Daniela Helena Oliveira Godoy

PERSPECTIVAS DA LEI DA OMC PARA MEDIDAS
COMERCIAIS EM POLITICAS CLIMATICAS

Dissertação apresentada como
requisito parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito
Internacional.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Olavo
Baptista.

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito

2011

“It was the best of times, it was the worst of times, it was the age of wisdom, it was the age of foolishness, it was the epoch of belief, it was the epoch of incredulity, it was the season of Light, it was the season of Darkness, it was the spring of hope, it was the winter of despair, we had everything before us, we had nothing before us, we were all going direct to heaven, we were all going direct the other way - in short, the period was so far like the present period, that some of its noisiest authorities insisted on its being received, for good or for evil, in the superlative degree of comparison only.”

Charles Dickens, *A Tale of Two Cities*

AGRADECIMENTOS

Ofereço meus mais sinceros agradecimentos:

ao Professor Luiz Olavo Baptista, a quem devo a oportunidade de desenvolver este trabalho. Ao longo destes três anos de orientação, pude colher em suas palavras valiosas lições sobre o direito e a vida;

à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que me acolheu desde os estudos de graduação;

ao projeto *Pontes entre o Comércio e o Desenvolvimento Sustentável*, por meio do qual tive contato mais próximo com o tema do presente trabalho; e à equipe que o integra, com quem tenho aprendido nos últimos anos;

aos queridos amigos Daniel Ribeiro, Priscila Ubriaco, Christine Vanstreels, Ana Mara Machado e Elaini da Silva, pela inestimável ajuda com comentários e apontamentos;

ao meu noivo, Robson, por compartilhar os momentos de maior dificuldade, e pelo companheirismo em minha vida;

aos meus pais, responsáveis pela minha formação como pessoa, pelos cuidados incessantes também ao longo deste trabalho;

a Deus, por meio de quem tudo se faz.

Sumário

ABREVIATURAS	6
INTRODUÇÃO	7
1. O COMÉRCIO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DO CLIMA	11
1.1. Clima e comércio –implicações econômicas e políticas da relação entre comércio e meio ambiente	14
1.2. Os regimes do comércio e do meio ambiente – centralização e fragmentação	17
2. O REGIME INTERNACIONAL DO COMÉRCIO E A INSERÇÃO DO MEIO AMBIENTE	25
2.1. Os princípios da liberalização comercial e suas exceções.....	25
2.2. A inserção institucional do meio ambiente	34
2.3. O tratamento do meio ambiente na jurisprudência da OMC.....	37
2.3.1. O papel do OSC na construção da jurisprudência ambiental	37
2.3.2. A jurisprudência sobre o Artigo XX	42
3. O REGIME DO CLIMA	70
3.1. Regulação multilateral – a UNFCCC e o Protocolo de Kyoto.....	70
3.2. Regulação unilateral – políticas de países selecionados.....	79
3.2.1. Brasil	80
3.2.2. China	83
3.2.3. Índia.....	85
3.2.4. União Europeia.....	87
3.2.5. EUA.....	89
4. A OMC E A REGULAÇÃO DO CLIMA	92
4.1. Acordos ambientais multilaterais	93
4.1.1. AMMs no mandato de Doha	102
4.1.2. AMMs como lei aplicável na OMC	104
4.1.3. Conflito entre AMMs e OMC	110
4.1.4. Conflito de jurisdição entre AAMs e a OMC.....	113
4.1.5. Sugestões para compatibilização de AAMs perante a OMC.....	114
4.2. Medidas unilaterais	115
4.2.1. Imposto sobre carbono	116
4.2.2. Regulamento técnico sobre carbono.....	128
4.2.3. Subsídios	134
4.2.4. Cap-and-trade	139
4.3. Cap-and-trade e competitividade – caso das legislações da UE e dos EUA	142
4.3.1. O esquema a União Europeia – EU ETS.....	143

4.3.2. O esquema dos EUA – o American Clean Energy and Security Act.....	147
CONCLUSÃO	154
Tabela de casos	158
BIBLIOGRAFIA.....	160
ANEXO 1.....	169

ABREVIATURAS

AAM/MEA –	Acordo Ambiental Multilateral
ACES –	American Clean Energy and Security Act
ACLP –	Ação Cooperativa de Longo Prazo
AIF –	Ajuste de Imposto na Fronteira
ANEEL –	Agência Nacional de Energia Elétrica
ASMC –	Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias
CDB –	Convenção sobre Diversidade Biológica
CITES –	Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção
CNUDM –	Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar
COP –	Conferência das Partes
CRE –	Certificado de Redução de Emissão
CTE –	Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente
EARP –	Emission Allowance Rebate Program
EPA –	Agência de Proteção Ambiental
ESC –	Entendimento sobre Solução de Controvérsias
EU ETS –	European Union Emissions Trading System
FMI –	Fundo Monetário Internacional
FNMC –	Fundo Nacional sobre Mudanças Climáticas
GATS –	Acordo sobre Comércio de Serviços
GATT –	Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
GTAIF –	Grupo de Trabalho sobre Ajuste de Imposto na Fronteira
ICCAT –	Comissão Internacional para a Conservação do Atum no Atlântico
IPCC –	Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima
IRAP –	International Reserve Allowance Program
ISO –	International Organization for Standardization
MDL –	Mecanismo de Desenvolvimento Limpo
MIC –	Mecanismo de Implementação Conjunta
NAFTA –	Tratado Norte-Americano de Livre Comércio
OCDE –	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
OMC/WTO –	Organização Mundial do Comércio
OSC/DSB –	Órgão de Solução de Controvérsias
PMP/PPM –	Processos e Métodos de Produção
PNMC –	Política Nacional sobre Mudança do Clima
SCE –	Sistema de Comércio de Emissões
SPS –	Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias
TBT –	Acordo sobre Barreiras Técnicas
TRIPS –	Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio
UDE –	Unidade Designada de Emissão
UNCTAD –	Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
UNEP/PNUMA –	Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
UNFCCC –	Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima
URE –	Unidade de Redução de Emissão

INTRODUÇÃO

O aquecimento global constitui um dos maiores desafios à humanidade e à governança internacional nesta entrada de milênio. A elevação na temperatura média do planeta tem provocado alterações climáticas que acarretam elevação do nível e aquecimento dos oceanos, ocorrência mais frequente de furacões e tempestades, prejuízos à agricultura e inúmeras mudanças nos biomas. A contribuição humana é cada vez mais significativa para o fenômeno, pelo lançamento na atmosfera de gases que concentram o calor do sol, os chamados gases-estufa.

