades dos países do sul do mundo, e os interesses e necessidades dos países do hemisfério norte.

Sem dúvida, foi um dos motivos que mais trouxe modificações ao Direito Internacional tradicional, principalmente pela sua deseuropeinização. Se todos os Estados são igualmente soberanos e independentes, a eclosão de independência estatal nos países do sul do mundo requereu para si os mesmos direitos.

Enquanto os doutrinadores dos países ricos do norte receram o caos e rotularam o momento histórico como crise do Direito Internacional, os doutrinadores dos países de terceiro mundo, concentrados no sul, afirmavam que o caos era o Direito Internacional clássico, que permitia dominação e exploração (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 195).

Os países de terceiro mundo reivindicaram suas independências, sua soberania e seu direito de participar das decisões globais.

É por isso que tais países, que se utilizaram do Direito Internacional para sua afirmação, ganharam assento e poder de voto nas assembleias gerais, e seus juízes foram sorteados para cortes internacionais. Seus diplomatas se inseriram das diversas comissões e órgãos do Direito Internacional, principalmente dentro da ONU.

Para Koskenniemi (2006, p. 105), embora os Estados do sul sejam identificados em termos geográficos, o termo não se refere a uma propriedade geográfica especial como o clima ou solo, mas que tal grupo partilha de uma homogeneidade na convergência de interesses, valores e objetivos políticos¹²².

Um das questões mais interessantes da inserção dos países do sul nas comissões internacionais é a sua ampla utilização de normas *soft law*. Se existe conflito, uma resolução ou declaração com valor político e moral não tem força de lei. Como visto anteriormente, elas dão

¹²² Para exemplificar “In the sociological (“objectivist”) theory of international law presented by Georges Scelle, for example, regionalism appears as an incident of what he called the “federal phenomenon”, a process leading from the individual State to larger normative units gradually and in successive stages as a result of expanding circles of “solidarity”. This may happen, he wrote, as a result of natural affinities between neighbouring States (common history, language, religion etc.) but also through the need for division of labour (as in regional economic integration) or in view of a common threat.” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 105).

legitimidade às reivindicações e depois são usadas para tratados ou criação de costumes (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 196). Nesse contexto, não é exagero dizer que a *soft law* foi um instrumento criado pelos países emergentes do sul.

É sem dúvida fruto dos países do sul também a reivindicação por direitos humanos, por soberania permanente sobre seus recursos naturais, assim como a promoção de um desenvolvimento sustentável. Em questões ambientais, foram claros os posicionamentos do sul de que os países do norte foram os culpados pelo estado de poluição e degradação ambiental. Em que os países do sul têm direito ao seu desenvolvimento e redução da pobreza, em conjunto com medidas de proteção ambiental e transferência de tecnologias (OLIVEIRA, 2011, p. 45).

Mas de qualquer forma, este regionalismo com sul ou norte não significa também um sistema jurídico isolado. O papel de conjuntos normativos complexos regionais desfruta da mesma natureza histórica dos regimes de conteúdo internacionais, o que significa sua inserção sistema como ramo do Direito Internacional geral (KOSKENNIEMI, 2006, p. 114).

2.4.2 Regime Internacional Ambiental

Diante do exposto, o ramo Direito Internacional Ambiental, devidamente explicado no tópico 2.1, é o regime especial internacional para regulação internacional ambiental, que surgiu no contexto da fragmentação, e cuja mola propulsora foi em grande parte o conflito Norte X Sul.

Um novo ramo não surge acidentalmente, mas sim em resposta a novos requerimentos técnicos e funcionais. O surgimento do direito ambiental é derivado da crescente preocupação sobre a situação do meio ambiente (KOSKENNIEMI, 2006, p. 14). Se existia a falta de vontade política estatal e de alguns tratados e órgãos internacionais em tratar questões ambientais, os especialistas e interessados na área se articularam até a consideração formal da matéria.

Os instrumentos de *soft law* marcaram o caminho, e os tratados de matéria ambiental pavimentaram a estrada. Os tratados de matéria ambiental, ao se dirigirem para os problemas ambientais, estabeleceram obrigações gerais, e criaram mecanismos institucionais e de procedimentos para contínua resolução dos problemas, como os tratados “guarda-chuva” (SANDS, 2003, p. 128). E são esses que hoje embasam o regime internacional ambiental.

O conteúdo ambiental nesses instrumentos também é variado, e são diversas as preocupações que dizem respeito ao meio ambiente: poluição, biodiversidade, mudanças climáticas, entre outros. Todos os assuntos que tratam de preocupações ambientais são considerados parte do mesmo regime internacional.

Além da pluralidade de conteúdo ambiental, existe uma pluralidade de órgãos ambientais.

A maioria dos tratados ambientais é do tipo “guarda-chuva”, e designa um órgão para seu funcionamento, uma secretaria própria ou agências dentro de outra instituição. Independente da forma institucional adotada, existem três elementos para esses tipos de tratados: as partes devem se reunir regularmente – então conferências ou reuniões das partes (COP) são convocadas regularmente para um desenvolvimento contínuo da material; é responsabilidade das partes manter o tratado em revisão de seu objeto e tomar as medidas necessárias para o cumprimento de seu propósito; e para facilitar o cumprimento são estabelecidas instituições reguladoras e fiscalizadoras (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 85).

Os tratados sobre matéria ambiental são muitos. O regime formado pela preocupação ambiental perpassa grande parte das esferas internacionais, e as agências designadas para concretização e fiscalização das normativas ambientais são variadas também.

É na tentativa de se resolver os conflitos gerados pelos regimes especializados e pelos conflitos de blocos sobre a matéria ambiental que se insere a governança. A governança global, para Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 43, tradução nossa) é definida como “[...] um processo contínuo, por meio do qual interesses diversos ou conflituosos podem ser acomodados, e uma ação cooperativa pode ser tomada. Inclui instituições e regimes com poderes para cumprimento e formação de acordos internacionais. Não existe nenhum modelo ou forma de governança, nenhuma estrutura ou corpo de estruturas. É um amplo, dinâmico e complexo processo de tomadas de decisão”¹²³.

¹²³ Em inglês “Global governance has been defined as ‘a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and cooperative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements. There is no single model or form of global governance, nor is there a single structure or set of structures. It is a broad, dynamic, complex, process of interactive decision-making’” (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 43).

Sob o prisma da fragmentação institucional, diversas agências especializadas foram formadas na ONU, no conselho europeu e na organização dos Estados americanos. Câmeras de assuntos ambientais foram instauradas na Corte internacional de justiça e na OMC, e ONGs ambientais se espalharam pelo globo. Todos esses órgãos são parte do processo de governança ambiental internacional, juntamente com os órgãos criados por tratados. Os órgãos instituídos por tratados, geralmente secretarias, trabalham na implementação dos regimes regulamentares juntamente com todos os órgãos citados anteriormente.

Esta fragmentação institucional do regime ambiental (fragmentação substancial) sempre deixa em evidência a dificuldade de coordenação ambiental diante de tantos órgãos (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 45).

Para Oliveira (2011, p. 63), “A ausência de um governo central que confira à sociedade internacional e ao seu ordenamento jurídico aquela uniformidade das sociedades nacionais abre espaço para os Estados se vincularem a vários regimes internacionais – fundados ou não sobre tratados – que podem tangenciar-se e mesmo entrarem em conflito”.

Como os conflitos transcendem de meramente jurídico para político, parece que as soluções clássicas do Direito Internacional não oferecem respostas satisfatórias (OLIVEIRA, 2011, p. 63). Realmente, não é o uso clássico das ferramentas de Direito Internacional que solucionam o problema, mas elas são a base. É por isso que a governança surge para se construir uma noção cosmopolita da sociedade internacional, que se complementa aos Estados, em disparada evolução além de suas origens rudimentares, e tem, pelo menos em certa medida, sido sensível às necessidades da comunidade internacional contemporânea (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 48).

O desafio central dos juristas é a atribuição de autoridade em um Direito Internacional composto de unidade hierárquica e múltiplas estruturas de rede em diversas áreas temáticas (PULKOWSKI; SIMMA, 2006, p. 484). Afinal, o Direito Internacional é um sistema, pela sua habilidade de unificar os diversos regimes (antes nacionais, agora temáticos), e é ao mesmo tempo homogêneo e heterogêneo, unificado e multipolar¹²⁴ (PULKOWSKI; SIMMA, 2006, p. 529).

¹²⁴ Afinal “Legal practice involves operationalizing the dialectics inherent in the multiple unity of international law. Jurists need to acknowledge the particular logic of a variety of special regimes. The sophisticated institutional arrangements of such regimes will often render the expertise of the general international law

Koskenniemi (2006, p. 114) afirma que “Se os juristas sentem-se incapazes de lidar com essa complexidade, não é um reflexo dos problemas em sua ‘caixa de ferramentas’, mas em sua imaginação sobre como usá-las.”¹²⁵. Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 84) concordam com Koskenniemi no sentido que os regimes internacionais oferecem uma nova base para a integração de Direito Internacional e relações internacionais, principalmente em matéria ambiental (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 84).

Todos os temas são compostos por regras e princípios próprios com maior ou menor generalidade, em que a resolução de determinado caso será indicada para direções diferentes. E é parte do trabalho jurídico indicar como proceder nesses casos, estabelecer relações, buscar a integração e cooperação, ou se uma regra ou princípio deve ter prioridade. É por isso que foi criado o princípio da integração sistêmica a partir da governança por Koskenniemi, como será visto melhor do capítulo 5.

2.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Ao deixar de ser tópico marginal na agenda internacional, evoluir para um ramo do direito e se inserir no eixo central das preocupações internacionais, a proteção ambiental ganha força e torna dinâmico o Direito Internacional.

O Direito Internacional provê a base para o desenvolvimento necessário, a fim de atender às perspectivas ambientais. É a partir dos sujeitos e mecanismos tradicionais do Direito Internacional, acrescidos de outros pelo desenvolvimento histórico do direito contemporâneo, que se tem o arcabouço institucional e normativo de matéria ambiental, imprescindível para responder aos desafios da proteção ambiental.

practitioner largely futile. At the same time, however, general international law provides a systemic fabric from which no special legal regime is completely decoupled. And, by framing a prescription in legal terms, states have opted to subordinate a particular issue to the logic of international law as a whole. Framing policy choices in terms of international treaties inevitably involves a shift from the ‘ethos of the diplomat’ to the ‘rule of the lawyer’ ” (PULKOWSKI; SIMMA, 2006, p. 529).

¹²⁵ Em inglês “If lawyers feel unable to deal with this complexity, this is not a reflection of problems in their “tool-box” but in their imagination about how to use it.” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 114).

Proteção ambiental, ao lado de direitos humanos, preocupações comuns da humanidade¹²⁶, obrigações *erga omnes* incorreram para a reconfiguração e interdependência dos tópicos internacionais.

Sem dúvida, a gama de atores, envolvendo desenvolvimento e aplicação das normativas ambientais é ampla, já que tal tema requer toda a comunidade internacional. Agora, o Estado partilha o cenário internacional com diversos atores emergentes¹²⁷.

Da mesma forma, todos os instrumentos são válidos, inclusive a *soft law*, que aponta para normas de comportamento, base de obrigações futuras por tratados ou normas costumeiras. Todas as fontes dão origem a um sistema de obrigações jurídicas inter-relacionadas, direta ou indiretamente, com a proteção ambiental (SANDS, 2003, p. 124).

Mas em um sistema sem autoridade máxima central, a função legislativa, administrativa e judiciária internacional ambiental é fragmentada e descentralizada, em nível global, regional e bilateral (SANDS, 2003, p. 124) uma complexa rede de relações jurídicas, que só a teoria da fragmentação explica com propriedade.

O regime internacional ambiental certamente surge no contexto da fragmentação, motivado em muitos aspectos pela tensão norte e sul na busca de seus interesses quanto à utilização e manutenção do seu meio ambiente.

Mesmo com a classificação de regime, ele jamais está isolado do Direito Internacional como um todo. O estudo de Koskeniemi sobre fragmentação demonstra que a base jurídica e de aplicação, assim como se ocorrer alguma falha, sempre será o Direito Internacional geral.

O que a fragmentação de fato fez foi articular o sistema internacional para novos desafios, e acrescentar novos instrumentos, como

¹²⁶ A mesma categorização e terminologia de “common concern of humankind” é adotada em várias convenções, celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas, em matéria ambiental. Justamente para assinalar a dimensão de importância de seu conteúdo e do caráter imprescindível de sua implementação, para permitir a sobrevivência da humanidade, e a manutenção da vida na terra: em nome desta e como obrigação perante as próximas gerações humanas (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 1098).

¹²⁷ “It is also worth recalling that, although the rules of public international law primarily govern relations between states, it is now widely accepted that states are no longer the only subjects of international law, and that the rules of international law can, and do, impose obligations upon other members of the international community, in particular international organisations and, to a more limited extent, non-state actors, including individuals and corporations.” (SANDS, 2003, p. 124).

os documentos *soft law*. Hoje, diante da pluralidade de regimes, o novo papel do jurista não é isolar ainda mais os regimes, mas coordená-los no eixo central, que é o Direito Internacional, principalmente na matéria ambiental, que perpassa diversos outros regimes e conta com inúmeros órgãos aplicando suas normativas.

Accioly, Casella e Silva (2012, p. 127) concluem: “Se o grande desafio do Direito Internacional no século XX foi a extraordinária ampliação de seu âmbito de atuação, a tarefa, não menos ingente, para o século XXI, será a busca dos correspondentes mecanismos de implementação [...]”. Mecanismos que exigem uma ação criativa das ferramentas já disponíveis pelo Direito Internacional, que desenvolvam técnicas de efetividade normativa em múltiplos regimes pela integração, como propõe Koskeniemi. Esses mecanismos serão fundamentais para o Direito Internacional Ambiental.

Para Sands (2003, p. 120), o Direito Internacional Ambiental contemporâneo possui três desafios conectados: garantir que todos os Estados participem da resposta da comunidade internacional à crescente gama de desafios ambientais; reforçar o papel das Organizações Internacionais, garantindo eficácia às suas atividades e funções; e, por último, garantir que os atores não governamentais exerçam seus papéis, garantindo aos mesmos consideração ambiental para participar do processo normativo internacional e auxiliarem na aplicação doméstica e local das obrigações internacionais.

É com estes esclarecimentos que finalmente se aproxima do objeto de estudo do presente trabalho: a regulamentação internacional da biodiversidade, inserida no regime internacional ambiental.

3 REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DA BIODIVERSIDADE

Até agora, o Direito Internacional Ambiental foi tratado como um todo, mas dentro deste ramo existem diversos temas ambientais que se especializaram ainda mais. Poluição, mudanças climáticas, lei do mar são alguns exemplos. É aqui, após a construção histórica e conceitual do ramo, que o estudo pode se aprofundar na regulamentação da biodiversidade. Claro que todos os temas ambientais foram construídos e modificados em grande parte conjuntamente, mas cada um possui algumas especificações e alguns documentos próprios.

Como visto anteriormente, a proteção da biodiversidade é preocupação antiga, mas na sua origem era restrita à proteção de determinadas espécies. São diversos os documentos no caminho histórico humano que regulam acordos bilaterais ou regionais sobre caça, pesca e desmatamento de recursos específicos. Nesse sentido não seria possível, muito menos proveitoso, resgatar todos os documentos de manejo e proteção de itens da biodiversidade. O que se pode é citar alguns como:

[...] a Convenção relativa à Preservação da Fauna e Flora em seu Estado Natural, adotada em Londres, em 1933; a Convenção para a Proteção da Fauna e da Flora e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, adotada em Washington, em 1940; a Convenção Internacional para a Proteção dos Pássaros, adotada em Paris, em 1950; a Convenção Africana sobre a Conservação da Natureza e Recursos Naturais, adotada em Argel, em 1968, afora outros tratados e documentos não vinculantes de restrição à caça e à pesca, ou de áreas determinadas, como a imposição de restrições ao desmatamento e a criação de áreas protegidas (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 1060).

O que aconteceu com o Direito Internacional Ambiental, após o segundo período temporal no enquadramento de Sands, após 1972, é que o tema ganhou amplitude na mídia pelos prognósticos de extinção em massa de espécies por diversos atos humanos, que chocaram a comunidade internacional. É nesse período também que se reconheceu que todos os outros problemas ambientais, como poluição, urbanização, exploração econômica, espécies exóticas invasoras e queimadas tinham

reflexo direto sobre a biodiversidade do planeta¹²⁸ (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 1060).

A quantidade de espécies e habitats destruídos não pode ser precisamente quantificada. Em 2000 foi feita a estimativa pelo Centro para Monitoramento da Conservação Mundial que 15 por cento das espécies do planeta seriam extintas nos próximos vinte e cinco anos, e 20 a 75 por cento para 2040 (SANDS, 2003, p. 500).

Para Sands (2003, p. 500) todas as causas da perda da biodiversidade podem ser resumidas em seis coisas: crescimento populacional e aumento do consumo de recursos; a ignorância sobre espécies e ecossistemas; políticas mal concebidas; os efeitos de sistemas de comércio globais; a desigualdade de distribuição de recursos; e a incapacidade de se reconhecer plenamente o valor da biodiversidade.

Todos esses problemas são intrinsecamente conectados com todas as esferas da sociedade, e é por isso que o que fez o tema alavancar, além do reconhecimento dos efeitos nocivos à biodiversidade em si, foi a consciência das consequências ruins para toda a sociedade humana da destruição e perda de habitats e espécies.

Estudos começaram a mostrar que a biodiversidade era responsável pela capacidade dos ecossistemas de purificar água e proteger nascentes, regenerar o solo, regular a temperatura, manter a atmosfera, uma gama de

¹²⁸ Sands (2003, p. 499) salienta que as ameaças para a biodiversidade vêm de várias fontes: desflorestamento, caça, coleção, destruição de habitats por poluição, desastres naturais, modificação industrial, agricultura e outras atividades. Accioly, Casella e Silva (2012, p. 1061) complementam ainda mais: “Dentre as diversas causas a serem apontadas como críticas no que respeita à biodiversidade – sem mencionar a causa mais óbvia, qual seja, a exploração econômica indiscriminada de recursos naturais por força de (ou da ausência de) políticas públicas de desenvolvimento, na qual o Estado é o próprio predador – está a pobreza e a consequente dependência de certas comunidades dos recursos naturais à sua volta, como no caso de pescadores de certas iguarias marinhas que praticam pesca predatória para manter a si e a seus familiares, a caça e o tráfico de espécies em extinção e a falta de política pública de ordenação da expansão de áreas urbanas e agropecuárias. A essas causas somem-se-lhe outras questões delicadas, como a exploração de recursos biológicos de países em desenvolvimento por grupos de empresas de países desenvolvidos sem reverter qualquer benefício para e em detrimento do conhecimento tradicional de comunidades locais, bem como a disseminação de espécies geneticamente manipuladas e de organismos geneticamente modificados, e assim se terá o panorama da complexidade envolvida na matéria.”

riscos conhecidos e desconhecidos para a humanidade, cuja destruição gerava perdas ecológicas, econômicas, agrícolas, estéticas, morais e em outras áreas humanas como a medicina (SANDS, 2003, p. 499). Problemas imediatos e problemas de efeito em longo prazo.

Ou seja, a sobrevivência humana dependia – e depende – da conservação da natureza, e sua proteção é fundamental. A diversidade biológica existente estava em pleno declínio, no sentido que começou a ser considerada um recurso não renovável, insubstituível. Afinal, diferente dos recursos minerais não renováveis, a tecnologia humana não consegue reproduzir e manter, em laboratório, substitutos das espécies que evoluíram ao longo de milhões de anos, nem suas interações com os ecossistemas. A biodiversidade é valiosa naturalmente (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 584).

É pela consciência de seu valor real e potencial, assim como os riscos de sua destruição, que a biodiversidade ganhou relevância na regulamentação internacional.

Para Sands (2003, p. 500, tradução nossa), as razões que ensejam conservação da biodiversidade são três:

Em primeiro lugar, a biodiversidade proporciona uma fonte real e potencial dos recursos biológicos (incluindo alimentos, produtos farmacêuticos, e outros valores materiais de suporte à pesca, condição do solo e parques). Em segundo lugar, a biodiversidade contribui para a manutenção da biosfera, em uma condição que suporta a vida humana e de outras espécies. Em terceiro lugar, a biodiversidade é digna de ser mantida por razões não-científicas de valor ético e estético.¹²⁹

São essas três razões que se referem à totalidade de consciência quanto à importância da diversidade biológica hoje. Mas historicamente, se primeiro o foco foi proteger determinadas espécies, sequencialmente o desenvolvimento da matéria se pautou pelo reconhecimento do seu valor

¹²⁹ Em inglês “First, biodiversity provides an actual and potential source of biological resources (including food, pharmaceutical, and other material values which support fisheries, soil conditions, and parks). Secondly, biodiversity contributes to the maintenance of the biosphere in a condition which supports human and other life. Thirdly, biodiversity is worth maintaining for non-scientific reasons of ethical and aesthetic value.” (SANDS, 2003, p. 500).

para a humanidade enquanto recursos naturais, priorizando o valor econômico do que o valor para a biosfera ou o valor intrínseco (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 585).

É nesse sentido que a regulação da conservação objetivou a exploração sustentável, ao lado da soberania permanente sobre os recursos naturais, em que sua proteção efetiva dependeu dos estudos e pareceres científicos das formas que as espécies e ecossistemas pudessem ser utilizados sustentavelmente e de como proteger da poluição e outras formas de degradação (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 586).

São os estudos desse período que conceituaram e dividiram a biodiversidade em três categorias: diversidade genética (a variação de genes dentro de uma espécie), diversidade de espécies (a variedade de espécies em uma região) e diversidade de ecossistemas (a variedade de ecossistemas de uma região). Tais aspectos são abordados incluindo a abundância de espécies, a estrutura das populações e as mudanças na composição da comunidade e estrutura ao longo do tempo (SANDS, 2003, p. 499).

É a partir dessa concepção da biodiversidade que Sands (2003, p. 502) divide a regulamentação da biodiversidade em três categorias: tratados potencialmente aplicáveis a todas as espécies e ecossistemas do planeta, no qual só se verificam dois: a Convenção para o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) de 1973, e a Convenção da Diversidade Biológica (CDB) de 1992; a segunda categoria são os tratados aplicáveis para as espécies e ecossistemas de uma determinada região; e terceiro, são os tratados aplicáveis em nível regional ou global, que tem por objetivo a conservação de um ecossistema ou espécie em particular¹³⁰.

Com isso em mente, para efeito de compreender a regulamentação internacional da biodiversidade, serão abordados somente os principais tratados e documentos jurídicos internacionais a partir de 1972, de modo a se afastar da normatividade específica da biodiversidade e se direcionar para sua proteção global, que coincide com o período histórico pós-1972.

¹³⁰ No original: “[...] this third category thus includes: international regulatory efforts which promote conservation of the following species or habitats: wetlands; forests; plants; soil and land; marine living resources (which include whales and cetaceans, tuna, seals and other fisheries); birds; polar bears; and migratory species. Included in this category are the results of international efforts to address the protection of cultural and natural heritage, which can include certain natural resources as well as those which are man-made” (SANDS, 2003, p. 502).

3.1 PRINCIPAIS TRATADOS E DOCUMENTOS INTERNACIONAIS SOBRE A BIODIVERSIDADE APÓS 1972

Apesar de Sands apontar que só existem dois tratados globais da biodiversidade com aplicação vinculante, muitos outros instrumentos já assinalavam sua importância, a começar pela Declaração de Estocolmo.

A Declaração de Estocolmo, de 1972, já no seu artigo 2, trata da biodiversidade ao afirmar que: “Os recursos naturais da terra, incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna, e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento”.

Sequencialmente, os princípios 4 ao 7 tratam sobre a conservação da biodiversidade, pela responsabilidade de preservar e administrar o patrimônio de flora e fauna silvestre e seu habitat, e que o desenvolvimento econômico deve atribuir importância para a conservação da natureza (princípio 4); que os recursos não renováveis devem ser utilizados sem gerar seu esgotamento e extinção, assim como que toda a humanidade deve compartilhar os benefícios da sua utilização (princípio 5); que a poluição deve ser evitada e neutralizada para não causar danos irreparáveis aos ecossistemas (princípio 6); e que os Estados devem dar especial atenção para a conservação dos recursos vivos e vida marinha (princípio 7).

Neste documento, por meio de tais artigos, se concretizam as preocupações ambientais quanto à biodiversidade e sua importância para a manutenção da vida humana e das futuras gerações. A biodiversidade é vista como bem da humanidade, e se verifica o embrião da discussão de acesso e repartição de benefícios (ABS¹³¹) da biodiversidade no princípio 5.

Tal ideia de repartição ganha corpo principalmente com a consolidação do princípio 21, que reconhece a soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais, e diante da necessidade de conciliar políticas ambientais com o crescimento dos países (princípio 11).

Para Sands (2003, p. 501, tradução nossa), a declaração resume suas preocupações com a biodiversidade ao chamarem “[...] para a flora e fauna a serem preservadas em benefício das gerações presentes e futuras

¹³¹ A sigla ABS é amplamente utilizada para se referir ao Acesso e Repartição de Benefícios da biodiversidade. Ela decorre do termo em inglês: “Access and Benefit Sharing”.

por meio do planejamento ou gestão cuidadosa; para a manutenção da capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais; os Estados para evitar a poluição susceptível de prejudicar os recursos vivos e à vida marinha”¹³².

A Conferência de Estocolmo foi realizada em junho de 1972, e em novembro do mesmo ano ocorreu a Conferência do Patrimônio Mundial, organizada pela UNESCO, que adotou a Convenção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural.

O objetivo da convenção foi estabelecer um sistema de proteção coletiva da propriedade cultural e natural, de importante valor para a humanidade. O patrimônio cultural é “composto por monumentos, grupos de edifícios ou sítios que tenham um excepcional e universal valor histórico, estético, arqueológico, científico, etnológico ou antropológico”. Enquanto o patrimônio natural “significa as formações físicas, biológicas e geológicas excepcionais, habitats de espécies animais e vegetais ameaçadas e áreas que tenham valor científico, de conservação ou estético excepcional e universal” (UNESCO, 2015).

A convenção solicita às partes para identificarem, protegerem, conservarem e valorizarem os patrimônios identificados. Uma vez constituído o patrimônio universal, a comunidade internacional como um todo tem o dever de cooperar na sua proteção.

A lista do patrimônio mundial conta hoje com 197 patrimônios mundiais naturais (UNESCO, 2015), e o grande mérito da convenção, ao combinar fatores culturais e naturais, é ser uma ferramenta para a fiscalização, conservação e preservação desses locais importantes.

Para fins da Convenção, foram considerados como patrimônio natural: os monumentos naturais constituídos por formações físicas e biológicas ou por grupos de tais formações com valor universal excepcional do ponto de vista estético ou científico; as formações geológicas e fisiográficas e as zonas estritamente delimitadas que constituem habitat de espécies animais e vegetais ameaçadas, com valor universal excepcional do ponto de vista da ciência ou da conservação; os locais de interesse naturais ou zonas naturais estritamente delimitadas,

¹³² Em inglês “The 1972 Stockholm Declaration called for flora and fauna to be safeguarded for the benefit of present and future generations through careful planning or management; for the maintenance of the earth’s capacity to produce vital renewable resources; and for states to prevent pollution liable to harm living resources and marine life.” (SANDS, 2003, p. 501).

com valor universal excepcional do ponto de vista a ciência, conservação ou beleza natural.

Em março de 1973 foi adotada a CITES – Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens¹³³, que representa um acordo fundamental para a biodiversidade mundial. Mas seu processo de negociação começou muito antes, em 1960, na Assembleia Geral da IUCN. Sem dúvida, a Conferência de Estocolmo auxiliou na concretização do tratado, ao emitir uma recomendação para a conferência que finalmente aprovou o texto final (SANDS, 2003, p. 506).

O preâmbulo da convenção reconhece que:

RECONHECENDO que a fauna e flora selvagens constituem em suas numerosas, belas e variadas formas um elemento insubstituível dos sistemas naturais da terra que deve ser protegido pela presente e futuras gerações;

CONSCIENTES do crescente valor, dos pontos de vista estético, científico, cultural, recreativo e econômico, da fauna e flora selvagens;

RECONHECENDO que os povos e os Estados são e deveriam ser os melhores protetores de sua fauna e flora selvagens;

RECONHECENDO ademais que a cooperação internacional é essencial à proteção de certas espécies da fauna e da flora selvagens contra sua excessiva exploração pelo comércio internacional (CITES, 2013).

O texto indica os objetivos principais da convenção, que é a conservação das espécies, com a consciência que somente a cooperação dos países pode auxiliar na interrupção da exploração excessiva pelo comércio. O objetivo é controlar, reduzir ou eliminar o comércio internacional das espécies ameaçadas, e que sua retirada do habitat natural se incide em riscos para as espécies.

A convenção determina a formulação de três anexos com listas de espécies de fauna e flora, onde cada espécie deve ser inserida de acordo com o risco de extinção. O anexo I incluirá as espécies ameaçadas de extinção; o anexo II, as espécies que podem chegar à situação de risco de

¹³³ Em inglês “Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora”

extinção; e o anexo III, todas as espécies que as partes julgarem importantes para impedir ou restringir o comércio.

O nível da proteção da espécie depende da lista em que a espécie for inserida. A convenção determina que as partes emitam e requeiram uma licença ou certificado de importação/exportação para as espécies do Anexo I e II (SANDS, 2003, p. 508).

Cada Estado deve designar uma autoridade competente para emitir as licenças e certificados, assim como constituir uma autoridade científica que determine as consequências da importação/exportação de espécies (artigo 9). A convenção também determina o envio periódico de relatórios sobre o comércio das espécies contidas nos anexos (artigo 8).

Hemley (1994, p. 4-5) nota que as obrigações dos Estados-partes do tratado são três: a instituição de autoridades administrativas e científicas competentes; a emissão de licenças e certificados; e enviar relatórios periódicos sobre o comércio dos espécimes. A complementaridade da autoridade administrativa e científica é fundamental para os efeitos da recepção e envio de espécies.

Um elemento que configura a CITES como uma das mais importantes convenções para a biodiversidade é sua ampla ratificação pelos países: hoje são 181 países-partes e cerca de cinco mil e seiscentas espécies de animais e trinta mil espécies de plantas protegidas pela CITES (CITES, 2013).

Em 1979 é publicada a Convenção de Boon, ou Convenção sobre Espécies Migratórias de Animais Selvagens (CMS), cuja origem também pode ser rastreada até Estocolmo, que proferiu a recomendação 32 sobre espécies migratórias. O governo alemão tomou a iniciativa de preparar um rascunho que foi apresentado para a UNEP, e publicado para ratificação os países após algumas alterações (SANDS, 2003, p. 607).

A convenção é o único tratado global especializado para conservação e uso sustentável das espécies animais migratórias e seus habitats. Seu foco é unir os países em que espécies migratórias passam para uma coordenação internacional de conservação.

A convenção, no seu preâmbulo, reconhece que os animais selvagens nas suas inúmeras formas são insubstituíveis dos sistemas naturais da terra e devem ser conservados e usados com sabedoria para o bem da humanidade e das futuras gerações. E afirma os valores ambientais, ecológicos, genéticos, científicos, estéticos, recreativos, culturais, educacionais, sociais e econômicos dos animais selvagens. Ao mesmo tempo em que reconhece que os Estados devem ser os protetores das espécies dentro de sua jurisdição, e que a conservação de espécies migratórias requer cooperação internacional (CMS, 1979).

Em muitos aspectos, a Convenção é bem parecida com a CITES: prevê uma listagem de animais em dois anexos separados de acordo com as espécies mais ameaçadas. Requer dos países-partes medidas de proteção, conservação, restauração de habitats, mitigação dos obstáculos de migração e controle das espécies, assim como realizem pesquisas sobre as espécies e seus comportamentos.

O tratado também tem como objetivo funcionar como uma convenção “guarda-chuva”, que incentiva as partes a realizarem acordos regionais para as espécies, assim como prevê diversos instrumentos com princípios, modelos de conservação etc.

Para Sands (2003, p. 607), o instrumento é interessante por três motivos: cobre várias espécies ameaçadas de extinção, suas disposições são muito rigorosas nas proibições e cria o precedente no Direito Internacional Ambiental de um tratado que possibilitam acordos subsidiários posteriores.

Em 1980, a IUCN, junto com a UNEP e WWF, em parceria com a FAO e UNESCO, publicaram o estudo chamado Estratégia Mundial da Conservação¹³⁴, no qual os três objetivos da conservação são “manutenção dos processos ecológicos essenciais e sistemas de suporte de vida; preservação da diversidade genética; e utilização sustentável de espécies e ecossistemas”.

A estratégia, no seu preâmbulo, chama governos, conservacionistas e os profissionais do desenvolvimento (agências, indústrias, comércio e sindicatos) para a conservação de recursos vivos para o desenvolvimento sustentável¹³⁵. É um estudo complexo de 70 páginas, que traduz os principais problemas para a biodiversidade:

[...] redução na qualidade e quantidade de terras agrícolas (2, 5, 16) e pastagem terra (4, 7, 16); a erosão do solo e a degradação de áreas de captação; bacias hidrográficas (2, 5, 11, 16, 19); desertificação (2, 5, 16); perda dos sistemas de apoio de pesca (2, 5, 11, 18, 19); extinção de espécies, subespécies e variedades (3, 6, 15, 17); super exploração de peixes e outros animais selvagens (4, 7, II, 18, 19); desmatamento (4, 7, 16); alteração do clima e poluição do ar (18); abordagem setorial estreita com a conservação (8, 9); a incapacidade de integrar a

¹³⁴ Em inglês “World Conservation Strategy” (WCS).

¹³⁵ Em inglês “Living resource conservation for sustainable development”.

conservação e o desenvolvimento (9, 20); inadequado planejamento ambiental e uso irracional de recursos (10); legislação inadequada ou unenforced (11); má organização (11); falta de pessoal treinado (12); falta de informação (12); falta de apoio para conservação (13); falta de conservação e desenvolvimento da base rural (14)¹³⁶ (IUCN, 180, p. 5).

O relatório observa que a maioria desses problemas é comum aos países desenvolvidos ou em desenvolvimento, mas que erosão, desertificação, desmatamento e falta de desenvolvimento rural com conservação são problemas mais comuns dos países em desenvolvimento.

Durante todo o documento são ressaltados os requisitos prioritários para manutenção dos processos ecológicos, preservação da diversidade genética e utilização sustentável de ambos, em que a conservação é solicitada aos humanos para preservarem, manterem, utilizarem sustentavelmente, restaurarem e valorizarem o meio ambiente natural para as presentes e futuras gerações (IUCN, 180, p. 18, item 4), o que engloba preservação, manutenção, uso sustentável, restauração e aprimoramento dos recursos naturais (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 593).

A conservação, nestes documentos, tem um caráter extremamente antropocêntrico e utilitarista para a conservação. Objetiva manejar as metas humanas pelo uso da biosfera, no sentido que tal uso possa continuar. Manter processos ecológicos e sistemas de suporte de vida dos quais “a sobrevivência e desenvolvimento humano dependam”, preservar a diversidade genética para “os programas de proteção e melhoria de plantas e animais cultivados e domesticados, avanço científico, inovação

¹³⁶ Na língua de origem “[...] reduction in quality and quantity of agricultural land (2, 5, 16) and grazing land (4, 7, 16); soil erosion and the degradation of catchment areas; watersheds (2, 5, 11, 16, 19); desertification (2, 5, 16); loss of the support systems of fisheries (2, 5, 11, 18, 19); extinction of species, subspecies and varieties (3, 6, 15, 17); overexploitation of fish and other wildlife (4, 7, II, 18, 19); deforestation (4, 7, 16); climate alteration and air pollution (18); narrow sectoral approach to conservation (8, 9); failure to integrate conservation and development (9, 20); inadequate environmental planning and irrational resource allocation (I 0); inadequate or unenforced legislation (11); poor organization (11); Jack of trained personnel (12); lack of information (12); lack of support for conservation (13); lack of conservation-based rural development (14).” (IUCN, 180, p. 5).

técnica” (IUCN, 180, p. 18, item 7). Nesse sentido, a lei auxilia a manutenção dos recursos vivos, ao determinar distribuição, propriedade dos recursos, técnicas de conservação, preservação, autorizar a exploração ou proibir de acordo com valores éticos e morais e definir os métodos de exploração (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 593).

A preservação da diversidade genética é matéria de segurança e investimento para manter e desenvolver as produções que os humanos necessitam; uma segurança contra mudanças prejudiciais no meio ambiente e a conservação para uso científico, industrial, assim como um princípio moral (em relação às espécies em extinção). Preservar diversidade genética nesse sentido pressupõe evitar a extinção de espécies, preservar *in situ* e *ex situ* a maior quantidade de plantas e animais possíveis; nos programas de preservação *in situ* proteger as espécies em seus habitats e cada tipo de ecossistema, determinar áreas protegidas para gestão de ecossistemas e espécies, coordenar as áreas protegidas com programas internacionais. Para a utilização sustentável, são previstas medidas para determinar as capacidades de exploração de habitats e espécies, assim como garantir que o acesso a um recurso não comprometa sua sustentabilidade, e regular o comércio internacional de plantas e animais.

O trabalho não só direciona para os objetivos de conservação e aponta os problemas para a biodiversidade, mas concedem às partes diversas estratégias, modelos a serem adotados, ações a serem tomadas na legislação e administração de todos e cada problema ambiental anteriormente citado, por medidas nacionais e internacionais.

De forma relevante, o documento ainda indica que um programa global para proteção de áreas de recursos genéticos deve ser realizado (IUCN, 1980, p. 56-57), reconhecendo que a proteção *ex situ* não é a melhor forma de proteção para a biodiversidade. Áreas inteiras devem ser fiscalizadas e geridas para proteger a maior quantidade possível de material genético. O documento ainda reconhece que os berços e nichos de genes selvagens são a patrimônio comum da humanidade.

O plano observa que existem três tipos de concentração de recursos genéticos: a concentração de recursos genéticos de espécies selvagens de valor econômico ou útil, concentrações de espécies ameaçadas (independente do seu valor econômico ou útil), e ecossistemas de diversidade excepcional. A proteção dos três berços de biodiversidade deve ser uma responsabilidade internacional, e os custos e benefícios de sua utilização devem ser repartidos de forma equitativa.

O item 8 do documento reforça que a conservação dos recursos vivos é somente uma entre muitas condições necessárias para a

sobrevivência e bem estar humano, e precisa ser acompanhada de estratégias de paz, nova ordem econômica internacional, e direitos humanos entre outros (IUCN, 1980, p. 18).

Para Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 593), a WCS teve o propósito de trazer atenção para as necessidades urgentes da conservação dos ecossistemas terrestres e marinhos, como parte integrante do desenvolvimento econômico e social. Seu caráter informativo é uma das principais contribuições para a manutenção dos ecossistemas, preservação da diversidade genética e uso sustentável dos recursos. Suas previsões podem ser observadas em vários instrumentos posteriores, como Declaração do Rio, Agenda 21 e outros.

Alguns anos depois, a Carta Mundial da Natureza, de outubro de 1982, englobou a biodiversidade, muito parecida com a convenção de Estocolmo, mas um pouco mais direcionada para os valores intrínsecos da natureza, afastando a importância da mesma para o “homem” na equação, e reafirmando a necessidade de proteção da biodiversidade em um grau de coexistência com a humanidade.

Isso pode ser reparado nos seus princípios gerais ao afirmar que:

1. Natureza deve ser respeitada e seus processos essenciais não devem ser prejudicados.
2. A viabilidade genética da Terra não deve ser comprometida, e os níveis populacionais de todas as formas de vida, selvagens e domesticados devem ser pelo menos suficiente para a sua sobrevivência, e para este fim habitats necessários devem ser salvaguardados.
3. Todas as áreas da terra, terra e mar estão sujeitas a estes princípios de conservação, a proteção especial deve ser dada a áreas exclusivas, a amostras representativas de todos os diferentes tipos de ecossistemas e a habitats de espécies raras ou ameaçadas de extinção.
4. Ecossistemas e organismos, bem como a terra, e marinho, recursos atmosféricos que são utilizados pelo homem, deve ser conseguido alcançar e manter a produtividade sustentável ótimo, mas não de tal forma que a colocar em risco a integridade dos outros ecossistemas ou espécies com as quais eles coexistir.
5. Natureza deve ser protegida contra a degradação causada pela guerra ou outras atividades hostis (BRASIL, 1980).

Os artigos 8 e 9, sobre funções, ressaltam que os planos para desenvolvimento econômico devem cuidar com a capacidade de longo prazo dos sistemas naturais, para garantir sua subsistência, e o uso da terra deve preservar a produtividade biológica, diversidade e beleza natural.

O artigo 10 assinala que os recursos naturais devem ser utilizados no seu habitat, de maneira a não comprometer sua capacidade de regeneração (a), salvaguardar sua fertilidade (b), e os recursos não renováveis devem ser explorados com moderação (c).

É nesse sentido, de proteger a biodiversidade da natureza, que são reafirmados os valores de se evitar atividades que causem danos irreversíveis à natureza, e atividades com risco de causar danos devem somente ser realizadas após uma análise exaustiva e estudos de impacto ambiental (princípio 11) e evitar toda forma de poluição (Princípio 12).

A terceira parte da carta, quanto à implementação de forma interessante, observa que o planejamento para proteção do meio ambiente deve incluir o “estabelecimento de inventários de ecossistemas e avaliações dos efeitos sobre a natureza das políticas e atividades” (artigo 16). O conhecimento gerado sobre o tema deve ser divulgado ao público, as pesquisas científicas devem auxiliar na compreensão da natureza a estarem disponíveis a todos (artigo 18).

E por último, o artigo 19 propõe que a implementação dos princípios e diretivas da Carta determina que os status dos processos naturais, ecossistemas e espécies sejam monitorados, como a melhor forma de garantir sua proteção às degradações e ameaças.

Já em dezembro de 1982 é adotada a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar¹³⁷ (UNCLOS). O direito do mar sempre foi objeto de muitos tratados no Direito Internacional, sua regulamentação é antiga e complexa. É por isso que a UNCLOS é um dos documentos mais completos – e complexos – sobre recursos naturais, voltado para os recursos marinhos. O trabalho realizado pelo comitê preparatório considerou toda a história do direito do mar. Por isso, ainda hoje a UNCLOS é o principal tratado internacional sobre o direito do mar, que define direito e obrigações dos Estados e outros sujeitos da comunidade internacional, em busca da conservação e uso sustentável dos recursos vivos marinhos (SANDS, 2003, p. 570).

¹³⁷ Em inglês “United Nations Convention on the Law of the Sea” (UNCLOS).

A UNCLOS foi responsável por estender os direitos sobre as regiões costeiras dos Estados, para criarem suas leis sobre conservação e uso sustentável, de acordo com as obrigações do Direito Internacional (artigo 2). Também formalizou o conceito de zona econômica exclusiva¹³⁸, e reconheceu os tratados da CITES e Bonn sobre espécies migratórias.

Na verdade a UNCLOS não se refere explicitamente sobre biodiversidade, mas contém provisões para a proteção marinha e dos ecossistemas.

A parte XII do tratado é especificamente sobre a proteção e preservação do meio ambiente marinho; o artigo 194 prevê que as partes devem tomar medidas para prevenir, reduzir e controlar a poluição do ambiente marinho; e o parágrafo 5 do mesmo artigo reconhece que os membros devem proteger e preservar os ecossistemas raros e frágeis, assim como os habitats das espécies ameaçadas ou em perigo de extinção, bem como outras formas de vida marinha. O artigo 196 assinala sobre o risco de poluição pelo uso de tecnologias e espécies exóticas ou novas no ambiente aquático.

A parte XII representa uma longa lista de obrigações para os Estados, cuja base é a conservação da biodiversidade, manifestadas em forma de evitar, controlar e gerir diversos tipos de poluição marinha.

Outro documento significativo para a biodiversidade foi a adoção, em 1983, do Compromisso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos¹³⁹, realizado após a Conferência da FAO sobre recursos fitogenéticos, com o objetivo de explorar, preservar, avaliar e disponibilizar recursos genéticos de plantas para melhoramento e fins científicos, voltados para alimentação e agricultura (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 612).

Este documento, considerado um plano de ação e declaração de princípios, ressalta a importância da biodiversidade para a alimentação e agricultura, e a necessidade de preservar os recursos fitogenéticos e disponibilizá-los para melhoramento, sob a gerência da Comissão de recursos genéticos para alimentação e agricultura. O instrumento

¹³⁸ Aprofundando “UNCLOS established new rules of international law for the exclusive economic zone of coastal states. Under Article 56(1), the coastal state has within the EEZ ‘sovereign rights for the purpose of exploring and exploiting, conserving and managing the natural resources, whether living or non-living’” (SANDS, 2003, p. 570).

¹³⁹ Em inglês “International Undertaking on Plant Genetic Resource” (FAO Undertaking).

internacional também engloba a compreensão que os recursos genéticos das plantas são patrimônio comum da humanidade e devem ser disponibilizados a todos (artigo 1).

O artigo 5 aborda sobre o acesso a recursos genéticos, confere aos governos o controle da autorização de recursos fitogenéticos do país, solicitando que os mesmos permitam a exportação dos recursos para o fim de pesquisa científica, modificação e conservação genética.

A convenção voluntária direciona as partes para conservar os recursos genéticos *in situ* e *ex situ*, com o auxílio do Fundo Internacional para Recursos Fitogenéticos, e busca harmonizar a cooperação para recursos genéticos de plantas para alimentação (artigos 4 e 8) (FAO, 1983).

Em 1989, a FAO adotou outro documento chamado Acordo sobre a interpretação do Compromisso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos. Esse acordo reconheceu que os recursos fitogenéticos são patrimônio comum da humanidade, para serem preservados e disponibilizados para uso em prol das presentes e futuras gerações (SANDS, 2003, p. 552).

Sands ressalta que esse segundo documento foi adotado para atrair a participação de Estados que não aderiram ao compromisso inicial pelo conflito com a Proteção das Obtenções Vegetais (UPOV)¹⁴⁰ quanto aos direitos dos criadores e dos fazendeiros do Compromisso. Portanto, este acordo reconhece tanto os direitos dos criadores da UPOV quanto os direitos dos fazendeiros.

Em 1971, a UNESCO já tinha iniciado o Programa sobre o Homem e a Biosfera (MAB¹⁴¹), mas como visto na Estratégia Mundial da Conservação, ainda faltavam instrumentos para a proteção de áreas de importante concentração de recursos genéticos. Em 1983, a UNESCO e a UNEP, conjuntamente, organizaram o primeiro congresso internacional para reserva de biosfera, na cidade de Minsk, em Bielorrússia. As atividades do Congresso lançaram, em 1984, em Paris, o Plano de Ação para Reservas da Biosfera, formalmente endossado pela UNESCO (UNESCO, 2015).

O Conselho do MAB já ressaltava a importância da conservação das áreas naturais e o material genético que elas contêm (UNESCO, 2015). Portanto, o interesse em criar reservas de biosfera inclui sua contribuição para a conservação *in situ* dos recursos genéticos.

¹⁴⁰ Em inglês “Protection of New Varieties of Plants” (UPOV).

¹⁴¹ Sigla derivada do termo em inglês: “Program Men and the Biosphere”.

O documento de 1984 prevê, entre os seus objetivos, melhorar e expandir a cobertura mundial de reservas, principalmente em: áreas ecológicas representativas das regiões biogeográficas do mundo; centros endêmicos de riqueza genética; e em áreas funções essenciais para a biosfera. Assim, uma reserva da biosfera é importante, pois se torna uma área de conservação de material genético.

Após 1984, o plano para áreas de reserva tiveram duas alterações: uma em 1995 (Estratégia de Seville), que aprovou o plano estratégico e criou a Rede Mundial de Reservas da Biosfera (WNBR), e uma em 2008 (Plano de Madri), que atualizou o plano de ação. Hoje, a WNBR abrange 651 reservas da biosfera em 120 países, que possuem fundamental importância para a conservação da biodiversidade ao auxiliar em soluções para reduzir a perda da biodiversidade e dar suporte para outras convenções como a Convenção da Diversidade Biológica (UNESCO, 2015).

O Relatório de Brundtland, de 1987, é considerado o marco para o desenvolvimento sustentável, e foi responsável por um diagnóstico aprofundado da situação ambiental mundial. Na mesma linha que a Estratégia Mundial da Conservação, o documento organizou dados, avaliou situações e propôs soluções para os problemas ambientais. O direcionamento para o desenvolvimento sustentável decorreu da observação que a maior ameaça ao meio ambiente – e à própria humanidade – é a ação humana na utilização dos recursos naturais, e é possível desenvolver, mas não sem observar os limites naturais do planeta e remediar problemas já iniciados.

A parte mais interessante para a biodiversidade é a parte 3, que fala sobre espécies e ecossistemas, recursos para o desenvolvimento. São 6 artigos, do 52 ao 57. O artigo 52 primeiro reconhece que as espécies do planeta estão ameaçadas, não se sabe a quantidade nem os riscos exatos, mas espécies estão desaparecendo em uma velocidade nunca antes vista e os seres humanos devem frear essa situação.

O artigo 53 fala especificamente sobre a diversidade de espécies, reconhece que elas são necessárias para o funcionamento normal dos ecossistemas e da biosfera. O material genético das espécies selvagens contribui com bilhões para a economia do mundo, com plantações, medicina e matéria prima para indústrias. Mas, além do valor econômico, devem ser conservados pelo seu valor “moral, ético, cultural, estético e outras razões científicas”.

Brundtland afirma que a prioridade é alocar o problema de desaparecimento e ameaça das espécies e ecossistemas na agenda política como um problema econômico de recursos (artigo 54). Nesse sentido, os

governos podem interromper a destruição dos reservatórios de biodiversidade ao desenvolvê-los economicamente, manter e promover o uso de recursos de forma sustentável para sua consideração e proteção (artigo 55).

O Relatório reconhece a importância das convenções de reservas e proteção de espécies ameaçadas para a conservação da biodiversidade nos artigos 56 e 57, mas ressalta que as reservas e áreas protegidas devem aumentar consideravelmente e as espécies ameaçadas devem entrar no patamar de recursos universais.

O artigo 70, sobre capacidades tecnológicas, explica que são fundamentais ações para acumular conhecimento biológico e informações das variedades genéticas para o desenvolvimento, em especial para os países em desenvolvimento.

Por último, o anexo 1 do Relatório propõe os princípios para proteção ambiental e desenvolvimento sustentável: Meio ambiente como direito fundamental humano, princípio da equidade inter geracional, conservação e uso sustentável (dos ecossistemas, da diversidade biológica e dos processos ecológicos), padrões ambientais e monitoramento, avaliações de impacto ambiental e cooperação.

Finalmente, na RIO 92, todos os seus documentos afirmam a importância dos ecossistemas e da biodiversidade, mas é a Convenção da Diversidade Biológica que reflete a consolidação dos principais debates da matéria construídos ao longo dos vinte anos desde a Declaração de Estocolmo. E é esse tratado que será abordado com mais profundidade.

3.2 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA

A comissão que realizou o Relatório Brundtland também foi responsável por fazer uma proposta na UNEP, em 1989, dos princípios para os Estados manterem os ecossistemas e a biodiversidade para o funcionamento da biosfera, ressaltando que o máximo possível de diversidade biológica do mundo deveria ser conservada e utilizada, de forma sustentável, pela manutenção da flora e fauna nos seus habitats naturais (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 613).

Após esta proposta, e um relatório do diretor executivo sobre as convenções internacionais da biodiversidade, o conselho diretor iniciou um projeto de rascunho da Convenção, com base em um trabalho já iniciado na IUCN (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 613).

Albagli (1998, p. 114) explica que as discussões para o estabelecimento de uma Convenção sobre Diversidade Biológica, na

década de 80, tiveram como fonte os debates travados no âmbito da União Internacional de Conservação da Natureza (IUCN). Esses debates, focados a princípio em resguardar os recursos genéticos globais, incorporaram um conceito mais amplo de biodiversidade.

Em 1990, o grupo de trabalho denominou-se “Grupo de Trabalho *ad hoc* de Especialistas Técnicos e Legais” e, finalmente, em 1991, foi transformado no “Comitê de Negociação Intergovernamental para uma Convenção sobre Diversidade Biológica”, que preparou uma primeira versão formal do texto da CDB, em fevereiro de 1991, aberta para debate no Comitê.

Nesse sentido, Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 613) observam que garantir o consenso de um tema tão complexo não foi fácil, mas muitas das reivindicações dos países em desenvolvimento foram incluídas, como mecanismos de compensação pelo uso da biodiversidade, transferência de tecnologia e fundos para conservação. Mas omitiu questões controversas como responsabilidade por dano à biodiversidade, e a compilação de listas de áreas e espécies protegidas pelas convenções Boon, CITES e Patrimônio mundial.

Interessante notar que nenhum dos especialistas, trabalhando na convenção, propôs que ela fosse uma convenção guarda-chuva, mas seu objetivo centralizador e sistêmico¹⁴², juntamente com a impossibilidade de tratar de alguns temas profundamente (biossegurança, repartição de benefícios), a transformaram no que é (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 615).

A convenção foi a primeira tentativa de completar as lacunas deixadas pelos tratados anteriores, no sentido de criar um regime inclusivo e compreensivo para conservação da biodiversidade, alocando a biodiversidade como patrimônio comum da humanidade. Ressaltou-se o valor intrínseco da mesma e seu valor para a sobrevivência da humanidade, ao mesmo tempo em que reconhece o uso sustentável dos recursos biológicos (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 613).

Em maio de 1992 foi aprovada a versão final do tratado, em uma reunião em Nairóbi/Quênia. Assim, o texto da Convenção da Diversidade

¹⁴² Todas as convenções citadas no tópico anterior são importantes para a biodiversidade, mas trabalham de forma específica e fragmentada, são direcionadas para algumas espécies, e alguns ecossistemas e interagem muito pouco entre si. Era preciso uma proteção global e abrangente pela conservação da biodiversidade de diversos ecossistemas e uso sustentável dos seus componentes (ALBAGLI, 1998, p. 114).

Biológica (CDB) foi aberto para assinatura em 05 de junho de 1992, na Rio 92, onde 156 Estados assinaram, e entrou em vigor em 29 de dezembro de 1993, após a ratificação da maioria dos países. Em 2008, totalizou 191 partes e, hoje, conta com 196. Com tais números, é a Convenção mais ratificada de todos os tratados ambientais (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 612).

São 42 artigos e dois anexos que traduzem a normatividade internacional da biodiversidade.

No preâmbulo da Convenção estão diversas conclusões fundamentais, que refletem todo o desenvolvimento histórico do tema. Reconhece-se o valor intrínseco da diversidade biológica, assim como o valor “ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes” (BRASIL, 2000). O preâmbulo 2 se diz consciente da importância da diversidade biológica para a evolução e manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera.

O 3 afirma que a conservação da diversidade biológica é uma preocupação comum à humanidade¹⁴³ e que os Estados têm os direitos soberanos sobre os seus próprios recursos biológicos (4), assim como são responsáveis pela conservação e utilização sustentável de seus recursos (5).

O preâmbulo 6 transmite a preocupação com a redução da diversidade biológica causada por atividades humanas, enquanto o 7 compreende que a falta de informação e conhecimento gera a necessidade de desenvolver capacitação científica, técnica e institucional, no sentido que é vital prevenir, evitar e combater as causas da redução ou perda da biodiversidade (preâmbulo 8).

Também se consagra o princípio da precaução no 9º preâmbulo, no qual a incerteza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas de conservação.

O preâmbulo 10 e 11 observam que “a exigência fundamental para a conservação da diversidade biológica é a conservação *in situ* dos ecossistemas e dos habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies no seu meio natural”, e que medidas *ex*

¹⁴³ A convenção adotou o termo preocupação comum da humanidade (common concern of humankind) em oposição ao patrimônio comum da humanidade (common heritage of humankind) por uma reivindicação dos países em desenvolvimento e em respeito à soberania de cada país sobre a sua biodiversidade (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 602).

situ também desempenham um papel importante, preferivelmente no país de origem.

Reconhece-se a “estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais” no preâmbulo 12, e que é preciso “repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes”. Assim também se reconhece o papel fundamental da mulher na conservação e utilização sustentável da biodiversidade (preâmbulo 13) e que elas devem participar em todos os níveis de formulação e execução de políticas de conservação.

Enfatiza-se a importância da cooperação internacional, regional entre Estados, OIs e ONGs para a conservação da biodiversidade (preâmbulo 14), assim como da necessidade de recursos financeiros e acesso às tecnologias para combater a perda da biodiversidade (preâmbulo 15), e as necessidades especiais dos países em desenvolvimento (preâmbulos 16 e 17).

No mesmo sentido, reconhece-se que investimentos são necessários para conservar a biodiversidade (preâmbulo 18), no qual o desenvolvimento econômico e social são prioridades para os países em desenvolvimento (preâmbulo 19), e que a conservação e utilização sustentável da biodiversidade deve atender às necessidades de alimentação, saúde e outras da população mundial: por isso o acesso e repartição de recursos e tecnologias (preâmbulo 20).

Com a consciência que a conservação e utilização sustentável da biodiversidade contribui para a paz (preâmbulo 21) e que auxilia os outros documentos existentes sobre biodiversidade (preâmbulo 22), a Convenção regulamenta as formas de “conservar e utilizar de forma sustentável a diversidade biológica para benefício das gerações presentes e futuras”.

O preâmbulo ressalta a consolidação dos pontos centrais, tema que dá a ideia do quão delicado e complexo é a tarefa da regulamentação internacional da biodiversidade.

Já o artigo 1 define os três objetivos primordiais, e estabelece os níveis de obrigações das partes: conservação da biodiversidade, utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes da utilização¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Este último gerou o termo acesso e repartição de benefícios, em inglês “access and benefi-sharing” (ABS).

O artigo 3 repete o conteúdo do artigo 21 da Declaração de Estocolmo do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais e a responsabilidade, e que as atividades não causem danos em outros Estados ou áreas além da jurisdição nacional. É o primeiro tratado a incorporar o princípio da Declaração de Estocolmo no seu conteúdo, ao invés de citá-lo no preâmbulo (SANDS, 2003, p. 517).

Por conseguinte, o artigo 4 ressalta que as disposições da Convenção aplicam-se em relação a cada Parte Contratante dentro da sua jurisdição nacional e nas atividades realizadas sob sua jurisdição e controle. O que tais artigos expõem é a responsabilidade internacional.

O artigo 5 pede que todos os membros cooperem com outros Estados e OIs para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, no peso que o artigo 6 chama os Estados para tomarem medidas gerais como criar ou integrar estratégias, planos e programas para a concretização dos objetivos da convenção.

Em seguida, a CDB (artigo 7) determina que sejam identificados e que proceda-se o monitoramento e manutenção de dados dos componentes da diversidade biológica (principalmente aqueles ameaçados e com maior potencial de utilização).

O artigo 8 e o artigo 9 retratam as medidas de suma importância para a conservação *in situ* e *ex situ* dos componentes da biodiversidade. Para resumir, determina-se que as partes elaborem e regulamentem múltiplas formas para a conservação da biodiversidade por meio de legislação, programas governamentais, centros de pesquisa etc. As regras mais detalhadas são para proteção *in situ*. A conservação *ex situ* é predominantemente complementar, afinal é pela conservação *in situ* que se concretiza toda a importância das espécies e dos ecossistemas e habitats para a biosfera (SANDS, 2003, p. 518).

O artigo 8, letra j, estabelece que as Partes Contratantes devam “respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, relevantes à conservação e utilização sustentável da diversidade biológica”. Bem como “incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas”, para, por fim, “elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas”.

É neste artigo que se reconhece a importância dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, e que essas populações também devem receber benefícios justos e equitativos quando houver utilização de seus conhecimentos. Para Schrijver (2008, p. 342), a Convenção da

Biodiversidade reconhece a contribuição dos povos indígenas e tradicionais para a conservação da diversidade biológica e o uso sustentável de seus componentes, mas falha na falta de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Ele só apela aos governos para "respeitar, preservar e manter" o conhecimento das comunidades, e promover a sua ampla aplicação com a aprovação e o envolvimento, e da distribuição equitativa dos benefícios decorrentes da utilização desse conhecimento.

Já o artigo 10 prevê a utilização sustentável dos componentes da biodiversidade. Com base nos mesmos mecanismos descritos nos artigos anteriores, as partes devem adotar e incentivar medidas de utilização, principalmente aquelas tradicionais. É aqui que se pede cooperação entre governo e setor privado para o fomento sustentável da biodiversidade. O artigo 11 ressalta que as partes devem conceder incentivos para a conservação e uso sustentável. Tais artigos complementam os artigos 5 a 7.

O artigo 12 determina que, observando as necessidades dos países em desenvolvimento, deve-se estabelecer e manter, promover e estimular a pesquisa e o treinamento científico e técnico. A partir da pesquisa e do treinamento, é possível educar e conscientizar a população (artigo 13), inclusive pelo intercâmbio de informações (artigo 17).

O artigo 14, por sua vez, engloba a necessidade de se estabelecer avaliação de impacto e minimização de impactos negativos, por estudos, informações e programas de padrão ambiental e emergências.

O terceiro objetivo da CDB, a repartição de benefícios, é tratado no artigo 15 sobre acesso a recursos genéticos. Primeiro, o artigo reconhece novamente os direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais e que o acesso depende de legislação nacional. É o primeiro tratado que determina um regime jurídico para acesso a recursos genéticos.

Em seguida, indica que cada parte deve criar condições para permitir o acesso a recursos genéticos para utilização sustentável. O parágrafo 3 do artigo 15 determina que o acesso e repartição de benefícios sejam para "apenas aqueles providos por Partes Contratantes que sejam países de origem desses recursos ou por Partes que os tenham adquirido em conformidade com esta Convenção".

O acesso aos recursos genéticos deve ser de comum acordo (parágrafo 4), por meio do consentimento prévio fundamentado (PIC) da parte provedora dos recursos (parágrafo 5). Ainda fica determinado que as pesquisas científicas dos recursos providos devam ser realizadas com plena participação e no território de origem do recurso (parágrafo 6).

Existe uma crítica muito grande sobre o acesso de um recurso se dar por um ente estatal, já que o usuário é um ente jurídico privado, no sentido que as negociações antes de chegarem à localidade (comunidade, município ou estado local), têm que passar pelo ente federado. Mas isso é uma clara manifestação do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, que concede ao Estado tal direito, e exige que o mesmo articule com seus nacionais o funcionamento do acesso.

Faz parte do comum acordo entre as partes também, a partilha justa e equitativa dos resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e dos benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza (parágrafo 7). Na visão de Sands (2003, p. 520), tais provisões são para permitir reivindicações sobre os lucros financeiros decorrentes da exploração e desenvolvimento de recursos por empresas com sede em países desenvolvidos.

A Convenção também prevê sobre acesso e transferência de tecnologia: pretende-se estabelecer um sistema equilibrado e facilitado no artigo 16, e o acesso e transferência de tecnologia deve ser feito nos termos mais justos e favoráveis. A tecnologia está sujeita a patentes e outros direitos de propriedade intelectual, mas as partes devem facilitar o acesso e o desenvolvimento em conjunto, que deve ser implementado tendo em vista a cooperação entre as partes (artigo 18) pelo mecanismo de banco de dados, baseado na troca de informações entre especialistas.

O artigo 19 trata sobre a gestão da biotecnologia e distribuição de seus benefícios. Tais disposições foram consideradas as mais controversas, pois foi o primeiro ato internacional a legislar sobre regras internacionais quanto à biotecnologia, requerendo das partes participação nas atividades e fornecimento de recursos (SANDS, 2003, p. 521). A princípio, a CDB não especifica regras sobre os organismos geneticamente modificados, mas determina que as informações dos mesmos sejam disponíveis para segurança e estudos de impacto na natureza (SANDS, 2003, p. 522).

O artigo 20 aborda os Recursos Financeiros, e o artigo 21 os Mecanismos Financeiros. Em tais artigos, fica estipulado que os recursos financeiros serão utilizados para a concretização dos objetivos da convenção conforme a capacidade e necessidade das partes. O mecanismo financeiro é inicialmente bilateral, por acordo das partes. O mecanismo multilateral fica a cargo do GEF, que irá responder às decisões da COP.

Sobre a Relação com Outras Convenções Internacionais (artigo 22), explica que as disposições da CDB não devem afetar os direitos e obrigações decorrentes de qualquer acordo internacional existente, “salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações cause

grave dano ou ameaça à diversidade biológica”. O mesmo artigo orienta que a implementação quanto aos recursos marinhos deve estar em conformidade com os direitos e obrigações do Direito do Mar.

É neste artigo que a Convenção engloba vários outros tratados e, por isso, que a Convenção enfatiza em tantos artigos as necessidades de cooperação.

As especialidades de sistemas de licenciamento, criação de áreas protegidas, listagens de espécies ameaçadas de extinção, sistemas de inspeção ou fiscalização conjunta, intercâmbio de dados científicos, e outras informações, estão previstos em outros documentos internacionais (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 662).

Para Sands (2003, p. 521), a linguagem é ampla o suficiente para permitir, em certas circunstâncias, a CDB prevalecer sobre outros acordos, inclusive sobre patentes ou direitos de propriedade intelectual.

Não foram dadas muitas especificações quanto à rica biodiversidade marinha, mas ao citar o direito do mar, chama a UNCLOS para a equação, numa demonstrativa de como os tratados se complementam.

O artigo 23 determina um dos instrumentos mais importantes da Convenção, a Conferência das Partes (COP), onde a COP é o órgão decisório supremo da Convenção. A 1ª COP foi prevista para um ano após a entrada em vigor, e na primeira COP realizada, entre 8 de novembro e 9 de dezembro de 1993, se optou por COPs a cada dois anos. Este artigo também determina que qualquer órgão ou organismo, governamental ou não governamental, que seja competente no campo da conservação e utilização da biodiversidade, pode participar das COPs como observador, por uma solicitação prévia do secretariado.

O artigo 15 e 24 criam dois órgãos para o tratado: o Secretariado e o Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico. O secretariado exerce funções executivas e administrativas para a efetivação da Convenção. O órgão subsidiário, eminentemente técnico, fica responsável por atividades científicas, transferência de tecnologias e realizar manuais para as partes. Mas ainda estão previstos os grupos de trabalho “ad hoc” e os bancos de dados.

Para Accioly, Casella e Silva (2012, p. 1001), a importância de tais órgãos é fundamental na concretização das disposições normativas. O trabalho desses órgãos é divulgado eletronicamente e publicado em diversos países, e torna-se uma fonte de influência no cenário internacional.

Outro instrumento essencial para a CDB é a obrigação de relatórios periódicos sobre as medidas de implementação da Convenção, juntamente com a eficácia dos instrumentos adotados (artigo 26).

O artigo 27 pede às partes para resolverem pacificamente suas controvérsias, quando não por negociação, então por mediação e conciliação, de acordo com o Anexo II sobre Solução de Controvérsias.

É nos artigos 28, 29 e 30 que se manifesta o caráter quadro ou “guarda-chuva” da Convenção, ao abrir a possibilidade de adoção de protocolos, emendas e anexos. Interessante ressaltar que a CDB não permite nenhum tipo de reserva na Convenção.

Para Accioly, Casella e Silva (2012, p. 1079), a CDB confere tratamento amplo à biodiversidade, uma tentativa de equilibrar conservação e uso aos recursos da biodiversidade. Já Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 616) entendem que a CDB faz um balanço entre os interesses dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, e seu maior mérito foi incentivar todos os tipos de países a participar com elementos-chave dos principais interesses.

Cabe a observação que os termos utilizados são muito amplos (promover, incluir, estimular). Portanto requerem resoluções, acordos e protocolos mais especializados para a implementação dos objetivos (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 617).

Schrijver (2008, p. 356) reconhece que a CDB incorpora novos e importantes princípios do Direito Internacional Ambiental, como precaução e equidade Inter-geracional, e uma visão mais moderna da soberania permanente sobre os recursos naturais, impondo exigências aos Estados para facilitar o acesso, cooperar e aplicar as medidas de conservação e uso sustentável, o que vai ao encontro da teoria de Schrijver.

Esta Convenção é particularmente importante porque é global, adota uma abordagem ecossistêmica, e introduz em uma base ampla de ligação entre conservação e recursos financeiros, permitindo a implementação pelos países de suas obrigações dependentes mediante o recebimento de recursos financeiros adequados em desenvolvimento (SANDS, 2003, p. 616).

3.3 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

3.3.1 Biodiversidade ou Diversidade Biológica

Conforme visto até agora, a diversidade é amplamente debatida no âmbito internacional, Assim, a biodiversidade coloca-se como questão ao

mesmo tempo urgente, do ponto de vista ecológico, e estratégica, dos pontos de vista econômico, político e social.

A própria Convenção da Diversidade Biológica, já referida, formula um conceito muito atualizado e preciso sobre a Biodiversidade ou Diversidade biológica em seu artigo 2 (BRASIL, 2000), segundo a qual “Diversidade biológica significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas”.

Neste sentido, Sands (2003, p. 499) considera que biodiversidade pode ser considerada a junção de diversidade genética, diversidade de espécies e diversidade de ecossistemas, três categorias que descrevem os aspectos diferentes e hierárquicos dos sistemas vivos. Ou seja, biodiversidade considera a diversidade de cada espécie, entre as espécies e os ecossistemas. Pode-se entender que a abundância dessas categorias se traduz em riqueza da Terra.

Ecossistema significa um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de microrganismos e o seu meio inorgânico, que interagem como uma unidade funcional. Espécie domesticada ou cultivada significa espécie em cujo processo de evolução influenciou o ser humano para atender suas necessidades. Enquanto hábitat significa o lugar ou tipo de local em que um organismo ou população ocorre naturalmente.

Birnie e Boyle (2002, p. 549) ensinam que biodiversidade é a variedade de vida em todas as formas, níveis e combinações, a qual se distingue de recursos biológicos exatamente pelo atributo de vida. A biodiversidade da vida é elemento essencial para o equilíbrio ambiental, elemento intrínseco que permite os ecossistemas reagirem melhor às alterações do meio ambiente, considerando que, sob perspectiva ecológica, quanto maior a simplificação de um ecossistema, maior a sua fragilidade.

Portanto, a biodiversidade, e os recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados intimamente ligados a ela, correspondem ao meio ambiente como um todo. O meio ambiente que define a qualidade e a continuação da vida, já que nele se vive, e dele que se extrai o necessário para viver.

3.3.2 Recursos Genéticos

Ressaltam-se os recursos genéticos, parte integrante da biodiversidade, que segundo a Convenção da Diversidade Biológica

(BRASIL, 2000) são definidos como: “Recursos genéticos significa material genético de valor real ou potencial”. E Material genético “[...] significa todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade”.

O termo, então, se refere ao material genético de plantas, animais ou microrganismos que tem valor real ou potencial para ser usado. O potencial para uso independe da sua finalidade, pesquisa de entendimento ou desenvolvimento de produtos.

Os recursos genéticos e biológicos são também, historicamente, de grande relevância na alimentação, na agricultura, na medicina e, recentemente, como matéria-prima para as biotecnologias avançadas.

Conclui-se que os recursos genéticos são todos e quaisquer materiais genéticos extraídos da biodiversidade, relevantes, no âmbito interno e internacional, pela sua utilidade e pelo valor atribuído.

Material genético significa todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade (BRASIL, 2000).

Recursos biológicos compreendem recursos genéticos, organismos ou partes destes, populações, ou qualquer outro componente biótico de ecossistemas, de real ou potencial utilidade ou valor para a humanidade. Recursos genéticos significa material genético de valor real ou potencial. Tecnologia inclui biotecnologia. Utilização sustentável significa a utilização de componentes da diversidade biológica de modo e em ritmos tais que não levem, no longo prazo, à diminuição da diversidade biológica, mantendo assim seu potencial para atender às necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras. Convenção Biodiversidade.

Relacionado aos recursos genéticos, é preciso explicar as condições *in situ* e *ex situ*. Condições *in situ* significam as condições em que recursos genéticos existem em ecossistemas e habitats naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios no qual tenham desenvolvido suas propriedades características.

Conservação *ex situ* significa a conservação de componentes da diversidade biológica fora de seus habitats naturais.

É por isso que a conservação *in situ* dos recursos genéticos significa a conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios em que tenham desenvolvido suas propriedades características. E a conservação *ex situ* se dá em laboratórios, parques, banco de sementes etc.

3.3.3 Conhecimento Tradicional Associado à Biodiversidade

No mesmo contexto, outra parte integrante da Biodiversidade são os conhecimentos tradicionais associados.

O entendimento que os povos e as comunidades tradicionais são elemento essencial para a rica biodiversidade é relativamente recente. Biodiversidade começa a ser considerada como intrinsecamente ligada à sociodiversidade. Conforme destaca Juliana Santilli (2015, p. 86), vários estudos apontam que são “[...] os povos indígenas e as populações tradicionais responsáveis, em grande parte, pela diversidade biológica de nossos ecossistemas, produto da interação e do manejo da natureza em moldes tradicionais”. Dessa forma, sociobiodiversidade expressa a inter-relação entre a diversidade biológica e a diversidade de sistemas socioculturais.

A biodiversidade não é, portanto, simples produto da natureza, mas sim uma construção cultural e social, produto da ação das sociedades humanas. A diversidade de espécies e a existência de grupos humanos distintos estão fortemente interligadas, cujas relações são estreitas e há uma dependência recíproca.

Espécies vegetais e animais são objetos de conhecimento, de domesticação, uso, fonte de inspiração para mitos e rituais das sociedades tradicionais e mercadoria nas sociedades modernas (SANTILLI, 2015, p. 86). Mas, tradicionalmente, diversidade da vida não é vista como “recurso natural”, e sim como um conjunto de seres vivos que tem um valor em si, que os conhecimentos tradicionais manejam.

Santilli (2015, p. 84) ainda explica que, quando se fala em comunidades tradicionais, inclui-se neste conceito não apenas as comunidades indígenas, mas também “outras populações que vivem em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental”, como as comunidades extrativistas, de pescadores, remanescentes de quilombos, etc.

Assim, por povos tradicionais, populações tradicionais ou comunidades tradicionais entende-se como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (SANTILLI, 2011, p. 2).

Em suma, a importância dos povos e comunidades tradicionais, para a biodiversidade, se baseia nos Conhecimentos Tradicionais

Associados, que se distingue pela informação ou prática de uma coletividade associada a um recurso natural. Mesmo se um indivíduo só exercer aquele conhecimento, é um conhecimento coletivo, de tradição que será passado a terceiro quando houver necessidade de sucessão, pois faz parte do modo de vida da comunidade e da cultura.

A interação da sociobiodiversidade gera os conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica, com técnicas de ação sobre o meio para satisfação das necessidades e vontades humanas, conhecimentos não científicos e essenciais para a utilização sustentável do meio ambiente.

Enfim, conhecimentos tradicionais são sabedorias, construídas e transmitidas, através de gerações, por comunidades indígenas, ou comunidades locais que praticam um modo de vida tradicional, para utilização e manutenção dos recursos naturais que possuem (SCBD, 2012).

Esse é o conhecimento próprio de comunidades indígenas, ou comunidades locais que praticam um modo de vida tradicional, baseado na cultura para utilização e manutenção dos recursos naturais que possuem. Para Santilli (2011, p. 2), o conhecimento derivado dos processos, práticas e atividades tradicionais dos povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais relacionados ao uso de espécies e outros recursos do ecossistema dependem do modo de vida dessas comunidades, o qual está ligado mais profundamente à natureza.

Conforme salienta Violeta Refkalefsky Loureiro (2009, p. 152), “[...] as populações locais da Amazônica sempre se valeram dos conhecimentos acumulados secularmente sobre a biodiversidade do meio em que vivem”, desenvolvendo com o passar do tempo um amplo conhecimento, em vista de sua integração com a natureza, tais como produtos medicinais, produtos que sempre foram produzidos e utilizados por populações tradicionais como parte da vida cotidiana.

Nesse sentido, a manutenção da diversidade biológica, por exemplo a encontrada no Brasil, se deve em grande parte aos povos indígenas, os quais cultivam inúmeras variedades de espécies, domesticam plantas e animais após gerações de manipulações para servirem como fonte de alimentação e conhecem o uso medicinal de plantas e substâncias, sendo, portanto, capazes de manejar tais recursos de suas terras de modo sustentável (SANTILLI, 2004, p. 344). Ou seja, o conhecimento tradicional associado aos povos e comunidades locais tem um caráter essencial de conservação da natureza.

As comunidades tradicionais detêm sabedorias úteis a diversas áreas, mas a que se trata aqui, são essencialmente aqueles conhecimentos

ligados à biodiversidade, como explica Santilli (2004, p. 342): os métodos de pesca e de caça, conhecimentos e técnicas de manejo de recursos naturais, dos ecossistemas, incluindo conhecimentos de propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de flora e fauna. Conhecimentos desenvolvidos a partir de observação, interação, práticas religiosas e necessidade de adaptação dessas comunidades em nichos ecológicos específicos.

Após a conscientização do mundo ocidental do reconhecimento e valorização dos conhecimentos das populações tradicionais, se começou a pesquisar princípios, valores e saberes esquecidos ou menosprezados desses povos pelo progresso e modernidade, tais como a agricultura biológica, antes considerada arcaica, que voltou a ser valorizada como um meio para uma vida mais saudável. Tal conscientização serviu ainda como argumento para defender o território e a diversidade das populações tradicionais, bem como o respeito à diferença (LOULEIRO, 2009, p. 152).

No mesmo sentido, Sands (2003, p. 1053) ensina que as práticas das comunidades indígenas e locais, envolvendo estilos de vida tradicional, são fundamentais para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade. E, apesar de ser amplamente reconhecido que o conhecimento tradicional pode contribuir para o meio ambiente e biodiversidade, a comunidade internacional só agora começou a considerar a necessidade de se proteger esse conhecimento também.

Hoje, o conhecimento tradicional associado reveste-se da proteção da biodiversidade, pelas ameaças inerentes de comercialização dos conhecimentos e também questões de perdas culturais pela urbanização e natureza oral do conhecimento, assim como pela gerência sustentável dos recursos naturais.

Diante do exposto, as comunidades tradicionais possuem dupla importância: primeira, dos conhecimentos tradicionais associados, que permitem a preservação ambiental e manejo da biodiversidade por um modo de vida sociocultural que restringe a ampliação desmesurada do uso dos recursos naturais, assim como a acumulação privada. Em segundo, a importância da própria comunidade tradicional, a diversidade de identidade, cultura e organização dessas populações que produzem os conhecimentos tradicionais.

A importância e necessidade de se proteger a sociodiversidade para a conservação da diversidade biológica, e a necessidade de participação das comunidades tradicionais já são consagradas em diversos documentos no plano internacional, em especial a Convenção da Diversidade

Biológica e Convenção 169 sobre reconhecimento das comunidades indígenas.

O reconhecimento dos povos indígenas em si já se perpetua em vários documentos internacionais, em especial na Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) sobre Povos Indígenas e Tribais, convocada em Genebra pelo Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho, em 7 de junho de 1989, posteriormente aprovada como Decreto n 5.051 de 19 de abril de 2004, no Brasil (BRASIL, 2004).

Villares (2009, p. 91) esclarece que “[...] a convenção 169 é permeada de preceitos que cuidam da participação e do respeito aos povos indígenas, e parece ser esse seu principal mote”, pois “todas as suas normas destinadas aos Estados signatários trazem uma obrigação de participação dos povos indígenas na elaboração de medidas legislativas e administrativas, seja na formulação ou execução das políticas públicas”.

No preâmbulo, a Convenção já ressalta que os povos indígenas e tribais têm particular contribuição à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais. A parte um aborda as previsões da política geral da convenção e delimita, do artigo 1 até o artigo 12, os fundamentos para os povos indígenas.

Dentre as especificações, se ressalta obrigação dos Estados de “[...] desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade” (BRASIL, 2004), conforme artigo 2, inciso I, de forma a promover a igualdade de direitos e oportunidades, ao mesmo tempo em que respeita a identidade social e cultural, os “costumes e tradições, e as suas instituições”, de acordo com o artigo 2, inciso II.

Ainda aborda a Convenção, em seu artigo 4 (BRASIL, 2004), a necessidade de medidas de proteção, observando “[...] os desejos expressos livremente pelos povos interessados”. Como partes das medidas de proteção, são importantíssimos os mecanismos de consulta e instituições representativas para os povos indígenas, para participar em decisões que possam afetá-los ou que lhes interesse. Essa é a ideia geral do artigo 6, que coloca os povos indígenas como sujeitos de direito, e não incapazes que precisam de representação, pois são os atores principais dos processos que sucedam sobre as suas formas de vida (MAGALHÃES, 2002, p. 92).