Os prognósticos indicam que medidas devem ser tomadas com urgência, a fim de evitar que a capacidade de autoregulação do sistema climático terrestre seja sobrepujada, com danos irreversíveis. Entretanto, não se pode vislumbrar ainda a inversão na tendência de aumento nas emissões, uma vez que o crescimento das atividades produtivas e do consumo continua sendo perseguido como o grande mote do desenvolvimento.

A despeito das ressalvas em defesa do crescimento econômico, os países têm empreendido esforços com vistas à mitigação das emissões de gases-estufa. Parte destes esforços se concentra na cooperação conduzida no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (UNFCCC) e de seu Protocolo de Kyoto. Nessa frente, os países buscam definir mecanismos e incentivos, bem como compromissos de limitação de emissões, dos quais tomam parte apenas alguns países.

No nível nacional e regional, diversos instrumentos regulatórios são concebidos com o fim de reduzir as emissões. Nessa âmbito, destaca-se a tendência de incorporação de instrumentos de mercado, os quais, por meio da atribuição de preço às emissões de carbono, buscam oferecer incentivos à sua redução.

Em ambas esferas – multilateral e nacional –, questões de caráter econômico e comercial adquirem relevância cada vez maior. Identifica-se, em primeiro plano, preocupações com a perda de competitividade da indústria nacional, em vista dos custos a serem assumidos na adaptação às regulações e políticas climáticas. A contenção de emissões é vista também como potencial fator de desaceleração do crescimento econômico.

Tais apreensões fundamentam resistências por parte dos setores industriais, que são traduzidas em posicionamentos relutantes por parte dos governo perante os fóruns

internacionais. Posturas como esta são apontadas como principal razão pela qual grandes países emissores se negam a assumir compromissos obrigatórios de mitigação de emissões.

No âmbito nacional, os formuladores de políticas têm concebido a introdução de medidas destinadas a resguardar a competitividade, as quais podem resultar em restrições ao comércio internacional. Não apenas esta classe de medida, mas também os diversos tipos regulatórios introduzidos como instrumentos em políticas climáticas possuem potencial impacto para o comércio, na medida em que podem afetar o fluxo internacional de bens ou serviços, em sua aplicação às importações ou por sua repercussão sobre elas. Como as políticas climáticas nacionais integram os esforços para alcançar metas assumidas no âmbito multilateral, podem estar relacionadas a esta regulação.

Desta forma, questões de potencial implicação para o comércio constituem fator essencial para a efetividade da regulação climática, em todos os níveis. Assim, a normativa da Organização Mundial do Comércio (OMC), que centraliza e coordena os acordos multilaterais comerciais, torna-se relevante para a questão. A interação entre os regimes de comércio e meio ambiente já há muito motiva reflexões e desperta controvérsias, ao confrontar valores e objetivos não forçosamente ligados.

Diante disso, demonstra-se a relevância do exame das perspectivas da lei da OMC para as medidas comerciais em políticas climáticas, tema que anima o presente estudo. A opção pelo uso do termo “perspectivas” justifica-se pela dificuldade em prever parâmetros fechados e bem definidos que possam ser aplicados a estas medidas, uma vez que nenhuma disputa relativa a elas foi ainda levantada perante o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Ademais, acredita-se que a natureza complexa destas medidas, assim como o ampliado potencial de impacto para o comércio, dificulta a identificação plena com as medidas ambientais já apreciadas nas disputas perante o OSC.

Frente à grande diversidade de medidas disponíveis aos membros da OMC, optou-se por delimitar a análise a três tipos regulatórios básicos: imposto de carbono, regulamento e subsídio. Além destes, será examinado o sistema de comércio de emissões, também conhecido como *cap-and-trade*, por ser um tipo de regulação-quadro inédito e típico de políticas climáticas, o qual pode integrar os demais tipos.

No trajeto a ser cursado, pretende-se responder às seguintes questões centrais: (i) quais são as principais implicações econômicas e comerciais das políticas de mitigação de

emissões; (ii) quais são as principais medidas comerciais instrumentais a essas políticas; (iii) como tem-se desenvolvido o regime multilateral do clima e quais os principais pontos de contato ou atrito com o regime do comércio; (iv) quais as motivações e os meios para a inserção de questões ambientais nas vias institucional e adjudicatória da OMC; (v) como a jurisprudência da OMC tem evoluído na apreciação de questões ambientais e quais conceitos e princípios nela desenvolvidos são relevantes para a conformidade de medidas comerciais em políticas climáticas; (vi) quais desdobramentos dos princípios básicos e dos acordos do sistema multilateral de comércio são relevantes e como podem se aplicar a estas medidas.

O capítulo inicial dedica-se a uma breve descrição do problema climático, bem como das principais implicações econômicas e comerciais que suscitam preocupações acerca de competitividade ou que podem possuir impacto para o comércio. Também traça uma comparação entre as características gerais dos regimes e como estas determinam a interação entre eles.

O segundo capítulo apresenta os princípios básicos que norteiam a criação e aplicação das normas do sistema multilateral de comércio, bem como as exceções previstas nos acordos da OMC. Aborda também a inserção do meio ambiente na estrutura institucional do sistema, com ênfase aos trabalhos do Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente (CTE) e no mandato ambiental da Rodada Doha. Uma análise mais detida se realiza sobre o tratamento do meio ambiente na jurisprudência da OMC. Esta se divide no exame do papel do OSC para a interpretação do artigo XX e na evolução dessa interpretação.

O terceiro capítulo descreve os traços principais do regime climático. São apresentados os objetivos, princípios e disciplinas essenciais da UNFCCC e do Protocolo de Kyoto, bem como o status das negociações conduzidas sob seus auspícios. Destaca-se em relação ao último ponto o papel e as posições dos países-chave.

No último capítulo, busca-se identificar a relação entre a normativa da OMC e a regulação climática em dois níveis. No primeiro, o foco recai sobre a relação normativa horizontal entre a regulação multilateral do clima e do comércio. Uma vez que esta não foi abordada na jurisprudência, busca-se na doutrina o esclarecimento sobre o papel das regras de acordos ambientais como lei aplicável na OMC, bem como a solução de conflitos entre estas regras.

No segundo nível de relação entre os regimes, busca-se identificar, nas regras da OMC, padrões para conformação de medidas comerciais em políticas climáticas, com recorte sobre os três tipos mencionados: imposto sobre carbono, regulamento e subsídio. Para cada um deles, examinam-se as considerações jurídicas relacionadas às características peculiares da regulação climática e de seu objeto – o direcionamento à disciplina dos processos e métodos de produção e a caracterização da emissão de gases-estufa como fator de produção. Além dos três tipos regulatórios, será analisado o sistema de comércio de emissões, como regulação-quadro que tem a licença de emissão como instrumento peculiar. Neste tipo, serão analisados os esquemas de *cap-and-trade* da União Europeia e dos EUA, com enfoque particular nas medidas voltadas à proteção da competitividade das indústrias locais, as quais apresentam elevado potencial de restrição ao comércio.

A pesquisa se valeu da bibliografia geral e específica da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e do Instituto de Altos Estudos Internacionais de Genebra (HEI). A jurisprudência do OSC, particularmente as decisões relativas às disputas ambientais, serviu de base ao levantamento dos conceitos e parâmetros úteis para o exame de possíveis aplicações às medidas climáticas escolhidas.

1. O COMÉRCIO INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO DO CLIMA

A influência provocada pelas alterações humanas no meio ambiente encontra nas emissões de gases de efeito estufa uma perigosa faceta. Bilhões de toneladas destes gases são lançados anualmente na atmosfera, superando a capacidade de adaptação do sistema climático. Como consequência, desde meados do século XVIII, a temperatura média do planeta tem-se elevado, fenômeno que ocorre em ritmo mais acelerado no último século¹.

Embora não se verifiquem de forma homogênea, diversos impactos já são percebidos nos biomas terrestres. Estudos constataam alterações no tempo das estações do ano, bem como nos hábitos e características de diversas espécies animais e vegetais. A produção agrícola em algumas regiões tem sofrido prejuízos por períodos mais intensos e longos de seca. Também se atribui a este fenômeno a incidência mais frequente de eventos climáticos extremos, como furacões, maremotos e tempestades.

Outros reflexos conhecidos das mudanças no clima são o aumento na temperatura e no nível dos oceanos, bem como o derretimento dos gelos polares. Em função da elevação no nível do mar, cidades e países costeiros correm sério risco de inundação².

Embora diversos fatores naturais influenciem no equilíbrio climático, as pesquisas produzidas pelo Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima (IPCC)³⁴ concluem que a contribuição das atividades humanas para o aumento na concentração de gases-estufa é cada vez mais significativa. As emissões de dióxido de carbono⁵, o principal destes gases, cresceram 80% em 35 anos⁶.

Segundo os principais estudos, uma elevação superior a 2° C em relação aos níveis de 1750 pode causar danos irreversíveis. Um relatório recente do Programa das Nações Unidas

¹ Entre 1906 e 2005, a temperatura média subiu em 0,74° C. Na segunda metade, o ritmo do aquecimento foi praticamente o dobro do que para o período completo.

² A elevação média no nível do mar também está bastante acelerada. Entre 1961 e 2003, foi de 1,8 cm por ano. Na última década deste período, a taxa subiu para 3,1 cm ao ano. IPCC, *Climate Change 2007: Synthesis Report*. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2009.

³ Intergovernmental Panel for Climate Change. Por ser mais conhecido o acrônimo em inglês, será utilizada esta versão da sigla, assim como para outras empregadas neste trabalho.

⁴ O IPCC foi estabelecido pela Organização das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e a Organização Meteorológica Mundial (OMM), com objetivo de apresentar, por meio de pesquisas científicas, o atual estado das mudanças do clima e suas potencialidades ambientais e sócio-econômicas.

⁵ Para fins deste estudo, são utilizadas como sinônimas as expressões “emissão de gás carbônico”, “emissão de dióxido de carbono”, “emissão de carbono” e “emissão de gases-estufa”.

⁶ O gás carbônico representou 77% das emissões decorrentes da atividade humana em 2004. Em função desta preponderância, e para fins de harmonização, as emissões de outros gases-estufa são frequentemente expressas com base na equivalência ao gás carbônico, ou seja, em medida que corresponda à mesma capacidade de reter o calor deste gás.

para o Meio Ambiente (PNUMA) indica que, para não ultrapassar este limite, as emissões globais devem ser reduzidas entre 48% e 72%, até 2050. Para tanto, devem atingir seu pico entre 2015 e 2021⁷.

Os países menos desenvolvidos sofrerão mais pesadamente com os efeitos das mudanças climáticas, em vista de sua reduzida capacidade de adaptação. Os pequenos Estados insulares correm o risco de serem submersos, e, assim como outros países em desenvolvimento menores, ressaltam a sua irrisória contribuição para as emissões globais. Os exemplos de adaptação das pequenas ilhas de Vanuatu e de Veneza ilustram esse contraste. Enquanto, na primeira, os habitantes constroem barricadas de pedra para conter a invasão do mar, o governo italiano investe em um sofisticado sistema submerso de comportas, que atenuará as oscilações crescentes das marés⁸.

Tal discrepância entre o impacto sofrido pelas alterações do clima e a contribuição para a concentração de gases-estufa suscita questionamentos éticos, os quais deram origem ao conceito de “justiça climática”⁹. As discussões nesta seara apresentam questões extremamente complexas, como: Quem são os mais vulneráveis aos efeitos das mudanças climáticas? Como se divide a responsabilidade pelas emissões? Quem tem obrigação de tomar providências? Quem decide quais providências devem ser tomadas, quando e como?

Enquanto o debate se desenvolve no campo teórico, sem resposta definitiva às perguntas formuladas, os atores da governança mundial são instados a mobilizar esforços. Como é comum às grandes questões ambientais, a natureza acentuadamente global das mudanças climáticas demanda cooperação em nível internacional¹⁰. Amaral Júnior ressalta que a identificação de propósitos comuns sob a égide da Convenção Quadro das Nações Unidas

⁷ UNIRIC. *É necessário intensificar os esforços para limitar o aquecimento global a menos de 2 graus Celsius*. 13/01/2010. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/alteracoes-climaticas/27930-e-necessario-intensificar-os-esforcos-para-limitar-o-aquecimento-global-a-menos-de-2-graus-celsius>>. Acesso em: 13 jan. 2010.