Já o artigo 7 ressalta o direito dos povos de “escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento”,

essencialmente no que afeta a totalidade do modo de vida, bem como ter decisão sobre as terras que ocupam e utilizam, inclusive para “proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam”. Para tanto, a maior ferramenta é a participação “[...] da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional”.

A segunda parte, sobre terras, reconhece aos povos indígenas, no artigo 14, os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, incluindo os recursos naturais nelas existentes por seus direitos de participarem da utilização, administração e conservação dos recursos, conforme artigo 15. Igualmente, qualquer prospecção ou exploração dos recursos existentes nessas terras, necessita da consulta prévia aos povos interessados para não serem prejudicados, os quais devem participar dos benefícios que as atividades produzirem, assim como receber indenização por danos das atividades.

Dessa forma, “[...] a participação e o consentimento dos povos indígenas implica uma decisão com maior consenso, e, portanto, com mais legitimidade, o que serve ao respaldo das decisões e a fiscalização da administração pública e das ações da sociedade” (VILLARES, 2009, p. 91): esse é o norteador de toda a Convenção.

Posteriormente, essas definições repercutiram em todo o Direito Internacional, não só para povos indígenas, mas também para comunidades tradicionais.

3.3.4 Acesso e Repartição de Benefícios

Acesso e repartição de benefícios (ABS) referem-se à forma como os recursos genéticos podem ser acessados e como os benefícios que resultam de seu uso comercial são compartilhados entre as pessoas ou países que utilizam esse recurso (usuários) e as pessoas ou países que o fornece (provedores) (SCBD, 2012).

O conceito de ABS é baseado no princípio do consentimento prévio fundamentado (PIC), concedido por um provedor para um usuário e em negociações entre ambas as partes para desenvolver termos mutuamente acordados (MAT), com o objetivo de garantir a repartição justa e equitativa dos recursos genéticos e dos benefícios associados (SCBD, 2012).

Na visão de Albagli (1998, p. 118), houve claramente um conflito de interesses Norte-sul nos debates internacionais para a construção do tema, enquanto a ênfase na preservação *stricto sensu* foi levantada pelos países do Norte, interessados em assegurar a conservação dos recursos de

biodiversidade, certamente por ser a biodiversidade essencial para a produção dos países desenvolvidos, se concentrarem em países em desenvolvimento.

Ao contrário, os países do eixo sul tiveram, como foco, assegurar a participação nos benefícios advindos da utilização dos recursos genéticos frequentemente patenteados e comercializados por empresas de países de economia avançada, sem qualquer contraprestação para os países de origem.

Neste cenário, a repartição de benefícios é considerada como um mecanismo de equilíbrio das relações Norte-Sul, ou em exploração de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Um mecanismo que se introduziu no conceito de repartição de benefícios, possibilitando aos países em desenvolvimento e às comunidades locais, a oportunidade de obterem alguma vantagem da exploração ou da pesquisa de seus recursos.

Tais benefícios devem ser repartidos de forma justa e equitativa entre as Partes Contratantes.

Segundo Varella (2004, p. 121), a repartição de benefícios pode ser realizada de diversas maneiras, tais como: pagamento monetário direto; transferência de tecnologia; construção de infraestrutura para a comunidade que fornece o recurso; pesquisa sobre enfermidades locais; equipamentos; participação em benefícios monetários associados a direitos de propriedade intelectual; dados e informações taxonômicas, bioquímicas, ecológicas, materiais educacionais; acesso a coleções e bancos de dados; benefícios em espécie, tais como ampliação de coletas nacionais no país de origem e apoio ao desenvolvimento pela comunidade de atividades de treinamento em ciência; conservação e gerenciamento *in situ* e *ex situ*; tecnologia de informação e gerenciamento e administração do acesso e repartição de benefícios, entre outros.

Do ponto de vista de Albagli (1998, p. 140) a partilha de benefícios pode acontecer por meio de: benefícios financeiros de várias formas, como pagamento antecipado, royalties e dividendos, permitindo a participação dos países provedores dos recursos genéticos nos ganhos econômicos alcançados com a exploração comercial desses recursos; transferência de tecnologia e capacitação de recursos humanos para o país ou comunidade que concedeu o acesso; ou ainda por outros meios mutuamente acordados.

Como o acesso deve necessariamente ser de comum acordo entre as partes, a repartição de benefícios ocorrerá no âmbito de um acordo de vontades, um negócio jurídico bilateral, contratos ou convênios de cooperação.

Conforme anteriormente assinalado, a CDB dispõe dentre suas finalidades, ao lado da conservação e da utilização sustentável da biodiversidade, a repartição justa e equitativa dos benefícios da utilização dos recursos genéticos.

A este propósito, a CDB determina que os países de origem dos recursos criem leis nacionais para regular o acesso e garantir que um país usuário interessado em desenvolver o produto respeite o seu regulamento nacional, mediante um contrato. A legislação nacional é, assim, a garantia extra da efetividade da repartição de benefícios e da proteção do conhecimento tradicional associado. Motivo pelo qual é a partir de 1992 que diversos países desenvolveram legislação própria sobre o tema.

Devido a isto, a repartição de benefícios deverá ocorrer no âmbito de contratos de acesso, mediante “consentimento prévio fundamentado” (PIC) da parte provedora do recurso. O acesso só deve ocorrer com acordo entre as partes. No contrato devem estar definidos: o recurso a ser acessado; a finalidade do acesso; o local em que irá ocorrer; duração e forma de acesso; e, por fim, a forma de repartição do benefício.

A CDB instiga os países-membros na busca desse compartilhamento justo e equitativo de benefícios. Para isso, devem adotar medidas legislativas, administrativas e/ou políticas em conformidade com os artigos da convenção.

Além do mais, garante o acesso prioritário, em base justa e equitativa, dos países em desenvolvimento aos resultados derivados de biotecnologias baseadas em recursos genéticos por eles providos.

3.4 CONFERÊNCIAS DAS PARTES DA CONVENÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA E OUTROS DOCUMENTOS ADOTADOS

Após a entrada em vigor da Convenção da Diversidade Biológica, em 29 de dezembro de 1993, já foi convocada para o ano seguinte uma COP, de acordo com o artigo 23 da CDB. Todas as conferências geraram relatórios finais, que consagram as declarações e negociações dos assuntos.

Então, a primeira COP ocorreu nos dias 28 de novembro a 9 de dezembro, na cidade de Nassau, em Bahamas. Dos 105 países que ratificaram o tratado até o evento, compareceram 37. A Conferência ainda contou com a presença de representantes de cinco órgãos da ONU, diversas Organizações Internacionais e Organizações não governamentais.

Como reunião inicial, seu papel principal foi estabelecer alicerces institucionais. Portanto, decidiu: a agenda das próximas reuniões, regras

de procedimentos, programa de trabalhos e temas até 1997, composição de grupos e secretaria, entre outras ações procedimentais. Até hoje já aconteceram treze COPs, em que a última foi em 6 de outubro de 2014.

As contribuições mais significantes das COPs em matéria de biodiversidade foram:

Na segunda reunião, em novembro de 1995, a Conferência das Partes da Convenção decidiu criar um Grupo de Trabalho Aberto Ad Hoc sobre Biossegurança, para elaborar um protocolo sobre biossegurança, enfocando especificamente o movimento transfronteiriço de organismos vivos modificados.

A COP 4 ocorreu em Bratislava, República da Eslováquia, de 4 a 15 de maio de 1998. Um grupo de trabalho sobre as disposições do artigo 8 (j) e afins foi criada nessa Conferência, de modo a se aprofundar a compreensão dos conhecimentos tracionais associados à biodiversidade.

Antes da COP 5, foi convocada uma conferência extraordinária EXCOP 1, que foi a primeira conferência extraordinária da CDB, e durou de 22 a 23 de fevereiro de 1999. Teve como objetivo a adoção do Protocolo de Biossegurança, que ficou conhecido também pelo nome da cidade na qual foi aprovado, Cartagena, na Colômbia.

Na COP 5, em janeiro de 2000, o Protocolo de Cartagena foi adotado como um acordo suplementar à CDB. Nessa reunião, também foi instituído o grupo de trabalho para acesso e repartição de benefícios.

O Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica à Convenção sobre Diversidade Biológica é um tratado internacional que rege os movimentos de organismos vivos modificados (OVM), resultantes da biotecnologia moderna de um país para outro. Entrou em vigor em 11 de Setembro de 2003.

A COP 6, em 2002, aprovou as Diretrizes de Bonn, um trabalho do grupo sobre ABS instituído na COP 5. As Diretrizes de Bonn sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Resultantes da sua Utilização foram adotadas como uma tentativa de simplificar os procedimentos de acesso e de repartição de benefícios (SANDS, 2003, p. 520).

É um documento não vinculante, declarativo e técnico, que se destina a auxiliar as partes no desenvolvimento da legislação e plano de ação nacional para acesso e repartição, o qual identifica as etapas do processo de acesso, informa que tipo de legislação e autoridades as partes devem providenciar, e ainda aborda os seguintes elementos: Papéis e responsabilidades no acesso e de repartição de benefícios (parágrafos 13-16); Participação das partes interessadas (parágrafos 17-21); Passos no acesso e repartição de benefícios processo, inclusive sobre consentimento

prévio informado e o acordo mútuo de termos (parágrafos 22-50); e outras disposições sobre incentivos, prestação de contas, monitoramento, verificação e solução de controvérsias (parágrafos 51-61). As Diretrizes têm por objetivo auxiliar as partes e outros agentes interessados a desenvolver estratégias para implementar as determinações da CDB relativas ao ABS, através do estabelecimento de medidas legais, administrativas, e a negociação de contratos de acesso aos recursos genéticos. Na COP 6 ainda se determinou que o grupo de trabalho analisasse com mais profundidade as questões pendentes, incluindo o uso de termos, outras abordagens, medidas de apoio à conformidade com o consentimento prévio informado e termos mutuamente acordados, e as necessidades de capacitação (COP6 decisão VI / 24).

As diretrizes de Boon são um guia prático, como fazer leis, o que é preciso que o país aplique etc. De fato, a maioria das suas provisões está consagrada no Protocolo de Nagoya, mas sem fornecer modelos e exemplos para as partes. É por isso que o presente estudo não irá se aprofundar no seu conteúdo, já que o essencial de Boon está no Protocolo.

A COP 7, em 2004, foi responsável por publicar o Protocolo de Nagoya-Kuala Lumpur, sobre responsabilidade e compensação, suplementar ao Protocolo de Cartagena. O novo protocolo complementa Cartagena e fornece regras internacionais e procedimentos sobre responsabilidade e reparação dos danos causados à biodiversidade resultante de organismos vivos modificados (OVM).

E a COP 10 aprovou, em outubro de 2010, em Nagoya, no Japão, o Protocolo de Nagoya sobre ABS.

3.4.1 Criação do Protocolo de Nagoya

Finalmente na COP 5 se criou um Grupo de trabalho Ad Hoc de Composição Aberta sobre Acesso e Repartição de Benefícios, cuja sigla conhecida é WGABS¹⁴⁵. O mandato inicial do Grupo de Trabalho foi desenvolver diretrizes e outras abordagens para ajudar as partes interessadas, com a implementação do acesso e repartição de benefícios dispostos na CDB (decisão V/26).

Nesta reunião, também foi aprovado um plano de trabalho para o grupo do artigo 8 (j) da Convenção, e de reforçar o papel e a participação

¹⁴⁵ Decorrente do termo em inglês “Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit Sharing”.

das comunidades indígenas e locais na realização dos objetivos da Convenção.

A COP, a SBSTTA e o WGABS desempenham papel bastante ativo com relação à regulamentação e implementação dos dispositivos 15 ao 19, uma vez que os termos da Convenção são muito vagos e abstratos ao possibilitar a concretização dessas medidas sem intensivo desenvolvimento prático e técnico da matéria.

A primeira reunião do grupo de trabalho específico de ABS ocorreu na cidade de Bonn, da Alemanha, nos dias 22 a 26 de outubro de 2001. O resultado desta reunião foram as Diretrizes de Bonn sobre ABS, aprovadas na COP 6, em abril de 2002, na cidade de Haia, na Holanda.

A segunda reunião do WGABS ocorreu em Montreal, no Canadá, de 1 a 5 de dezembro de 2003. Na COP 7, em Kuala Lumpur/Malásia, no mês de fevereiro de 2004, foi resolvido que o WGABS deveria trabalhar em colaboração com o Grupo de Trabalho sobre o artigo 8 (j) para elaborar e negociar um regime internacional de ABS.

A junção dos dois grupos visou garantir a participação das comunidades indígenas e locais, Organizações não governamentais, da indústria e das instituições científicas e acadêmicas, bem como organizações intergovernamentais (COP7 decisão VII/19).

O WGABS continuou seus trabalhos na terceira reunião, realizada de 14 a 18 de fevereiro de 2005, na cidade de Bangkok/Tailândia. A quarta reunião se deu na cidade de Granada, na Espanha, entre 10 de janeiro e 3 de fevereiro de 2006.

Na sua oitava COP, em março de 2006 em Curitiba, foi solicitado que o WGABS continuasse a elaboração e a negociação do regime internacional, de maneira veloz, para completar os trabalhos até a COP 10 (decisão VIII/4).

Assim, duas reuniões foram realizadas antes da COP 9. O WGABS realizou sua quinta reunião em Montreal/Canadá de 8 a 12 de outubro de 2007, e a sexta em Geneve/Suíça, no período de 21 a 25 de janeiro de 2008, continuando a elaboração e negociação de um regime internacional de ABS.

Na COP 9 em Bonn, na Alemanha, realizada em maio de 2008, se reiterou a instrução ao WGABS, para concluir a elaboração e a negociação de um regime internacional com a maior brevidade possível, antes da décima reunião da Conferência das Partes (COP 9 decisão IX/12).

A COP, na mesma decisão, instruiu o grupo de trabalho a se encontrar três vezes antes da próxima conferência, e a submeter para

consideração e aprovação um instrumento/instrumentos para implementar eficazmente as disposições do artigo 15 e do artigo 8 (j).

É a partir deste momento, em 2008, que se tem uma ocasião estratégica para a discussão política e científica sobre ABS, cuja motivação de se ter um documento final do tema articula diversos sujeitos sobre o que é importante para a temática. Portanto, o grupo se reuniu pela sétima vez em Paris/França, de 2 a 8 abril de 2009; pela oitava vez em Montreal/Canadá durante 9 a 15 novembro de 2009; e pela nona vez em Cali/Colômbia, durante 22 a 28 de março de 2010.

Na reunião que houve em Paris/França, em abril de 2009, o Grupo de Trabalho aceitou um projeto de protocolo apresentado pelos copresidentes, como base para futuras negociações. O projeto possuía alternativas de textos e uso de expressões. No entanto, o Grupo de Trabalho não foi capaz de finalizar o texto nessa sessão, e decidiu suspender a reunião no final dos sete dias, para retomar a nona reunião do Grupo de Trabalho, a fim de lhe permitir completar o seu mandato.

Em tal reunião, ainda foram divulgados os resultados de um estudo denominado de *The Economics of Ecosystems and Biodiversity*, desenvolvido por Pavan Sukhdev. O estudo demonstra informações sobre o valor econômico da biodiversidade mundial, juntamente com conhecimentos tradicionais associados.

Sequencialmente, na reunião em Montreal e Cali, as partes continuaram os trabalhos do projeto, e reuniu-se um Grupo de Negociação Inter-regional para continuar as negociações. As partes fizeram progressos significativos sobre os entendimentos comuns de diversos elementos. No entanto, ainda não foi possível finalizar o texto, e o WGABS decidiu convocar um novo grupo de negociação inter-regional antes da COP10.

Portanto, se retomou o trabalho em Montreal/Canadá, de 18 a 21 de Setembro de 2010, e em Nagoya no Japão, de 13 a 15 de Outubro de 2010. Uma última reunião ocorreu em 16 de outubro de 2010, em Nagoya, no Japão, durante a qual aprovou os trabalhos, do qual se originou o projeto de Protocolo relativo à ABS, para a COP 10.

Só o grupo sobre ABS realizou 11 reuniões: nove reuniões das partes, e ainda mais dois encontros para debater o rascunho do Protocolo de Nagoya.

Finalmente, na décima reunião da Conferência das Partes, realizada em Nagoya, de 18 a 29 de outubro de 2010, as partes adotaram o Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição de Benefícios decorrentes da sua utilização (COP 10 decisão X/1).

A assinatura do Protocolo ficou em aberto na sede das Nações Unidas em Nova York, a partir de 2 de fevereiro de 2011, como estipulado pelo artigo 32 do Tratado.

O Protocolo de Nagoya sobre ABS entrou em vigor em 12 de Outubro de 2014, 90 dias após o depósito do quinquagésimo instrumento de ratificação (artigo 33). O seu objetivo é a partilha justa e equitativa dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos, contribuindo assim para a conservação e uso sustentável da biodiversidade. Interessante ressaltar que assim como a CDB, o Protocolo não aceita reservas (artigo 34), o que representa um compromisso integral dos Estados-membros.

Na presente data, um ano depois da entrada em vigor, o Protocolo de Nagoya conta com 65 países-membros que ratificaram o tratado (SCBD, 2015).

3.5 CONCLUSÕES FINAIS DA REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DA BIODIVERSIDADE

A conservação da biodiversidade provavelmente apresenta maiores desafios regulamentares ao Direito Internacional do que qualquer outra questão ambiental. As ameaças à biodiversidade vêm de uma multiplicidade de fontes, exigindo uma abordagem global da regulamentação de uma ampla gama de atividades humanas. Além disso, a conservação da biodiversidade ilustra claramente a série de dificuldades que existem no desenvolvimento e aplicação de normas de Direito Internacional de recursos, que frequentemente não respeitam fronteiras nacionais ou são encontrados em áreas fora da jurisdição nacional, e que exigem uma atenção integral a ser dada aos valores sociais, culturais, ecológicos e econômicos que diferentes pessoas colocam em espécies diferentes (SANDS, 2003, p. 615).

Como visto, enquanto as demais convenções e documentos limitavam-se à conservação de espécies específicas e espaços, ou à restrição do comércio, a complexidade dos temas tratados nas diversas convenções que regulamentam a biodiversidade demonstram como a proteção da biodiversidade não somente está ligada a outros campos do Direito Internacional, mas ainda com problemas sociais, econômicos e tecnológicos. O simples fato de que a biodiversidade corre muitos riscos e é essencial de tantas formas, faz a matéria pender de forma mais acentuada para o debate acerca da necessidade concreta de ações (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 1061).

A experiência derivada das tentativas primeiras para conservar essas espécies estabeleceu três condições prévias para garantir a

efetividade das convenções internacionais para essa finalidade: primeiro, a exploração, quando permitida, deve ser conduzida em uma base racional, isto é, com, os objetivos razoáveis e conscientes, tendo em conta o conselho científico; segundo, as espécies em causa devem ser tratadas como uma unidade biológica, ou seja, através de toda a sua gama; e em terceiro lugar, todos os fatores ambientais relevantes que afetam a conservação de uma espécie e do seu habitat devem ser considerados. Para estes, agora foi adicionada a necessidade de conservar a diversidade biológica, afim tanto de conservação *in situ* e *ex situ* dos ecossistemas e habitats naturais, como de manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies no seu meio natural, os quais devem ser protegidos contra degradação indevida (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 601).

A própria conservação no passado não era um problema, até que o nível de ameaça a uma espécie colocava-a em perigo de extinção. A ideia de conservação das espécies para o seu próprio valor – e não simplesmente como recursos exploráveis pelo homem – é de origem relativamente recente e ainda controversa em alguns aspectos (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p.589). Assim como a concepção que a proteção de uma espécie não era suficiente encaminhou as regulamentações recentes para conservação de ecossistemas e habitats, em uma concepção mais ampla (SANDS, 2003, p. 616).

A Convenção sobre a Biodiversidade é, portanto, a primeira tentativa de lidar com as lacunas decorrentes do sistema antigo, através do estabelecimento de um regime mais abrangente e inclusivo para a conservação da biodiversidade como tal. Embora reconhecendo o valor intrínseco da biodiversidade para a humanidade e sua sobrevivência futura, ao mesmo tempo, ele também permite o uso sustentável dos recursos biológicos e incorpora muitos dos novos princípios e estratégias de conservação que se desenvolveram em direito ambiental contemporâneo. É ela que cria um quadro conservatório equilibrado com desenvolvimento social e econômico (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 613).

Uma conservação eficaz dos recursos vivos, não só pelo seu valor para a biodiversidade, mas para outros valores, exige que a proteção das espécies em geral – principalmente daquelas em extinção – ocorra com sustentabilidade. Isso significa regulamentação por uma base flexível, de modo que espécies possam ser adicionadas às convenções, habitats e ecossistemas sejam preservados, controle de espécies exóticas, áreas protegidas e reservas sejam concretizadas, e que o comércio seja limitado quanto à espécies ameaçadas de extinção e seus produtos. É nessa base

que a CDB foi criada, para ser trabalhada em parceria com os outros documentos internacionais ambientais mais específicos, como a CITES e a Convenção de Bonn.

Nesse sentido, coordenação tornou-se a necessidade mais urgente e fundamental da vida selvagem terrestre e habitats, se ambientes relacionados e sua biodiversidade, como definido e previsto na Convenção da Biodiversidade, devam ser conservados (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 697). Um dos maiores méritos da CDB sobre isso é que fornece uma estrutura para suporte aos países em desenvolvimento, para que possam suportar as obrigações assumidas (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 584).

Outro aspecto importante é que a regulamentação da biodiversidade reflete a estreita relação entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico, e a maioria das leis ambientais implicam repercussões na economia e comércio. Não é de surpreender, portanto, que nos últimos anos as preocupações ambientais têm se tornado interconectada com considerações econômicas. Afora a questão da potencial utilização de instrumentos econômicos para atingir objetivos ambientais, duas questões tornaram-se particularmente pungentes em recentes negociações. Os países em desenvolvimento têm procurado fazer a sua aceitação das obrigações ambientais dependentes da prestação de assistência financeira, e em alguns países desenvolvidos, a fim de evitar que as vantagens econômicas competitivas que resultem da não conformidade, têm se esforçado para garantir que os tratados ambientais criem instituições eficazes para verificar e assegurar que as partes contratantes cumprem as suas obrigações ambientais (SANDS, 2003, p. 09).

Historicamente, o acesso a espécies da biodiversidade de diversos países tropicais e, sobretudo, daqueles com alta biodiversidade, foi realizado sem a devida anuência oficial destes acessos e, nos casos em que houve desenvolvimento de produtos comerciais, sem a devida contrapartida por sua utilização. Se existe o que se falar de regulamentação de acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios é com base na fragmentação e no conflito Norte X Sul, originado pela soberania permanente sobre os recursos naturais. Hoje, há amplas evidências que a maioria dos Estados aceita seus deveres internacionais: cooperação na proteção de recursos vivos, boa-fé, uso equitativo dos recursos vivos em comum, boa-vizinhança e outros princípios estabelecidos pelas convenções (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 700).

Ainda assim, claramente há espaço para melhorias nas estruturas existentes dos tratados. É claro que a adoção de regulamentos e a aplicação de técnicas de regulamentação inovadoras irão, por si só, conservar a biodiversidade. As obrigações contidas nos tratados devem ser aplicadas em conjunto por cidadãos, governos, ONGs e OIs (SANDS, 2003, p. 617).

Além disso, há uma necessidade de reforçar os mecanismos de aplicação existentes e, se necessário, desenvolver novos arranjos que podem ser modelados sobre os regimes estabelecidos e aplicados pelos tratados.

É aqui que o Protocolo de Nagoya é essencial e é alvo de trabalho no capítulo 4.

4 O PROTOCOLO DE NAGOYA E O CERTIFICADO INTERNACIONAL DE CONFORMIDADE

Após se compreender a área do Direito, os sujeitos, fontes e todo o contexto de criação da regulação internacional da biodiversidade, assim como o tratado “guarda-chuva” que possibilitou os avanços na matéria (Convenção da Diversidade Biológica), finalmente se aproxima do cerne do presente trabalho.

Neste capítulo, para devida articulação do problema, primeiro se apresenta o Protocolo de Nagoya, ressalta-se seu objetivo, suas especificidades e o sistema ABS que ele propõe. Posteriormente, explicam-se todos os aspectos do certificado internacional de conformidade.

4.1 O PROTOCOLO DE NAGOYA

O título do tratado: Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Derivados de sua Utilização à Convenção sobre Diversidade Biológica, demonstra seu grau de complementaridade da Convenção da Diversidade Biológica.

Seu objetivo é regular a CDB no tocante ao artigo 15 (Acesso a recursos genéticos), para atingir os três objetivos do artigo 1 (conservação da diversidade biológica, utilização sustentável e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados).

Nesse sentido o artigo 1 do Protocolo afirma:

O objetivo do presente Protocolo é a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e à transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado, contribuindo desse modo para a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes.

A simples leitura do texto demonstra como o foco do Protocolo é implementar o terceiro objetivo da CDB, a repartição justa e equitativa dos benefícios, e que, para atingir tal propósito, é importante o acesso, a transferência de tecnologia pertinente e o financiamento (BUCK; MORGERA; TSIOMANI, 2014, p. 48).

Em uma análise mais apurada, é possível constatar a visão utilitarista¹⁴⁶ presente no Protocolo, em que são os benefícios oriundos dos recursos genéticos da biodiversidade, mediante uma repartição justa e equitativa, que auxiliam na conservação e uso sustentável da diversidade biológica¹⁴⁷.

Resgatando o capítulo 3 sobre a relação homem-natureza-biodiversidade, cabe o pensamento de Derani (2008, p. 62/67), que “São indissociáveis os fundamentos econômicos de uma política ambiental consequente e exequível.”, e “É no interior do desenvolvimento industrial-tecnológico moderno que devem ser encontrados os meios de proteção e conservação dos recursos naturais.”.

Destarte a relevância da repartição de benefícios, é claro que o acesso é um item fundamental também, pois sem acesso não haveria repartição de benefícios. Para Buck, Morgera e Tsioumani (2010, p. 53), o acesso e a repartição de benefícios são os pilares do Protocolo, devido à sua complementaridade refletida em vários artigos do documento e como visto nas negociações das partes. De fato, deve ser notado que “[...] acesso, repartição de benefícios e o cumprimento são os três elementos constitutivos do acordo político por trás da adoção do Protocolo”¹⁴⁸ (BUCK; MORGERA; TSIUUMANI, 2014, p. 53).

Uma última observação quanto ao objetivo do Protocolo é que apesar do estipulado no artigo 1º, uma compreensão correta do escopo do tratado requer sua leitura com o preâmbulo e os outros artigos. Nesse sentido, por mais que não esteja expresso no 1º artigo, todo o restante do Protocolo aborda os conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos. O artigo 3 (escopo) ressalta que “O Protocolo aplica-se também ao conhecimento tradicional, associado aos recursos genéticos compreendidos no âmbito da Convenção e aos benefícios derivados da

¹⁴⁶ É a partir desta visão utilitarista que se está construindo o regime internacional de repartição de benefícios, baseada na ideia de que a biodiversidade desempenha um papel importante dentro do âmbito produtivo global e, por essa razão, precisa ser conservada e utilizada racionalmente.

¹⁴⁷ Cabe observar a crítica de diversos autores da visão utilitarista-economicista da CDB e do Protocolo de Nagoya, que defendem a visão protecionista, já que para eles colocar os recursos biológicos no mercado não é a melhor via para sua proteção, como pode ser lido mais na obra de Patricia de Amorim Rêgo “Biodiversidade e Repartição De Benefícios”.

¹⁴⁸ Em inglês “access, benefit-sharing and compliance are the three constitutive elements of the political deal behind the Protocol adoption – the so-called ‘ABC of ABS’” (BUCK; MORGERA; TSIUUMANI, 2014, p. 53).

utilização desse conhecimento”. Portanto, o sistema ABS formulado, também tem como objetivo os conhecimentos tradicionais associados.

Que a repartição de benefícios e o acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos da biodiversidade é o objeto, está devidamente claro. Agora, que recursos genéticos são esses, depende de uma interpretação mais complexa do preâmbulo e dos artigos sobre relação com outros acordos internacionais, como se verá a seguir.

4.1.1 Relação com Outros Acordos e Instrumentos

Como visto, a CDB busca ser um tratado global e abrangente da diversidade biológica. Advindo deste fato, é necessário entender duas coisas essenciais sobre o Protocolo de Nagoya: primeiro, que o Protocolo é complementar à CDB e regula um tema da Convenção. Portanto, possui tratados pares, frutos da CDB, de assuntos que ele se exclui; e segundo, o protocolo se insere no regime normativo da Biodiversidade internacional, em que existem outros tratados internacionais específicos sobre recursos genéticos que ele também deve respeitar.

Para esta discussão, se deve utilizar o artigo 4 do Protocolo sobre o relacionamento com acordos e instrumentos internacionais, que define:

1. Os dispositivos do presente Protocolo não afetarão os direitos e obrigações de qualquer Parte decorrentes de qualquer acordo internacional existente, exceto se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações possam causar grave dano ou ameaça à diversidade biológica. Este parágrafo não pretende criar uma hierarquia entre este Protocolo e outros instrumentos internacionais.
2. Nada neste Protocolo impedirá as Partes de desenvolverem e implementarem outros acordos internacionais pertinentes, inclusive outros acordos especializados de acesso e repartição de benefícios, desde que apoiem e não se oponham aos objetivos da Convenção e do presente Protocolo.
3. Este Protocolo será implementado de modo a apoiar-se mutuamente em outros instrumentos internacionais pertinentes ao presente Protocolo. Deve-se dar devida atenção ao trabalho ou às práticas em curso que forem úteis e pertinentes no âmbito dos referidos instrumentos internacionais e

das Organizações Internacionais pertinentes, desde que eles apoiem e não se oponham aos objetivos da Convenção e do presente Protocolo.

4. Esse Protocolo é o instrumento para a implementação dos dispositivos sobre acesso e repartição de benefícios da Convenção. Nos casos em que se aplique um instrumento internacional especializado de acesso e repartição de benefícios que seja compatível com e não contrário aos objetivos da Convenção e desse Protocolo, o presente Protocolo não se aplica para a Parte ou as Partes do instrumento especializado em relação ao recurso genético específico coberto pelo e para o propósito do instrumento especializado.

Este artigo, de modo geral, reitera o posicionamento do Protocolo como um instrumento com posição central no regime internacional de ABS da biodiversidade, e ele tem o objetivo de ser centralizador, base e residual.

Isto pode ser visto na construção conjunta dos parágrafos.

O primeiro item destaca o respeito aos acordos internacionais existentes, e afirma que não os afetaram, a menos que tais acordos possam causar grave dano ou ameaça à diversidade biológica. Isso significa que, na presença de ameaça ou dano, o Protocolo obrigaria a dar prioridade em detrimento de outros acordos internacionais ou então as partes do outro tratado devem alterar suas obrigações no outro instrumento, de modo a não ocorrer tal situação (BUCK; MORGERA; TSIUMANI, 2014, p. 87).

O segundo define que não impedirá as partes de fazerem outros acordos, desde que se apoiem e não se oponham ao Protocolo. No mesmo sentido, o artigo terceiro afirma que o Protocolo se apoia e deve servir para apoio de outros instrumentos, desde que não se oponham aos objetivos. Ao fazer essas definições, fica claro o objetivo base (contribuir para outros acordos internacionais) e centralizador, ao mesmo tempo é aqui que se verifica um resgate à aplicação do princípio da boa-fé e cooperação.

Em especial, o último parágrafo reconhece que se aplique um instrumento especializado, desde que ele seja compatível com os objetivos da CDB e do Protocolo. Aqui fica claro o papel residual do tratado, em que as partes são chamadas para, se necessário, realizar acordos especializados de uma forma que suporte e observe os objetivos do Protocolo. E tudo que não cair em regimes especiais reconhecidos (que

não causem dano ou ameaça e que não se oponham) irá parar no âmbito do Protocolo.

Isto posto, é fundamental compreender que já existem alguns acordos internacionais que influenciam diretamente no seu conteúdo. São eles: o Tratado Internacional sobre os Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura, e as resoluções da OMS.

Portanto, tendo em vista a existência de tais documentos, uma coisa elementar a se fazer ao falar do Protocolo de Nagoya é delimitar para que tipo de recursos genéticos sua regulamentação se destina. E segundo, delimitar qual a finalidade de aplicação desses recursos.

Ou seja, entender que o Tratado de Nagoya propõe regulamentar acesso e repartição de benefícios de alguns tipos de recursos e que o regime do Protocolo depende de finalidades específicas de utilização dos recursos genéticos. O que exclui do domínio do Protocolo determinados recursos genéticos tratados por outros tratados internacionais aceitos, por sua substância e/ou finalidade de utilização.

4.1.2 Recursos Genéticos do Âmbito de Aplicação do Protocolo de Nagoya

Primeiramente quais são os recursos genéticos abordados pelo Protocolo de Nagoya?

Como visto, a CDB regula a diversidade biológica, a variabilidade de organismos vivos de todas as origens. E define recursos genéticos como qualquer material genético de valor real ou potencial. Por material genético se entende todo material de origem vegetal, animal, microbiana ou outra que contenha unidades funcionais de hereditariedade¹⁴⁹.

Isso significa que a CDB exclui de sua análise o material genético humano¹⁵⁰, ao limitar sua aplicação principalmente à origem vegetal, animal, microbiana etc. Mesmo que o texto não estivesse claro, as partes da CDB adoraram a decisão 2/11, em 30 de Novembro de 1995,

¹⁴⁹ Sem se adentrar no assunto, o interessante é que gene é uma unidade fundamental, física e funcional da hereditariedade.

¹⁵⁰ Da mesma forma, as diretrizes de Boon expressamente excluem recursos genéticos humanos no item C do documento oficial.

declarando que os recursos genéticos humanos não se incluem no âmbito da Convenção¹⁵¹ (BUCK; MORGERA; TSIUOMANI, 2014, p. 76).

Mas não utilizar material genético humano não significa que se excluem os patógenos humanos, agentes biológicos capazes de causar doenças em humanos.

É aí que se insere uma discussão muito grande no Protocolo¹⁵², que não é objeto do presente estudo, mas deve ser brevemente explicada. Patógenos são agentes biológicos capazes de causar doenças em qualquer ser, seja planta, animais ou humanos. Quando se fala de recursos genéticos, se inclui no círculo o material genético de todos os agentes causadores de doenças também.

Durante as negociações, o problema começou nas deliberações do tema, em que países desenvolvidos sugeriram a explícita exclusão dos recursos genéticos com propriedades patogênicas do Protocolo. Em contrapartida, países em desenvolvimento requereram incluir explicitamente vírus e outros patogênicos dentro do escopo do Protocolo (BUCK; MORGERA; TSIUOMANI, 2014, p. 105).

O texto final do Protocolo optou por previsões gerais, que não inclui ou exclui os patógenos, e se refere timidamente neles no preâmbulo e no artigo 8.

O Protocolo de Nagoya afirma, em seu preâmbulo, que “Conscientes do Regulamento Sanitário Internacional (2005) da Organização Mundial da Saúde e da importância de assegurar o acesso a patógenos humanos para fins de preparação e resposta no âmbito da saúde pública”¹⁵³.

Das previsões gerais continuou a discussão. Zwahlen (2010) e Nijar (2011, p. 3) explicam que os países que são contra a inclusão de patógenos alegaram que este texto indica como a Organização Mundial da Saúde e não a CDB é o lugar para resolver sobre patógenos humanos. E

¹⁵¹ “Requests the Executive Secretary to: Reaffirms that human genetic resources are not included within the framework of the Convention” UNEP/CBD/COP/2/19.

¹⁵² Interessante que “Pathogens were not considered as na issue in the negotiation of the CBD, or later by CBD Parties when deliberating on the implementation of the Convention. The issue surfaced for the first time in the negotiation of the Nagoya Protocol in 2009” (BUCK; MORGERA; TSIUOMANI, 2014, p. 105).

¹⁵³ Em inglês: “Mindful of the International Health Regulations (2005) of the World Health Organization and the importance of ensuring access to human pathogens for public health preparedness and response purposes”.

que o acesso, e não o benefício, é essencial para a saúde pública, na qual a OMS possui o nível técnico para acesso de patógenos humanos.

Ainda, o artigo 8-b delimita que as partes devem prestar atenção (no desenvolver e no implementar da legislação) a “casos de emergências atuais ou eminentes que ameacem ou causem danos à saúde humana, animal ou vegetal” e podem considerar “a necessidade de acesso expedito a recursos genéticos e repartição justa, equitativa e expedita dos benefícios derivados da utilização desses recursos genéticos, inclusive acesso a tratamentos acessíveis aos necessitados, especialmente nos países em desenvolvimento”.

Tal artigo é considerado, pelos países em desenvolvimento, uma das justificações de incluir patógenos no protocolo. Já os países desenvolvidos explicam que o artigo 8b ressalta como a necessidade de acesso rápido a recursos genéticos em tempos de emergência demonstra a inaplicabilidade do Protocolo (ZWAHLEN, 2010).

Nas discussões, países desenvolvidos afirmam que patógenos jamais foram objetivo de acesso e repartição de benefícios da CDB e, portanto, não deveriam ser de Nagoya. Afinal, não se procura conservar ou utilizar sustentavelmente os componentes da diversidade biológica causadores de doenças. E qualquer repartição de benefícios considera estes dois objetivos centrais. Países em desenvolvimento alegam exatamente o contrário (NIJAR, 2011, p. 2).

Para o especialista Nijar (2011, p. 6, tradução nossa), o que foi acordado por todas as partes do Protocolo, no preâmbulo, no artigo 8 sobre as considerações especiais e no artigo 4, parágrafo 3 e 4 sobre a relação com outros acordos e instrumentos internacionais é que

Patógenos estão claramente dentro do âmbito do PN. O Preâmbulo 16 do PN deixa claro que patógenos estão dentro do âmbito do PN. Além disso, o preâmbulo não exclui a aplicação das disposições de repartição de benefícios do PN. Na verdade, não pode fazê-lo em face do objetivo expresso do PN para a repartição de benefícios. Também não há nada nos parágrafos 3 e 4 do artigo 4, que faz com que o PN seja inaplicável a patógenos. Artigo 8 (b) também não estabelece um

regime especial para a repartição de benefícios de patógenos.¹⁵⁴

Na verdade, Nijar (2001, p. 3) afirma que o artigo 8 só surgiu para regular as relações do sistema ABS com patógenos. E o artigo 4, parágrafos 3 e 4, nitidamente permitem que o Protocolo seja base, e que exista a regulamentação específica das partes sobre patógenos.

Interessante ressaltar o debate no âmbito do Protocolo de Nagoya, que originou o mesmo debate de acesso e repartição de benefício de patógenos na Organização Mundial da Saúde. E após o texto de Nagoya já estar publicado, a OMS realizou um acordo sobre Preparação para Pandemia de Gripe (PIP)¹⁵⁵, considerado o primeiro mecanismo de ABS na área da saúde. Mas o seu objetivo é limitado para vírus causadores da gripe com potencial de pandemia. O que significa que, somente neste caso, será dada preferência ao regime instituído pela OMS pela especialização¹⁵⁶. “Todos os outros patógenos permanecem no âmbito do Protocolo”¹⁵⁷ (BUCK; MORGERA; TSIUOMANI, 2014, p. 104), inclusive aqueles da gripe que não tenham potencial de pandemia.

¹⁵⁴ O texto original: “Pathogens are clearly within the scope of the NP. Preamble 16 of the NP makes clear that pathogens are within the scope of the NP. Further the preamble does not exclude the application of the benefit sharing provisions of the NP. Indeed it cannot do so in the face of the express objective of the NP for the sharing of benefits. Also there is nothing in paragraphs 3 and 4 of Article 4 that makes the NP inapplicable to pathogens. Article 8(b) also does not establish a special benefit sharing regime for pathogens” (NIJAR, 2011, p. 6).

¹⁵⁵ Em Inglês “Pandemic Influenza Preparedness” (PIP).

¹⁵⁶ Com mais detalhes: “The PIP Framework negotiations were finalized following conclusion of the Nagoya Protocol negotiations and were informed by those. In addition, the Framework’s objective is to establish a fair, transparent, equitable, efficient, effective system for, on an equal footing, the sharing of viruses, and access to vaccines and sharing of other benefits. Therefore, in line with the Nagoya Protocol, the PIP Framework seeks to ensure both Access and benefit-sharing, and this objective is strengthened through the provisions of the Framework and the WHO-SMTAs. It can thus be concluded that the PIP Framework is consistent with, and does not run counter to the objectives of the Convention and the Nagoya Protocol, and can therefore be considered a specialized instrument in the context of Article 4(4) 105” (BUCK; MORGERA; TSIUOMANI, 2014, p. 104).

¹⁵⁷ Em inglês “All other pathogens remain under the scope of the Protocol”. (BUCK; MORGERA; TSIUOMANI, 2014, p. 104).

Portanto, especialistas no assunto, como Nijar, Morgera, Buck e Tsioumani concordam que recursos genéticos do Protocolo de Nagoya só excluem material genético humano. Todos os outros materiais, inclusive de patógenos humanos devem ser regulados no âmbito do Protocolo, com exceção dos acordos especializados de acordo com a sua substância.

Outro ponto interessante é que os recursos genéticos sujeitos a regulamentação, segundo a CDB (artigo 15 item 3) são “apenas aqueles providos por Partes Contratantes que sejam países de origem desses recursos, ou por Partes que os tenham adquirido em conformidade com esta Convenção”. O país de origem de um recurso genético significa o país que possui esses recursos em condições *in situ* (artigo 2), e condições *in situ* significa as condições em que recursos genéticos existem em ecossistemas e habitats naturais, e no caso de espécies domesticadas ou cultivadas nos meios em que tenham desenvolvido suas propriedades características.

Nesse sentido, para ser recurso genético de origem é preciso que a espécie seja originária daquele local ou que, quando introduzida, tenha ganhado características próprias adaptativas (sem manipulação humana) e se auto-reproduzem naturalmente nos ecossistemas e habitats.

4.1.3 Finalidade de Aplicação dos Recursos Genéticos no Âmbito do Protocolo de Nagoya

Inicialmente, o artigo 1º, que aponta o objetivo do Protocolo (acesso e repartição de benefício) se dirige para “utilização dos recursos genéticos”.

Em seguida o artigo 2 busca definir os termos:

c) “Utilização de recursos genéticos” significa a realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento sobre a composição genética e/ou bioquímica dos recursos genéticos, inclusive por meio da aplicação da biotecnologia, conforme definido no Artigo 2 da Convenção;

(d) “Biotecnologia”, conforme definido no Artigo 2 da Convenção, significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos ou seus derivados para criar ou modificar produtos ou processos para utilização específica.

Em resumo, o Protocolo se destina à utilização de recursos genéticos, seja para pesquisa ou desenvolvimento com o fim de criar ou modificar produtos e processos de utilização.

Mas isso não explica que fins são esses. Por exemplo: criar um produto pode ser criar uma semente de um alimento, ou de uma planta geneticamente modificada. É neste momento que se vislumbra como Nagoya é um tratado centralizador-base, do qual somente se exclui um recurso genético se ele for abordado em um regime mais específico.

Se um acordo da OMS excluiu os recursos genéticos de vírus da influenza com potencial pandêmico do âmbito do Protocolo, outros tratados que visam regular recursos genéticos de acordo com a sua finalidade também são relevantes. Nesta seara se observa uma finalidade que merecem explanação: para agricultura e alimentação.

4.1.3.1 Recursos Genéticos para Agricultura e Alimentação

Já no preâmbulo do Protocolo existe a observação de que a biodiversidade agrícola demanda solução específica, devido às suas características e problemas peculiares. Em seguida, o Protocolo explica a interdependência dos países em relação aos recursos genéticos para alimentação e agricultura, no que aponta o “papel fundamental do Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura e da Comissão da FAO sobre recursos genéticos para alimentação e agricultura”.

O objetivo do TIRFAA, oriundo da CDB, mas sob a regência da FAO, é a conservação e o uso sustentável dos recursos fitogenéticos¹⁵⁸ para a alimentação e a agricultura, e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização, em prol de uma agricultura sustentável e da segurança alimentar (FERREIRA; CLEMENTINO, 2010 p.20).

O TIRFAA cria um sistema multilateral de acesso e repartição de benefício de todos os recursos fitogenéticos para alimentação e

¹⁵⁸ Especificamente, “At the most advanced stage, the ITPGR developed under the FAO established a special ABS system for plant GRs for food and agriculture. It did so also in response to the CBD and in relation to the UPOV Convention covering particular IPR protection for new plant varieties. The FAO Commission has also discussed ABS regarding other GRs for food and agriculture (animals, forestry, micro-organisms, etc.).” (BUCK; MORGERA; TSIUOMANI, 2014, p. 104).

agricultura, arrolados no Anexo I do Tratado, geridos e administrados pelas Partes Contratantes e pela secretaria internacional.

Dois artigos são importantes para se compreender o âmbito de aplicação do TIRFAA: o artigo 5 e o artigo 12.

O artigo 5.1 prevê que cada parte deve promover um arrolamento e criar um inventário dos recursos fitogenéticos para alimentação e agricultura, de modo a possuir um bando de informações do seu uso potencial e ameaça a tais recursos, sem deixar de promover a conservação *in situ* (a) e (d), assim como devem promover a coleta dos recursos fitogenéticos para desenvolver um sistema de conservação *ex situ* (b) e (e).

Já o artigo 12.3 determina que o acesso ao recurso filogenético seja concedido “exclusivamente para a finalidade de utilização e conservação, para pesquisa, melhoramento e treinamento para alimentação e agricultura, desde que essa finalidade não inclua usos químicos, farmacêuticos e/ou outros usos industriais não relacionados aos alimentos humanos e animais. No caso de cultivos de múltiplo uso (alimentícios e não alimentícios), sua importância para a segurança alimentar deverá ser o fator determinante para sua inclusão no Sistema Multilateral, e sua disponibilidade para o acesso facilitado”.

Tais artigos são o suficiente para se compreender que os recursos genéticos para alimentação e agricultura, *in situ* ou *ex situ*, arrolados no Anexo I de acordo com a sua importância para a segurança alimentar, só serão regulados no acesso e repartição de benefícios do TIRFAA se o objetivo do acesso for “utilização e conservação” para 1 pesquisa, 2 melhoramento e 3 treinamento. E se um produto comercial é desenvolvido, que incorpore material acessado do sistema multilateral do TIRFAA, o tratado prevê o pagamento de uma parcela equitativa dos benefícios (artigo 13.2 (ii)).

O que se interpreta que o acesso de recurso genético que esteja no Anexo I do Protocolo que seja para uso comercial não será regido pelo Protocolo, nem para pesquisa química, farmacêutica e industrial.

Assim:

Neste contexto, os negociadores do Protocolo debateram para excluir especificamente os recursos ITPGRFA Anexo I do âmbito de aplicação do Protocolo, mas finalmente optaram por uma disposição mais geral, na forma do artigo 4. Como um acordo ABS especializado coerente com os objetivos da CDB e do Protocolo conforme o Artigo

4 (4) , as disposições do Tratado prevalecerão sobre aqueles do protocolo em relação ao [recursos filogenéticos para a alimentação e a agricultura] que são abrangidos pelas MLS (sistema multilateral) e que são acessados para fins de pesquisa, melhoramento e treinamento para a alimentação e agricultura. Nos casos em que os recursos decorrentes do Tratado são utilizados para outros fins (como para usos químicos, farmacêuticos e/ou industriais não alimentícios), o Protocolo de Nagoya será aplicado¹⁵⁹ (BUCK; MORGERA; TSIUOMANI, 2014, p. 101, tradução nossa).

O que, em resumo, significa que o Protocolo de Nagoya respeita e não aplica aos recursos genéticos amparados pelo TIRFAA no Anexo I que são: aqueles recursos genéticos para agricultura e alimentação *ex situ* e *in situ* que, que sejam acessados para pesquisa, melhoramento e treinamento de alimentação. Ou seja, devido à sua finalidade.

4.1.4 Características do Sistema ABS no Protocolo de Nagoya

Não há dúvida que o Protocolo é a norma jurídica que estabelece o sistema ABS no âmbito da CDB. Há características e operacionalização deste sistema que merecem maior atenção.

Para a compreensão do sistema ABS, previsto no Protocolo, é preciso dividi-lo em tais temas: Acesso a recursos genéticos e/ou conhecimentos tradicionais associados; Repartição de Benefícios derivados da utilização; Órgãos do Protocolo; e, por último, procedimentos e mecanismos para o cumprimento do Protocolo.

¹⁵⁹ Em inglês: “In this connection, the Protocol negotiators debated whether to specifically exclude the ITPGRFA Annex I resources from the scope of the Protocol, but eventually opted for a more general provision in the form of Article 4. As a specialized ABS agreement consistent with the objectives of the CBD and the Protocol as per Article 4(4), the provisions of the Treaty ‘will prevail over those of the Protocol with respect to [plant genetic resources for food and agriculture] that are covered by the MLS and that are accessed for the purpose of research, breeding and training for food and agriculture.’ In cases where the resources under the Treaty are used for other purposes (such as for chemical, pharmaceutical and/or non-food and non-feed industrial uses), the Nagoya Protocol will apply.” (BUCK; MORGERA; TSIUOMANI, 2014, p. 101).

4.1.4.1 Acesso a Recursos Genéticos e/ou Conhecimentos Tradicionais Associados

Para se falar sobre o acesso é preciso compreender tais artigos do Protocolo: Acesso (6 e 7), cumprimento da legislação nacional (15), os pontos focais nacionais e autoridades nacionais competentes (artigo 13), com o monitoramento da utilização dos recursos genéticos (17).

Como a legislação ambiental nacional, muito do Direito Internacional Ambiental é voltada para regulação dos problemas ambientais, fornecendo padrões e práticas comuns para a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais e da biodiversidade (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 9).

O acesso aos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados é baseado na legislação (ou requisitos reguladores nacionais) e no consentimento prévio informado¹⁶⁰ (abreviado de PIC para os fins deste trabalho) da parte provedora do recurso. Os artigos 6 e 7 do Protocolo abordam e definem sobre o tema, no qual se determina que qualquer acesso deve ocorrer somente por um PIC.

É por isso que uma obrigação para todas as partes do Protocolo é realizar (ou alterar) legislação interna para acesso e repartição de benefícios, de onde se irá fornecer o PIC quanto ao acesso dos recursos genéticos do país. E a segunda obrigação das outras partes é somente acessar um recurso genético em outro Estado, quando lhe for autorizado pelo PIC, uma representação clara do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais.

Para Dross e Wolff (2005, p. 54), é reconhecido que o PIC é requisito fundamental para uma política de acesso efetiva. O PIC não deve ser oneroso a ponto de impor restrições contrárias aos objetivos da CDB, e sim um instrumento que permite ao provedor obter as informações necessárias nas negociações de acesso.

Quanto aos recursos genéticos em poder de comunidades indígenas e tradicionais, em conformidade com a legislação nacional, cada Estado “adotará medidas, conforme o caso, com vistas a assegurar que se obtenha o consentimento prévio informado ou a aprovação e a participação das comunidades indígenas e locais para acesso aos recursos genéticos quando essas tiverem o direito estabelecido de conceder acesso a esses recursos”. Quando o acesso for sobre conhecimentos tradicionais

¹⁶⁰ Derivado do termo em inglês “Prior Informed Consent” (PIC).

associados, cada parte adotará medidas “com vistas a assegurar que o conhecimento tradicional associado a recursos genéticos, detido por comunidades indígenas e locais, seja acessado mediante o consentimento prévio informado ou a aprovação e participação dessas comunidades indígenas e locais, e que termos mutuamente acordados tenham sido estabelecidos” (parágrafo 2 do artigo 6 e artigo 7).

Para os países provedores dos recursos que forem conceder o PIC, o protocolo determina que tomem medidas legislativas, administrativas ou políticas necessárias para:

- (a) proporcionar segurança jurídica, clareza e transparência em sua legislação ou seus regulamentos nacionais de acesso e repartição de benefícios;
- (b) estabelecer normas e procedimentos justos e não arbitrários sobre o acesso a recursos genéticos;
- (c) prestar informação sobre como requerer o consentimento prévio informado;
- (d) conceder decisão escrita clara e transparente pela autoridade nacional competente, de maneira econômica e em um prazo razoável;
- (e) determinar emissão, no momento do acesso, de licença ou seu equivalente como comprovante da decisão de outorgar o consentimento prévio informado e do estabelecimento de termos mutuamente acordados, e notificar o Centro de Intermediação de Informação sobre Acesso e Repartição de Benefícios (ABS Clearing-House);
- (f) conforme o caso e sujeito à legislação nacional, estabelecer critérios e/ou procedimentos para a obtenção do consentimento prévio informado ou aprovação e participação de comunidades indígenas e locais para acesso aos recursos genéticos;
- (g) estabelecer normas e procedimentos claros para o requerimento e o estabelecimento de termos mutuamente acordados. Tais termos serão estabelecidos por escrito e podem incluir, entre outros:
 - (i) cláusula sobre solução de controvérsias;
 - (ii) cláusulas sobre a repartição de benefícios, inclusive em relação a direitos de propriedade intelectual;
 - (iii) cláusulas sobre a utilização subsequente por terceiros, caso haja; e

(iv) cláusulas sobre mudanças de intenção, quando aplicável (ARTIGO 6, parágrafo 3).

Todas essas solicitações são básicas no estabelecimento de uma legislação nacional para a política internacional, como prestar informações dos critérios, conceder a decisão por escrita etc, que podem ser resumidas em obrigações de boa-fé e cooperação.

Ademais, as provisões de concessão do PIC para acesso significa, em resumo, que o país provedor do recurso deve ser informado com antecedência e detalhadamente sobre a pesquisa vislumbrada ou atividade de bio-prospecção do requerente. Com base nessas informações, a autoridade competente do país fornecedor toma uma decisão sobre o pedido de acesso,

Do ponto de vista do Direito Internacional Ambiental, duas letras deste parágrafo são significantes: a letra (e) e a letra (g).

A letra (e) determina outra obrigação para as partes do Protocolo, que toda vez que um PIC, ou um termo mutuamente acordado (abreviado de MAT neste trabalho¹⁶¹) for emitido, as partes devem notificar o Centro de Intermediação de Informação sobre Acesso e Repartição de Benefícios¹⁶², mais conhecido como ABS Clearing-House, o órgão técnico do Protocolo.

Esse requerimento de envio ao Órgão técnico, significa que as partes têm que criar, na legislação interna, a base legal, para conceder o PIC e o MAT pelas autoridades nacionais competentes, e que essas decisões registradas na secretaria são as provas da implementação do cumprimento do protocolo, que auxilia na proteção dos direitos das partes envolvidas.

O final do artigo 6 (3) (g) estabelece requisitos mínimos do que deve conter em um MAT, e exige que as partes especifiquem pelo menos algumas informações e procedimentos claros.

O acesso acontece pelo PIC, através da legislação interna. Quanto a essa lei interna, o Protocolo determina algumas outras questões mais específicas que devem constar na lei, como: cumprimento da legislação

¹⁶¹ MAT deriva da expressão em inglês “Mutually Agreed Terms”.

¹⁶² O termo em inglês Clearing-House é amplamente conhecido e utilizado em todas as línguas para designar o órgão que organiza e coleta dados. O termo é especialmente utilizado em tratados para designar centros de informações. A sigla ABS é utilizada em complemento para designar este órgão específico do tratado sobre “Access and Benefit-sharing”.

nacional (artigos 15 e 16), os pontos focais nacionais e autoridades nacionais competentes (artigo 13) e o monitoramento por pontos (agências) fiscalização (artigo 17).

O artigo 15 explica que uma vez concedido o acesso, cada Estado deve adotar as medidas “legislativas, administrativas ou políticas”, para assegurar que os recursos genéticos (ou conhecimentos tradicionais associados) tenham sido acessados de acordo com o PIC, e que MAT sejam estabelecidos conforme o caso. O mesmo é expresso no artigo 16, mas sobre os conhecimentos tradicionais associados.

A legislação interna também deve prever medidas para o caso de não cumprimento do PIC, ou quando um recurso foi acessado sem o PIC (parágrafo 3, artigo 15). Nesse sentido, o parágrafo 3 do artigo 15 (e parágrafo 3, artigo 16) direciona que “As Partes, na medida do possível e conforme o caso, cooperarão em casos de alegada violação da legislação ou requisitos reguladores nacionais de acesso e repartição de benefícios mencionados no parágrafo 1 acima.”.

Para que os países consigam aplicar o artigo 15, é preciso primeiro instaurar o previsto no artigo 13: Pontos focais nacionais e autoridades nacionais competentes.

O ponto focal será responsável pela ligação com a secretaria do protocolo, e em última instância assegurar que os recursos tenham sido acessados pelo PIC.

Nesse sentido, o artigo 13 determina que as partes devam designar um ponto focal nacional, e este deverá disponibilizar informações:

- (a) para requerentes buscando acesso a recursos genéticos, informações sobre procedimentos para a obtenção de consentimento prévio informado e o estabelecimento de termos mutuamente acordados, incluindo repartição de benefícios;
- (b) para requerentes buscando acesso a conhecimento tradicional associado a recursos genéticos, quando possível, informações sobre procedimentos para obtenção de consentimento prévio informado ou aprovação e participação, conforme o caso, de comunidades indígenas e locais e estabelecimento de termos mutuamente acordados, incluindo repartição de benefícios; e
- (c) informações sobre autoridades nacionais competentes, comunidades indígenas e locais pertinentes e interessados pertinentes. (parágrafo 1).

O artigo ressalta que o ponto focal nacional será responsável pela ligação com o Secretariado. Ainda assim, cada parte do Protocolo deve designar uma ou mais autoridade nacional competente.

Essa autoridade nacional ficará responsável por:

Artigo 13 parágrafo 2: As autoridades nacionais competentes serão, de acordo com as medidas legislativas, administrativas ou políticas nacionais aplicáveis, responsáveis por outorgar o acesso ou, conforme o caso, fornecer comprovante escrito de que os requisitos de acesso foram cumpridos, e serão responsáveis por orientar sobre os procedimentos e requisitos aplicáveis para obter o consentimento prévio informado e concertar termos mutuamente acordados.

Mas apesar dessa distinção, o parágrafo 3 do artigo 13 ressalta que “Uma Parte pode designar uma única entidade para exercer as funções, tanto de ponto focal quanto de autoridade nacional competente”.

Outra obrigação das partes do Protocolo surge no parágrafo 4 do mesmo artigo, em que cada Estado deve notificar o secretariado sobre as informações de contato de seu ponto focal nacional e de sua autoridade ou autoridades nacionais competentes. Se por acaso existir mais de uma autoridade nacional competente, a parte deve enviar as informações sobre as responsabilidades de cada autoridade, e se houver modificação sobre as funções ou autoridades isso também deve ser informado.

O último artigo que é fundamental para o acesso, é o artigo 17, que trata sobre o monitoramento da utilização de recursos genéticos e estabelece outro órgão importante.

Como visto acima, a autoridade nacional competente será responsável por fornecer relatório que os requisitos do acesso foram cumpridos (artigo 13). Com o fim de auxiliar o cumprimento das obrigações, e assegurar que o PIC foi cumprido (artigo 15), o monitoramento é a ferramenta.

Para monitorar e aumentar a transparência sobre os recursos genéticos, as partes deverão (parágrafo 1 (a)) designar um ou mais pontos de verificação, para:

(i) os pontos de verificação designados coletariam ou receberiam, conforme o caso, informações pertinentes relativas ao consentimento prévio informado, à fonte dos recursos genéticos, ao

estabelecimento de termos mutuamente acordados e/ou à utilização de recursos genéticos, conforme o caso;

(iv) os pontos de verificação serão eficazes e devem ter funções concernentes à implementação da alínea (a). Devem ser pertinentes à utilização de recursos genéticos ou à coleta de informações pertinentes, entre outras coisas, em qualquer etapa de pesquisa, desenvolvimento, inovação, pré-comercialização ou comercialização.

Essa última obrigação expressa a rede que deve existir no país para fiscalização de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados. Ou seja, um país deve ter: uma agência de verificação (que fiscaliza recursos genéticos, pesquisa, inovação, comércio etc.). Essa agência se remete a uma autoridade nacional competente (que é o órgão responsável por outorgar o acesso e fazer os relatórios) e essa autoridade que repassa as informações ao ponto focal (a menos que um órgão acumule ambas as funções), que se conecta com o secretariado do Protocolo e o ABS Clearing-House.

Diante de todo este aparato nacional, é preciso lembrar que facilitar o acesso aos recursos genéticos é um dos objetivos da CDB, no artigo 15, parágrafo 2. É por esse motivo que, ao designar que uma autoridade nacional competente deve ser criada, as partes também devem disponibilizar o máximo de informações sobre os procedimentos e autoridades para o ABS Clearing-House.

4.1.4.2 Repartição de Benefícios Derivados da Utilização

A repartição de benefícios "[...] é o mais estratégico objetivo da Convenção" (DROSS; WOLFF, 2005, p. 56), na medida em que fornece um incentivo direto para a conservação e uso sustentável, e proporciona benefícios para o desenvolvimento também. E é este objetivo estratégico que o Protocolo regula.

A repartição de benefícios é verificada nos seguintes artigos do Protocolo: Cumprimento dos termos mutuamente acordados (artigo 18), e Cláusulas Contratuais Modelo (artigo 19). Em seguida se aborda sobre a Repartição justa e equitativa dos benefícios dos recursos (artigo 5), em que se direcionam os benefícios para conservação e utilização sustentável (artigo 9), assim como os benefícios monetários e não monetários (anexo A do Protocolo).

Se o PIC é o documento para o acesso, o MAT é o documento para a repartição de benefícios.

Esse documento trata-se nada mais do que um contrato entre as partes, para a repartição justa e equitativa dos benefícios oriundos da utilização do recurso genético e/ou conhecimento tradicional associado. Todos os artigos citados acima, em especial o artigo 5, reiteram que a partilha de benefícios provenientes de recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais deve ser baseada em um MAT. Isto porque, na prática, as obrigações internacionais serão para partilha de benefícios pelo acesso de entidades privadas, como as instituições de pesquisa e empresas de biotecnologia.

Um MAT é um contrato de direito privado. Portanto, é uma forma eficaz e de fácil aplicação para realizar obrigações de repartição de benefícios. Um elemento-chave para o funcionamento do sistema ABS é com base na confiança mútua, e tal contrato está previsto para esclarecer os direitos específicos das partes individuais e obrigações, restrições no uso de materiais e/ou conhecimento tradicional em toda a cadeia de investigação e desenvolvimento, bem como partilha de informação e fiscalização. Será realizado entre as partes, sempre que forem observados benefícios.

O artigo 6 (3) (g) já estabeleceu que a legislação nacional decidirá sobre o requerimento e estabelecimento de um MAT, e os requisitos mínimos que o MAT deve conter: primeiro, ser apresentado em forma escrita; segundo, conter cláusula de solução de controvérsias; deve também ter cláusulas sobre a repartição de benefícios, inclusive em relação a direitos de propriedade intelectual; assim como cláusulas sobre a utilização subsequente por terceiros, caso haja; e, por último, cláusulas sobre mudanças de intenção, quando aplicável.

Em complementação aos requisitos de um MAT, o protocolo define, no artigo 18, o que é preciso para o seu cumprimento. O artigo determina que o Estado estimulará provedores e usuários a incluir nos MAT: (a) a jurisdição à qual submeterão quaisquer processos de solução de controvérsias; (b) a lei aplicável; e/ou (c) opções para solução alternativa de controvérsias, tais como mediação ou arbitragem.

De forma a se cumprir um MAT, também se prevê no artigo 18:

2. Cada Parte assegurará a possibilidade de recurso em seus sistemas jurídicos, em conformidade com os requisitos jurisdicionais aplicáveis, nos casos de controvérsias oriundas dos termos mutuamente acordados.

3. Cada Parte tomará medidas efetivas, conforme o caso, sobre:

(a) acesso à justiça; e

(b) utilização de mecanismos relativos ao reconhecimento mútuo e execução de sentenças estrangeiras e decisões arbitrais.

O artigo 19 vai um pouco além nas obrigações das partes. Se o MAT será feito pela legislação interna, e existe um mínimo de conteúdo para a sua aplicação eficaz, é importante que exista uma homogeneidade. Por isso, o tal artigo explica que “Cada Parte estimulará, conforme o caso, o desenvolvimento, atualização e uso de cláusulas contratuais, modelos setoriais e interssetoriais para termos mutuamente acordados”. Ainda é previsto que nas Conferências das Partes será feita uma avaliação periódica do uso de cláusulas contratuais.

Quanto à repartição de benefícios em si, o artigo 5 ressalta:

[...] os benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, bem como as aplicações e comercialização subsequentes, serão repartidos de maneira justa e equitativa com a Parte provedora desses recursos, que seja o país de origem desses recursos ou uma Parte que tenha adquirido os recursos genéticos em conformidade com a Convenção. Essa repartição ocorrerá mediante termos mutuamente acordados (Parágrafo 1).

Este parágrafo estabelece uma obrigação interestatal de partilha dos benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos, a partir das aplicações subsequentes e comercialização, reforçando a obrigação legal existente no artigo 15 da CDB, do uso comercial ou outra utilização dos recursos genéticos, diferentes fases da cadeia de pesquisa e desenvolvimento após o acesso.

O artigo 5 inclui três obrigações inter-relacionadas para as partes: uma obrigação interestatal para compartilhar benefícios (parágrafo 1); a obrigação de compartilhar os benefícios com as comunidades indígenas e tradicionais, em que os benefícios derivam dos recursos mantidos por essas comunidades (parágrafo 2); e a obrigação de compartilhar os benefícios resultantes da utilização do conhecimento tradicional com as comunidades indígenas e locais, titulares de tal conhecimento (parágrafo 5). Todas estas obrigações devem ser cumpridas pela promulgação de medidas legislativas, administrativas e/ou políticas nacionais.

Para Buck, Morgera e Tsioumani (2014, p. 113), as obrigações do artigo 5, parágrafos 2 e 5, representam grandes desenvolvimentos no Direito Internacional Ambiental. Representam os direitos humanos, a consideração ambiental das comunidades indígenas e tradicionais enquanto situação interna entre um Estado e seu povo, que são obrigações ambientais sociais.

Os benefícios a que se refere o artigo 5 podem ser monetários ou não monetários (parágrafo 4). Para tanto, o anexo do Protocolo (igual ao anexo das orientações de Bonn) oferece uma lista não exaustiva de benefícios monetários e não monetários. Como exemplo de benefício monetário, pode-se citar taxas de acesso ou taxa por amostra coletada ou de outro modo adquirida, ou ainda pagamento de royalties. Já como benefícios não monetários, pode-se pensar em compartilhamento dos resultados de pesquisa e desenvolvimento, ou contribuição em programas de pesquisa e desenvolvimento científicos.

Um desafio quanto ao artigo 5 é que a repartição de benefícios deve ser estipulada no momento do acesso, quando um PIC ou MAT for estabelecido. Mas, frequentemente, é após o acesso e durante a utilização do recurso genético que o valor real ou potencial se torna evidente. O que significa que o momento do acesso é muito cedo para determinar a repartição justa e equitativa.

Por conta disso, o artigo 15 da CDB interpreta-se pela prescrição de que um PIC ou MAT inicial deve ser revisado após mudança da compreensão do valor do recurso, da intenção do usuário (não comercial para comercial) ou do tipo de utilização acordado. O que pode produzir dois MAT: um no momento do acesso e um revisado quanto à repartição de benefícios por novas informações e usos novos do mesmo recurso, uma renegociação posterior (BUCK; MORGERA; TSIUUMANI, 2014, p. 115).

O artigo 9 do Protocolo destaca que os benefícios derivados dos recursos genéticos e/ou conhecimentos tradicionais que serão repartidos devem ser dirigidos para a conservação da diversidade biológica e para utilização sustentável de seus componentes, no sentido de que o benefício, advindo da utilização, contribua para a sua proteção e manutenção.

Em resumo, a partilha justa e equitativa de benefícios deve ser entendida no sentido de, dentro de um contexto de consumo racional e sustentável dos recursos da biodiversidade, o Estado deve receber as devidas retribuições econômicas, diretas ou reflexas, pela utilização daqueles recursos naturais, inclusive em relação a sua patenteação, bem como tenham respeitadas a sua soberania e autodeterminação em relação

aos mesmos e o direito de acesso à capacitação e informações científicas (DERANI, 2005, p. 105).

4.1.4.3 Órgãos do Protocolo de Nagoya

Como visto nos capítulos 2 e 3, os Estados dependem cada vez mais de comissões intergovernamentais e reuniões das partes de um tratado para cooperação política, desenvolvimento das regulamentações e supervisão de acordos. Uma secretaria e algum outro órgão de um tratado auxilia em todas essas atividades, especialmente na pressão da comunidade internacional para cada Estado individual.

O artigo 28 do Protocolo prevê que o Secretariado responsável pelo tratado será o mesmo estabelecido no artigo 24 da CDB, como um tratado complementar. Tal escolha facilita a implementação do tratado. O parágrafo 3 salienta, entretanto, que na medida do possível os custos dos serviços do secretariado para o presente protocolo serão arcados pelas partes desse.

Como órgão criado especificamente para este Protocolo, é previsto no artigo 14, o ABS Clearing-House. Este órgão atuará como meio para compartilhar informações relativas a acesso e repartição de benefícios. Será a base de dados e proverá acesso a informações sobre a implementação do Protocolo como um todo. É o órgão destinatário para os relatórios e notificações obrigatórios para os membros.

O protocolo determina para este órgão que:

2. Sem prejuízo da proteção das informações confidenciais, cada Parte disponibilizará ao ABS Clearing-House toda informação requerida em virtude desse Protocolo, bem como informações requeridas de acordo com as decisões tomadas pela Conferência das Partes, atuando na qualidade de reunião das Partes do presente Protocolo. As informações incluirão:
 - (a) medidas legislativas, administrativas e políticas sobre acesso e repartição de benefícios;
 - (b) informações sobre o ponto focal nacional e a autoridade ou as autoridades nacionais competentes;
 - e
 - (c) licenças ou seus equivalentes, emitidos no momento do acesso, como prova da decisão de outorgar o consentimento prévio informado e do estabelecimento de termos mutuamente acordados.

3. As informações adicionais, se disponíveis e conforme o caso, podem incluir:
 - (a) autoridades competentes relevantes de comunidades indígenas e locais e informação que venha a ser decidida;
 - (b) cláusulas contratuais modelo;
 - (c) métodos e ferramentas desenvolvidas para monitorar os recursos genéticos; e
 - (d) códigos de conduta e de boas práticas.

No artigo 14, parágrafo 4, fica estipulado que as modalidades de operação do ABS Clearing-House, incluindo relatórios sobre suas atividades, serão consideradas e definidas pela Conferência das Partes atuando na qualidade de reunião das partes do presente Protocolo em sua primeira reunião, e mantidas sob revisão a partir de então.

As principais tarefas que órgãos de fiscalização dos tratados realizam são os de informações e coleta de dados, receber e analisar relatórios sobre a implementação pelos Estados, supervisão e monitoramento independente, e facilitar o cumprimento por normas e padrões acordadas. Estas obrigações ou normas possuem sua base no tratado, mas órgão criado também é capaz de aplicação de normas de direito consuetudinário ou a *soft law* (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 240).

A Conferência das Partes está prevista no artigo 26, e a COP será o órgão supremo do Protocolo. É na conferência que as partes decidirão sobre as questões relativas à aplicação do protocolo, examinam a implementação e farão recomendações, solicitarão serviços, decidirão sobre a criação ou indicação de outros órgãos subsidiários e adotarão (se necessário) emendas e anexos (parágrafos 2 e 4).

Por fim, o artigo 27 determina que os órgãos subsidiários podem ser criados ou somente prestar serviços: a decisão fica a cargo da COP.

Todos esses órgãos também são fundamentais, pois têm maior flexibilidade e podem ser melhor em assegurar o cumprimento do que as formas tradicionais de resolução de litígios. No lugar de abordagens de confronto, tais regimes facilitam a prevenção de litígios e promovem a resolução alternativa (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 213).

4.1.4.4 Procedimentos e Mecanismos para o Cumprimento do Protocolo

Mas o simples fato dos Estados tornarem-se partes num tratado, comprometendo-se a tomar medidas para lidar com algum problema

ambiental e fazer legislação não garante, ou necessariamente, promove os objetivos ambientais. Isto porque os Estados têm o poder discricionário no método de implementação, nas normas e prazos. É a este respeito que conflitos surgem no sentido da falta de uniformidade dos governos. Todos podem trabalhar em busca do mesmo objetivo, mas de formas diferentes, e a possibilidade de adotarem os mesmos padrões é remota (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 10). Por conseguinte, os tratados determinam procedimentos nacionais, mas também programam outros mecanismos internacionais para supervisionar o cumprimento dos tratados.

A aplicação do sistema ABS do Protocolo prevê uma mistura de medidas nacionais e internacionais. As ferramentas previstas são muitas: as autoridades nacionais competentes e agências de fiscalização, o próprio PIC e MAT, os relatórios periódicos e informações que os pontos focais devem enviar ao ABS Clearing-House, dentre outros.

Fora os procedimentos já ressaltados quanto a acesso, repartição de benefícios e órgãos, a pesquisa volta-se para as outras ferramentas previstas para a implementação, que podem ser resumidas em dois tipos: caráter genético e caráter específico.

Primeiro, as de caráter genético: o artigo 21 explica que as medidas adotadas, os procedimentos e mecanismos para o cumprimento do Protocolo devem servir para uma conscientização da importância dos recursos genéticos e do conhecimento tradicional associado. Essa previsão norteia todo o instrumento, e a conscientização é a base para a conservação.

E para garantir essa consciência, o artigo exemplifica diversas medidas que as partes podem tomar, como: organizações de reuniões e conferências, intercâmbios de experiências, treinamento etc. Mas nesse caso nenhuma medida é obrigatória, são exemplos que auxiliam os membros.

Da mesma forma, o artigo 22 prevê a capacitação como uma forma de implementar, de maneira efetiva, o protocolo. O desenvolvimento de capacidades, humanas e institucionais, é importante para aplicar tudo que até agora foi estipulado no tratado. É preciso que as necessidades e prioridades nacionais sejam supridas. Nesse aspecto, a capacitação é relativa ao grau de desenvolvimento do Estado. Por isso, o artigo ressalta que autoavaliações de capacidade são pontos centrais da criação de mecanismos.

As informações sobre capacidades, autoavaliações, e aqueles programas e técnicas adotados podem auxiliar outros países. É por isso que o parágrafo 6 informa que os dados devem ser disponibilizados ao

ABS Clearing-House: “Benefícios com vistas à promoção de sinergia e coordenação quanto à criação e desenvolvimento de capacidades para acesso e repartição de benefícios”.

O artigo 20 prevê que as partes estipulem códigos de conduta, diretrizes e boas práticas e normas para o protocolo. Essa estipulação chama os países-membros para clareza e boa-fé nas relações, o que também se relaciona com o princípio da cooperação.

O artigo 23 aborda que a transferência de tecnologia, colaboração e cooperação em programas técnicos e científicos é um meio para se atingir os objetivos do Protocolo. As partes, ao ratificar o tratado, se comprometem por tal artigo a adotar medidas para “promover e estimular o acesso à tecnologia e à transferência de tecnologia para países-partes em desenvolvimento”. Nesse artigo se resgata o princípio da responsabilidade comum, porém diferenciada. Todas as partes devem transferir tecnologia, mas aquelas desenvolvidas com mais aparato tecnológico ocorrerão em maior colaboração.

De modo complementar, o artigo 25 define que os mecanismos e recursos financeiros do Protocolo são os mesmos da CDB, ou seja, os recursos financeiros são de responsabilidade e doação dos países-membros, e um mecanismo financeiro internacional do Protocolo é o Fundo Mundial para o Meio Ambiente (GEF), que deve operar sob um sistema de administração democrático e transparente, e a decisão quanto à utilização dos recursos será da COP.

Enfim, o artigo 30 afirma que é da competência da COP decidir sobre mecanismos institucionais e procedimentos para cooperação do protocolo e casos de não cumprimento. O que significa que novos instrumentos podem ser criados nas COPS.

Agora, se volta aos mecanismos específicos, que diz respeito a uma ação mais concreta dos membros.

Primeiro, o artigo 29 determina o monitoramento e apresentação de relatórios: cada parte deve enviar à Central de informações um relatório sobre as medidas tomadas, contendo todas as informações requisitadas nos demais artigos sobre acesso e repartição. Esse relatório é obrigatório para os países-membros. A periodicidade e modelo ficarão a cargo de definições na primeira COP.

A primeira reunião das partes, como membros do Protocolo de Nagoya, ocorreu em outubro de 2014, na República da Coreia. Nessa oportunidade decidiu-se sobre os relatórios, no sentido que:

Requerem-se as Partes a apresentar um relatório nacional intercalar sobre a execução das suas obrigações decorrentes do Protocolo de Nagoya:

- (a) Numa língua oficial das Nações Unidas;
- (b) Através do ABS Clearing-House;
- (c) Doze meses antes da terceira reunião da Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes do Protocolo de Nagoya.

Decide-se que os intervalos para os relatórios e o formato dos mesmos serão decididos na terceira reunião das Partes, de acordo com o feedback recebido das Partes. NP MOP 1 Decisão NP-1/3. Monitoramento e relatórios (Artigo 29).¹⁶³

Essa deliberação para postergar decisão sobre a periodicidade e modelo dos relatórios para a terceira COP, como solicitado pelas partes, significa que muitos países ainda estão trabalhando para implementar suas legislações nacionais e definir o ponto focal e as autoridades nacionais competentes. Nesse sentido, a segunda reunião das partes está prevista para 2016 em Cancún, no México, e a terceira deve acontecer em 2018, tempo suficiente para todos os países estarem aptos a cumprir esta obrigação. Nada impede também, de em 2016, a COP adotar uma decisão pelas opiniões dos membros.

Por conseguinte, o último item específico previsto para cumprimento é o monitoramento previsto no artigo 17.

Este artigo, no parágrafo 1º, designa que cada parte adotará as medidas: de implementar um ponto de verificação (como visto no item de acesso), incluir nos MAT disposições para compartilhar informações na implementação do contrato, como exigência de relatórios; e uso de ferramentas e sistemas de comunicação eficientes.

Já o parágrafo 2 determina que “Uma licença, ou seu equivalente, emitida de acordo com o artigo 6, parágrafo 3, letra (e) e disponibilizado

¹⁶³ Em inglês “Requests Parties to submit an interim national report on the implementation of their obligations under the Nagoya Protocol, and welcomes submissions of relevant information by non-Parties:

- (a) In an official language of the United Nations;
- (b) Through the Access and Benefit-sharing Clearing-House;
- (c) Twelve months prior to the third meeting of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Nagoya Protocol” Decision NP-1/3. Monitoring and reporting (Article 29).”.

ao ABS Clearing-House, constituirá um certificado de conformidade reconhecido internacionalmente”.

É esse instrumento, inovador e complexo, que devido à sua importância para o presente trabalho, seja explicado adiante em um tópico próprio.

Mas antes, explica-se que para os fins do presente trabalho, o nome do certificado será “Certificado Internacional de Conformidade”. Isto porque o termo usado em inglês é “internationally recognized certificate of compliance”. A tradução na versão do Ministério do Meio Ambiente brasileiro (que ainda não é oficial e nem passou por revisões) ficou muito literal, nomeando como “certificado internacionalmente reconhecido de cumprimento”. Uma tradução mais correta emprega o termo conformidade ao invés de cumprimento, tanto que muitos certificados emitidos no Brasil, frutos de acordos internacionais, têm o nome de conformidade¹⁶⁴, e “internacionalmente reconhecido” pode ser resumido em “internacional”.

4.2 O CERTIFICADO DE CONFORMIDADE

O certificado previsto foi alvo de inúmeras polêmicas. Sem dúvida, seu objetivo é auxiliar na implementação do Protocolo para conservação e uso sustentável dos recursos genéticos e dos conhecimentos tradicionais associados.

O instrumento é previsto no artigo 17:

2. Uma licença, ou seu equivalente, emitida de acordo com o artigo 6, parágrafo 3 (e) e disponibilizado ao Centro de Intermediação de Informações sobre Acesso e Repartição de Benefícios (ABS Clearing-House), constituirá um certificado de conformidade reconhecido internacionalmente.
3. Um certificado de conformidade reconhecido internacionalmente servirá como prova de que o recurso genético dele objeto foi acessado de acordo com o consentimento prévio informado e de que termos mutuamente acordados foram estabelecidos, conforme exigido pela legislação ou pelos

¹⁶⁴ Exemplos: ABNT e Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade (Certificações Voluntárias ou Compulsórias do INMETRO).

regulamentos nacionais de acesso e repartição de benefícios da Parte que outorga o consentimento prévio informado.