⁸ GLOBO. *Aumento no nível das águas ameaça Veneza e a pobre Vanuatu*. Disponível em: <<http://tinyurl.com/48dcro8>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

⁹ Clive Hamilton sublinha que o debate sobre a condução da questão climática possui caráter eminentemente ético: “[...] although the problem of climate change has been and continues to be driven by the science, the international debate about how to handle the problem is fundamentally about issues of fairness.” HAMILTON, Clive, apud AVERILL, Marilyn. *Climate Ethics*. 26/02/2007. Disponível em: <http://www.colorado.edu/geolsci/courses/GEOL3520/Climate_Ethics.pdf>. Acesso em: 26 out. 2010.

¹⁰ Sobre a globalidade das questões ambientais, Guido Soares assinala: “[...] nos dias correntes, tanto as relações comerciais internacionais, quanto a regulamentação internacional do meio ambiente, sofrem as consequências do fenômeno denominado ‘mundialização’ ou ‘globalização’. No que respeita aos aspectos do meio ambiente, a própria natureza dos fenômenos físicos regulamentados, que não conhecem fronteiras entre Estados, determina a mundialização das normas de proteção ao meio ambiente [...]. Ressalte-se que a poluição, gerada num território estatal bem definido, pode ultrapassar suas fronteiras e causar danos ao território de outros Estados, ou aos espaços internacionais comuns, como o alto mar, o espaço sideral, a Antártica;”. SOARES, Guido F. S. As regras do comércio internacional e seu confronto com as normas internacionais de proteção ambiental. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *A OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 206.

sobre Mudança do Clima (UNFCCC) constitui um primeiro passo na tentativa de superar o problema. O necessário controle da concentração de gases-estufa na atmosfera, dentro de limites toleráveis ao sistema climático, exige a adoção de políticas amplas e eficientes, em especial por parte dos grandes países emissores. Contudo, de acordo com projeções lançadas nos estudos mencionados, as ações e metas nesse sentido deverão ser ainda mais ambiciosas do que previsto na Convenção do Clima e em seu Protocolo de Kyoto¹¹. Uma das principais fragilidades do regime, como se verá adiante, consiste no fato de que os maiores emissores não se encontram entre os países que assumiram compromissos de redução de emissões.

Essa assimetria de participação no regime multilateral do clima suscita dificuldades relacionadas ao chamado parasitismo, mais conhecido pela expressão inglesa “*free-riding*”. O termo refere-se ao comportamento de um agente que se beneficia da ação dos demais, sem contribuir para a mesma causa¹². Tradicionalmente debatida no direito ambiental, esta prática é utilizada, no regime climático, como argumento para justificar a não adesão aos acordos climáticos, como é o caso dos Estados Unidos da América (EUA) em relação ao Protocolo de Kyoto¹³.

Diante da falta de consenso no âmbito multilateral, as iniciativas deslocam-se para a esfera nacional, na qual se multiplicam as iniciativas para promover ações de redução de emissões, também referidas pelo termo “mitigação”. Também nesta esfera se manifesta uma preocupação eminentemente relacionada à competitividade¹⁴, decorrente da discrepância nas regulações: o vazamento de carbono, ou “*carbon leakage*”. Este consiste no risco de que as indústrias intensivas em energia ou emissões de carbono sejam realocadas para países que adotam políticas climáticas mais fracas¹⁵. Dois desdobramentos são apontados em relação ao vazamento de carbono: a perda de empregos pela migração de empresas e a perda de

¹¹ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A integração entre o comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. Tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 16.

¹² LIEBIG, Klaus. The WTO and the trade-environment conflict: the (new) political economy of the world trading system. *Intereconomics*, mar/abr. 1999, p. 87.

¹³ O problema da participação pode ser ilustrado também pelo chamado dilema do prisioneiro. Na incerteza acerca das ações dos demais, cada agente direciona suas escolhas de forma a maximizar os seus benefícios. Segundo o criador da teoria dos jogos, John Nash, os países não têm incentivos para adotar unilateralmente metas de redução da emissão de carbono, num cenário em que não há certeza de que outros países o farão. VALOR ECONÔMICO. *A teoria dos jogos, aplicada por seus grandes nomes*. 04/08/2010. Disponível em: <<http://tinyurl.com/4fqtm7p>>. Acesso em: 04 ago. 2010.

¹⁴ Competitividade pode ser definida como a habilidade de um setor em manter seus lucros e participação no mercado. World Trade Organization – United Nations Environment Programme. *Trade and climate change*. Report, 2009. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/trade_climate_change_e.pdf>. Acesso em 12 jul. 2010, p. 98.

¹⁵ Mesmo entre os países que implementam medidas semelhantes, o risco continua presente em função da variação no preço estabelecido para o carbono. Idem, p. 98.

efetividade da política climática, uma vez que as emissões passaram a ser realizadas em outro lugar, possivelmente em volume ainda maior¹⁶.

1.1. Clima e comércio –implicações econômicas e políticas da relação entre comércio e meio ambiente

A despeito das preocupações com a perda de competitividade, a tendência em direção à redução de emissões de gases-estufa tem crescido de forma tão vultosa que se reflete em um novo modelo de desenvolvimento econômico, a transição ao baixo carbono. Este modelo aponta para a necessidade de reduzir radicalmente as emissões de gases-estufa na economia como um todo¹⁷.

Uma vez que as emissões de gases-estufa são associadas primordialmente à atividade produtiva e ao consumo de bens, a questão climática está intrinsecamente relacionada à noção de crescimento econômico. Especialmente para os países em desenvolvimento, cuja economia é mais atrelada à atividade industrial, crescer implica aumentar as emissões. O desafio principal consiste, assim, em dissociar a produção do aumento das emissões, o que muitos defendem ser alcançável por meio da evolução tecnológica.