4. O certificado de conformidade reconhecido internacionalmente conterá as seguintes informações mínimas, quando não forem confidenciais:

- (a) autoridade emitente;
- (b) data de emissão;
- (c) provedor;
- (d) identificador único do certificado;
- (e) pessoa ou entidade para a qual o consentimento prévio informado foi outorgado;
- (f) assunto ou recursos genéticos objeto do certificado;
- (g) confirmação de que termos mutuamente acordados foram estabelecidos;
- (h) confirmação de que o consentimento prévio informado foi obtido;
- (i) utilização comercial e/ou não comercial.

De tais artigos, as primeiras perguntas que emergem são: Quem emite? Qual a natureza jurídica do Certificado?

Quanto à natureza jurídica, sua classificação de acordo com a essência do instrumento, devem ser respondidas três perguntas: Sua natureza é internacional ou nacional? Sua natureza de emissão é obrigatória ou facultativa? E qual seu objetivo? Aqui se encontram os problemas centrais que o trabalho busca responder.

O texto legal do Protocolo não fornece todas as respostas, de modo que é preciso fazer uma interpretação do tratado. Devem-se explicar os artigos em face das outras estipulações do protocolo, conferir os artigos com base nos objetivos da CDB, ressaltar o que a primeira COP do Protocolo decidiu, e resgatar as negociações das partes da CDB para a confecção do protocolo¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Sobre interpretação de Tratados os artigos 31º a 33º da Convenção de Viena de 1969 que estipulam a regra básica de interpretação segundo as escolas clássicas: literal, efetiva e teleológica. Primeiro o sentido das palavras deve ser interpretado no seu contexto mais amplo, utilizando o preâmbulo, anexo e acordos posteriores. Segundo, a interpretação deve ser feita de boa-fé e compatível com os objetivos e finalidades da convenção, o que significa que a interpretação deva dar efetividade à convenção, uma medida de interpretação valiosa pra questões ambientais

Em 1999 foi instaurado o grupo de trabalho específico em ABS pela CDB, e este grupo decidiu, na COP 8, em 2006¹⁶⁶, montar um grupo mais especializado somente para tratar do certificado, chamado “Grupo de Peritos Técnicos em um certificado internacionalmente reconhecido de origem/fonte/procedência legal”¹⁶⁷. A reunião do grupo técnico ocorreu em 2007, na cidade de Lima, no Peru. Eles realizaram um relatório que foi referência na 5ª e 6ª reunião do grupo ABS, em 2007 e 2008, e foi aprovados na COP 9 da CDB, em 2008.

Já a primeira COP das partes do Protocolo ocorreu em outubro de 2014, na República da Coreia. A COP decidiu diversas questões e forneceu modelos de alguns documentos a serem utilizados pelas partes, que esclarecem os procedimentos adotados.

Antes de entrar nos problemas levantados, cabe a observação que tanto o artigo 6, parágrafo 3, letra (e), quanto o artigo 17, parágrafos 2 a 4, omitem qualquer referência aos conhecimentos tradicionais associados,

(BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 19). É possível também utilizar os trabalhos preparatórios da elaboração dos tratados como meio suplementar de interpretação, se o texto deixa o sentido obscuro e os acordos prévios esclarecem a redação adotada (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p.169).

¹⁶⁶ “The Conference of the Parties: 1. Decides to establish a group of technical experts to explore and elaborate possible options, without prejudging their desirability, for the form, intent and functioning of an internationally recognized certificate of origin/source/legal provenance and analyse its practicality, feasibility, costs and benefits, with a view to achieving the objectives of Articles 15 and 8(j) of the Convention. The Expert Group shall provide technical input to the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit sharing and will operate in accordance with the following terms of reference:

(a) Consider the possible rationale, objectives and the need for an internationally recognized certificate of origin/source/legal provenance;

(b) Define the potential characteristics and features of different options of such an internationally recognized certificate;

(c) Analyse the distinctions between the options of certificate of origin/source/legal provenance and the implications of each of the options for achieving the objectives of Articles 15 and 8(j) of the Convention;

(d) Identify associated implementation challenges, including the practicality, feasibility, costs and benefits of the different options, including mutual supportiveness and compatibility with the Convention and other international agreements;” (UNEP, 2006).

¹⁶⁷ Em ingles: “Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance”.

tanto que vários autores levantaram a necessidade do certificado conter informações quanto a esta questão¹⁶⁸.

O modelo oficial para notificação de licenças ou seu equivalente (anexo A), PIC ou MAT, sanou parte do problema, ao colocar um campo de seleção no item palavras-chave da sessão 16 (assunto) para conhecimento tradicional associado. Mas, ainda assim, não abre nenhuma opção para detalhes do conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos.

4.2.1 Autoridade Competente pela Emissão do Certificado

Nota-se novamente o parágrafo 2, quando uma licença, ou seu equivalente, for emitida de acordo com o artigo 6, parágrafo 3, letra (e) e disponibilizado ao ABS Clearing-House, será constituído um certificado.

O artigo 6, parágrafo 3, letra (e) previa que cada membro deve “determinar emissão, no momento do acesso, de licença ou seu equivalente como comprovante da decisão de outorgar o PIC o e do estabelecimento de termos mutuamente acordados, e notificar o ABS Clearing-House”.

No mesmo sentido, o artigo 14, que cria o ABS Clearing-House, define, no parágrafo 2 letra (c), que cada parte disponibilizará ao órgão “licenças ou seus equivalentes, emitidos no momento do acesso, como prova da decisão de outorgar o consentimento prévio informado e do estabelecimento de termos mutuamente acordados”.

A análise em conjunto dos artigos demonstra que sempre que um país conceder um PIC (licença ou seu equivalente) ou MAT, ele deve notificar o ABS Clearing-House, e será constituído um certificado. Mas quem constitui esse certificado? O país, o centro? Ele é obrigatório?

De fato, a redação do texto legal é omissa, e para se compreender o procedimento é preciso verificar as negociações das partes do Protocolo.

Na primeira reunião de técnicos sobre o certificado em 2007, foi realizado o relatório UNEP/CBD/WG-ABS/5/7. Neste relatório, o grupo decide por afirmar que o certificado deve ser emitido pelas autoridades domésticas:

Tal certificado será emitido pelas autoridades nacionais para mostrar que um usuário tenha cumprido todos os requisitos de acesso

¹⁶⁸ Ver mais no texto de Gurdial Singh Nijar (2011, p. 11).

estabelecidos no direito interno. Isto serve para o objetivo primordial de assegurar que o acesso é consistente com as obrigações decorrentes da Convenção. Ele não substitui a necessidade de contratos que contenham termos mutuamente acordados¹⁶⁹ (UNEP, 2007a, p. 5, tradução nossa).

No mesmo relatório, o grupo decide que a implementação do certificado exige procedimentos a nível nacional e a nível internacional. A nível nacional, implica a criação de autoridades nacionais competentes para atribuição do certificado e monitorar o certificado por pontos de controle. Nesse caso, a capacitação é essencial. A nível internacional, é preciso uma instituição central como mecanismo de base de dados para rastreamento e monitoramento dos recursos genéticos acessados¹⁷⁰ (UCEP, 2007, p. 14).

Na reunião de 2007 do grupo ABS, apresentou, no relatório final, que o certificado de conformidade¹⁷¹ “[...] é considerado um documento

¹⁶⁹ Em inglês “Such a certificate would be issued by domestic authorities to show that a user has fulfilled all access requirements as set out in domestic law. This would serve the paramount objective of ensuring that access is consistent with obligations under the Convention. It would not replace the need for contracts containing mutually agreed terms.” (UNEP, 2007, p. 5).

¹⁷⁰ Em detalhes “At the national level, this will involve the establishment of competent national authorities for awarding the certificate and for monitoring the certificate at various control points, the training of human resources, and the establishment of institutions and procedures. Provider countries may meet the same difficulties in establishing a certificate system as they have met in establishing national regimes for access and benefit-sharing. Over 60 countries have entered the process of developing or have developed national regimes related to access to genetic resources and benefit-sharing since the entry into force of the Convention. Therefore, capacity-building and financial resources may be needed for developing countries and particularly the least developed among them to ensure that national systems can be set up to support an international documentation system. At the international level, a central institution serving as the clearing house mechanism, keeping a central database tracking and monitoring genetic resources accessed worldwide may be needed, requiring human, technical and financial resources”.

¹⁷¹ O texto original: “In all the options presented, the certificate of compliance with national access and benefit sharing legislation is considered to be a public document to be issued by a competent national authority appointed in accordance

público a ser emitido por uma autoridade nacional competente, designado em conformidade com a legislação nacional , para a eventual revisão em postos de controle por parte dos países de usuário.” E no relatório de 2008 o “b) Certificado de conformidade reconhecido internacionalmente emitido por uma autoridade competente nacional”¹⁷² (UNEP, 2008, tradução nossa).

Mas, como visto, o texto final do Protocolo, após tais decisões, não fala que quem emite é a autoridade nacional competente, mas tudo indica para isso. Então, na COP, após a entrada em vigor do Protocolo, as partes foram chamadas a decidir o que significa a “notificar o ABS Clearing-House segundo o artigo 6 3 (e)”, as quais concluíram que:

Sobre Notificação de licenças ou seu equivalente. De acordo com o relatório da reunião de peritos "...Considerando que foi geralmente reconhecido que as próprias licenças devem ser colocados à disposição da Clearing-House nos termos do artigo 14, um ponto de vista foi expresso que esta poderia ser entendida no sentido de que apenas uma informação sintética sobre as autorizações emitidas precisaria ser disponibilizada, a menos que houvesse uma necessidade de um certificado reconhecido internacionalmente pela conformidade nos termos do artigo 17, em que é necessária a autorização normal. "Atualmente, o ABS Clearing-House só oferece a possibilidade de tornar a informação sobre a licença ou o seu equivalente disponível para o ABS Clearing-House para a constituição de um certificado de conformidade reconhecido internacionalmente.¹⁷³ (UNEP, 2014, p. 6, tradução nossa).

with national law, to be reviewed as appropriate at checkpoints by user countries.” (UNEP, 2007b, p. 14).

¹⁷² Em inglês “Internationally recognized certificate issued by a domestic competent authority”.

¹⁷³ Em inglês “Notification of permits or their equivalent. According to the report of the expert meeting “...whereas it was generally recognized that the permits themselves should be made available to the Clearing-House under Article 14, a view was expressed that this could be understood to mean that only summary information on the permits issued would need to be made available, unless there was a need for an internationally recognized certificate for compliance under

E ainda:

Se um registro na licença ou o seu equivalente for modificado ou atualizado, um certificado revisado será constituído com base nas informações fornecidas, que será vinculado ao certificado original através de referências quanto ao seu identificador único. Cada certificado incluirá um link de referência para o registro on-line na ABS Clearing-House. Para ter certeza sobre a versão mais recente e válida de um certificado, um usuário do ABS Clearing-House pode seguir o link fornecido no certificado e comparar as informações. Para assegurar a transparência e rastreabilidade, o ABS Clearing-House vai exibir os registros anteriores sobre a permissão ou seu equivalente em forma arquivado e seu status será refletido no registro, bem como informações descrevendo a razão para a atualização do registro na licença ou o seu equivalente¹⁷⁴ (UNEP, 2014, p. 7, tradução nossa).

Diante do exposto, e decidido pelas partes, fica aparente que o responsável por pelas informações e cadastro do PIC e/ou MAT (licença ou seu equivalente) no sistema é o ponto focal nacional, mas a publicação

Article 17 where the full permit is required.” The ABS Clearing-House currently only provides the possibility of making information about the permit or its equivalent available to the ABS Clearing-House for constituting an internationally recognized certificate of compliance.” (UNEP, 2014, p. 6).

¹⁷⁴ Na língua original “If a record on the permit or its equivalent is modified or updated, a revised IRCC will be constituted based on the information provided, which will be linked to the original certificate through references to its unique identifier. Each certificate will include a link referring to the online record at the ABS Clearing-House. In order to have certainty about the latest and valid version of an IRCC, a user of the ABS Clearing-House can follow the link provided in the certificate and compare the information. With a view to ensuring transparency and traceability, the ABS Clearing-House will display previous records on the permit or its equivalent in archived form and its status will be reflected in the record as well as information outlining the reason for the update of the record on the permit or its equivalent.” (UNEP, 2014, p. 7).

do certificado ocorre no sistema da ABS Clearing-House, de forma que o órgão nacional é o responsável pela emissão e também pela alteração etc., mas o órgão internacional revisa e publica.

Quando um país provedor emite uma autorização de acesso, esta será enviada para a ABS Clearing-House operada pelo Secretariado do Protocolo (que é o mesmo da CDB), em Montreal. A central, então, publica a autorização na internet, no qual se torna automaticamente um certificado de conformidade e, portanto, evidência transparente de sua garantia jurídica. Pode então ser utilizado para monitorar a utilização dos recursos abrangidos pelo certificado e torna-se um elemento central de conformidade.

Nesse sentido, o formulário modelo para notificar um PIC ou MAT (anexo A) que constitui um certificado, requer uma série de dados para o cadastro. São vários os campos para preenchimento da autoridade do país-membro, e somente alguns são obrigatórios (aqueles previstos no artigo 17, parágrafo 4, do Protocolo). O modelo ainda informa às partes que a falta de preenchimento de um campo obrigatório significa que o PIC ou MAT (licença ou seu equivalente) não será registrado na ABS Clearing-House, e o certificado não será constituído¹⁷⁵.

O mesmo documento ressalta que: “Uma vez que a informação é publicada, o certificado de conformidade é emitido/constituído.” E a ABS Clearing-House irá enviar uma cópia eletrônica de cortesia para: o ponto focal nacional e a autoridade nacional competente por emitir o PIC ou MAT; para o fornecedor do recurso e/ou conhecimento tradicional associado e para a pessoa ou entidade que o PIC ou MAT foi concedido¹⁷⁶.

¹⁷⁵ O texto do documento informa que “Mandatory information fields are marked with an asterisk. Failure to provide information for these fields may result in the permit or its equivalent not being made available to the ABS Clearing-House and consequently the internationally recognized certificate of compliance will not be constituted.”

¹⁷⁶ Em detalhes: “Once this information is published in the ABS Clearing-House, an internationally recognized certificate of compliance is issued/constituted. The ABS Clearing-House will then send a courtesy copy of the internationally recognized certificate by electronic means to:

(a) The national focal point (NFP) and the competent national authority (CNA) or authorities of the country responsible for issuing the permits or its equivalent;

(b) The provider, if this information is not confidential; and

The person or entity to whom prior informed consent was granted, if this information is not confidential”.

Em suma, a publicação do certificado ocorre pelo ABS Clearing-House somente depois que o cadastro do PIC ou MAT é realizado pelo Estado-membro, conforme o formato comum disponibilizado.

4.2.2 Natureza Jurídica

Quanto à natureza jurídica do certificado, três perguntas devem ser feitas: se ele é nacional ou internacional, se ele é obrigatório e qual tipo de certificado constitui.

Pelos dados expostos acima, o mais básico de se responder é que o certificado tem natureza jurídica internacional. É inegável a natureza internacional do certificado, uma vez que ele é feito pelo registro de autoridade nacional na ABS Clearing-House, e nasce no sistema internacional. É claro que a legislação nacional irá definir se o PIC ou MAT foi feito e os requisitos para tanto, mas o certificado não exige nada disso. Ele é constituído no sistema internacional pelas informações básicas requisitadas de um PIC ou MAT, independente dos procedimentos nacionais.

Diante das informações apresentadas, outra coisa fica evidente: a obrigatoriedade de emissão do certificado.

Muito debatida doutrinamente e entre as partes antes da primeira COP do Protocolo¹⁷⁷, hoje a obrigatoriedade se justifica pelos seguintes aspectos:

É obrigatório notificar o ABS Clearing-House de todo PIC ou MAT realizado (artigo 6 3 (e)). Um PIC ou MAT emitido que for notificado ao ABS Clearing-House constituirá um certificado (artigo 17 2).

Como visto na decisão da primeira COP, o ABS Clearing-House só oferece possibilidade de registrar (e assim notificar) sobre PIC ou MAT concedido para a constituição de um certificado. Não existe como notificar uma informação sintética que não constitui um certificado.

¹⁷⁷ Vários países e doutrinadores questionavam a obrigatoriedade do certificado pelos seguintes motivos: “On the other hand, others see the permit or its equivalent as being different from the internationally recognized certificate of compliance and they question whether the registered information itself constitutes the internationally recognized certificate; if so, there are two different tools. Furthermore, it can also be claimed that the first is mandatory while the second is of a voluntary nature if the notification to the ABS CH does not include the required elements set out at Article 17(4)” (GREIBER, 2012, p. 178).

Dessa forma, para os Estados-membros do Protocolo, só é possível cumprir a sua obrigação de notificar o PIC ou MAT por meio de um procedimento que irá gerar automaticamente um certificado, o que se conclui que a constituição do certificado é tão obrigatória quanto a notificação das partes do PIC e MAT.

Pensar o contrário é ir contra o texto legal do Protocolo e contra a decisão final da COP, que não admite outra forma de notificação. Admitir a natureza obrigatória ou compulsória do certificado é respeitar as determinações legais do Protocolo e da COP, assim como atender o interesse geral do certificado, ao ser uma ferramenta de monitoramento da utilização dos recursos genéticos.

Como ressaltou a representação de diversas ONGs na quinta reunião do grupo ABS:

[...] um certificado de origem internacionalmente reconhecido, ou certificado de conformidade, iria garantir uma transparência segura sobre a origem dos recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e as restrições negociadas de uso. No entanto, tal certificado só seria eficaz se fosse obrigatório¹⁷⁸ (UNEP, 2007b, p. 5).

Pelo exposto, fica evidente que os Estados-membros do tratado de Nagoya entendem da mesma forma a importância da obrigatoriedade do certificado, e o consolidaram assim em suas decisões: como um certificado internacional, compulsório e público¹⁷⁹.

Mas ainda existe uma última pergunta em aberto quanto à natureza do certificado: que tipo de certificado ele constitui?

Um certificado é um documento que atesta algo, um documento formal que confirma/declara determinada informação como verdadeira. O

¹⁷⁸ O texto original “[...] an Internationally Recognized Certificate of Origin and said that certificate of compliance would secure transparency concerning the origin of genetic resources, traditional knowledge and the negotiated restrictions of use. However such a certificate would only be effective if it were compulsory” (UNEP, 2007b, p. 5).

¹⁷⁹ No mesmo formulário de notificação também estão previstas as opções para marcar alguma coisa como confidencial, e a ABS Clearing House irá disponibilizar todas as informações publicamente e pede cuidado para as autoridades nacionais respeitarem cláusulas de confiabilidade em um PIC ou MAT.

que tal documento atesta/declara é o que define que tipo de certificado ele constitui.

O texto final do Protocolo de Nagoya indica que o objeto do certificado é atestar a conformidade com o protocolo, “compliance” em inglês, o que representa que o recurso genético foi acessado com o PIC ou MAT da legislação nacional, e as determinações do protocolo foram cumpridas. Porém muitos autores debateram essa redação: o que significa declarar a conformidade com o Protocolo?

Declarar a conformidade com o protocolo significa atestar informações públicas do acesso ao recurso genético, como quem o forneceu, quem adquiriu permissão para o acessar/utilizar, e o mais importante: declarar de onde (e de quem) aquele recurso genético originalmente vem. Por isso, dentre as informações obrigatórias que as partes devem apresentar, segundo o artigo 17 parágrafo 4, constam: (a) autoridade emitente; (c) provedor; (e) pessoa ou entidade para a qual o PIC foi outorgado; (f) assunto ou recursos genéticos objeto do certificado; (g) confirmação de que MAT foram estabelecidos; (h) confirmação de que o PIC foi obtido; e (i) utilização comercial e/ou não comercial.

É evidente que atestar a origem/fonte/procedência é o objetivo mais importante do certificado: é o que possibilita a rastreabilidade do recurso genético. Com vistas a solucionar problemas relacionados ao monitoramento e rastreamento de recursos genéticos, as negociações de acesso e repartição de benefícios concentraram-se no desenvolvimento de algumas formas de certificado de origem/fonte/procedência legal.

Ainda, isto fica evidente quando se observa que o grupo técnico criado em 2006 sobre o certificado previa, no seu nome¹⁸⁰, “certificado internacional de origem/fonte/procedência legal”, (Certificate of Origin/Source/Legal precedence). Foi a importância de atestar a origem dos recursos genéticos o que fomentou a criação do certificado¹⁸¹, no fim chamado de “certificado de conformidade”.

¹⁸⁰ Grupo de Peritos Técnicos em um certificado reconhecido internacionalmente de origem / fonte / procedência legal.

¹⁸¹ E também nas negociações de 2010, antes de publicarem o tratado oficial, ainda existia o texto “um certificado reconhecido internacionalmente de [origem] [fonte] [proveniência legal] [conformidade] [de certificação], que deve estabelecer a origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, seus [derivados] [e produtos] e certificar a conformidade de um usuário de tais recursos genéticos e/ou conhecimentos tradicionais associados, seus [derivativos] [e produtos] com as exigências e/ou leis [regulamentos] do

Entretanto, vários problemas surgiram nas negociações quando os países tiveram que escolher uma nomenclatura (origem, fonte ou procedência legal).

A nomenclatura “certificado de origem” indicaria o local onde o recurso genético foi acessado e coletado de forma *in situ*. Desta forma, os objetivos do artigo 15 da Convenção seriam atingidos para os recursos genéticos *in situ*¹⁸² (UNEP, 2007a, p. 4). Mas nem sempre um país fornecedor na CDB será necessariamente o país da origem verdadeira do recurso genético, e essa denominação pode indicar engano (DROSS; WOLFF, 2005, p. 71).

O certificado de fonte serviria como evidência para todos os casos que o artigo 15, parágrafo 3 da CDB, também autoriza: “Partes Contratantes que sejam países de origem desses recursos ou por Partes que os tenham adquirido em conformidade com esta Convenção”.

Ou seja, tanto para a origem *in situ* dos recursos genéticos, quanto para aqueles casos em que o recurso genético é acessado *ex situ* dos Estados que os adquiriram em conformidade com a CDB (mesmo que estes não sejam os recursos genéticos fundamentais da CDB¹⁸³).

Um certificado de fonte iria indicar o local que o recurso genético foi obtido, *in situ* para o local geográfico de origem do recurso, *ex situ* cuja fonte seja a coleção¹⁸⁴. Quando a fonte do recurso acessado for uma

[país fornecedor] [país de origem] de origem de tais recursos ou das partes que tenham adquirido os recursos genéticos, seus [derivados] [e produtos] em conformidade com a Convenção” (UNEP, 2010, tradução nossa).

¹⁸² “The term “origin” is used in the Convention in the context of “a country of origin of genetic resources”. Article 2 states that the term “means the country which possesses those genetic resources in in-situ conditions”. It would seem to follow, therefore, that a certificate of origin would indicate the country where the genetic resource was collected from *in situ* sources. The certificate of origin would hence assist in achieving the objectives of Article 15 for genetic resources accessed *in situ*. Indeed the certificate would implicitly provide evidence that the prior informed consent of the competent national authority was obtained upon mutually agreed terms.” (UNEP, 2007a, p. 4).

¹⁸³ Os principais são os recursos genéticos *in situ*, mas a CDB não exclui da sua regulamentação os recursos genéticos *ex situ* que as partes tenham adquirido em conformidade com a Convenção.

¹⁸⁴ O relatório final aprofunda: “It would therefore simply indicate the place where the genetic resource was obtained. If the resource is obtained *in situ* the source would be the geographical origin of the resources. However if the resource is obtained from an *ex situ* collection, the source would be the collection. If the

colecção *ex situ*, o certificado emitido pelo país fornecedor irá fornecer evidências que os recursos genéticos foram acessados conforme a CDB.

Porém, dois problemas vieram à tona quanto à adoção da nomenclatura do certificado em questão. Primeiro, um certificado de origem ou fonte exigiria uma verificação dispendiosa e problemas poderiam surgir sobre espécies que existem em mais de uma jurisdição.

E segundo, já existe um certificado de origem amplamente conhecido no regime internacional de comércio para mercadorias inteiramente obtidas ou substancialmente manufaturadas de um país. Porém, esta nomenclatura não exaure todas as possibilidades contempladas pelo Certificado de Nagoya (como utilização de material genético para pesquisa sem geração de produtos para o comércio; acesso a coleções *ex situ* ou produtos com utilização do recurso genético em proporção não substancial para garantir um certificado de origem). Utilizar o mesmo nome para um certificado que engloba outras possibilidades poderia gerar confusão (UNEP, 2007a, p. 5).

Por sua vez, o certificado de procedência legal forneceria evidências de que um recurso genético foi obtido em conformidade com os requisitos legais do país que concedeu o acesso, evidência do local e os requisitos legais.

Entretanto, os países alegaram que o termo pode ser interpretado, em algumas jurisdições, como um documento legal de propriedade, e isso deve ser evitado, já que adquirir propriedade legal dos recursos genéticos pelo acesso não é o objetivo do certificado. Além de que os governos não detêm autoridade para transferir propriedade de um item da sua biodiversidade, ou de outra que eles contenham *ex situ*¹⁸⁵ (UNEP, 2007a, p. 5).

source is the country of origin, the delivery of a certificate of source would indicate that the prior informed consent of the national authority was obtained and the objectives of Article 15 would be met. If the source is a collection and the resource was accessed by the collection after the entry into force of the Convention, the certificate delivered by a competent national authority of the provider country would provide evidence that the resources were accessed in accordance with Article 15.3 of the Convention.” (UNEP, 2007a, p. 4).

¹⁸⁵ Como pode-se observar no relatório: “However, it has been suggested that “the term could possibly also be construed in some jurisdictions as constituting evidence of a legal title or ownership. This should be avoided because, depending on the domestic structure for legal ownership of genetic resources, governments may not have the authority to transfer ownership. In such cases, they may only have the power to grant the right to use a resource, in which case legal ownership

A alternativa viável para atestar todas as possibilidades contempladas do Protocolo e evitar os problemas apresentados foi a escolha do nome certificado de conformidade:

Foi sugerido que um “certificado de conformidade” apoia a implementação efetiva do artigo 15. [...] Ao considerar as opções de certificado de origem/fonte/procedência legal, uma vez que nenhuma das opções abrange plenamente todas as situações, a melhor abordagem pode ser uma combinação de duas ou mais opções, como parte de um sistema internacional.¹⁸⁶ (UNEP, 2007a, p. 5, tradução nossa).

Por isso, o grupo técnico sugeriu (e os Estados acataram em 2010) a alteração do nome para Certificado Internacional de Conformidade. Desta forma, a nomenclatura não causa confusão e é abrangente para todas as possibilidades do Protocolo.

Eis a redação final no relatório:

O principal objetivo de um sistema com um certificado de origem/fonte/procedência legal reconhecido internacionalmente seria garantir a rastreabilidade dos recursos genéticos a partir do momento em que foram acessados e, assim, aumentar a transparência. Tal instrumento poderia auxiliar na garantia de conformidade com o acesso e repartição de benefícios e disposições da Convenção, e fornecer garantias de que os requisitos relacionados com a aquisição legal dos recursos genéticos no país de origem ou do país fornecedor foram cumpridos. Portanto, por um lado o certificado iria auxiliar o país provedor na garantia que os recursos sejam utilizados em

is precluded from vesting in the user. For this reason, the term ‘legal provenance’ does not appear useful and could be misleading.” (UNEP, 2007a, p. 5).

¹⁸⁶ No original “It has been suggested that “a certificate of compliance could support the effective implementation of Article 15. [...] When considering the options of certificate of origin/source/legal provenance, it has been suggested that since none of the options fully covers all situations, the best approach could be a combination of two or more options as part of an international system.”

conformidade com as suas exigências nacionais de acesso e, por outro lado, iria fornecer a segurança jurídica e a previsibilidade para os utilizadores dos recursos genéticos que tenham obtido o certificado. Ao sistema, portanto, contribuir para a construção de confiança e promover a cooperação entre utilizadores e fornecedores de recursos genéticos. Foi sugerido que "um certificado de conformidade" em vez de um certificado de origem/fonte/procedência legal pode ser mais apropriado para atingir estes objetivos.¹⁸⁷ (UNEP, 2007a, p. 3, tradução nossa).

A mudança do nome não esconde a natureza jurídica do certificado, e sim colocam em evidência todas as suas possibilidades. É um certificado *sui generis*: dependendo do recurso genético e do seu uso final pode se aproximar de um certificado de origem, de fonte ou de procedência legal, entre outras possibilidades.

Medaglia e Rukundo (2010, p. 5) explicam que isso corrobora com a ideia do certificado de conferir legalidade do acesso no local de origem do recurso, assim como no local em que a atividade gera valor, além de possibilitar o acompanhamento do uso subsequente dos recursos e a repartição correspondente do benefício. Se o Protocolo de Nagoya, por um lado favorece a criação de sistemas de acesso em países provedores, o

¹⁸⁷ Em inglês "The main objective of an internationally recognized system of certificate of origin/source/legal provenance would be to ensure the traceability of genetic resources from the moment they have been accessed and thereby increase transparency. Such a tool could help to ensure compliance with the access and benefit-sharing provisions of the Convention and provide assurances that requirements related to the legal acquisition of the genetic resources in the country of origin or provider country have been met. The certificate would therefore, on the one hand, assist providers in ensuring that the resources are used in conformity with their national access requirements and, on the other hand, it would provide legal certainty and predictability for users of genetic resources who have obtained a certificate through competent national authorities or who have acquired the genetic resources from an earlier receiver. The system would therefore contribute to building trust and fostering cooperation among users and providers of genetic resources. It has also been suggested that "a certificate of compliance" / rather than a certificate of origin/source/legal provenance may be appropriate to achieve these objectives, as further addressed under section IV below." (UNEP, 2007a, p. 3).

mecanismo do certificado contribui para a segurança do provedor e do usuário.

O papel básico de qualquer sistema de certificado é fornecer evidência de rastreabilidade e de conformidade com a legislação nacional. Esse é o objetivo do certificado inserido no Protocolo (MEDAGLIA; RUKUNDO, 2010, p. 6). Um certificado fornece evidência de um título para o uso dos recursos e cria maior interesse no setor privado para os produtos naturais. Ao mesmo tempo facilita e proporciona a transparência no controle e uso dos recursos (UNEP, 2006, p. 3).

Um sistema de rastreabilidade, seja ele informatizado ou não, permite seguir, rastrear informações de diferentes tipos (referente ao processo, produto, pessoal e ou serviço) a jusante e ou montante de um elo de cadeia ou de regime. A rastreabilidade possibilita ter um histórico do produto, permite identificar a origem do produto desde o campo até o consumidor, podendo ter sido, ou não, transformado ou processado. É um conjunto de medidas que possibilitam controlar e monitorar todas as movimentações nas unidades, de entrada e de saída, objetivando a produção de qualidade e com origem garantida (DERANI, 2005, p. 39).

A rastreabilidade é um fator intrínseco à certificação. Quando um recurso genético é utilizado em pesquisa e produção, o certificado do Protocolo é um instrumento para viabilizar legalmente a circulação do recurso genético e/ou produtos derivados, que têm como base o sistema ABS, um sistema para conservação e uso sustentável.

Mas o certificado por si só não enseja rastreabilidade. Ele deve estar interligado a um sistema central de armazenamento de dados, que permite o acesso a todos os elos da cadeia produtiva, inclusive para o consumidor de um eventual produto. Segundo Derani (2005, p. 39), a rastreabilidade não deve ser encarada como um dado ou uma mensagem que possa ser transmitida. É um sistema de interações entre fluxos físicos e de informação. Então, o certificado representa o elo entre o recurso/produto e todas as informações.

Rastrear é sintonizar os segmentos da cadeia de circulação, buscando um maior número de informações possíveis sobre cada item da biodiversidade. Desta forma, o modelo oficial para notificação de um PIC ou MAT da ABS Clearing-House informa, no preâmbulo, que o certificado desempenha um papel central no monitoramento e na transparência sobre a utilização dos recursos genéticos, em uma cadeia de valor (pesquisa, desenvolvimento, inovação, pré-comercialização ou comercialização).

Desta forma, para auxiliar na rede de informações e monitoramento, o Protocolo solicita que os Estados-membros estabeleçam

pontos de verificação (artigo 17 parágrafo 1 (a)) com função de mapear, coletar e averiguar certificados emitidos para as informações de utilização dos recursos genéticos em todas as etapas de pesquisa, desenvolvimento, inovação, pré-comercialização e comercialização.

Nesse sentido, as exigências concretas de aplicação do certificado em um fluxo de informações internacionais certamente irão refletir em outros regimes do Direito Internacional, e exige considerações.

Por exemplo, na OMC, em 2008, foi proposto um acordo só para harmonizar a CDB com o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS). Naturalmente, o certificado tangencia o TRIPS e gera discussões sobre a aplicação de exigência em pedidos de propriedade intelectual, informações da origem dos recursos genéticos e conhecimentos tradicionais¹⁸⁸ (MEDAGLIA; RUKUNDO, 2010, p. 5).

Quando tratado como certificado de origem, não seria relevante somente em matéria de propriedade intelectual, mas em relação a toda a cadeia do processo de ABS. O certificado pode acompanhar o recurso genético a partir da fase de coleta, através da exportação e aplicação de pesquisa, até à comercialização do produto final. Se forem utilizadas

¹⁸⁸ Como pode-se observar no Relatório TN/C/W/52 de 19 de Julho de 2008, os países em desenvolvimento (PEDs) sugeriram elaborar uma emenda para o referido Acordo da OMC, com vistas a exigir que os demandantes de registro de patente divulguem – como condição para lograrem o registro –, pelo menos uma das seguintes informações: a fonte e a origem de qualquer material genético e/ou quaisquer conhecimentos tradicionais associados envolvidos na invenção reivindicada; evidência de consentimento prévio informado (PIC) da autoridade competente no país de origem do recurso; e a evidência da repartição justa e equitativa dos benefícios resultantes da exploração de determinado recurso. Os proponentes das exigências de divulgação de dados argumentam que tais medidas contribuiriam para a conformidade das partes às provisões da CDB relativas a recursos genéticos e repartição de benefícios. Alguns países opuseram-se à proposta, sob o argumento de que a emenda ao Acordo TRIPs é desnecessária, uma vez que as exigências da CDB devem ser implementadas por meio de contratos correspondentes no nível nacional. Tais países sustentam, ainda, que o Acordo TRIPs não constitui o instrumento apropriado para regular matérias de ABS. De todo modo, essa discussão continua a influenciar as negociações sobre o Protocolo ABS, e é provável que a relação entre o Acordo TRIPs e o futuro Protocolo condicione o formato da exigência de divulgação de dados definido por este último documento ao final das tratativas (MEDAGLIA; RUKUNDO, 2010, p. 5).

medidas de rastreamento genético, estas poderiam dizer respeito ao transporte internacional de materiais genéticos, direitos de propriedade intelectual e controles sobre marketing e comercialização. No seguinte, ele será colocado para fora como um certificado de origem, que podem ser usados para rastrear o fluxo de recursos genéticos e sua utilização. As diferentes opções são parcialmente interdependentes. No entanto, a fim de diferenciar claramente entre eles, eles serão discutidos separadamente (DROSS; WOLFF, 2005, p. 81).

Assim, um sistema para documentar o fluxo de recursos genéticos não é um objetivo em si (que é a conservação e uso sustentável), mas é visto como uma medida para facilitar que outras medidas sejam aplicadas aos usuários, tais como regulamentos de importação e de transporte, a divulgação da origem do direito de patentes. Por isso, foi proposto para incluir no certificado o provedor, usuário e países de origem, detalhes de recursos genéticos, conhecimentos tradicionais e usos aprovados, bem como as restrições sobre o uso, o período do contrato, as condições relativas à transferência dos direitos de terceiros e da autoridade emissora (DROSS; WOLFF, 2005, p. 82).

Enquanto certificado de procedência legal, poderia ser integrado nos processos legalmente obrigatórios relativos ao transporte internacional de materiais genéticos, direitos de propriedade intelectual e controles sobre marketing e comercialização, de modo que os usuários têm um forte incentivo para cumprir com estes mecanismos (DROSS; WOLFF, 2005, p. 104).

Sem dúvida, o certificado é uma ferramenta interessante para divulgar informações sobre a origem e prevenir apropriação indevida de recursos. Mas isso só é efetivo com medidas voltadas ao usuário deste recurso também, tais como acesso à justiça e criação de mecanismos de cooperação entre os países, com vistas a tratar de casos de não conformidade com legislações e acordos nacionais em matéria de ABS. Mas o desenrolar destas medidas somente tomará forma em um estágio mais avançado do sistema de certificados (MEDAGLIA; RUKUNDO, 2010, p. 5).

Persistem diversos desafios – tanto sob a perspectiva do usuário como do fornecedor – com relação à implementação legal internacional bem-sucedida do certificado:

Primeiramente, é importante que os países tenham claro o papel e a função desse instrumento em lograr a repartição de benefícios. O certificado não garante, per si, a distribuição justa e equitativa de

benéficos ou a equidade de uma negociação contemplada pelo certificado. Esse aspecto exigirá medidas futuras, que devem ser cuidadosamente alinhadas. Em segundo lugar, sob a perspectiva do país que concede o certificado, a emissão do instrumento não deve gerar obstáculos e atrasos desnecessários (e adicionais) ao sistema de permissões de ABS, tampouco impedir ou complicar o fluxo de recursos genéticos. Cabe ressaltar que, para cumprir seu objetivo, esse processo exigirá capacitação. Em terceiro lugar, os pontos de verificação e as sanções em caso de não conformidade devem ser definidos com cautela, a fim de motivar o cumprimento das regras. Por fim, do ponto de vista do país em que se situa o ponto de verificação, são necessários maiores esclarecimentos acerca de quando o certificado deve ser apresentado e o que acarretaria sua apresentação. Este último ponto também pode demandar esforços voltados à capacitação (MEDAGLIA; RUKUNDO, 2010, p. 7).

Cabe ressaltar que o site da ABS Clearing-House já está funcionando¹⁸⁹, com uma plataforma online e atualizada de dados, inclusive com informações de pontos focais nacionais, autoridades nacionais, modelos de documentos etc. É interessante notar que 170 países (de somente 65 que ratificaram) já informaram seus pontos focais nacionais, o que indica o amplo reconhecimento do sistema.

Esse sistema online é uma das maiores conquistas da ABS Clearing-House, e todas as informações das partes e as permissões (PIC e MAT) são encaminhadas para registro e publicadas online. Inclusive um certificado já foi emitido pelas informações submetidas pela Índia, e está disponível publicamente online. Medaglia e Rukundo (2012, p. 5) explicam que o sistema de certificado eletrônico cria uma ampla transparência, um certificado com nenhum custo. E esse registro transparente é o que evita biopirataria, salvaguarda o Estado e os direitos do usuário que adquiriu a permissão.

¹⁸⁹ Site “<https://absch.cbd.int/>”

4.3 CONCLUSÕES SOBRE O PROTOCOLO DE NAGOYA E O CERTIFICADO INTERNACIONAL DE CONFORMIDADE

Como visto nos capítulos 2 e 3, o desafio do Direito Internacional Ambiental pós-RIO 92 é a implementação das obrigações ambientais assumidas pelos Estados e outros sujeitos da comunidade internacional. Os instrumentos internacionais são criados como medidas para cumprimento de obrigações.

Quando um Estado ratifica um tratado, ele aceita formalmente as obrigações internacionais impostas. Isto inclui adotar ou modificar a legislação nacional, autoridades competentes, dar cumprimento a políticas e medidas administrativas etc (SANDS, 2003, p. 175). Ao implementar as obrigações de um tratado, é dever do Estado assegurar o contínuo cumprimento das obrigações assumidas dentro da sua jurisdição, o que inclui manutenção das autoridades, aplicar sanções para os casos previstos e punições de violações.

O protocolo de Nagoya só reforça muita das obrigações que estavam prescritas na CDB quanto a legislações e autoridades, para criar um sistema de acesso, mas por outro lado propõe novos mecanismos para o cumprimento das obrigações assumidas, como os recursos financeiros, transferência de tecnologia, relatórios periódicos, a base de dados online e o certificado.

O que o certificado como instrumento ambiental faz é garantir a soberania permanente sobre os recursos naturais, ao evidenciar que o acesso foi cumprido corretamente do país fornecedor, ao mesmo tempo garante a conservação e o uso sustentável pelo monitoramento e repartição de benefícios da biodiversidade, uma consagração da cooperação internacional.

O certificado é um instrumento internacional, compulsório e público, constituído pelo Estado-membro e publicado pela ABS Clearing-House, cuja natureza jurídica é *sui generis*: único do seu tipo, e abrangente na possibilidade de ser de origem, fonte ou procedência legal, conforme o recurso e/ou conhecimento tradicional acessado e sua finalidade de uso.

Para Birnie, Boyle e Redgwell (2009, p. 211), o desenvolvimento de normas de Direito Internacional em matéria de proteção ambiental só é significativo se acompanhado por meios eficazes para assegurar a execução, cumprimento e a resolução de litígios. Garantir o cumprimento dos sujeitos da comunidade internacional de suas obrigações ambientais é uma preocupação constante, cujas técnicas só melhoraram.

Certamente, o Protocolo de Nagoya é um instrumento internacional atualizado, no sentido de garantir os cumprimentos ambientais. Mas como visto, ainda existem desafios à sua implementação.

Na efetivação do certificado irão se levantar algumas questões, principalmente quanto à sua aplicação no regime internacional de comércio. Considerando que se trata de um documento que pode acompanhar a transferência/exportação de recursos genéticos, atestar a origem etc., o certificado deve ser analisado no contexto das principais regras da OMC.

Por conta disso, para um vislumbre dos aspectos legais da implementação do certificado, o último capítulo trata sobre a relação do meio ambiente e comércio e seus regimes próprios no Direito Internacional.

5 MEIO AMBIENTE E COMÉRCIO: ASPECTOS LEGAIS DA IMPLEMENTAÇÃO INTERNACIONAL DO CERTIFICADO CONFORMIDADE

Como visto, de modo a se analisar os aspectos legais da implementação do certificado previsto pelo Protocolo de Nagoya, é preciso compreender a relação entre meio ambiente e comércio internacional. Neste sentido, este capítulo explana sobre esta relação, especialmente no que diz respeito à inserção ambiental na OMC e esclarece como tal relação pode (ou deve) ser pautada pelo princípio da integração sistêmica de Koskenniemi.

5.1 MEIO AMBIENTE E COMÉRCIO INTERNACIONAL

O meio ambiente¹⁹⁰ representa a base para a vida humana. É nele que os homens estão inserido, e também é dele que se extraem as matérias para sua produção e reprodução econômica, como Derani (2008, p. 63) explica: “[...] a relação homem-natureza é uma relação parte e todo, em que não se pode apartar o homem da natureza, seja pela impossibilidade de sua existência material, seja para seu equilíbrio psíquico”.

Quando o meio ambiente é visto na produção econômica, a natureza é chamada de recurso, elemento de produção. Esta natureza modificada vira produto que se insere no sistema de mercado e comércio. É o movimento e integração dos recursos naturais na sociedade que determina as relações de produção e consumo. É este movimento da relação homem-meio ambiente-recursos-produtos que gera a necessidade de normas de proteção ambiental, destinadas a “moderar, racionalizar,

¹⁹⁰ Para uma noção mais completa: “Não somente a natureza ‘bruta’ em sua forma primitiva é meio ambiente, porém todo o momento de transformação do recurso natural, ou seja, todo movimento deste objeto que circunda o homem, quem sobre ele age com seu poder, querer e saber, construindo o meio ambiente. Meio ambiente é um conceito que deriva do homem e a ele está ligado, porém o homem não o integra. O fato de o homem não constituir o conceito de meio ambiente não significa que este conceito seja menos antropocêntrico, muito pelo contrário: ele mostra exatamente o poder de subordinação e dominação do ‘mundo exterior’ objeto de ação do ‘eu ativo’. Isto significa que o tratamento legal destinado ao meio ambiente permanece necessariamente numa visão antropocêntrica, porque essa visão está no cerne do conceito de meio ambiente” (DERANI, 2008, p. 65).

enfim a buscar uma “justa medida” na relação do homem com a “natureza” (DERANI, 2008, p. 66).

A legislação internacional se insere neste cenário de regulamentação ambiental, no qual suas medidas de cumprimento das obrigações legais internacionais ambientais reverberam na produção e comércio.

Na verdade, regulamentos e proibições de comércio internacional estão entre os primeiros instrumentos econômicos a serem utilizados a nível internacional em auxílio de objetivos de proteção ambiental (SANDS, 2003, p. 165).

Como visto na regulamentação internacional da biodiversidade, a utilização de medidas comerciais em acordos internacionais ambientais tem uma longa história. Três tipos de objetivos ambientais têm sido abordados com regras de comércio: acordos para proteger a vida selvagem, os acordos para proteger o meio ambiente do Estado em importação de organismos e produtos nocivos, bem como acordos para proteger os patrimônios comuns globais (SANDS, 2003, p. 942).

Os acordos para proteger a vida selvagem são os primeiros a utilizar restrições em importação e exportação entre Estados, são baseados em um sistema de licença que também gera fiscalização no trânsito interno de um país, além de restrições para terceiros Estados que não necessariamente ratificaram o tratado (SANDS, 2003, p. 943).

As regulamentações modernas são projetadas para influenciar o comportamento (não matar espécies em perigo, não produzir ou consumir substâncias nocivas) pela limitação da disponibilidade no mercado de certos produtos ou fazendo o mercado ser dependente de uma regulamentação internacional (rastreadabilidade, medidas fitossanitárias).

Oliveira (2011, p. 62) ensina que “Há uma clara ligação entre a industrialização, globalização e a degradação ambiental e que todos esses processos cresceram enormemente no século XX. A globalização econômica também tem acelerado e transformado o processo de degradação ambiental.”

O conceito da soberania permanente sobre os recursos naturais evidencia a relação delicada do meio ambiente, produção/comércio e tentativas de regulamentação internacional. O crescimento econômico, amparado no livre comércio, gera degradação ambiental no uso excessivo de recursos ambientais e poluição do meio ambiente. Por isso a regulamentação ambiental se baseia na conservação e uso sustentável dos recursos naturais se utilizando de mecanismos comerciais também. Acontece que a especialização de regime comercial para liberalização e o

regime ambiental são fundadas em lógicas distintas, o que gera tensão entre os regimes em uma teia complexa (OLIVEIRA, 2011, p. 67).

Em suma, regulações comerciais são atraentes para a área ambiental como um meio eficaz para atingir seus objetivos, mas permanecem controversas no contexto internacional diante de um regime especial do comércio com objetivos próprios, como o aplicado pela Organização Mundial do Comércio.

Na realidade social, a relação entre comércio e meio ambiente é indissociável, mas, no Direito Internacional, a relação do regime comercial e regime ambiental ainda precisam entrar em sintonia.

É por isso que a implementação de um certificado internacional, que nasce no Direito Internacional Ambiental para garantir conformidade com a legislação nacional e internacional de acesso e repartição de benefícios, baseada na rastreabilidade um recurso genético em toda a cadeia de utilização e produtiva, precisa ser colocada em evidência diante do regime internacional do comércio.

O certificado internacional de conformidade é um mecanismo para cumprimento de obrigações ambientais, que interconecta meio ambiente e comércio. Mas é interessante notar que não é a primeira vez que um tratado internacional ambiental prevê um instrumento comercial ou certificado de matéria ambiental, e hoje ainda estão em vigor alguns destes mecanismos para cumprimento de obrigações, que merecem uma breve explanação.

O primeiro certificado que se tem notícia foi previsto no Tratado da Convenção Para Proteção da Natureza e da Vida Selvagem no Hemisfério Norte, de 12 de outubro de 1940, que entre outros objetivos regulamentava a criação de parques e reservas naturais nacionais.

A Convenção Para Proteção da Natureza e da Vida Selvagem no Hemisfério Norte também requer, no seu artigo IX, que as Partes Contratantes preservem e protejam pássaros migratórios, especialmente os descritos na lista de anexo à Convenção. Os termos da Convenção provêm para a implantação de restrições no comércio, transporte, importação e exportação de espécimes, por meio da expedição de Certificados de Autorização de Porte.

Ainda que a ratificação do Tratado tenha acontecido, não houve controle efetivo do seu objetivo, devido às disposições políticas da época. Porém, a inovação da proteção de espécies, por meio de certificados, abriria as portas para a proteção ambiental alguns anos mais tarde.

O primeiro pedido para regulamentação do comércio internacional de vida selvagem foi feita nos meados de 1911, quando Paul Sarasin, conservacionista suíço, pediu restrições no comércio de plumagens para

suprir o mercado de chapalaria em moda na época. O requerimento de Sarasin não obteve sucesso. Mas somente em 1963, com o notável aumento do comércio internacional, a IUCN convocou uma “Convenção internacional para regulamentação da exportação, trânsito e importação de espécimes raros ou ameaçados ou sua pele, e troféus”. A iniciativa da IUCN obteve sucesso, e uma década mais tarde, em 3 de março de 1973, seria implementada a Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) (BOWMAN; DAVIES; REDGWELL, 2010, p. 484).

Quando um país se torna parte da CITES, ele concorda em cumprir algumas obrigações¹⁹¹ descritas no texto do Tratado, além de instituir autoridades administrativas¹⁹² e científicas independentes entre si para avaliar e regulamentar o comércio, para emitir as permissões CITES, e emitir relatórios de comércio de espécimes constantes nos anexos da CITES (HEMLEY, 1994, p. 4-5)

O conceito da CITES é simples, ainda que a complexidade da natureza humana e as leis econômicas tornem a implementação mais difícil. O objetivo do Tratado é de controlar, reduzir ou eliminar o comércio internacional daquelas espécies em que o número ou as condições sugerem que a contínua retirada de indivíduos do seu habitat natural seria prejudicial para a sobrevivência da espécie¹⁹³ (FAVRE, 1989, p. 17).

¹⁹¹ Conforme descrito no artigo VIII: “The Parties shall take appropriate measures to enforce the provisions of the present Convention and to prohibit trade in specimens in violation thereof. These shall include measures: (a) to penalize trade in, or possession of, such specimens, or both; and (b) to provide for the confiscation or return to the State of export of such specimens [...]” (CITES, 1983).

¹⁹² Como pode-se observar no artigo IX: “Each Party shall designate for the purposes of the present Convention: (a) one or more Management Authorities competent to grant permits or certificates on behalf of that Party; and (b) one or more Scientific Authorities.” (CITES, 1983).

¹⁹³ A linha guia de todo o Tratado da CITES pode ser entendida com o texto editado do artigo VI: “Permits and certificates granted under the provisions of Articles III, IV, and V shall be in accordance with the provisions of this Article: The export of any specimen of a species under this treaty shall require the prior grant and presentation of an export permit. The import of any specimen of a species under the treaty shall require the prior grant and presentation of an import permit and either an export permit or a re-export certificate.” (CITES, 1983).

A autoridade administrativa emite permissões de importação e exportação de espécimes para o comércio. A autoridade científica determina quanto um comércio em específico será danoso para a sobrevivência da espécie envolvida e quando situações de cativeiro são adequadas para animais vivos em transação. A autoridade científica monitora volumes de exportação e seus impactos em espécies nativas protegidas.

As responsabilidades da autoridade administrativa geralmente são assumidas por um órgão governamental. A autoridade científica é em geral uma mistura de especialistas do governo, cientistas acadêmicos zoológicos e outras instituições (HEMLEY, 1994, p. 6).

A CITES é única na especificidade de permitir a participação de ONGs em várias atividades do tratado, promovendo a implementação e fortalecimento da CITES, com campanhas de conscientização ou facilitando a aplicação do acordo por meio de vigilância e pressão das autoridades quando é localizada uma potencial infração (HEMLEY, 1994, p. 7).

Seria incoerente sugerir que o sistema de permissões e certificados sempre funciona perfeitamente. Porém, na sua totalidade, é argumentável que tem se provado relativamente eficaz. Isso se deve em grande parte pela grande estrutura administrativa da Convenção, em adição às autoridades administrativas e científicas operantes nos níveis nacionais de cada membro (BOWMAN; DAVIES; REDGWELL, 2010, p. 485).

No Brasil¹⁹⁴, a autoridade administrativa responsável por emitir licenças de comércio internacional, importação e reexportação é o IBAMA (Instituto Brasileiro de Meio Ambiente), e como autoridade científica foram apontados o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, a ICMBIO e o próprio IBAMA (IBAMA, 2015).

Parte da efetividade da CITES reside na restrição de possibilidades para fraudes, uma vez que cada um dos espécimes transportados (importados, exportados ou reexportados) deve possuir certificação intransferível, válida por seis meses para uma única passagem alfandegária. Após a verificação, o Certificado deve ser retido pela autoridade no país de chegada. Alguns dos espécimes em perigo de extinção, constantes no anexo I da CITES, devem apresentar dois

¹⁹⁴ O Brasil aderiu à Convenção em 1975. O Decreto nº 76.623/1975 promulgou seu texto, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 54, Implementado com o Decreto 3.607, de 21 de setembro de 2000 (IBAMA, 2015).

certificados: um para exportação, quando deixar o país de origem e outro para entrada no país de destino.

Certificados para propriedade e direitos sobre recursos da biodiversidade não se limitam a trânsito e comércio: podem exercer também funções científicas e de propriedade intelectual, como é o caso do Direito de Melhorador, ou para a proteção de cultivares por meio do direito sobre novas variedades vegetais, descrito na UPOV (União Internacional para Proteção das Obtenções Vegetais).

Alguns pedidos formais de proteção intelectual de plantas remontam ao mesmo período da Convenção de Paris, para a proteção de propriedade intelectual. Em 1883 houve a tentativa para a adoção de uma legislação específica para a proteção de variedades de plantas, porém sem sucesso. Não foi até 1922, quando na França foi admitida a proteção privada de direitos sobre plantas, e na Alemanha a Suprema Corte permitiria que a lei das patentes admitisse o processo de criação e inovação sobre plantas (LEWELYN; ADCOOK, 2006, p. 137).

Plantas têm sido protegidas de várias formas, com direitos de propriedade intelectual, desde década de 1930, e posteriormente, com a adoção específica dos direitos do melhorador e proteção de novas variedades de plantas em 1961, tendo a primeira patente sido expedida em 1985 (ROTHSCHILD; NEWMAN, 2002 p. 103).

Com o avanço das tecnologias de sequenciamento e engenharia genética, era mais fácil observar que os resultados do cruzamento de variedades de plantas tinham sido projetados para uma específica finalidade, tornando a aquisição de propriedade intelectual mais fácil (LEWELYN; ADCOOK, 2006, p. 135).

A história formal da cooperação internacional para proteção de novas variedades de plantas começou com a criação do primeiro Congresso Internacional de Sementes, que levou à criação da Federação Internacional de Comércio de Sementes (FIS) em Londres, em 1924 (SEVILLE, 2009, p. 172).

Posteriormente, os congressos da FIS ajudaram a estabelecer a cooperação entre indústrias de sementes e o sistema legislativo. Em 1938 foi criada a Associação Internacional de Melhoradores, para a proteção de obtenções vegetais, com o objetivo maior de criar uma convenção para proteção de novas variedades. Esta conferência levou à criação da UPOV, em 1961 (SEVILLE, 2009, p. 172).

Alguns aspectos do mercado de agricultura podem se considerar sujeitos a medidas de negociação multilateral, tendo grande impacto no setor. Uma destas questões é a de direitos de propriedade intelectual. Estas são ferramentas legais que protegem trabalhos intelectuais como

invenções, literatura, patentes, copyright, direito de cultivares, certificado de melhorador, etc. No âmbito internacional, conflitos envolvendo comércio e propriedade intelectual são regidos pelo tratado de 1995 da OMC, sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), que abrange uma vasta gama de assuntos problemáticos sobre propriedade intelectual, e estabelece suas regras relativas ao comércio (UNEP, 2005, p. 37).

O propósito da UPOV era de assegurar o reconhecimento e proteção¹⁹⁵ sobre a criação de novas variedades de plantas, garantindo, assim, o pagamento de direitos autorais e, por meio de um certificado, garantir a propriedade intelectual para o detentor do direito da variedade, os direitos de plantio, propagação, alteração e estocagem para plantio (SEVILLE, 2009, p. 173).

Agricultura é um dos setores, dentre muitos, que é impactado pelas regras de propriedade intelectual e comércio. Patentes, direito de cultivares e certificado de melhorador estão diretamente ligados à agricultura. O acordo da TRIPS requer aos signatários a adoção de um sistema de proteção para novas variedades de plantas. Seu artigo 27.3(b) permite a membros da OMC de excluir a patenteabilidade de algumas plantas e outros micro organismos. Apesar disso, exige a proteção de novas variedades de plantas por um sistema de patentes, por um sistema *sui generis*¹⁹⁶ (único de sua forma) ou por uma combinação de ambos (UNEP, 2005, p. 39).

Devido à especificidade das leis de patentes em determinados países, os melhoradores de variedades de plantas tendem a escolher por um ou outro sistema de proteção da propriedade intelectual, sendo que a UPOV permite alguns acessos livres aos recursos, como acessos para

¹⁹⁵ Conforme exposto no artigo 2: “Forms of Protection:

(1) Each member State of the Union may recognize the right of the breeder provided for in this Convention by the grant either of a special title of protection or of a patent. Nevertheless, a member State of the Union whose national law admits of protection under both these forms may provide only one of them for one and the same botanical genus or species.

(2) Each member State of the Union may limit the application of this Convention within a genus or species to varieties with a particular manner of reproduction or multiplication, or a certain end-use.”

¹⁹⁶ As condições para proteção de novas variedades de plantas estão descritas no artigo 5 da UPOV: “Conditions of Protection (1)[*Criteria to be satisfied*] The breeder’s right shall be granted where the variety is:(i) new, art 6 (ii) distinct, art 7 (iii) uniform and art 8 (iv) stable.”.

pesquisa e desenvolvimento de outras variedades com base em variedades vegetais protegidas, porém sem necessidade do consentimento prévio do detentor dos direitos¹⁹⁷, o que não acontece no caso de patentes.

Em países desenvolvidos, o direito de melhorador geralmente é mais procurado para a proteção de novas obtensões vegetais e direitos de melhorador. Por sua vez, biotecnologistas vegetais tendem a usar o sistema de patentes (UNEP, 2005, p. 39).

Os direitos garantidos por meio da UPOV são de cunho comercial, garantindo o pagamento de royalties ou divisão dos lucros advindos da utilização das novas variedades de planta, de acordo com o contrato para autorização de utilização, limitado pelas condições acordadas pelo detentor do certificado de melhorador¹⁹⁸.

Em contrapartida ao direito dos criadores e melhoradores de novas variedades de plantas, surgiu o movimento dos direito dos agricultores, ou detentores de conhecimentos tradicionais da agricultura, bem como dos recursos naturais e genéticos para a agricultura, que ganhou força junto à FAO.

Em 1993, a FAO promoveu uma conferência com a Comissão de Recursos Genéticos Para Alimentação e Agricultura (CGRFA), visando abrir negociações para a revisão do Compromisso de um acordo que operaria em harmonia com a Convenção da Biodiversidade. Após cerca de sete anos de negociação, um texto foi acordado com o Tratado Internacional Sobre Os Recursos Fitogenéticos Para A Alimentação e Agricultura (TIRFAA), adotado pela CGRFA em 1 de Julho de 2001 (SANDS, 2003, p. 553). O Tratado é adotado pela FAO na 31ª Conferência da FAO, em 3 de novembro do mesmo ano, sendo ratificada em 29 de junho de 2004.

No Brasil, o Tratado foi promulgado internamente por meio do Decreto n. 6.476 de 5 de junho de 2008, fazendo valer todos os seus instrumentos.

¹⁹⁷ Conforme o artigo 14 da UPOV: “Scope of the Breeder’s Right; (1) [*Acts in respect of the propagating material*] (a) Subject to Articles 15 and 16, the following acts in respect of the propagating material of the protected variety shall require the authorization of the breeder: (i) production or reproduction (multiplication), (ii) conditioning for the purpose of propagation, (iii) offering for sale, (iv) selling or other marketing, (v) exporting, (vi) importing, (vii) stocking for any purposes mentioned in (i) to 9 vi) above.”

¹⁹⁸ Conforme o artigo 14 da UPOV, sub item (b): “The breeder may make his authorization subject to conditions and limitations.”

Dentre os objetivos do novo Tratado estão a conservação e utilização sustentável dos recursos fitogenéticos para a alimentação e agricultura, bem como partilha justa e equitativa dos benefícios decorrentes da sua utilização, em harmonia com a Convenção da Diversidade Biológica (CDB) para a agricultura sustentável e a segurança alimentar (SANDS, 2003, p. 553). Segundo o autor, as Partes Contratantes devem promover uma ação integrada para a exploração, conservação e uso sustentável de plantas e dos recursos genéticos.

Segundo o artigo 9 do TIRFAA, as Partes Contratantes devem adotar medidas para promover “direitos dos agricultores”, incluindo detentores de conhecimentos tradicionais, garantindo o direito à participação na divisão de lucros advindos da utilização de recursos fitogenéticos, e o direito de participar em decisões nacionais relativas à conservação e uso sustentável de recursos fitogenéticos (SANDS, 2003, p. 554).

A Parte IV do Tratado estabelece um sistema multilateral para o acesso aos recursos fitogenéticos para a alimentação e agricultura, bem como a partilha dos benefícios decorrentes da sua utilização. O Tratado reconhece os direitos soberanos das partes sobre seus recursos fitogenéticos, bem como a autoridade para garantir acesso a estes recursos é de competência dos governos nacionais e está sujeita à legislação nacional (SANDS, 2003, p. 554).

O acesso está sujeito à condição de que seja fornecido unicamente para fins de conservação e utilização na pesquisa, melhoramento e treinamento ou capacitação para agricultura e alimentação. Usos farmacêuticos e industriais não são permitidos (SANDS, 2003, p. 554).

Quaisquer benefícios (incluindo benefícios comerciais) decorrentes da utilização dos recursos no âmbito do sistema multilateral serão partilhados de maneira justa e equitativa através de mecanismos como a troca de informações, acesso e transferência de tecnologia, capacitação e na partilha dos benefícios resultantes de comercialização. Os benefícios devem ser destinados principalmente, direta ou indiretamente, para os agricultores (SANDS, 2003, p. 554).

Como a utilização dos recursos fitogenéticos dentro do âmbito da TIRFAA é exclusivamente para fins de agricultura e alimentação, um aparato similar de divisão equitativa de lucros, advindos da utilização equitativa de recursos naturais, está tratado neste trabalho, no capítulo 4, que trata sobre o Protocolo de Nagoya, que dá as diretrizes para a utilização de recursos fitogenéticos para fins de pesquisa farmacêutica, produção industrial e para fins comerciais e não comerciais.

A execução internacional de tais instrumentos significa tomar medidas para influenciar o comércio internacional, em que o cumprimento dos tratados enseja obrigações de fiscalização de Estados, Organizações Internacionais e atores não estatais.

A RIO 92 marcou uma nova fase para o Direito Internacional Ambiental incorporar considerações entre normas ambientais e econômicas no princípio do desenvolvimento sustentável, que toma o comércio como um aliado.

Mas o uso de ferramentas de comércio, para implementar obrigações ambientais, pode gerar conflitos entre as obrigações assumidas no livre comércio. Esta relação é incerta já que os Estados reconhecem os problemas ambientais e assumem que devem regular as causas da degradação ambiental, mas ao mesmo tempo devem evitar que as medidas ambientais determinem restrições desnecessárias ao comércio para não quebrarem seus acordos com a Organização Mundial do Comércio. Para se aprofundar no assunto e se compreender a implementação de uma ferramenta como o certificado de conformidade, é preciso uma breve explicação da OMC.

5.1.1 Organização Mundial do Comércio

A Organização Mundial do Comércio (OMC) é uma Organização Internacional que regula o comércio. Foi criada numa conferência em meados de 1994, com a proposta de estender o livre mercado e facilitar a implementação e operacionalização do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) e outros regulamentos, visando reforçar a aderência dos países aos acordos firmados pela Organização. A OMC deu início aos seus trabalhos oficialmente em janeiro de 1995, depois do Encontro em Marrakesh, em que foi formulado um acordo assinado por 123 nações (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 78).

A consolidação do regime de comércio internacional foi histórica e gradual, e teve seu ápice no contexto da fragmentação do Direito Internacional pós-Segunda Guerra Mundial. Tendo em vista que o GATT 1947 não era tido como uma Organização Internacional, mas um acordo que se estendeu de 1948 até 1994, quando foi reformulado e agregado à OMC, “pôs-se fim à lacuna institucional remanescente desde o fracasso da pretendida instauração da Organização Internacional do Comércio, que, nunca tendo entrado em vigor, dera lugar ao ‘acordo’ de ‘vigência provisória’, sobre o qual se estrutura e desenvolve, em considerável extensão, o sistema mundial de livre comércio” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 667).

Em dezembro de 1993, o Comitê de Negociações Internacionais aprovou a Ata Final, na Rodada Uruguai, no qual, pela primeira vez, citou-se o acordo que regulamentaria a OMC, em que estavam anexadas: o GATT 1994, o acordo geral sobre comércio de serviços (GATS), o acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual (TRIPS) e o Conjunto de regras e procedimentos relativos à solução de controvérsias (DSU), que foram abertos para discussão também em Marrakesh, em 1994, e entraram em vigor juntamente com a OMC no dia primeiro de janeiro de 1995 (SANDS, 2003, p. 555).

Mas, apesar da nova sobreposição institucional e novos acordos, o GATT 94 continua a ser o acordo central sob a égide da OMC, que o incorporou completamente. O novo modelo de comércio, que se consolidou com a OMC, é baseado em liberalização do comércio com eliminação progressiva das barreiras tarifárias e não tarifárias pelo princípio da não discriminação, a aplicação da cláusula da nação mais favorecida, e obrigação do tratamento nacional¹⁹⁹ (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 667).

Não cabe aqui explicar detalhadamente tais princípios. Para o presente trabalho é importante entender que a OMC e seus acordos são a base do regime internacional de comércio, cujos princípios são esses apontados, todos visando à liberalização e eliminação de barreiras ao comércio.

5.1.2 Meio Ambiente e a Organização Mundial do Comércio

O GATT foi originalmente adotado em 1947, e se baseava nos princípios de livre circulação, liberdade de empresa e neutralidade de mercadoria. As mercadorias não eram consideradas mais que em sua qualidade de objetos de comércio, e o sistema multilateral regulava sua circulação, sem estabelecer distinções entre elas.

Em novembro de 1971, o GATT começou a tecer considerações ambientais, e criou o grupo “*Environmental Measures and International Trade*”, conhecido como EMIT, em português: Medidas Ambientais e Comércio Internacional, um grupo para as partes convocarem e pedirem decisões envolvendo o ambiente.

¹⁹⁹ Ver mais em capítulo 3 do livro: “DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. (Orgs.) Direito Internacional econômico em expansão: desafios e dilemas. 2 ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.”

Até 1991, a relação meio ambiente e comércio só se intensificaram, e durante a Rodada Uruguai, o debate foi alvo de negociações intensas. Como explica Lampreia (1995), modificações foram feitas para o Código de Normas e certas questões ambientais foram abordadas no Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS), os Acordos sobre Agricultura, Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM) e Comércio Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS).

O acordo de Marraqueche, concluído em 1994, que estabelece a OMC, afirma que as partes reconheçam que as suas relações na área do comércio e das atividades econômicas devem ser conduzidas com vistas à melhoria dos padrões de vida, assegurando o pleno emprego e um crescimento amplo e estável do volume de renda real e demanda efetiva, e expandindo o uso ótimo dos recursos naturais de acordo com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente e reforçar os meios de fazê-lo, de maneira consistente com as suas necessidades nos diversos níveis de desenvolvimento econômico.

As discussões na formação da OMC ainda levantaram algumas especificidades em relação ao meio ambiente, como a possibilidade de se importar dejetos ou produtos químicos perigosos e até mesmo organismos vivos modificados, situações estas que colocavam em pauta a questão de saúde pública.

Esta mesma situação punha em risco a ideia de livre comércio, já que, através deste argumento, um produto poderia ser barrado. Fundando-se no artigo XX, que reconhece a legitimidade das medidas nacionais orientadas à proteção da vida ou saúde das pessoas, animais e plantas, abriu-se então a possibilidade de se restringir acordos, entendendo a soberania dos Estados em eleger e adotar políticas nacionais adequadas para regulamentar a circulação de bens e serviços, o que limitou a neutralidade das mercadorias (VARELLA, 2009, p. 137).

Do ponto de vista legal, o meio ambiente é tratado como uma exceção àqueles princípios que governam o comércio internacional, encabeçado pela OMC. Assim, o artigo XX do GATT diz que os membros podem adotar medidas mercantis “necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais” (alínea b) ou “relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo das nações” (alínea g). Porém, o caput do artigo XX estabelece ainda que essas medidas não podem ser “[...] aplicadas de forma a constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificada,

entre os países em que existem as mesmas condições, podendo ser uma restrição disfarçada ao comércio internacional” (OLIVEIRA, 2011, p. 72).

Para regular o tema, durante a Rodada Uruguai decidiu-se acrescentar o artigo XXb, criando dois acordos independentes do GATT: Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT)²⁰⁰, que delega aos órgãos técnicos de padronização a responsabilidade de estabelecer o padrão internacional, e o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS)²⁰¹.

O novo sistema conformava-se por dois acordos independentes do GATT: o Acordo TBT e o novo acordo SPS. Os obstáculos técnicos, sanitários e fitossanitários deixam de ser duas meras exceções a invocar diante da violação dos acordos GATT, adquirindo, a partir desse momento, novo *status* de *lex specialis*, sobre o qual se fixam as condições por que os Estados-membros podem estabelecer restrições legítimas ao comércio internacional (VARELA, 2009, p. 137).

Ambos os acordos, inseridos no artigo XX do GATT, serviram para proteger a liberalização, por um acordo sobre a permissão de determinadas barreiras comuns para produtos que coloquem em perigo a integridade da saúde pública. A articulação de um comércio, com objetivo de acabar com barreiras e um regime ambiental e sanitário que tenta regular ao máximo, é uma das questões mais complexas do Direito Internacional. Os acordos entraram em vigor juntamente com a OMC.

A inserção destes dois tratados demonstra a interação entre meio ambiente e comércio. A OMC não ignora problemas ambientais, mas tenta regulá-los para que não sejam uma barreira desnecessária ao comércio. Por isso, determinadas medidas de mercado são compatíveis com os objetivos de saúde e segurança para a humanidade, animais e plantas.

Nas questões de saúde e segurança, as medidas com potencial para impactar o comércio são relacionadas no tratado SPS da OMC, que coloca as condições estabelecidas pelos membros, ampliando o artigo XX(b) e estabelecendo que as medidas do Tratado estejam em relação com o proposto no artigo.

No que diz respeito às SPS, é observado que os membros adotam um tratamento não discriminatório no que diz respeito às medidas de cada país, mas fica claro que estas medidas não devem ser usadas para

²⁰⁰ Em inglês “Technical Barriers to Trade Agreement” (TBT).

²⁰¹ Em inglês “Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures” (SPS).

disfarçar uma restrição ao comércio internacional. No entanto, as decisões pautadas nas SPS indicam limitações dos membros da OMC de adotar tais medidas em suas relações comerciais, enfatizando a necessidade de criar medidas pautadas em argumentos científicos, apresentando riscos potenciais que comprovem a probabilidade e não a possibilidade de efeitos adversos (SANDS, 2003, p. 949).

O anexo A do acordo SPS prevê a possibilidade de medidas sanitárias e fitossanitárias, e entre as medidas indicadas está inserida a certificação. Um certificado Fitossanitário/sanitário é um instrumento necessário para proteger a vida e saúde animal, vegetal e humana no sentido que atesta a condição da exportação de plantas, partes de vegetais, produtos de origem vegetal e outros produtos regulamentados. Tal certificado internacional acompanha obrigatoriamente os produtos até o mercado importador.

O TBT, por sua vez, cobre padrões técnicos que não são previstos pelas SPS. Este acordo reconhece explicitamente que a proteção ambiental pode permitir desvios dos padrões internacionais, desvio tal que cabe ao TBT garantir que não seja criado, em cima disto, uma barreira desnecessária ao comércio internacional.

O Acordo também impõe certos requerimentos processuais: os membros devem publicar as regulamentações técnicas em rascunho, no qual estes não se baseiam nos padrões internacionais, ou não existam principalmente nos locais em que esta regulamentação ou padrão a ser adotado possa causar uma maior influência no mercado.

O TBT cria obrigações de duas categorias: os regulamentos técnicos e as normas, de modo a permitir exceção à impossibilidade de barreiras ao comércio para a segurança e saúde das pessoas, animais e plantas e, ao mesmo tempo, harmonizar regulamentações que não criem barreiras desnecessárias. O regulamento técnico estabelece exigências que podem ser obrigatórias para produtos, processos e métodos de produção²⁰². Tal acordo também permite certificação, como por exemplo,

²⁰² Um dos maiores debates quanto ao TBT é que a sua certificação de métodos de produção e processamento só é aceita se o PPM alterar as características físicas do produto final pr-PPMs (product-related Process and Production Methods), como a OMC informa: “WTO Members agree that countries are within their rights under WTO rules to set criteria for the way products are produced, if the production method leaves a trace in the final product, for example cotton grown using pesticides leaving pesticide residue in the cotton itself. However, they disagree about discriminatory measures based on “unincorporated PPMs” (or “non-product

o uso de certificados da Organização de Normalização internacional (ISO).

Por isso, as informações técnicas e argumentos científicos devem ser consultados, assim como as tecnologias usadas em seu processo e a destinação dos produtos. Este acordo permite a aplicação de certas exceções, quando necessário, ao livre comércio no sentido de proteger os sujeitos colocados como importantes nesta relação – Pessoas, animais, plantas – desde que a transparência seja regra geral para os membros da OMC (SANDS, 2003, p. 950).

Entende-se então que, sem embargo, o sistema comercial multilateral não faz da liberalização comercial algo absoluto. Certos obstáculos ao comércio permanecem, já que a liberalização comercial deve ser alcançada, sem desconhecer outros objetivos políticos legítimos, como, por exemplo, a saúde pública. Os Estados-membros conservam sua soberania nesta área, e a OMC não tem nenhuma competência regulamentar sobre a matéria. Contudo, o direito de limitar o comércio internacional em nome da saúde pública supõe um perigo. Se o admitimos, sem limitação alguma, poderia justificar qualquer medida restritiva (justificada ou injustificada) e pôr em perigo todo o sistema de livre comércio. Por conseguinte, as regras da OMC condicionam seu exercício (VARELA, 2009, p. 174).

Estes dois acordos citados desenvolvem os princípios do GATT, e introduzem algo novo: a obrigação de se harmonizar as legislações técnicas com base em padrões internacionais, padrões sobre os quais se podem realizar um controle de proporcionalidade.

Varela (2009, p. 176) coloca que:

Grosso modo, as diferenças entre ambos os acordos residem em seu campo de aplicação – o Acordo TBT aplica-se a toda medida técnica, enquanto o Acordo SPS somente às que sejam SPS – e na obrigação de realizar avaliação prévia do risco para a adoção de SPS. As medidas reguladas pelo Acordo SPS caracterizam-se pelos riscos que previnem, isto é, a saúde ou a vida de pessoas ou animais, ou a preservação de vegetais. Em termos

related PPMs”), i.e. process and production methods which leave no trace in the final product. For example you cannot tell whether a table has been produced from sustainably managed wood by simply looking at it.” (OMC, 2015).

gerais, estes riscos devem-se a pragas, enfermidades e organismos patogênicos ou portadores de enfermidades existentes em animais, vegetais ou produtos alimentícios.

Essa disputa sobre os Organismos Geneticamente Modificados (OGM) é outra questão que precisa ser avaliada com cuidado, já que reflete diretamente em questões ambientais e sanitárias com relação ao comércio entre países, que abrange questões alimentares e econômicas, com um contexto científico pouco claro, o que levanta questões sobre propriedade intelectual e relações sociais-políticas, já que muitos destes OGM são sementes que recaem no Protocolo de Cartagena (VARELA, 2009, p. 176).

A RIO 92 deu um novo passo em direção à integração de economia com o meio ambiente no âmbito do Direito Internacional, levantando considerações sobre o relacionamento diferente entre padrões ambientais e competitividade econômica. Dentre outros objetivos da UNCED, encorajar macroeconomias a investir em questões ambientais e de desenvolvimento, juntamente com o provimento de investimentos financeiros adequados a países em desenvolvimento quando em respeito a relações internacionais, foram alguns deles (SANDS, 2003, p. 949).

É neste desenrolar histórico que a Rodada de Doha, em 2001, da OMC, se mostrava aberta à necessidade de tratar sobre alguns tópicos de comércio e meio ambiente, com o objetivo geral de reafirmar um compromisso de saúde e proteção ambiental, assim como um apoio recíproco entre comércio e meio ambiente pelos membros da OMC.

Para tratar dos assuntos, foi estabelecida uma comissão própria, o Comitê de Comércio e Meio Ambiente Sessão Especial (CTESS), que ficou responsável pelas negociações, e que resultou no parágrafo 31 da Declaração Ministerial de Doha.

Além da comissão especial, ao CTE e ao Comitê de Comércio e Desenvolvimento foi designado o trabalho de alguns temas, e atuar como um fórum de debates dos aspectos ambientais e de desenvolvimento das negociações lançadas na Conferência. Esse trabalho se traduziu nos parágrafos 32 e 33 da declaração final.

O parágrafo 31 afirma um diálogo e relação harmônica entre as medidas comerciais dos acordos ambientais multilaterais e as regras do sistema multilateral do comércio, incentivando a troca de informações entre secretarias de tratados e a OMC, ao mesmo tempo em que preza pela liberalização do comércio de bens e serviços ambientais:

31. Com vista a reforçar o apoio recíproco entre comércio e meio ambiente, estamos de acordo com as negociações, sem prejudicar os seus resultados, em:

(i) a relação entre as regras existentes da OMC e obrigações comerciais específicas estabelecidas em acordos ambientais multilaterais (AAM). As negociações devem ser limitadas em escopo para a aplicabilidade de tais regras da OMC existentes como entre as partes no MEA em questão. As negociações não prejudicam os direitos de qualquer Membro que não seja parte do MEA em questão da OMC;

(ii) procedimentos para a troca de informação regular entre MEA Secretarias e as comissões competentes da OMC, bem como os critérios para a concessão do estatuto de observador;

(iii) a redução ou, conforme o caso, a eliminação de tarifas e barreiras não-tarifárias aos bens e serviços ambientais.

Só o item (iii) do parágrafo 31 foi fragmentado em três instâncias negociadoras na OMC, com o intuito de ser explorado e conceituado nos trabalhos pós-Doha: o Grupo de Negociação em Acesso a Mercados para Produtos Não-Agrícolas (NAMA) encarrega-se da negociação sobre a liberalização do comércio de bens ambientais, ou seja, "todos os produtos não cobertos pelo acordo da OMC de Agricultura", e trata principalmente produtos manufaturados, mas não somente; o Comitê de Comércio e Meio Ambiente-Sessão Especial (CTE-SS) discute a definição de bens ambientais; e a Sessão Especial do Conselho para o Comércio de Serviços (CTS-SS) negocia a liberação do comércio de serviços ambientais (ALMEIDA; PRESSER, 2006).

O CTE, no uso de suas atribuições, formulou o parágrafo 32, na busca de trabalhar em todos os itens da agenda, com o enfoque especial a três itens: o efeito das medidas ambientais no acesso ao mercado e as situações win-win-win; as disposições relevantes do Acordo TRIPS; e os requisitos de rotulagem para fins ambientais.

Esses enfoques se manifestaram no seguinte texto:

32. Instruímos o Comitê de Comércio e Meio Ambiente, na persecução do trabalho em todos os itens de sua agenda dentro de suas condições atuais de referência, para dar especial atenção:

- (i) o efeito das medidas ambientais no acesso a mercados, especialmente em relação aos países em desenvolvimento, em particular os menos desenvolvidos entre eles, e as situações em que a eliminação ou redução das restrições ao comércio e distorções se beneficiariam comércio, meio ambiente e desenvolvimento;
- (ii) as disposições pertinentes do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, e
- (iii) requisitos de rotulagem para fins ambientais.

Os trabalhos sobre estas questões devem incluir a identificação de qualquer necessidade de clarificar as regras pertinentes da OMC. O Comitê informará à Quinta Sessão da Conferência Ministerial, e fará recomendações, se for o caso, no que diz respeito à ação futura, incluindo a conveniência de negociações. O resultado deste trabalho, bem como as negociações realizadas no âmbito do parágrafo 31 (i) e (ii), deve ser compatível com a natureza aberta e não discriminatória do sistema de comércio multilateral, não deve aumentar ou diminuir os direitos e obrigações dos membros no âmbito dos acordos da OMC existentes, em especial o Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, nem alterar o equilíbrio destes direitos e obrigações, e terá em conta as necessidades dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Observa-se como o item (i) ressalta a preocupação com o efeito das medidas ambientais sobre o acesso aos mercados dos países em desenvolvimento, para situações em que a eliminação ou redução das restrições ao comércio e distorções beneficiaria o comércio, o meio ambiente e desenvolvimento (alegação win-win-win); O item (II) indica as disposições pertinentes do Acordo TRIPS e o item (iii) os requisitos de rotulagem para fins ambientais.