A elevação dos padrões de consumo no mundo amplifica as preocupações com os impactos ambientais e climáticos. À medida que alcançam rendimentos crescentes, as populações dos países emergentes buscam níveis superiores de qualidade de vida e de consumo. Assim, países em desenvolvimento como Brasil, China e Índia tornam-se importantes consumidores de recursos e poluidores, assemelhando-se aos grandes países desenvolvidos ou mesmo ultrapassando-os¹⁸. Esta tendência é preocupante, uma vez que, se o alto padrão de consumo dos países desenvolvidos fosse reproduzido para os demais países, a capacidade do planeta seria suficiente para abastecer menos de um quarto da população mundial¹⁹.

¹⁶ Esta situação representa a criação do paraíso de carbono. Idem, p. 99.

¹⁷ Segundo Veiga, esta necessidade é tão premente quanto as grandes questões de segurança, como o controle da proliferação de armas nucleares ou o combate ao terrorismo. VEIGA. José Eli da. *Mundo em transe: do aquecimento global ao ecodesenvolvimento*. Campinas: Armazém do Ipê, 2009, p. 1-2.

¹⁸ Segundo estudo publicado pela OCDE, o consumo conjunto de energia primária do Brasil, Rússia, Índia e China deve crescer 72% entre 2005 e 2030, enquanto o do conjunto dos 30 países da OCDE deve crescer apenas 29%. OECD. OECD environmental outlook to 2030, p. 7.

¹⁹ ICTSD. Consumo e crescimento: novas fronteiras para o debate sobre mudanças climáticas. *Pontes*, v. 6, n. 3, set. 2010. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontes/84705/>>. Acesso em: 02 out. 2009.

A constatação de que este padrão de crescimento é insustentável respalda o modelo de transição ao baixo carbono, uma das principais bandeiras da nova “economia verde”²⁰. Parte dos economistas da linha ambientalista defende que a redução das emissões em termos absolutos demanda uma revisão da busca incessante por crescimento econômico.

As raízes deste movimento podem ser identificadas no início da década de 1970, quando constatações acerca do possível esgotamento de recursos como o petróleo deram origem à teoria do limite ao crescimento. Segundo os seus defensores, a extração desenfreada de recursos naturais terminaria por impossibilitar o avanço na produção de riqueza. O problema do aquecimento global tem levado analistas avisados a revisitar estas teorias. Eles defendem que o descolamento entre o crescimento econômico – traduzido em aumento do produto interno bruto (PIB) – e as emissões de gases-estufa não acontecerá na velocidade necessária para impedir danos catastróficos à segurança climática. Com base nisso, propõem a adoção de um novo paradigma, o crescimento zero, segundo o qual desenvolvimento e maior qualidade de vida não são atrelados ao aumento do PIB²¹.

Como contraponto, desenvolveu-se a teoria conhecida como Curva Kuznet. Segundo esta hipótese, a degradação ambiental tende a aumentar acompanhando o crescimento até certo nível de renda per capita, a partir do qual as melhorias nos padrões ambientais provocam uma inversão, e então o crescimento pode continuar enquanto a deterioração do ambiente é reduzida. Porém, segundo Esty, este padrão não funciona para certos tipos de dano ambiental, como é o caso das emissões de carbono. Isso porque o ponto de inflexão neste caso é mais alto e nenhum país alcançou ainda este nível de renda²².

Outra tendência revela-se na forma de encarar os impactos das atividades produtivas sobre o meio ambiente como um fator econômico relevante. Assim, a falha em incorporar ao preço do produto os custos ambientais envolvidos em sua produção ou consumo é denominada uma externalidade negativa²³. Nessa linha, o documento conhecido como

²⁰ Um dos exemplos da projeção deste novo mote encontra-se no termo cunhado pelo PNUMA no contexto da crise econômica que abateu os EUA e se ramificou pelo mundo, em 2008 e 2009: o *New Deal Verde*. Em clara referência ao pacote de medidas elaborado para reerguer os EUA em meio à crise na década de 30, o projeto do PNUMA buscava garantir que os esforços de recuperação fossem guiados de forma a garantir a sustentabilidade na formação da nova configuração econômica e produtiva. ICTSD. PNUMA promove New Deal Verde. *Pontes Quinzenal*, v. 4, n. 3. (02/03/2009). Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontesquinzenal/41957/>>. Acesso em: 02 mar. 2009.

²¹ ICTSD. Consumo e crescimento: novas fronteiras para o debate sobre mudanças climáticas. *Pontes*, v. 6, n. 3, set. 2010. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontes/84705/>>. Acesso em: 02 out. 2009.

²² ESTY, Daniel C. Bridging the trade-environment divide. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 15, n. 3, p. 113-130, 2001, p. 119.

²³ Externalidades são definidas como produto de atividades econômicas desempenhadas por um agente, que atinge os demais, sem que o causador assuma os custos sociais ou ambientais dela decorrentes. LIEBIG (1999), op. cit., p. 87.

Relatório Stern apontou a mudança do clima como a mais relevante falha de mercado já vista²⁴. A fim de corrigir esta distorção, aponta-se a necessidade de adotar medidas para internalizar o custo ambiental das emissões de carbono, como atribuir preço ao carbono²⁵.

Na linha do pensamento econômico sobre impacto ambiental, o comércio é visto como elemento amplificador do chamado efeito de escala. Uma vez que a liberalização comercial promove o crescimento econômico, consequentemente aumenta a demanda por recursos e a liberação de subprodutos, como a poluição. Como contraponto, argumenta-se que o livre comércio pode contribuir para melhorar as condições ambientais nos países, por meio da geração de recursos que podem ser aplicados em tecnologias limpas e na gestão ambiental. A intensificação das trocas também resultaria em demandas pela elevação dos padrões ambientais. Contudo, segundo Wold, tais relações não ocorrem automaticamente. O autor sustenta que a liberalização terá efeitos positivos para o meio ambiente apenas se acompanhada pela implementação de políticas ambientais eficientes²⁶.

Esty aponta a divergência nas posições tradicionalmente adotadas por ambientalistas e comercialistas acerca dos impactos e interações entre comércio e meio ambiente. Os primeiros condenam o livre comércio, por crerem que ele promove um “nivelamento por baixo” nos padrões ambientais, na medida em que os custos envolvidos podem acarretar desvantagens competitivas às indústrias dos países que adotam padrões elevados. Alegam ainda que autonomia para regular o meio ambiente é cerceada pelos ditames do livre comércio.