O final do parágrafo 32 também é relevante para estas negociações. Acrescenta que esta qualificação é projetada para alertar contra a alteração do equilíbrio de direitos e obrigações dos membros da OMC no âmbito dos acordos existentes. E também solicita ao CTE que informe, na próxima conferência, sobre os progressos realizados nas discussões. Além dos três itens de enfoque especial, os membros também devem, segundo o parágrafo 33, desenvolver a assistência técnica e capacitação ambientais:

33. Reconhecemos a importância da assistência técnica e capacitação na área de comércio e meio

ambiente para países em desenvolvimento, em particular dos menos desenvolvidos entre eles. Nós também encorajamos que especialização e experiência será compartilhada com os membros que desejam realizar revisões ambientais a nível nacional. Um relatório deve ser elaborado com essas atividades para a quinta sessão.

Neste contexto, a positivação de tais parágrafos na Declaração Ministerial de Doha é essencial, para demonstrar que o regime do comércio não exclui considerações ambientais. Pelo contrário, tenta harmonizá-las, comprovando o seu compromisso com o desenvolvimento sustentável.

Hoje, o comércio é influenciado por questões ambientais: primeiro na aplicação de regras que proíbem ou limitam a concessão de subsídios pelos governos e autoridades públicas. Em segundo, a questão ambiental levanta a aplicação de regras de concorrência aos acordos entre empresas; em terceiro, a incapacidade de integrar os custos ambientais nos custos de produção criou o *dumping* ambiental no comércio internacional. E um quarto aspecto diz respeito aos instrumentos internacionais que criam aspectos econômicos das políticas ambientais, uma relação entre meio ambiente e concorrência (SANDS, 2003, p. 1010).

Todos estes aspectos já foram considerados pela OMC, o TBT, SPS e os trabalhos da Rodada de Doha, que continuam até hoje na tentativa de harmonizar as questões ambientais na OMC.

Cabe ainda citar brevemente alguns casos contenciosos na OMC, que ilustram os conflitos de comércio no tocante à matéria ambiental.

Um caso que engloba matéria ambiental é o Dolphin-Tuna I e II (Atum-Golfinho). Ambos os casos, ainda no GATT, tratam do bloqueio dos Estados Unidos da importação mexicana de atum, em 1990, e da Comunidade Econômica Europeia e Holanda, em 1992. O GATT examinou o processo frente aos artigos III, IX, XI e XIII e as exceções sob os artigos XX. O painel concluiu por acatar a posição do México, segundo a qual os embargos do EUA nas importações diretas eram injustificáveis, quando analisadas sob o artigo XX(g), já que as políticas ambientais diferentes não devem gerar barreira ao comércio. No artigo XX(b) e (g) a decisão final alegou que medidas unilaterais que visam à mudança de políticas ambientais ou práticas de outra forma minam o sistema multilateral de mercado e não poderiam ser justificadas sob a ótica do artigo XX (SANDS, 2003, p. 949).

Muito mais significativo é o caso Shrimp-Turtle (Camarão-Tartaruga), em que o órgão de apelação reverteu algumas posições do caso Tuna-Dolphin. Neste caso, os Estados Unidos (EUA) foram questionados pela aplicação da legislação que bania a importação de camarões pescados com redes que matavam tartarugas.

Desta vez, o Órgão de Apelação aceitou que os Estados Unidos poderiam banir as importações, com base no Método de Processo e Produção²⁰³ (PPMs) praticado, legitimando medidas voltadas a pressionar outros países a alterarem suas políticas domésticas. Apesar disso, o Órgão acabou condenando as medidas adotadas pelos Estados Unidos, considerando que a barreira não preenchia os requisitos do artigo XX: o meio empregado (bloqueio) não era o mais efetivo para o fim (proteção das tartarugas), visto outros instrumentos internacionais de proteção marinha.

Este caso é relevante uma vez que o órgão apelativo fez extensa referência a textos do Direito Internacional Ambiental. Definiu que o termo “recursos naturais exauríveis” no parágrafo (g) do artigo XX possui uma definição evolutiva, e citou o artigo 56 da UNCLOS em apoio à proposição de que os recursos naturais podem incluir tanto os vivos e recursos não vivos. O órgão apelativo também referenciou a Agenda 21 sobre a resolução de assistência dos países em desenvolvimento, em conjunto com as disposições da Convenção sobre Espécies Migratórias de Animais Selvagens. Nesta seara, citou o artigo 31 da Convenção de Viena, e enfatizou o caput do artigo XX como “uma expressão do princípio de boa-fé, que é um princípio geral do Direito Internacional”. A decisão que as tartarugas marinhas são exauríveis reconheceu a CITES, ao afirmar que tais espécies foram listadas no Anexo 1 da Convenção ambiental (KOSKENNIEMI, 2006, p. 233).

Em nenhum momento os EUA se opuseram ao Órgão de apelação trazer à tona a Convenção da Diversidade Biológica, o que ressalta a impossibilidade do órgão de comércio de tecer considerações ambientais (BIRNIE; BOYLE; REDGWELL, 2009, p. 22).

Outro assunto muito controverso, que gerou um exemplo interessante acerca dos tratados e acordos da OMC, foi o referente aos hormônios da carne bovina. Em meados de 1990, frente à crise da doença da vaca louca, a UE baniu a importação de carne bovina que contivesse hormônios artificiais. A OMC permite tais embargos, mas somente se

²⁰³ Em inglês “Process and Production Methods” (PPMs).

existir argumentos científicos de que este seja uma medida de segurança e saúde. Os EUA e o Canadá entraram com uma ação na OMC contra a UE, e a decisão contra a União Europeia ensejou recurso.

Neste caso, a UE não baniu totalmente a importação. Sob inspeção veterinária, aos fazendeiros foram permitidos a aplicação de versões sintéticas de hormônios naturais, para que se reduzisse o custo e para usos terapêuticos – como a sincronização do cio das vacas leiteiras. Sob a égide das SPS, os países têm a permissão de impor restrições que ofereçam riscos à saúde e segurança, desde que comprovadas cientificamente.

O Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC) considerou o status do chamado “princípio da precaução”, sob os tratados da OMC abrangidos, em especial o Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias Substâncias (Acordo SPS). Concluiu-se que, embora o princípio seja um princípio geral “segundo o Direito Internacional Ambiental”, não estava claro que o mesmo havia se gerado parte do direito consuetudinário geral e se tornado vinculativo para os Estados que não eram membros da Convenção da Biodiversidade e o Protocolo de Cartagena. Mas, aceitou as barreiras da União Europeia pela sua prova científica do risco à saúde humana²⁰⁴ (KOSKENNIEMI, 2006, p. 34).

As decisões tomadas no caso dos hormônios bovinos enfatizaram a necessidade de a OMC prestar mais atenção à problemática, que é a inconsistência entre as SPS dos membros. Neste caso específico, o corpo apelativo pareceu disposto a aceitar as diferenças entre os níveis de segurança sanitária, levando em consideração o ambiente sociocultural do país em questão, e que qualquer embargo deve ser pautado em evidências científicas, para que sejam esclarecidas quaisquer ameaças à saúde e à segurança pública (SANDS, 2003, p. 960).

Finalmente, o painel da OMC, no recente caso EC-Biotechnical Products (2006), a União Europeia foi demandada pelos Estados Unidos quanto à proibição de importação dos organismos geneticamente modificados.

A União europeia justificou o bloqueio pela Convenção da Diversidade Biológica e o Protocolo de Cartagena. O painel reconheceu,

²⁰⁴ Neste cenário faz sentido a busca pelo reconhecimento das normas típicas do Direito Internacional Ambiental como costume internacional ou princípios gerais de direito que objetivam retirá-las da posição em regimes específicos para o “General Law” no Direito Internacional.

em 2006, que a União Europeia não tinha o direito do bloqueio pela necessidade de estabelecer prazos e por não cumprir outras formalidades do acordo SPS. Uma das considerações interessantes pelo painel é que os dois tratados (CDB e Cartagena) são aplicáveis nas relações entre as partes, mas um Estado “parte” significa que um Estado vinculou/ratificou o tratado internacional. O painel decidiu que era preciso que todos os Estados em uma disputa tivessem ratificado os dois tratados, para que a OMC pudesse reconhecer as regras especiais do outro instrumento, e como os Estados Unidos não ratificaram esses tratados, eles não poderiam ser utilizados no caso (KOSKENNIEMI, 2006, p. 226).

Pelo exposto, embora se argumente que as regras GATT/OMC não ressaltem o meio ambiente, a jurisprudência recente do órgão de solução de controvérsias expandiu significativamente o potencial de “exceções ambientais” disponíveis pelo artigo XX. Essa evolução gradual reflete o reconhecimento que medidas ambientais podem, quando legítimas e necessárias, restringir o comércio internacional, desde que certas condições sejam atendidas (SANDS, 2003, p. 1018).

Hoje, a OMC, após todas as considerações da rodada de Doha e diversos casos internacionais, reconheceu amplamente os tratados internacionais ambientais, e busca se harmonizar com eles. É o caso do grupo de trabalho, de 2008, junto com a CDB, para harmonizar a biodiversidade, com o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual, relacionados ao Comércio (TRIPS), ainda em negociação. E também o acordo em vigor, desde 2015, de cooperação entre a CITES e a OMC, em que ambas reconhecem sua importância e buscam coordenação e colaboração entre as secretarias e programas²⁰⁵.

Diante de todo o aparato institucional e legal da OMC, quanto às considerações ambientais, legislações e secretarias próprias para coordenar as barreiras ambientais ao comércio, ainda existe mais um item importante na regulamentação do comércio, não necessariamente ambiental, mas extremamente relevante para o tema: como a OMC reconhece os certificados de origem.

5.1.3 Certificado de Origem na OMC

No Comércio Internacional, a origem da mercadoria também pode determinar o tratamento nacional adotado em relação a sua admissão

205 Documento oficial do acordo disponível no site https://cites.org/sites/default/files/i/news/2015/CITES_WTO_Brochure_72.pdf

alfandegária para o comércio. Desta forma pode-se entender a importância de definir a origem de uma mercadoria.

No mercado internacional a forma de certificação de origem de uma mercadoria pode assumir funções distintas.

Rápidos avanços em ciência e tecnologia, desde a Segunda Guerra Mundial, contribuíram para uma grande transformação dos métodos de produção modernos. Novas técnicas de fabricação tornaram possível aos trabalhadores menos qualificados a fabricação de produtos de maior qualidade, com pouco desperdício ou perda. Além disso, o desenvolvimento de meios mais rápidos e eficientes de comunicações e transporte tornou possível, de forma confiável, construir e transportar componentes, artes e materiais de várias origens até ao local da montagem final, tornando o processo de fabricação mais complexo e intrincado. Como resultado, uma crescente variedade de produtos incorporam peças e componentes de muitas nações diferentes, muitas vezes com o fabrico e a montagem realizados em vários países diferentes (JONES; MARTIN, 2012, p. 12).

As regras de origem primeiramente foram instituídas para coletar dados estatísticos, permitindo a governos conhecer a origem de bens entrando e saindo de seu território, de forma a analisar fontes de demanda e formas de abastecimento. Contudo as grandes forças do comércio internacional utilizaram a origem do produto como forma de gerar acordos tarifários preferenciais. Logo, o certificado de origem se tornaria importante por outras razões, e seu conceito precisaria ser definido (VERMULST; WAER; BOURGEOIS, 1994, p. 8).

O termo “denominação de origem” é uma nomenclatura econômica referida a um apanhado de regras substanciais para a definição da fonte de uma mercadoria importada. Assim como qualquer outro conjunto de regras, certas formalidades devem ser seguidas, de modo que ocasionam custos públicos e privados de transação (IZAM, 2003, p. 7).

Até 1994, o GATT não possuía regras específicas para determinar o país de origem de uma mercadoria no comércio internacional. Os países contratantes eram livres para determinar suas próprias regras de origem, e poderiam mesmo manter diferentes certificações de origem, dependendo do propósito da regulamentação específica (HOLLENBERG, 2003, p. 4).

Por este motivo, a Organização Mundial do Comércio (OMC) iniciou um programa de harmonização de sistemas de denominação de origem, buscando padronizar a aplicação e entendimento dos certificados de origem no cenário internacional.

Portanto, “o primeiro instrumento internacional para lidar com o problema de determinação de origem é a Convenção Internacional para a

Simplificação e Harmonização de Processos de Alfândega, também conhecido como Convenção de Kyoto, originalmente concebido em 18 de maio de 1973, e entrou em vigor em 25 de setembro de 1974” (IZAM, 2003, p. 10). Porém, houve muito poucas ratificações, e muitos países não aceitaram os termos para harmonização de regras de origem, temendo o detrimento de suas atividades comerciais.

O Protocolo de Kyoto estabelece dois critérios para definir a origem: quando a mercadoria é produzida inteiramente no território em questão, ou tiver sido alvo de modificações substanciais, como mudança de nomenclatura, agregação de valores ou alteração substancial do produto e mudança de custos por agregação de valor (IZAM, 2003, p. 10).

As regras para certificados de origem são formas de determinação da origem de um produto ou serviço, de forma a determinar a nacionalidade de um bem. Sua importância econômica está na determinação de valor econômico²⁰⁶ e implementações preferenciais comerciais (HOLLENBERG, 2003, p. 3).

Vários autores concordam com o conceito e finalidade das regras de origem. “Conceitualmente, Denominação de Origem são um conjunto de requisitos que devem ser atendidos por um produto acabado, em relação a insumos e meios intermediários usados para sua produção, para definir a nacionalidade do produto, no caso de um país individual, ou um local geográfico, no caso de um grupo de países. Identificar a origem de um produto é importante do ponto de vista estatístico, problemas técnicos com o produto e fatores econômicos no mercado internacional. O principal fator para haver esta regra, no entanto, é determinar quando a mercadoria em questão é eleita pelas preferências tarifárias (IZAM, 2003, p. 9).

Conforme o autor, a denominação de origem é determinante, enquanto ferramenta, para a definição de aplicação tarifária, sofrida pela mercadoria no tratamento comercial. Quando a denominação de origem de um produto gera alteração tarifária, elas são ditas denominações de origem preferenciais.

Por exemplo, em alguns acordos, um método de mudança de tarifa, ou mudança de classificação tarifária, é resultado de a produção ter ocorrido inteiramente em um ou mais países, sendo este o método usado

²⁰⁶ Conforme descrito no Protocolo de Kyoto item 2: “Rules of origin and trade policy The rules of origin are used as an important trade measure. They do not constitute a trade instrument by themselves and are not to be used to pursue trade objectives directly or indirectly or as a policy measure.”

para determinar se o produto será qualificado para este benefício ou não (JONES; MARTIN, 2012, p. 5).

A intenção das regras de origem preferenciais é garantir que as mercadorias provenientes de países, que se qualificam para redução tarifária dentro das áreas de livre comércio ou de acordos preferenciais, estejam aptas a receber o tratamento tarifário especial, enquanto que os produtos de países que não são partes do acordo ou zonas preferenciais são excluídos dos benefícios tarifários (JONES; MARTIN, 2012, p. 7).

Certificados de origem podem ser preferenciais ou não preferenciais. Regras preferenciais são aplicadas no contexto de regimes de comércio específicos, nos quais tratamentos favoráveis são concedidos para um ou mais dos membros. Denominações de origem preferenciais podem ser contratuais ou autônomas. Regras contratuais são aquelas aplicadas dentro de acordos de integração econômica. Regras autônomas são aquelas estabelecidas no contexto de programas internacionais, como sistemas generalizados, de preferência aplicados por alguns países desenvolvidos em importações de países em desenvolvimento (IZAM, 2003, p. 9).

Portanto, segundo o autor, a denominação de origem cria, devido ao modo como é integrada ao comércio, uma barreira tarifária devido a acordos pré-existentes entre as partes. Porém, isso vai contra o princípio exigido pela própria OMC²⁰⁷. Devido à falta de harmonização entre as regras de origem nos variados países, tais barreiras criadas continuarão dependendo da legislação interna de cada país. Mesmo assim, a OMC reconhece legalmente sua aplicação.

5.2 ASPECTOS LEGAIS DA IMPLEMENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE CONFORMIDADE

A regulamentação internacional da biodiversidade transpassa dois regimes, o regime internacional ambiental e o regime internacional do comércio. O certificado de conformidade, previsto pelo Protocolo de Nagoya, irá repercutir no comércio internacional devido à sua finalidade de rastreabilidade.

²⁰⁷ Conforme descrito no item 5.1 do Protocolo de Kyoto “The WTO Members, desiring to ensure that rules of origin do not in themselves create unnecessary obstacles to trade, agreed to establish the Agreement on Rules of Origins part of the Marrakech Agreement establishing the WTO in 1995.”

Como visto, o Direito Internacional Ambiental não ignora o comércio, e da mesma forma o regime de comércio internacional presta seu papel de analisar questões ambientais. É notório como são indissociáveis fundamentos econômicos na política ambiental, e uma política econômica não pode ignorar a proteção de recursos naturais (DERANI, 2008, p. 62). A única tensão que se coloca é como os diferentes regimes e corpos de leis irão interagir.

Do lado do regime ambiental há o regime comercial estabelecido pela OMC, que possui toda a lógica de liberalização comercial contra barreiras tarifárias e não tarifárias.

Nos regimes internacionais, podem-se identificar os órgãos responsáveis pela articulação: de um lado a secretaria da CDB (com apoio da UNEP da ONU) e por outro a OMC, ambas com aparato organizacional para aplicação do regime, solução de controvérsias etc. Ambos os regimes auxiliam no gerenciamento de problemas comuns e, quando bem geridos, ou seja, quando há um clima de consenso e observância por parte dos Estados, os regimes podem facilitar a repartição de responsabilidades entre seus membros, ao estabelecer regras que possam ser aplicadas por todos os Estados (OLIVEIRA, 2011, p. 39).

Mas enquanto partem de premissas diferentes, proteção ambiental e liberalização do comércio, todas as normas jurídicas orientam as ações humanas e dizem respeito a um relacionamento com o meio ambiente, como Derani (2008, p. 74) explica: “A questão ambiental é, em essência, *subversiva*, visto que é obrigada a permear e a questionar todo o procedimento moderno de produção e de relação homem-natureza, estando envolvida com o cerne da conflitualidade da sociedade moderna.”

Se, no início, a OMC e o direito comercial tinham sido um ramo separado, dominado pelos seus princípios próprios de livre comércio, hoje ele não pode se desvincular da proteção ambiental. E como se observou, são diversos instrumentos ambientais em vigor no regime internacional do comércio: SPS, TBT, acordos de cooperação entre tratados internacionais, ou seja, medidas de política comercial com fim ambiental, mesmo que permaneçam os objetivos de liberalização do comércio ao direcionar que tais medidas não devem constituir nenhuma restrição desnecessária ao comércio internacional.

Diante destes avanços significativos, o conceito de desenvolvimento sustentável (e as suas consequências práticas) continua a ser definido, e a relação entre o Direito Internacional Comercial e Direito Internacional Ambiental permanece em aberto e em constante contato. O debate comércio/meio ambiental reflete até que ponto as considerações

ambientais podem se integrar e concretizar uma reestrutura das organizações econômicas internacionais.

Neste raciocínio, é plenamente possível que o regime comercial internacional da OMC aceite o certificado de conformidade do Protocolo de Nagoya dentre as políticas comerciais dos Estados-membros.

Do arcabouço normativo da OMC exposto, SPS, TBT prevêem certificados de cunho ambiental. Enquanto o primeiro certifica a segurança para a saúde (humana, animal e vegetal), o segundo se foca em métodos e processos de produção. Em complemento, existe o certificado de origem, que não nasce de uma preocupação ambiental, mas representa um instrumento consagrado no plano internacional, para configurar acordos comerciais, de acordo com a origem econômica das mercadorias. O certificado de origem, apesar de seu nome, atesta o local de última alteração significativa (economicamente) de um produto, se este foi retirado inteiramente de um local. Pode ser comparado ao Certificado de Origem Geográfica. Do contrário, vai atestar a origem da maior alteração nas características do produto.

O certificado de origem preferencial é usado em acordos comerciais, para garantir tratamento tarifário diferenciado em relação a mercadorias sem certificado de origem.

Os recursos genéticos acessados por Nagoya compreendem inúmeras possibilidades, pois o tipo de material genético e suas aplicações são muitas. O que fica evidente na implementação do certificado, diante da natureza jurídica *sui generis*, é que, independentemente do material acessado e do seu fim, um dos objetivos principais é atestar a origem e permitir a rastreabilidade do recurso genético. Neste sentido, o certificado de Nagoya se aproxima muito do certificado de origem.

É evidente que ambos os instrumentos possuem natureza jurídica e características distintas, mas sua forma de aplicação e seus objetivos são extremamente semelhantes, o que indica que o Certificado de Nagoya pode ser aceito da mesma forma que os certificados de origem preferenciais, podendo ser utilizados em políticas tarifárias diferenciadas.

Esta é uma possibilidade lógica, mas que só a prática Estatal e das Organizações Internacionais irá comprovar. É um compreender dos aspectos legais da implementação do certificado, reconhecendo suas possibilidades diante da OMC. De qualquer forma, não se exclui que o certificado pode também se inserir no SPS e TBT quanto à propriedade e finalidades do recurso genético.

A relação entre os tratados que pertencem a diferentes regimes é um problema geral. Sua manifestação mais precisa se encontra na relação

entre os instrumentos que fazem parte do comércio e dos regimes ambientais (KOSKENNIEMI, 2006, p. 138).

O grande corpo de legislação e jurisprudência internacional demonstra como a comunidade internacional é chamada para encontrar um equilíbrio entre os objetivos da liberalização do comércio e proteção ambiental. A situação jurídica torna-se cada vez mais complexa. Busca-se uma integração internacional dos diferentes regimes, que eles se complementem e se relativizem no sentido de liberalizar o comércio, ao mesmo tempo em que se desenvolvem acordos ambientais (que utilizam mecanismos comerciais).

É nesse sentido de integração que nenhum regime deve excluir o outro nem anular os mecanismos que Koskenniemi traz à luz da fragmentação: o princípio da “integração sistêmica” do Direito Internacional.

5.2.1 Princípio da Integração Sistêmica de Koskenniemi

O Princípio de Koskenniemi cria a teoria que integra os regimes e seus instrumentos. A partir da governança, Koskenniemi fundamenta o princípio de “integração sistêmica” no Direito Internacional, no qual se trabalha com os diversos regimes e com as instituições que os aplicam. Esse princípio é baseado na articulação entre as ferramentas do Direito Internacional, para resolver os conflitos que podem surgir da fragmentação.

Koskenniemi (2006, p. 207) ensina que a resolução de conflitos e interpretação são as mesmas. Todas as regras parecem ser compatíveis ou em conflito, como resultado da interpretação.

Todas as disposições de tratados recebem sua força e validade pela lei geral do Direito Internacional, e “[...] estabelecem direitos e obrigações que existem ao lado de outros direitos e obrigações de outros tratados e regras de Direito Internacional consuetudinário” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 207, tradução nossa).

Isto significa que nenhum destes direitos e obrigações possui qualquer prioridade intrínseca sobre os outros. O princípio da interpretação sistêmica explica que o relacionamento de normas entre regimes diferentes só pode ser abordado por um processo de raciocínio jurídico, que faça delas parte de um todo coerente e significativo. Todas as normas internacionais devem ser aplicadas e interpretadas com o pano de fundo dos princípios gerais do Direito Internacional (KOSKENNIEMI, 2006, p. 208).

No mundo internacional de tratados quadro, estruturais e “guarda-chuva”, como a CDB e a OMC, esta teoria fica evidente. É preciso coordenar a leitura dos instrumentos particulares e vê-los sob uma luz de apoio mútuo.

O raciocínio que se busca é que a interpretação normativa não deve colocar uma norma em confronto com outra, de forma que elas possam entrar em concorrência. Pelo contrário, a teoria chama para uma mudança do paradigma “O ponto é único - mas é um ponto-chave. O ambiente normativo não pode ser ignorado quanto à interpretação dos tratados, o princípio da integração deve surgir na reflexão do jurista”²⁰⁸. Isto significa que é preciso realizar a interpretação de normas sob o prisma da integração, vê-las primeiro com um objetivo compreensível e coerente, ao invés de começar o raciocínio com o conflito.

Para Koskeniemi (2006, p. 211, tradução nossa) é isso que o artigo 31 (3) da Convenção de Viena exige: “[...] a integração no processo de raciocínio jurídico – incluindo o raciocínio de cortes e tribunais – no sentido da coerência e significância”²⁰⁹. A natureza sistêmica do Direito Internacional recebe a clara expressão formal por este artigo, em especial artigo 31, parágrafo 3, inciso (c), que funciona como a chave-mestra para o Direito Internacional. A regra geral de interpretação “de boa fé segundo o sentido comum dos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade” (parágrafo 1) será levada em consideração juntamente com o contexto (parágrafo 3) “(c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.”

Um problema sistêmico, que parece incoerente e conflituoso, geralmente pode ser solucionado de forma coerente e compreensiva com as outras regras do Direito Internacional. Somente em última instância o jurista pode sobrepor uma norma, quando realmente não houver solução.

²⁰⁸ Em inglês: “The point is only - but it is a key point - that the normative environment cannot be ignored and that when interpreting the treaties, the principle of integration should be borne in mind.” (KOSKENIEMI, 2006, p. 211).

²⁰⁹ “This is all that article 31 (3) (c) VCLT requires; the integration into the process of legal reasoning - including reasoning by courts and tribunals - of a sense of coherence and meaningfulness. Success or failure here is measured by how the legal world will view the outcome”. (KOSKENIEMI, 2006, p. 211).

Ainda assim, esta decisão deve ser bem fundamentada²¹⁰ (KOSKENNIEMI, 2006, p. 211).

Comumente, um organismo de resolução de litígios – ou um advogado tentando descobrir “qual é a lei” – situa as regras que são invocadas pelos interessados no contexto de outras regras e princípios, que podem ter relevância no caso. Neste processo, as fontes mais concretas ou imediatamente disponíveis são lidas uma contra as outras e contra o direito geral. Essas regras de leitura “uma contra a outra” é o modo como o jurista começa a interpretação. Mas, o que surge da compreensão do artigo 31 (3) (c), é que esta leitura é desnecessária: a análise de uma norma remete sua justificação conjuntamente com o sistema do Direito Internacional, que não busca excluir nenhum regime (KOSKENNIEMI, 2006, p. 243).

Não é pela recepção “em conflito” que uma norma deva ser colocada na relação jurídica. A maneira que ela deve ser recepcionada em um caso concreto (e na pesquisa jurídica) é pela integração sistêmica entre elas. O princípio da integração sistêmica “olha” para além do caso concreto. Ele certifica que a decisão jurídica reflita o cenário normativo-institucional internacional como um todo. Qualquer decisão articula o ambiente jurídico-institucional, tendo em conta as preferências substantivas, escolhas distributivas e objetivos políticos. Esta articulação é fundamental no cenário descentralizado e espontâneo do Direito Internacional (KOSKENNIEMI, 2006, p. 244).

A articulação normativa também é importante para o desenvolvimento crítico e construtivo das instituições internacionais. Manter as instituições internacionais isoladas uma das outras, focadas somente nos seus objetivos individuais é ignorar as potencialidades de integração e negar que o direito protege direitos e impõe obrigações. E acima de todos os direitos e obrigações existe o fundamento comum do interesse público geral: “Sem o princípio da ‘integração sistêmica’ seria impossível dar expressão a manter vivo, qualquer sentido do bem comum da humanidade, não redutível ao bem de qualquer instituição particular ou ‘regime’”²¹¹ (KOSKENNIEMI, 2006, p. 244, tradução nossa).

²¹⁰ “This means that although a tribunal may only have jurisdiction in regard to a particular instrument, it must always interpret and apply that instrument in its relationship to its normative environment - that is to say “other” international Law.” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 212).

²¹¹ “Without the principle of ‘systemic integration’ it would be impossible to give expression to and to keep alive, any sense of the common good of humankind, not

A preocupação com a fragmentação do Direito Internacional sempre foi a relação jurídica incerta que os regimes especializados detêm entre si. E é claro que os conflitos normativos não surgem como um “engano”, cada regime cria as respostas e leis para as suas preferências e objetivos. Os regimes possuem um valor normativo. Eles são rótulos informais que descrevem os instrumentos jurídicos de acordo com a perspectiva de interesses diferentes. A maioria dos tratados internacionais lida com mais de uma área: meio ambiente, comércio, direitos humanos. As caracterizações em regimes têm mais a ver com a origem de tal instrumento do que como seu interesse (KOSKENNIEMI, 2006, p. 17). Estes instrumentos internacionais de regimes diferentes, mas que abordam o mesmo assunto, parecem extremamente conflituosos na teoria, mas a aplicação prática pode não ser tão difícil. É possível uma aplicação simultânea de duas regras para um fato ou ação.

Nenhum regime pode ser desassociado do Direito Internacional. Isso destaca a natureza sistêmica dos próprios regimes internacionais. Nenhuma regra, tratado ou costume aplica-se no vácuo, independente do regime especial que o criou, seu objeto ou o número de Estados interessados nas questões. O ambiente normativo internacional inclui as regras gerais, mas também princípios que determinam os assuntos relevantes, direitos e deveres básicos e as formas pelas quais esses direitos e deveres podem ser completados, modificados ou extintos (KOSKENNIEMI, 2006, p. 64).

Se está claro que nenhum regime é isolado do Direito Internacional geral, a questão da relação entre os regimes emerge. Nenhum tratado ou regime será interpretado no vácuo: todo tratado e regime devem considerar as regras relevantes do Direito Internacional e, na medida do possível, se harmonizar com as regras de outros regimes (KOSKENNIEMI, 2006, p. 86).

A ausência de hierarquias não significa que os conflitos normativos gerem sobreposição ou estancamento jurídico. Os artigos da Convenção de Viena foram formulados para abordar problemas que parecem envolver conflitos entre regimes e normas de regimes. O estudo da fragmentação demonstra como o “conflito” normativo é endêmico ao Direito Internacional (espontâneo, descentralizado e sem hierarquia). A fragmentação move o Direito Internacional para o pluralismo legal, mas faz isso constantemente, usando os recursos do Direito Internacional

geral: as regras da Convenção de Viena, e os costumes e princípios gerais internacionais (KOSKENNIEMI, 2006, p. 248).

Como visto no Capítulo 2 do presente trabalho, nenhum regime é autossuficiente e isolado. Desta forma, “o Direito Internacional tem que operar dentro de uma área em que as exigências de coerência e pluralismo razoável irão apontar em direções diferentes. Para que isso funcione com sucesso, é preciso aumentar a atenção nos métodos e técnicas quanto à colisão de normas e regimes²¹²” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 249, tradução nossa).

O princípio da integração sistêmica usa as provisões normativas da Convenção de Viena como a caixa de ferramenta. Para lidar com a fragmentação, em um aparente conflito, a resolução deve ter em conta tanto as necessidades de coerência e sensibilidade contextual (KOSKENNIEMI, 2006, p. 250). Assim, “todos os instrumentos relevantes devem sempre ser lidos como compatíveis entre si (ou seja, o princípio da integração sistêmica) dentro de uma obrigação geral a cooperar²¹³” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 137, tradução nossa).

A OMC, como se observou neste capítulo, sempre interage com outras normas do Direito Internacional, e nos últimos anos buscou uma cooperação com tratados internacionais do regime ambiental. Os casos Shrimp-Turtle, Hormônios bovinos e EC-Biotechnical Product fizeram diversas referências a instrumentos ambientais fora da OMC, e debateram a possibilidade de tais regimes serem exceção às barreiras tarifárias e não tarifárias (PULKOWSKI; SIMMA, 2006, p. 511).

Ou seja, nem mesmo a OMC é dissociada das do Direito Internacional geral e, mais: atualmente reconhece os instrumentos de outros regimes.

Mesmo quando é evidente que a competência dos órgãos da OMC é limitada pelos seus acordos internacionais, ao elucidar o conteúdo dos direitos e obrigações relevantes entre os membros da OMC, os órgãos da OMC devem situar esses direitos e obrigações dentro do contexto geral de

²¹² “International law will need to operate within an area where the demands of coherence and reasonable pluralism will point in different directions. In order for it to do this successfully, increasing attention will have to be given to the collision of norms and regimes and the rules, methods and techniques for dealing with such collisions.” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 249).

²¹³ “All relevant instruments should Always be read as compatible with each other (i.e. the principle of systemic integration - see section F below) within an overall obligation to cooperate.” (KOSKENNIEMI, 2006, p. 137).

Direito Internacional geral (incluindo os tratados relevantes ambientais e de direitos humanos) (KOSKENNIEMI, 2006, p. 90).

É visível que os painéis e órgão apelativo da OMC incorporam as regras da Convenção de Viena, inclusive quanto à interpretação de tratados. É assim com o artigo 31 (3) (c), segundo o qual, na interpretação, deve levar em conta "todas as regras pertinentes do Direito Internacional aplicável às relações entre as partes".

Por fim, a forma como um tratado da OMC se relaciona com os tratados ambientais não é idêntica à maneira como um tratado ambiental cria obrigações para os Estados-membros. Mas, embora não seja possível determinar as relações abstratas entre os regimes, quando dois instrumentos lidam com o mesmo assunto, é plenamente possível estabelecer uma ligação institucional e de mecanismos aplicados, um esforço concentrado para aplicação de instrumentos em cada regime (KOSKENNIEMI, 2006, p. 130).

Os tratados ambientais, a CDB e Nagoya afirmam que suas leis não afetam direito e obrigações decorrentes de outros acordos internacionais e não criam hierarquia internacional, mas os negociadores têm sido relutantes para decidir exatamente como os acordos ambientais e comerciais devem ser relacionados entre si ou para qualquer outro acordo. Koskenniemi (2006, p. 139) explica que a suposição para tantas cláusulas abertas serve para que eventuais conflitos sejam resolvidos entre as partes e órgãos internacionais. Tendo em vista a cooperação mútua, os tratados podem se apoiar mutuamente, e isto significa harmonizar a interpretação para a integração sistêmica.

O que se precisa é aplicar este raciocínio de integração sistêmica, de forma que os regimes e tratados diferentes busquem uma "solução de apoio mútuo". Como Sands (2003, p. 227) explica, a busca do cumprimento exige um esforço global para desenvolver normas e arranjos institucionais nos níveis de implementação, obrigação e resolução de litígios. Hoje é amplamente reconhecido que o planeta enfrenta uma variedade crescente de desafios ambientais, que só poderão ser resolvidos através da cooperação internacional, inclusive dentro de órgãos como a OMC.

6 CONCLUSÃO

O certificado de conformidade do Protocolo de Nagoya é resultado de um processo longo e complexo da regulamentação internacional da biodiversidade e do próprio Direito Internacional Ambiental. O instrumento é a expressão da nova fase do Direito Internacional Ambiental pós RIO 92, mais preocupado com as formas de garantir o cumprimento das obrigações assumidas, e requer uma abordagem sofisticada: o cumprimento dos direitos e obrigações dos sujeitos da comunidade internacional.

A evolução dos instrumentos utilizados em matéria ambiental representa que tal instrumento é ambicioso e se insere em outros regimes internacionais como o comércio. O movimento de aproximação entre o Direito Internacional Ambiental e o direito comercial não é novo, mas a forma como eles interagem o é, na busca por um melhor equilíbrio entre os interesses da sociedade.

À luz da construção histórica do Direito Internacional Ambiental, este trabalho buscou extrair a compreensão fundamental que o ramo está em constante aprimoramento, pois hoje acomoda uma abordagem que une conservação com utilização sustentável para proteção dos diversos recursos ambientais em nível global, com o auxílio de diversos sujeitos do Direito Internacional.

É curioso observar que a abertura internacional para temas ambientais e a consideração de novos sujeitos do Direito Internacional estão interligadas, e caminha conjuntamente, um fundamentando o outro. Eis o papel relevante, hoje, das Organizações Internacionais e ONGs quanto à aplicação de normas ambientais.

Da mesma forma, as fontes do Direito Internacional possuem relação complementar evolutiva com os novos ramos do Direito Internacional. O Direito Internacional Ambiental é um dos exemplos, no qual a fonte mais utilizada para os direitos e obrigações são os tratados, que também se modificaram para os chamados tratados-quadro ou “guarda-chuva”, tão utilizados. Ademais, o Direito Internacional Ambiental é o responsável por diversos novos princípios no cenário internacional, muitos em discussão para serem considerados princípios gerais do direito como a soberania permanente sobre os recursos naturais e o desenvolvimento sustentável. Quanto a fontes, é este ramo inclusive que fomentou a inclusão de novos tipos de fontes. As resoluções das Organizações Internacionais e as normas *soft law* são amplamente utilizadas em todo o quadro normativo internacional.

Mas, explicar o desenrolar histórico do Direito Internacional não estaria complexo sem inseri-lo no contexto da fragmentação do Direito Internacional e do conflito Norte e Sul. A fragmentação substantiva é responsável por consolidar interesses em comum sobre determinado tema em um regime internacional, e a fragmentação institucional explica com propriedade a complexa rede de relações jurídicas dos vários órgãos que tomam para si a legislação/aplicação normativa. Relembrando que, apesar da manifestação enquanto regime especial ambiental, ele não é “autocontido”, não está isolado do Direito Internacional e muito menos de outros regimes. Enquanto a fragmentação é a conjuntura, o conflito Norte e Sul é a mola propulsora do ramo ambiental, ao trazer nova articulação de diversos temas, frutos da tensão de Estados com diferentes anseios ambientais, que precisavam ser harmonizados.

Diante disto, se extrai a regulamentação internacional da biodiversidade, um dos temas dentre o arcabouço ambiental internacional. Foi após 1972 que os sujeitos do Direito Internacional acordaram para a importância fundamental (e global) da diversidade biológica como fonte de recursos e manutenção da biosfera. Neste sentido, buscaram-se duas coisas: a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica, que se subdivide em diversidade genética, diversidade de espécies e diversidade de ecossistemas.

Desde a Declaração de Estocolmo é possível visualizar artigos sobre a importância e necessidade de conservação da biodiversidade. Mas o tema se concretizou com a Convenção da Diversidade Biológica, uma convenção-quadro que permite novos protocolos e anexos para a constante especialização dos temas envolvidos. A CDB trata da biodiversidade global em um aparato normativo inclusivo e compreensivo com outros tratados, representa a materialização final de um amplo debate temático/histórico para equilibrar conservação e uso dos recursos da biodiversidade, que reconhece a soberania permanente dos Estados sobre os seus recursos naturais.

O valor da CDB ganha ainda mais forma com as Conferências das Partes, responsáveis pelo constante trabalho em cima da convenção, em conjunto com Estados e ONGs, de forma a regular palpável e coercitivamente os assuntos que se ramificam sobre a biodiversidade. Por isso, a Convenção de Cartagena, o Protocolo de Nagoya Kuala-lumpur e, por fim, o Protocolo de Nagoya sobre acesso a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização.

O Protocolo de Nagoya é uma clara manifestação da necessidade de reforçar os mecanismos existentes e desenvolver novos arranjos sobre

os tratados anteriores sobre biodiversidade. Seu objetivo é o de regular acesso a recursos genéticos (artigo 15 da CDB), para atingir a conservação, utilização sustentável e repartição justa e equitativa dos benefícios gerados.

Como visto, o Protocolo de Nagoya tem objetivo centralizador, base e residual, isto porque ele se insere na teia normativa da biodiversidade em relação direta com outros tratados internacionais. Suas disposições esclarecem que aceita outros tratados e reconhece outros instrumentos especializados, contanto que tal documento não represente uma ameaça ou dano à biodiversidade, e ainda almeja contribuir para outros acordos internacionais. A relação do Protocolo com tais documentos é elementar para delimitar o objeto do Protocolo, que tipo de recursos genéticos sua regulamentação se destina, pela natureza e finalidade de aplicação.

Em suma, o Protocolo de Nagoya não se aplica para recursos genéticos humanos. Inclui recursos genéticos de patógenos humanos, mas exclui os vírus causadores da gripe com potencial de pandemia pela regulamentação específica da Organização Mundial da Saúde. O Protocolo exclui do seu âmbito também os recursos genéticos amparados pelo TIRFAA no Anexo I, que são aqueles recursos genéticos para agricultura e alimentação *ex situ* e *in situ*, que sejam acessados para pesquisa, melhoramento e treinamento de alimentação. Todos os outros materiais, inclusive de patógenos humanos ou aqueles que não estão no anexo do TIRFAA devem ser regulados no âmbito do protocolo, com exceção de futuros acordos especializados que possam surgir.

As regulamentações do Protocolo sobre acesso, repartição de benefícios, órgãos definidos pelo Protocolo e procedimentos e mecanismos para o cumprimento é o que forma o sistema ABS. O sistema ABS, definido pelo Protocolo, prevê obrigações nacionais e internacionais para os Estados-membros, enquanto concede a liberdade para os países fazerem suas leis de acesso e repartição como melhor lhes convier, baseando-se em instrumentos em comum a todos, como PIC e MAT. Por sua vez, a secretaria e a ABS Clearing-House dão o apoio institucional para a efetivação do Protocolo.

No que se refere aos procedimentos e mecanismos para o cumprimento do Protocolo, as obrigações são intercaladas com possibilidades. São mecanismos nacionais e internacionais: efetivação das autoridades nacionais competentes e agências de fiscalização, o próprio PIC e MAT, os relatórios periódicos e informações que os pontos focais devem ser enviados ao ABS Clearing-House, dentre outros. Ainda se prevê ferramentas de caráter genérico para os membros, como

desenvolvimento de capacidades, transferência de tecnologia e o mecanismo financeiro nacional.

Por outro lado, existem algumas ferramentas específicas para serem aplicadas: o relatório periódico obrigatório para os membros, a implementação do ponto de verificação nacional e o certificado internacional de conformidade.

Diante deste novo instrumento internacional, buscou-se compreender suas características e aplicação. Para tanto foram questionadas duas coisas: quem emite e qual a natureza jurídica do certificado.

Para responder a tais perguntas, foi preciso uma análise e interpretação do tratado, contrapondo-se o texto legal, a CDB, as decisões da primeira COP e também as negociações sobre o Protocolo.

Apesar da omissão no texto legal, um estudo em conjunto de todos os documentos e tratados demonstrou que o Estado-membro (pelo ponto focal nacional) é o responsável pela emissão, e também pela alteração de um certificado no sistema, mas é o órgão internacional (ABS Clearing-House) que assume a função de verificar os dados e publicar o certificado.

Isto posto, discutiu-se a natureza jurídica do certificado. Na busca da resposta a este segundo questionamento, foi preciso realizar mais três perguntas: se ele era internacional, obrigatório e qual tipo de certificado constitui. Viu-se, na construção interpretativa, que o certificado constitui-se como um instrumento internacional, compulsório e público. Mas, diante da tentativa de inseri-lo em um dos tipos de certificados existentes, e definir a nomenclatura: certificado de origem, de fonte ou procedência legal.

A abordagem das negociações e o texto final revela o caráter abrangente e complexo do certificado, que nenhum dos já existentes contempla em exaustão. Por isso, a mudança do nome para “Certificado de Conformidade” já destaca todas as suas possibilidades jurídicas. Em resumo, é um certificado *sui generis*: dependendo do recurso genético e do seu uso final, pode se aproximar de um certificado de origem, de fonte ou de procedência legal, entre outras possibilidades.

Só esta classificação final corrobora com a ideia do certificado de conferir legalidade do acesso no local de origem do recurso, assim como no local em que a atividade gera valor, além de possibilitar o acompanhamento do uso subsequente dos recursos e a repartição correspondente do benefício.

O certificado serve como garantia da conformidade do acesso e repartição de benefícios com a legislação nacional e com o Protocolo internacional. Ao mesmo tempo auxilia na garantia que os recursos

genéticos sejam utilizados em conformidade com os acordos pela rastreabilidade, que informa de onde aquele recurso genético origina. Concede segurança jurídica para os países provedores e para o usuário que adquiriu o acesso.

De qualquer forma, atestar a origem/fonte/procedência é o objetivo mais importante do certificado, e é o que possibilita a rastreabilidade do recurso genético (independente do seu fim). Quando o recurso genético é utilizado em pesquisa e produção, o certificado é um instrumento para viabilizar legalmente a circulação do recurso genético e/ou produtos derivados, que tem como base o sistema ABS, um sistema para conservação e uso sustentável. O sistema, portanto, contribui para a construção de confiança e promove a cooperação entre utilizadores e fornecedores de recursos genéticos.

Diante destes objetivos, é preciso ressaltar que o certificado, por si só, não garante tais medidas, nem enseja rastreabilidade. A implementação do certificado deve estar conectada com um sistema central de armazenamento de dados e fiscalização, e a rastreabilidade necessita de uma interação entre fluxos físicos e de informação, cujo elo é o certificado.

Nesse sentido, as exigências concretas de aplicação do certificado em um fluxo de informações internacionais certamente irão refletir em outros regimes do Direito Internacional, e exige considerações. O Certificado Internacional de Conformidade é um instrumento para o cumprimento de obrigações ambientais, que interconecta meio ambiente e comércio. Portanto, o regime mais próximo nesta rede é o regime internacional do comércio.

Diante do exposto, o último capítulo trata dos aspectos legais da implementação do certificado, o que se traduz na relação meio ambiente e comércio. Observa-se como regulamentos e proibições de comércio internacional são instrumentos econômicos que o Direito Internacional Ambiental vê como medidas para a efetivação de suas obrigações, e viu-se que outros instrumentos ambientais já consagraram o uso de certificados (mesmo que diferentes) em matéria comercial, como a CITES, UPOV e TIRFAA. Isso decorre da relação indissociável entre meio ambiente e comércio, mas são os regimes especiais internacionais que ainda precisam entrar em sintonia.

Ainda, para elucidar a implementação do certificado de conformidade no regime internacional do comércio, foi preciso comentar brevemente sobre o regime internacional do comércio cujo órgão central é a OMC. O modelo de comércio baseado na liberalização de comércio e eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias é amplamente

reconhecido na busca dos interesses econômicos internacionais. Todavia nenhum modelo econômico funciona sem englobar algumas questões ambientais.

Por isso, em seguida dedicou-se maior atenção na forma que a OMC incorpora preocupações ambientais. É evidente que o órgão fornece evidências da sua preocupação em matéria ambiental ao tratar o meio ambiente como uma exceção ao artigo XX do GAT, diante da necessidade de proteção da saúde e da vida de pessoas, animais e plantas, assim como na conservação dos recursos naturais esgotáveis.

Estas considerações entram na lógica do comércio, e não podem ser aplicadas para criar uma barreira desnecessária ou de forma a discriminar produtos. São inúmeras resoluções, relatórios e decisões judiciais que tratam deste artigo (com destaque para o caso Shrimp-Turtle). No emaranhado de normas e resoluções com cunho ambiental da OMC, no objetivo de harmonizar a possibilidade das barreiras, ganham destaque dois acordos: TBT e SPS.

Os dois acordos abordam inúmeras possibilidades de cunho ambiental, e ambos possibilitam a emissão de certificado para atender seus objetivos. Da mesma forma, já existe uma regulamentação na OMC para certificados de origem, que tem o objetivo de evidenciar a origem de determinado produto. A falta de harmonização quanto a estas regras, não impede a OMC de reconhecer tais certificados de origem, e aceitá-los no comércio internacional.

Em resumo: os instrumentos ambientais para regular e proibir comércio são vistos como eficazes para o Direito Internacional Ambiental, mas tais instrumentos ainda precisam de um ajuste fino. O certificado de conformidade representa um esforço emergente do Direito Internacional Ambiental na regulamentação internacional, enquanto a OMC não se isola de assuntos ambientais. Mas a aplicação deste instrumento em específico ainda carece da prática dos países, para se compreender melhor as implicações, consequências e aceitações em outros regimes.

As ferramentas internacionais ambientais devem pautar-se em um consenso internacional. Certamente o regime ambiental pode se utilizar de mecanismos no comércio, para sua efetividade, com seus princípios e regras. O que deve ser observado é o princípio da não discriminação entre Estados, e que o mecanismo deva ser o menos restritivo ao comércio, assim como necessário para atingir seus fins. Desta forma, a transparência no uso dos mecanismos comerciais deve ser clara e acessível, o que permite a integração entre os objetivos internacionais ambientais e os acordos comerciais (SANDS, 2003, p. 1008).

Ao final deste trabalho, no sentido de integração, é possível afirmar que o certificado de conformidade de Nagoya pode ser aceito na OMC, de forma que este órgão auxilie na efetivação dos objetivos da CDB. Dentre as normas da OMC para aceitação de certificados no comércio internacional (TBT, SPS, origem), o certificado de conformidade do Protocolo de Nagoya pode ser aceito da mesma forma que os certificados de origem preferências. Isso se deve a sua semelhança de objetivos e escopos (origem de recursos, características de uso), ainda que sua natureza jurídica seja diferente dos certificados de origem.

Com base no princípio de “integração sistêmica” no Direito Internacional, é possível e necessária a cooperação entre regime ambiental e regime comercial, de modo que a OMC encare a possibilidade de inserção deste certificado em compatibilidade com algum de seus diversos instrumentos jurídicos. Esse princípio representa a mudança do prisma do raciocínio jurídico, para não partir da ideia de normas em diferentes regimes como em conflito, mas sim partir da integração sistêmica em cooperação.

Por fim, a presente dissertação é fruto de um trabalho árduo, pois inúmeras dificuldades surgiram no desenrolar do tema central. Primeiro, o Protocolo de Nagoya é um tema recente e falta doutrina sobre o assunto. Somente três livros específicos do tema foram localizados, e todos eles são introdutórios e foram publicados antes da entrada em vigor do tratado. Por outro lado, se localizaram inúmeros artigos científicos, mas eles não se aprofundam nos instrumentos concretos do Protocolo. A segunda dificuldade é que toda a literatura do tema central está em inglês. Na verdade, praticamente toda a literatura base do direito internacional ambiental é escrita em língua inglesa, de forma que a escrita de um trabalho científico, fora da língua nativa, se torna um desafio mais complexo e demorado, independente da fluência da língua estrangeira. Isto explica porque grande parte do texto em inglês foi mantida no presente trabalho, para não se perder informações e termos preciosos na tradução das ideias.

Por último, o próprio tema escolhido é intrincado: se, por um lado, o desafio é motivador, por outro lado a clareza do conteúdo é comprometida pela teia gigantesca de conteúdo que se insere na discussão do Protocolo, desde sua origem até sua implementação. Trabalhar a regulamentação internacional da biodiversidade alvejada pelo Direito Internacional Ambiental, em especial quanto aos recursos genéticos no Direito Internacional, é uma tarefa multidisciplinar, abstrusa e delicada.

De todo modo, os objetivos propostos de esclarecer e compreender a natureza jurídica e as implicações legais (algumas) do certificado internacional de conformidade foram conquistados com êxito.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. CASELLA, Paulo Borba e; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALBAGLI, Sarita. **Geopolítica da biodiversidade**. Brasília: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, 1998.

ALMEIDA, Luciana Togeiro de Almeida; PRESSER Mário Ferreira. Bens e Serviços Ambientais e as negociações na OMC. **Revibec: Revista Iberoamericana de Economía Ecológica** v. 5, 2006. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/Revibec/article/view/57894>>. Acesso em: 16 de mar. de 2014.

BARBIERI, Edison. **Biodiversidade: capitalismo verde ou ecologia social?** Coleção Pensar mundo unido. São Paulo: Cidade Nova, 1998.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. **International Law and the Environment**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan; REDGWELL, Catherine. **International Law and the Environment**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BOWMAN, Michael; DAVIES, Peter; REDGWELL. **Lyster's international wildlife law**. 2. ed. Cambridge: Cambridge university press, 2010.

BRAND, Ulrich. **Entre conservação, direitos e comercialização**. A convenção sobre Diversidade Biológica no processo de globalização e as chances de uma política democrática de biodiversidade. Disponível em: <[HTTP://boelllatinoamerica.org](http://boelllatinoamerica.org)>. Acesso em 11 de fev. de 2015.

BRASIL. **Decreto n 5.051**, de 19 de abril de 2004. Convenção 169 da OIT Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 8 de out. de 2015.

BRASIL. **Decreto n 7.030**, de 14 de dezembro de 2009. Convenção de Viena de 1969. Brasília: 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em 8 de jan. de 2015.

BRASIL. **Decreto n 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Carta das Nações Unidas. Brasília: 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em 8 de abr. de 2015.

BRASIL. **Medida Provisória n 2.186-16**, de 23 de agosto de 2001. Brasília: 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em 16 de jan. de 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Biodiversidade Brasileira**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira>>. Acesso em 9 de jan. de 2015a.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Carta Mundial da Natureza**. 1980. Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta_Mundial_para_Natureza.pdf>. Acesso em 20 out. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção da Diversidade Biológica**. Brasília, DF: MMA, 2000. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica>>. Acesso em 8 de jan. de 2015.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Brasília, DF: MMA, 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>. Acesso em 29 jan. 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Rio 92**. Disponível em: <<http://www.meioambiente.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=26>>. Acesso em 9 abr. 2015b.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

BUCK, Matthias. HAMILTON, Clare. The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity. **Review**

of European Community & International Environmental Law, v. 20, n. 1, p. 47-61, 2011.

BUCK, Matthias; MORGERA, Elisa; TSIΟΥMANI, Elsa. **Unraveling the Nagoya Protocol** : a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity. Leiden: Koninklijke Brill, 2014.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas**: Ciência para uma vida sustentável. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CITES, Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens. **Text of the Convention**. 1983. Disponível em: <<https://www.cites.org/sites/default/files/eng/disc/CITES-Convention-EN.pdf>>. Acesso em 16 de jul. de 2015.

CITES, Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens. **The CITES species**. 2013. Disponível em: <<https://www.cites.org/eng/disc/species.php>>. Acesso em 16 de jul. de 2015.

CMS, **Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals**. Disponível em: <<http://www.cms.int/en/node/39161979>>. Acesso em 16 de jul. de 2015.

CURSI, Jonathan. **The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property**. New York: Cambridge University Press, 2010.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERANI, Cristiane. (org.) **Transgênicos no Brasil e Biossegurança**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

DERANI, Cristiane. PENNAS, Fernanda. **Estudos sobre acesso aos recursos genéticos da biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios**: interpretação da medida provisória n. 2.186-16/2001. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

DIEGUES, Antonio Carlos. **Biodiversidade e comunidades tradicionais no Brasil**. NUPAUB-USP/PROBIO-MMA/CNPQ: São Paulo, 1999.

DIEGUES, Antonio Carlos. ARRUDA, Rinaldo S. V. (orgs.) **Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

DROSS, Miriam. WOLFF, Franziska. **New elements of the international regime on access and benefit sharing of genetic resources: the role of certificates of origin**. Bonn: Federal Agency for Nature Conservation, 2005.

ESTEVA, Gustavo. Desenvolvimento. In: SACHS, Wolfgang (org.). **Dicionário do Desenvolvimento: Guia para o conhecimento como poder**. Tradução de Vera Lúcia M. Joscelune, Susana de Gyalokay e Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2000.

FAO, Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação. **International Undertaking on Plant Genetic Resource**. 1983. Disponível em: <<ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/iu/iutextE.pdf> 1983>. Acesso em 10 nov. 2015.

FAVRE, David S. **International trade in endangered species: a guide to CITES**. The Netherlands: Kluwer academic Publishers, 1989.

FEDDER, Bevis. KAMAU, Evanson Chege. WINTER, Gerd. The Nagoya Protocol on access to genetic resources and benefit sharing: what is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community? **LEAD Law Environment and Development Journal**. London, v. 6/3 2010, p. 246-262, 2010.

GARAY, Irene. BECKER, Bertha K. **Dimensões humanas da biodiversidade: o desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI**. Petrópolis: Vozes, 2006.

GREIBER, Thomas et al. **An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing**. Switzerland: IUCN, 2012.

HAFFNER, Jacqueline A; VIDAL, Camila Feix. A importância do Neoliberalismo na entrada do Brasil na OMC e no multilateralismo como

nova política governamental. **Revista Conjuntura Austral**, v. 3, n. 9-10, Dez.2011/Mar.2012.

HEMLEY, Ginette. (org.) **International Wildlife Trade: a CITES sourcebook**; New York: WWF, 1994.

HEMLEY, Ginette. (org.) **International Wildlife Trade: a CITES sourcebook**. USA: WWF, 1994.

HOLLENBERG, Jord. **Rules of origin in the WTO and in other free trade Agreements**. Alemanha: GRIN Verlag, 2003.

IBAMA, Instituto brasileiro de meio ambiente e recursos naturais. **CITES**. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/servicos/cites>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

ICJ, International Court of Justice. **Summary of the Advisory Opinion of 11 April 1949**. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. The Hague, 11 apr. 1949. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&case=4&code=isun&p3=5>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

ICJ, International Court of Justice. **Summary of the Judgment of 20 December 1974**. Nuclear Tests (New Zealand v. France). The Hague, 20 dez. 1974. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/?sum=317&code=nzf&p1=3&p2=3&case=59&k=6b&p3=5>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

IUCN, União Internacional para Conservação da Natureza. **World Conservation Strategy**: living resource conservation for sustainable development. IUCN; UNEP; WWF, 1980. Disponível em: <<https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/WCS-004.pdf>>. Acesso em 10 nov. 2015.

IZAM, Miguel. **Rules of origin and trade facilitation in preferential trade agreements in Latin America**. Santiago (Chile): United Nations Publication, 2003.

JAKOBSEN, Kjeld. **Comércio Internacional e desenvolvimento**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005.

JONES, Vivian C.; MARTIN, Michael F. **International Trade: Rules of Origin**. Congressional research Service: CRS Report for Congress, 2012.

KAMMINGA, Menno T.; ZARIFI, Saman Zia. **Liability of Multinational Corporations Under International Law**. The Hague: Kluwer Law International, 2000.

KOSKENNIEMI, Martti. **Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. Geneva: United Nations, 2006.

LAMPREIA, Luiz Felipe Palmeira. **Resultados da Rodada Uruguai: uma tentativa de síntese**. São Paulo, Estud. av. v.9 n. 23 Jan./Apr. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141995000100016&script=sci_arttext>. Acesso em 15 de mar. de 2014.

LEWELYN, Margaret; ADCOOK, Mike. **European Plant Intellectual Property**. Oregon (USA): Hart Publishing, 2006.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **A Amazônia no século XXI – novas formas de desenvolvimento**. São Paulo: Empório do Livro, 2009.

MAGALHÃES, Edvar. **Legislação indigenista brasileira e normas correlatas**. Brasília: Funai/Dedoc, 2002.

MEDAGLIA, Jorge Cabrera; RUKUNDO, Oliver. Monitoramento de conformidade às regras: divulgação de informações e certificação internacional. **PONTES entre o comércio e o desenvolvimento sustentável**, v. 6, n. 4-26, 2010.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORGENTHAU, Hans J. **Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace**. New York: Alfred Knopf, 1948.

MORIN, Edgar. **Terra-Pátria**. Tradução de Paulo Neves da Silva. 6 ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NIJAR, Gurdial Singh. **The Nagoya Protocol on access and benefit sharing of genetic resources: analysis and implementation options for developing countries.** 2011. Disponível em: <http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2013/05/RP36_The-Nagoya-Protocol_EN.pdf>. Acesso em 15 abr. 2015.

NIJAR, Gurdial Singh. The Nagoya ABS Protocol and Pathogens. *The South Centre*, Genebra, v. 23, n. 4, mar. 2011.

OLIVEIRA, André Soares. **Risco, precaução e responsabilidade no Protocolo de Cartagena sobre biossegurança.** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2011.

OMC, Organização Mundial do Comércio. **Labelling.** Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/labelling_e.htm>. Acesso em 20 nov. 2015.

PEARCE, David; MORAN, Dominic. **O valor econômico da biodiversidade.** Trad. Sofia da Costa Raimundo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

PETERSEN, Niels. Customary Law Without Custom? Rules, Principles, and the Role of State Practice in International Norm Creation. *American University International Law Review*, Washington, v. 23, n. 2, p. 275-310, 2007.

PULKOWSKI, Dirk; SIMMA, Bruno. Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law, *The European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, EJIL, 2006.

RÊGO, Patrícia de Amorim. **Biodiversidade e Repartição de benefícios.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ROTHSCHILD, Max; NEWMAN, Scott. **Intellectual property Rights in animal breeding and genetics.** United Kingdon: Guildford, 2002.

SACHS, Wolfgang (org.). **Dicionário do Desenvolvimento: Guia para o conhecimento como poder.** Trad. Vera Lúcia M. Joscelune, Susana de Gyalokay e Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2000.

SACHS, Wolfgang. Meio Ambiente. In: SACHS, Wolfgang (org.). **Dicionário do Desenvolvimento:** Guia para o conhecimento como poder. Tradução de Vera Lúcia M. Joscelune, Susana de Gyalokay e Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2000.

SANDS, Philippe. **Principles of international environmental law.** 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SANTILLI, Juliana. **A biodiversidade e comunidades tradicionais.** 2011. Disponível em: <<http://www.ambiente.sp.gov.br/cea/files/2011/12/JulianaS.3.pdf>>. Acesso em 9 abr. 2015.

SANTILLI, Juliana. **A biodiversidade e comunidades tradicionais:** novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. Disponível em: <http://laced.etc.br/site/arquivos/07-Alem-da-tutela.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2015.

SANTILLI, Juliana. Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico sui generis de proteção. In: VARELLA, Marcelo Dias & BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). **Diversidade Biológica e Conhecimentos Tradicionais** (Coleção Direito Ambiental, 2). Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

SCBD, SECRETARIADO DA CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. **Introdução a Acesso e Repartição de Benefícios.** Trad. Carlos Potiara Castro. Montreal: CBD, 2012.

SCBD, SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. **Nagoya Protocol** Montreal, Quebec: 2011. Disponível em: <<http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>>. Acesso em 11 de fev. de 2015.

SCBD, SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. **Status of Signature, and ratification, acceptance, approval or accession.** Disponível em: <<http://www.cbd.int/abs/nagoya-protocol/signatories/default.shtml>>. Acesso em 11 de fev. de 2015.

SCBD, SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. **The Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing**. Disponível em: <<http://www.cbd.int/abs/>>. Acesso em 11 de fev. de 2015.

SCBD, SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. **Conference of the Parties (COP)**. Disponível em: <<http://www.cbd.int/cop/>>. Acesso em 9 abr. 2015.

SCBD, SECRETARIAT OF THE CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. **Working Group on Access & Benefit Sharing**. Disponível em: <<https://www.cbd.int/abs/wgabs/>>. Acesso em 9 abr. 2015.

SCHRIJVER, Nico. **Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SEVILLE, Catherine; CHALTECHAM, Edward Elgar. **EU Intellectual Property Law and Policy**. United Kingdom: Guildford, 2009.

SILVA, Leticia Borges da. OLIVEIRA, Paulo Celso de. (orgs.) **Socioambientalismo: Uma Realidade – Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOARES, Guido Fernandes Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

TVEDT, Morten Walløe; YOUNG, Tomme. **Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair and Equitable Sharing Commitment in the CBD**. Switzerland: IUCN, 2007.

UNEP, United Nations Environment Programme. COP 8: Eighth Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity. **COP 8 Decision VIII/4 Access and benefit-sharing**. 31 mar. 2006. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=11016>>. Acesso em 30 out. 2015.

UNEP, United Nations Environment Programme. COP 9: Ninth meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity. **COP 9 Decision IX/12. Access and benefit-sharing**. 30 mai.

2008. Disponível em: <<https://www.cbd.int/decision/cop/?id=11655>>. Acesso em 30 out. 2015.

UNEP, United Nations Environment Programme. **Handbook on integrated assessment of trade-related measures: the agriculture sector.** 2005. Disponível em: <<http://www.unep.ch/etb/publications/intAssessment/HandBookAgriSector.pdf>>. Acessado em 10 nov. 2015.

UNEP, United Nations Environment Programme. UNEP/CBD/COP/1/17. **Report of the First Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity.** 28 fev. 1995. Disponível em: <<https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-01/official/cop-01-17-en.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2015.

UNEP, United Nations Environment Programme. WGABS 5: Fifth meeting of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing. UNEP/CBD/WG-ABS/5/8. **Report of the ad hoc open-ended working group on access and benefit sharing on the work of its fifth meeting.** 15. out. 2007b. Disponível em: <<https://www.cbd.int/doc/?meeting=ABSWG-05>>. Acesso em 30 out. 2015.

UNEP, United Nations Environment Programme. Meeting of the Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance. UNEP/CBD/WG-ABS/5/7. **Report of the Meeting of the Group of Technical Experts on an Internationally Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance.** 20 fev. 2007a. Disponível em: <<https://www.cbd.int/doc/?meeting=ABSGTE-01>>. Acesso em 30 out. 2015.

UNEP, United Nations Environment Programme. WGABS 9: Ninth meeting of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing. UNEP/CBD/WG-ABS/9/3. **Report of the first part of the ninth meeting of the ad hoc open-ended working group on access and benefit-sharing.** 20 abr. 2010. Disponível em: <<https://www.cbd.int/doc/?meeting=ABSWG-09>>. Acesso em 30 out. 2015.

UNEP, United Nations Environment Programme. Conference of the parties to the convention on biological diversity serving as the meeting of

the parties to the Nagoya protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of the benefits arising from their utilization. UNEP/CBD/NP/COP-MOP/1/1 **Reporte on Progress made and feedback received in the implementation of the pilot phase of the Access and benefit-sharing clearing house**. 17. out. 2014. Disponível em: <<https://www.cbd.int/doc/meetings/abs/np-mop-01/official/np-mop-01-02-en.pdf>>. Acesso em 30 out. 2015.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **A bit of history: From the First International Biosphere Reserve Congress to a New Strategy and Action Plan**. 2015. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/environment/ecological-sciences/man-and-biosphere-programme/strategies-and-action-plans/a-bit-of-history/>>. Acesso em 10 nov. 2015.

UNESCO, Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Patrimônio Cultural no Brasil**. 2015. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/cultural-heritage/>>. Acesso em 10 nov. 2015.

VARELA, Justo Corti. O relatório do Grupo Especial da OMC sobre os OGM. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. (orgs.) **A Efetividade do Direito Internacional Ambiental**. Brasília: Ed. UNICEUB, UNITAR e UnB, 2009.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional econômico ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. (orgs.) **Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais**. v. 2. Belo horizonte: Del Rey, Coleção Direito Ambiental, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. (orgs.) **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, Fragmentação e o Direito Internacional. **Rev. Fac. Direito UFMG**. Belo Horizonte, n. 59, p. 337 a 366, jul./dez. 2011

VERMULST, Edwin; WAER, Paul; BOURGEOIS, Jacques. **Rules of Origin in international Trade: a comparative Study.** Michigan (USA): The university of Michigan press, 1994.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas.** Curitiba: Juruá, 2009.

WEERAMANTRY, Christopher G. **Separate Opinion of Vice-President Weeramantry.** International Court of Justice: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), p. 88-119, 25 Sep. 1997. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>>. Acesso em 16 de jan. de 2015.

WEERAMANTRY, Christopher G. **What is Sustainable Development Law?** Centre for International Sustainable Development Law (CISDL), Montreal, 2005. Disponível em: <<http://cisdl.org/public/docs/What%20is%20Sustainable%20Development.pdf>>. Acesso em 16 de jan. de 2015.

WIJNSTEKERS, Willem, **The Evolution of CITES.** 9th. Hungary: International Council for Game and Wildlife Conservation, 2011.

WILSON E. O. (org.) **Biodiversidade.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

ANEXO A – FORMULÁRIO OFICIAL PARA A NOTIFICAÇÃO DE LICENÇAS OU SEU EQUIVALENTE

National Record Type:²¹⁴ #ABSCH-IRCC

Permits or their equivalent constituting an internationally recognized certificate of compliance (IRCC)

Mandatory information fields are marked with an asterisk. Failure to provide information for these fields may result in the permit or its equivalent not being made available to the ABS Clearing-House and consequently the internationally recognized certificate of compliance will not be constituted. Non-mandatory fields do not need to be completed in order to constitute an internationally recognized certificate of compliance.

²¹⁴ National records contain information that is typically required to be reported as part of a Party's obligations under the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing and must be validated by the ABS-CH publishing authority prior to being made available in the ABS Clearing-House. The information submitted through this common format will be made available at <https://absch.cbd.int/search/national-records/IRCC>

INTRODUCTION

Parties requiring prior informed consent (PIC) are to provide for the issuance of a permit or its equivalent at the time of access as evidence of the decision to grant PIC and of the establishment of mutually agreed terms (MAT) (Article 3, paragraph 3(e)). This information is to be made available to the ABS Clearing-House in accordance with Article 14, paragraph 2(c).

Article 17, paragraph 2, provides that a permit or its equivalent issued in accordance with Article 6, paragraph 3(e), and made available to the ABS Clearing-House, shall constitute an internationally recognized certificate of compliance (IRCC).

Article 17, paragraph 3, further establishes that the internationally recognized certificate of compliance shall serve as evidence that the genetic resource which it covers has been accessed in accordance with PIC and that MAT have been established, as required by the domestic access and benefit sharing legislation or regulatory requirements of the Party providing prior informed consent.

Article 17, paragraph 4, provides that the internationally recognized certificate of compliance shall contain the following minimum information when it is not confidential:

- (a) Issuing authority;
 - (b) Date of issuance;
 - (c) The provider;
 - (d) Unique identifier of the certificate;
 - (e) The person or entity to whom prior informed consent was granted;
 - (f) Subject-matter or genetic resources covered by the certificate;
 - (g) Confirmation that mutually agreed terms were established;
 - (h) Confirmation that prior informed consent was obtained;
- and
- (i) Commercial and/or non-commercial use.

In accordance with the above, Parties are required to fill out the form. At a minimum, the mandatory fields should be filled out with the information contained in the permit (or its equivalent) issued at national level. If information to be included in a mandatory field is confidential, the field can be marked as confidential. Parties can also include additional information, including copies of the permit or its equivalent, if they so decide.

Once this information is published in the ABS Clearing-House, an internationally recognized certificate of compliance is issued/constituted. The ABS Clearing-House will then send a courtesy copy of the internationally recognized certificate by electronic means to:

- (a) The national focal point (NFP) and the competent national authority (CNA) or authorities of the country responsible for issuing the permits or its equivalent;
- (b) The provider, if this information is not confidential; and
- (c) The person or entity to whom prior informed consent was granted, if this information is not confidential.

The internationally recognized certificate of compliance plays a key role in monitoring and enhancing transparency about the utilization of genetic resources along the value chain (research, development, innovation, pre-commercialization or commercialization).

Please note that all information submitted to the ABS Clearing-House will be made public and therefore, confidential information should not be submitted. Publishing authorities are reminded that it is their responsibility to ensure that any confidentiality clauses in mutually agreed terms are respected.

General information	
1. *Is this a new record or a modification to an existing record:	<input type="checkbox"/> Information is being submitted for the issuance of a new internationally recognized certificate of compliance; OR <input type="checkbox"/> Information is being submitted for the modification of an existing internationally recognized certificate of compliance; ↳ <i>Please provide a link to existing record</i> <clearing-house record number> ↳ <i>Please indicate what the intent of the modification is:</i> <input type="checkbox"/> Update: Information is

	<p>being submitted to replace a previously issued internationally recognized certificate of compliance (a new certificate will be constituted and the old one will no longer be valid);</p> <p>OR</p> <p><input type="checkbox"/> Revoke: An existing permit or its equivalent is being revoked and the constituted internationally recognized certificate of compliance will no longer be valid.</p> <p>AND</p> <p><i>Provide a summary of the reason for the update of the record: <Text entry></i></p>
2. *Country:	<Country name>
3. Reference number(s) to other internationally recognized certificate(s) of compliance that relate(s) to this permit: ²¹⁵	<clearing-house record number>
Issuing Authority	
4. *Competent national authority responsible for issuing the permit or its equivalent:	<i>Please enter the clearing-house record number containing this information or, if not registered, attach a "Contact details" common format.</i> ²¹⁶ <clearing-house record number>

²¹⁵ Sometimes a permit can be related to other previously issued permits, for instance to a permit for accessing a soil sample. Depending on the MAT, it is possible that some countries decide to issue specific permits for subsequently identified genetic resources from the taken soil sample. For such cases, the ABS Clearing-House offers the possibility to link different IRCCs together. IRCCs linked through this mechanism will be displayed together and thus facilitate tracking of the IRCCs.

²¹⁶ All ABS Clearing-House common formats are available at <https://absch.cbd.int/help>.

Details of the permit or its equivalent	
5. *Reference number of the permit or its equivalent. ²¹⁷	<Text entry>
6. Additional national references or identifiers. ²¹⁸	<Text entry>
7. *Date of issuance of the permit or its equivalent. ²¹⁹	<YYYY-MM-DD>
8. Date of expiry of the permit or its equivalent. ²²⁰	<YYYY-MM-DD>
Prior informed consent (PIC) Information	
9. *The provider: ²²¹	<p><i>Please enter the clearing-house record number containing this information or, if not registered, attach a "Contact details" common format</i></p> <p><clearing-house record number></p> <p style="text-align: right;">OR</p> <p style="text-align: right;"><input type="checkbox"/> Confidential information</p>
10. *Confirmation that prior informed consent	<input type="checkbox"/> Yes

²¹⁷ This field will also appear as the title of this record

²¹⁸ Please provide information on any national identifiers that may aid users to search and retrieve information on the permit or its equivalent.

²¹⁹ This field refers to the date of issuance of the national permit. This information is mandatory and key to ensure legal certainty regarding the right of the user to utilize the genetic resource covered by the permit.

²²⁰ Two months before the permit expires, an email is sent to the CNA alerting of the date of expiry of the IRCC. After the date of expiry of the permit, the IRCC constituted from that information will be marked as expired.

²²¹ Please provide the name and contact details of the person or entity that holds the right to grant access to the genetic resources in accordance with domestic legislation. If the information is marked as confidential the provider will not be able to receive the courtesy copy of the IRCC or the CPC. If the person or entity has already been registered with the Clearing-House, provide the appropriate record number. Alternatively, please download and complete the contact details format. All ABS Clearing-House common formats are available at <https://absch.cbd.int/help>.

(PIC) was obtained or granted: ²²²	
11. Additional information about the prior informed consent (PIC): ²²³	<Text entry> and/or <URL and website name> and/or <Attachment>
12. *Person or entity to whom prior informed consent (PIC) was granted: ²²⁴	<i>Please enter the clearing-house record number containing this information or, if not registered, attach a “Contact details” common format :</i> <clearing-house record number> OR <input type="checkbox"/> Confidential information
Mutually agreed terms (MAT) Information	
13. *Confirmation that mutually agreed terms (MAT) were established: ²²⁵	<input type="checkbox"/> Yes
14. Additional information about the mutually agreed terms (MAT) - Information: ²²⁶	<Text entry> and/or <URL and website name> and/or <Attachment>

²²² If PIC has not been obtained or granted, this record cannot be posted in the ABS Clearing-House and, therefore, the internationally recognized certificate of compliance will not be issued.

²²³ If applicable, please provide any additional information about the prior informed consent, including links or attachments. Detailed information may be provided in an the link or attach the documents attached document.

²²⁴ Please provide the name and contact details of the person or entity to whom prior informed consent was granted. If the information is marked as confidential that person will not be able to receive the courtesy copy of the IRCC or the CPC. If the person or entity has already been registered with the Clearing-House, provide the appropriate record number. Alternatively, please download and complete the contact details format following common format: Reference record no. 1 (Contact details). All ABS Clearing-House common formats are available at <https://absch.cbd.int/help>.

²²⁵ If no mutually agreed terms (MAT) have been established, this record cannot be published in the ABS Clearing-House and, therefore, an internationally recognized certificate of compliance cannot be issued.

²²⁶ If applicable, please provide any information about the mutually agreed terms. For example, this may include information on conditions for access and for

Subject-matter	
15. *Subject-matter or genetic resources covered by the permit or its equivalent. ²²⁷	<p><Text entry> AND/OR <input type="checkbox"/> Specimen data: <Link to a voucher specimen held in an appropriate facility> AND/OR <input type="checkbox"/> Taxonomy: <Link to record in external database, e.g. GBIF, Catalogue of Life> AND/OR <input type="checkbox"/> Geographic coordinates: <GIS data>²²⁸ OR <input type="checkbox"/> Confidential information</p>

benefit-sharing and other relevant information included in the mutually agreed terms. Detailed information may be provided in an attached document.

²²⁷ Please provide information on the subject matter or genetic resources covered by the permit. This could include biota at any taxonomic rank, which may carry a taxonomic name. It may also include a locality of collection of the material. It may also be possible to identify the genetic resource through reference to a voucher specimen or field notes held in an identified archive or collection. Providing details about the subject matter or genetic resource covered by the permit or its equivalent can provide additional legal certainty.

²²⁸ Limited to .geojson files (<http://www.geojson.org/>)

<p>16. Keywords to describe the subject-matter or genetic resource(s) covered by the permit or its equivalent.²²⁹</p>	<p>-Types of organisms:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Plants²³⁰ <input type="checkbox"/> Animals <input type="checkbox"/> Microorganism²³¹ <input type="checkbox"/> Fungi <input type="checkbox"/> Domestic species <input type="checkbox"/> Wild species <p>- Area of access of the genetic resource:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Agricultural areas <input type="checkbox"/> Forest <input type="checkbox"/> Inland waters <input type="checkbox"/> Dry and sub-humid areas <input type="checkbox"/> Marine and coastal areas <input type="checkbox"/> Mountains <input type="checkbox"/> Protected areas <input type="checkbox"/> Islands <input type="checkbox"/> <i>Ex situ</i> collections <input type="checkbox"/> Soil or/and water samples <input type="checkbox"/> Traditional knowledge associated with genetic resources
<p>Information on the utilization of the genetic resource(s)²³²</p>	
<p>17. *Indicate if the permit or its equivalent covers commercial and/or non-commercial use:</p>	<p><input type="checkbox"/> Commercial AND/OR <input type="checkbox"/> Non-commercial. OR Information</p>

²²⁹ Select all relevant keywords from the list below to describe the subject-matter or genetic resource(s) covered by the permit or its equivalent to facilitate your record to be found in the search.

²³⁰ This includes algae.

²³¹ This could include, among others, archaea, bacteria, chromista, protozoa and viruses.

²³² The information included in this section of the IRCC is meant to allow anyone verifying that the use of the genetic resource at any stage of research, development, innovation, pre-commercialization or commercialization is done in accordance with the conditions of use of PIC and MAT.

18. Additional information about the uses covered by the permit or its equivalent or use restrictions: ²³³	<Text entry>
19. Conditions for third party transfer: ²³⁴	<Text entry>
Documentation	
20. Copy of permit or its equivalent, or other relevant open-access document: ²³⁵	<URL and website name> <i>And/or</i> <Attachment> Short description: <Text entry>
Additional Information	
21. Any other relevant information: ²³⁶	<Text entry> <i>and/or</i> <URL and website name> <i>and/or</i> <Attachment>
22. Notes: ²³⁷	<Text entry>
Record validation (offline submission only)	
*Country:	<Country name>
*Name of the ABS-CH publishing authority:	<Text entry>
*Date:	<YYYY-MM-DD>

²³³ Access can be granted only for specified uses (e.g. for medical use), or on the contrary access could be granted for multiple uses but with specific restrictions applying (e.g. restriction to obtain intellectual property rights). If applicable, please provide any additional information about the specific uses or any use restrictions covered by the permit or its equivalent.

²³⁴ Where a permit or its equivalent establish conditions or restrictions regarding the transfer to a third party, it will help to make this information available through the ABS Clearing-House in order to monitor the utilization of genetic resources and enhance legal certainty.

²³⁵ Please use this field to upload a copy of the permit or its equivalent or other relevant document if desired, or provide a link to its equivalent on a national website. Include a short description of the link or attachment. Note that this information will be made publicly available through the ABS Clearing-House and therefore should not contain confidential information, nor links to information that has restricted access.

²³⁶ Please use this field to provide any other relevant information that may not have been addressed elsewhere in the record.

²³⁷ “Notes” field is for your personal notes or comments and will be hidden when viewing the record. This field is not meant to be used for confidential information.

I hereby confirm that the above information is correct and agree to its inclusion in the ABS Clearing-House.

*Signature of the ABS-CH publishing authority:

Submission addresses:

This form should be completed and sent ***by e-mail*** to secretariat@cbd.int
or alternatively by

- Fax at +1 514 288-6588; or
- Postal mail to:

**Secretariat of the Convention on Biological Diversity
413 rue Saint-Jacques, suite 800
Montreal, Québec, H2Y 1N9
Canada**