Por sua vez, os comercialistas temem que as regulações ambientais acabem por encobrir propósitos protecionistas. Também é vista com receio a imposição de padrões ambientais, principalmente pelos países desenvolvidos, sob o argumento de que as vantagens

²⁴ Encomendado pelo governo britânico, o relatório produzido pelo economista Nicholas Stern lançou as bases para considerar os impactos econômicos das mudanças climáticas. O estudo indica que os benefícios de empreender ações antecipadas e eficazes de mitigação compensam largamente os custos. RELATÓRIO STERN: aspectos econômicos das mudanças climáticas – Resumo Executivo. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.hm-treasury.gov.uk/media/E/E/stern_shortsummary_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2009.

²⁵ WTO – UNEP (2009), op. cit., p. 88.

²⁶ Segundo Wold: “Moreover, contrary to the claims of trade proponents that trade will increase the demand for higher environmental standards, the CEC has found “little evidence to support the notion that greater revenues arising from trade expansion will be moved to bolster the resources of environmental authorities in order to address traderelated scale effects.” In fact, the CEC found that “the speed with which trade and other kinds of liberalization are proceeding appear[s] to be overwhelming the capacity of domestic regulators generally (in the financial as well as environmental spheres) to ensure robust versight of the course and consequences of changes markets. [...] Instead, a consensus is building that “increased trade and growth without appropriate environmental policies in place may have unwanted effects on the environment”. WOLD, Chris. Taking stock: trade’s environmental scorecard after twenty years of trade and environment. *Wake Forest Law Review*, v. 45, p. 319-354, 2010.

comparativas dos demais países são desconsideradas²⁷. Esta situação caracterizaria o “nivelamento por cima”.

1.2. Os regimes do comércio e do meio ambiente – centralização e fragmentação

Destaca-se ainda que os regimes de comércio e meio ambiente apresentam características bastante distintas. O regime internacional do meio ambiente é marcado por notável fragmentação. As disciplinas são divididas entre mais de 200 acordos multilaterais, celebrados e conduzidos independentemente. Não há uma organização internacional que centralize e coordene a administração destes acordos ou que monitore a sua implementação. Os instrumentos de solução de controvérsias neles previstos possuem enfoque na prevenção de litígios, como mecanismos de notificação e relatório. Em caso de descumprimento das obrigações, empregam-se os meios diplomáticos, como consultas, mediação e conciliação. Alguns poucos acordos preveem que os conflitos sejam submetidos à Corte Internacional de Justiça, o que praticamente não ocorre²⁸. Ademais, em sua atuação perante os acordos ambientais, por vezes os países se mostram reticentes, buscando resguardar sua autonomia regulatória²⁹.

Por sua vez, o regime multilateral do comércio é o mais denso e centralizado no direito internacional. A Organização Mundial do Comércio (OMC), responsável por administrar os acordos comerciais, é considerada o maior avanço na institucionalização da cooperação econômica global³⁰.

O seu antecessor, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), já havia alcançado considerável sucesso na redução das tarifas e na liberalização do comércio, refletidas em

²⁷ ESTY (2001), op. cit., p. 121.

²⁸ “The institutional dominance of the WTO sharply contrasts with the fragmentation, dysfunction, and weakness of the international environmental regime. There is no international organization responsible for administering, coordinating or overseeing the growing collection of environment-related treaties, or that could speak with a single voice representing environmental priorities”. MCDONALD, Jan. *Policies, process and principle: mutual supportiveness or irreconcilable differences in the trade-environment linkage*. *UNSW Law Journal*, v. 30, n.2, p. 524-547, 2007, p. 529. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: international law, international organizations and dispute settlement*. Londres : Kluwer Law International, 1997, p. 129; CHARNOVITZ, Steve. A new WTO paradigm for trade and the environment. *Singapore Year Book of International Law and Contributions*, v. 11, p. 15-40, 2007, p. 35.

²⁹ O'BRIEN, Julia. The equity of levelling the playing field in the climate change context. *Journal of World Trade*, v. 43, n.5, p. 1093-1114, 2009, p. 1097-1099.

³⁰ SAMPSON, Gary P. (ed.). *The role of the World Trade Organization in global governance*. Tóquio: United Nations University Press, 2001, p. 5.

significativo aumento no fluxo de mercadorias entre as partes contratantes³¹. Celebrado sob a forma de acordo, o GATT funcionava na prática como um órgão, mas não possuía caráter de organização internacional. Por meio de várias rodadas de negociação, a redução das tarifas foi consolidada, bem como as regras gradativamente ampliadas³². Krueger sublinha que o avanço nas negociações conduzidas sob a égide do GATT contribuiu para a configuração de um quadro de interdependência entre os países, o qual resultou em novos desafios, na medida em que os competidores passaram a pressionar cada vez mais por condições justas de competição, o “*level playing field*”³³. A partir da década de 1980, as tensões entre as grandes potências foram acirradas, o que levou os parceiros comerciais a lançar mão de barreiras não tarifárias para proteger as suas indústrias.

Neste contexto, foi iniciada a Rodada Uruguai de negociações. O seu resultado mais significativo consistiu na criação da OMC, em 1995. Dotada de personalidade jurídica internacional, a nova organização marcou a transição da natureza contratual do GATT para uma dimensão institucional³⁴. O novo aparato jurídico reflete o ajuste às necessidades de regulação ditadas pelo contexto de maior interdependência³⁵, para o qual o sistema essencialmente político do GATT não era suficiente e que demandava, assim, um sistema orientado por normas (*rule-oriented*)³⁶.

³¹ O GATT surgiu no contexto do pós-Segunda Guerra, a partir dos esforços para construir um ambiente de maior cooperação econômica. Três instituições foram concebidas, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização Internacional do Comércio. Esta última não chegou a ser estabelecida, e em seu lugar foi celebrado o GATT, um acordo sobre negociação de tarifas e regras sobre o comércio. No período de vigência do GATT, entre 1947 e 1995, a média das tarifas aplicadas foi reduzida de 40% para 5%. THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 29-30.

³² “The growth and the liberalization of the international trading system has been the most prominent success of the postwar period ... the great liberalization of tariffs and trade in the post-war period was achieved under the auspices of the GATT, which did not even have the legal status of an international economic organization. [...] Indeed, as early as 1970, it was possible to argue that the GATT had been so succesful that tariffs among the major industrialized countries were no longer a problem, and that remaining barriers to trade were virtually all nontariff barriers”. KRUEGER, Anne. *The WTO as an international organization*. Chicago: The Univerisity of Chicago Press, 1998, p. 2.

³³ Idem, p. 3.

³⁴ Sobre a nova dimensão institucional, Lafer sublinha: “Essa dimensão institucional explica por que o sistema da OMC contém além de normas de comportamento, normas de organização, isto é, normas que conduzem juridicamente à convergência dos Estados para a promoção de propósitos comuns”. Outro importante aspecto da institucionalização foi a substituição do mecanismo *à la carte*, em que as partes contratantes podiam optar por quais regras ou acordos desejavam aderir, pelo mecanismo de empreendimento único (conhecido como *single undertaking*). Conforme a nova forma operacional, ao aderir à OMC, os países acatavam todos os acordos conjuntamente. LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 22-24. Com a criação da OMC, o termo GATT ficou estabelecido para designar o conjunto de regras sobre o comércio negociadas desde 1947, além das sucessivas rodadas de negociações até a Rodada Uruguai. O GATT 47 deixou de existir como órgão internacional, mas foi incorporado aos resultados da Rodada Uruguai como conjunto de regras. THORSTENSEN (1999), op. cit., p. 40.

³⁵ KRUEGER (1998), op. cit., p. 3.

³⁶ LAFER (1998), op. cit., p. 145.

O traço mais marcante da institucionalização do regime consiste no fortalecimento do sistema de solução de disputas. O novo Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC) alterou aspectos no procedimento que permitiam a qualquer membro bloquear a adoção dos resultados de um painel. Assim, nas disputas apreciadas sob o ESC, o relatório é automaticamente adotado a não ser que seja derrubado por consenso pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Com isso, tornou-se efetiva a imposição de medidas de retaliação ao membro cuja política se achar em desconformidade com os acordos da OMC. A partir dessas alterações, muitos apontam que a OMC “ganhou dentes” e adquiriu centralidade no regime multilateral do comércio. O incremento no impacto e visibilidade da OMC deve-se, em grande parte, a esse novo e aperfeiçoado mecanismo de adjudicação³⁷.

A reforma foi complementada pela criação do Órgão de Apelação, instância de revisão permanente integrada por juízes independentes. O estabelecimento deste “tribunal” acrescentou um aspecto de estabilidade e continuidade às decisões do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC)³⁸. Pelas novas características, o OSC é visto como o principal elemento de “judicialização” do sistema multilateral de comércio, que passou a desfrutar de maior segurança jurídica³⁹.

A Rodada Uruguai consolidou também a expansão do sistema multilateral em relação à participação e aos temas cobertos. No que toca ao primeiro aspecto, a adesão passou de 23 para 100 países, o que conferiu à OMC caráter quase universal. Em relação ao segundo, a agenda passou a incluir novas áreas de regulação: agricultura, produtos têxteis, serviços e propriedade intelectual. Como assinala Amaral Júnior, esta expansão foi fruto de um acordo

³⁷ “Dispute settlement has now moved to the Center stage of international economic diplomacy, as it is embodied in the Uruguay Round and WTO texts. In many ways, this is a welcome step toward a more rule-oriented system that will hopefully allow better adjustment of frictions between nation-states, as well as greater predictability and reliability for entrepreneurs. It should to some measure reduce the ‘risk premium’ of international trade and other economic transactions”. JACKSON, John H. Designing and implementing effective dispute settlement procedures: WTO dispute settlement, appraisal and prospects. In: KRUEGER, Anne. *The WTO as an international organization*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 162-163, 1998, p. 175.

³⁸ As decisões do Órgão de Apelação são alcançadas por consenso entre os sete integrantes. Como aponta Luiz Olavo Baptista, a construção deste consenso “é um exercício importante, que assegura a continuidade de um pensamento jurídico, a estabilidade da interpretação e, com isso, a segurança que as regras de Marrakesh determinam que se alcance”. BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito é história – alocução de abertura da conferência do instituto de direito do comércio internacional e desenvolvimento, em São Paulo. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; CELLI, Humberto; YANOVICH, Alan (orgs.). *10 anos de OMC*. São Paulo: Lex Editora, 2007.

³⁹ “At the end of an integrated dispute settlement process that covers a wide range of trade-related policies in the area of goods, services, and the protection of intellectual property, there lies – if all else fails – multilaterally authorized trade sanctions. [...] as a result of major changes agreed to in the Uruguay Round that make dispute settlement process much more automatic (individual countries can no longer block the process), it is even more true with the WTO. It is a critically important feature of the WTO and [...] it colours virtually everything that occurs in the WTO context”. BLACKHURST, Richard. The capacity of the WTO to fulfill its mandate. In: KRUEGER, Anne (ed.). *The WTO as an international organization*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 31-58, 1998, p. 32. Sobre a “judicialização” ou “adensamento de juridicidade” do OSC, ver: LAFER (1998), op. cit., p. 31.

entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, que por meio de concessões mútuas, acordaram em incluir temas de seu interesse. Enquanto o primeiro grupo de países pleiteava regras para serviços e propriedade intelectual, o último buscava maior acesso a mercados para seus produtos agrícolas⁴⁰.

Charnovitz aponta que a expansão da agenda da OMC para cobrir novas áreas decorreu de sua visão como uma instituição eficaz⁴¹. Como resultado, a influência das regras do sistema do comércio passou a atingir um leque muito maior de áreas e a interferir de forma mais profunda na autonomia regulatória dos países. Diversas questões que passaram a ser disciplinadas direta ou indiretamente pela normativa do comércio são politicamente sensíveis, como patentes de medicamentos, apoio à agricultura e a proteção do meio ambiente⁴².

Em função dessa realidade, diversos autores ressaltam que a OMC assumiu o caráter de instituição multifuncional. Embora sua função primordial continue a ser a de garantir o livre comércio, hoje a instituição desempenha papel relevante e muitas vezes sobreposto em relação a outros regimes⁴³. Esta força atrativa deve-se primordialmente à capacidade de coerção do mecanismo de solução de controvérsias. A fim de obter as vantagens do procedimento mais rígido e vinculante para outras áreas de interesse, o mandato da OMC é ampliado de forma a contemplar estes outros temas⁴⁴. Esta é uma forma encontrada para que as regras e princípios de um regime possam se valer das vantagens estruturais e

⁴⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Os principais traços da solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

⁴¹ “The vigorous debate about the WTO’s purview demonstrates the vitality of the organization. Governments and private actors are not clamoring to broaden the charter of most other international institutions. The WTO has become a magnet for expansionist ideas because it is perceived as powerful and effective”. CHARNOVITZ, Steve. Triangulating the World Trade Organization. *The American Journal of International Law*, v. 96, n. 1, p. 28-35, jan. 2002, p. 29.

⁴² SAMPSON (2001), op. cit., p. 3.

⁴³ Conforme Charnovitz: “The beginning of wisdom is to recognize that the WTO is multifunctional. It is primarily a trade liberalization agency, but also plays an overlapping role in many regimes. As noted in the 2003 Declaration of the Parliamentary Conference on the WTO, ‘the WTO is rapidly becoming more than a mere trade organisation [...] Besides being a trade liberalization agency, the WTO has taken on additional identities. The WTO is an agriculture agency that addresses food aid. Through TRIPS, the WTO has certainly become an intellectual property agency. Since the Doha Ministerial Conference of 2001, the WTO has become a development agency too’. CHARNOVITZ, Steve. A new WTO paradigm for trade and the environment. *Singapore Year Book of International Law and Contributions*, v. 11, p. 15-40, 2007, p. 36.

⁴⁴ “A desire to gain access to this enforcement mechanism is the main reason that the WTO mandate was expanded to include the protection of intellectual property (despite the existence of the World Intellectual Property Organization), and it was the main motivation behind proposals to expand the mandate to include the protection of core labor Standards (despite the existence of the International Labour Organization)”. BLACKHURST (1998), op. cit., p. 47.

procedimentais de outro⁴⁵. Assim, a eficácia do OSC torna-se a principal razão da vinculação com outros regimes ou áreas⁴⁶, o que aumenta também a projeção da OMC⁴⁷.

Esta multifuncionalidade tem sido destacada de forma particular em relação ao papel da OMC para a proteção do meio ambiente. Nesse sentido, é importante destacar que o surgimento da OMC se dá em um contexto de forte impulso de conscientização ambiental, que reflete um avanço na consolidação da proteção ao meio ambiente como valor universal. Este espírito está refletido na realização da Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992. Considera-se que este evento inaugurou uma nova fase no direito internacional do meio ambiente⁴⁸, marcada fortemente pela consagração do preceito de desenvolvimento sustentável, expresso nos diversos documentos firmados na ocasião⁴⁹. O princípio 12 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento estipula: “Os Estados devem cooperar na promoção de um sistema econômico internacional aberto e favorável, propício ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável”. Assim também a UNFCCC e a Convenção sobre Diversidade Biológica incorporam o preceito do desenvolvimento sustentável⁵⁰.

Embora seu conteúdo preciso permaneça indeterminado, o conceito de sustentável é visto como um enunciado que busca conciliar conservação do meio ambiente e crescimento econômico, alvos até então considerados antagônicos⁵¹. Amaral Júnior aponta como principais elementos do desenvolvimento sustentável: utilização sustentável dos recursos

⁴⁵ LEEBRON, David W. Linkages. *The American Journal of International Law*, v. 96, n.1, p. 5-27, jan. 2002, p.14.

⁴⁶ GARCIA, Frank. The trade linkage phenomenon: pointing the way to the trade law and global social policy of the 21st century. *University of Pennsylvania – Journal of International Economic Law*, v.19, n. 2, p. 201-208, 1998, p. 203.

⁴⁷ “The World Trade Organization has gained a very high profile, and it will never again be able to operate in the policy shadows. When the trade agenda was perceived to be narrow and technical, the trade regime’s performance was of interest only to the trade cognoscenti. [...] Where once the WTO’s legitimacy turned on its capacity to produce good results from a trade perspective, the organization is now subject to much wider scrutiny”. ESTY, Daniel C. Bridging the trade-environment divide. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 15, n. 3, p. 113-130, 2001, p. 126.

⁴⁸ A fase anterior do direito ambiental internacional foi iniciada com a Conferência de Estocolmo, em 1972, em que foi lançado o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA). As duas décadas seguintes assistiram à multiplicação de acordos ambientais multilaterais, com objetivos como regulação da poluição transfronteiriça, prevenção de acidentes nucleares e proteção de espécies em extinção e da camada de ozônio. PALMER, Geoffrey. New Ways to Make International Environmental. *The American Journal of International Law*, v. 86, n. 2, p. 259-283, 1992, p. 262.

⁴⁹ A realização da Conferência do Rio teve como antecedente a adoção, por parte da ONU, do relatório “Nosso Futuro Comum”, publicado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1987. Desde então, o lançamento do conceito de desenvolvimento sustentável tem sido atribuído a este documento.

⁵⁰ Ver nota infra 216.

⁵¹ Acerca da visão antagônica sobre a relação entre crescimento e proteção ambiental, ver: ROSENBERG, Robin L. Trade and the Environment: Economic Development versus Sustainable Development. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 36, No. 3, Special Issue: The Summit of the Americas-Issues to Consider, p. 129-156, 1994.

naturais; integração entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico; direito ao desenvolvimento; e equidade na alocação de recursos entre a geração presente e as futuras⁵².

Como prova de que os arquitetos do sistema multilateral do comércio não estavam alheios a esse contexto, o desenvolvimento sustentável foi inserido no preâmbulo do acordo constitutivo da OMC:

“Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development”
(grifo nosso)

Ainda que no GATT já se demonstrasse a preocupação com a necessidade de promover a proteção ambiental⁵³, as referências nos acordos deste período foram bastante limitadas, com enfoque na conservação dos recursos naturais⁵⁴. Por sua vez, o reconhecimento do desenvolvimento sustentável no preâmbulo da OMC possui impacto inegavelmente mais amplo. No caso *US-Shrimp*, uma das disputas paradigmáticas relativas a questões ambientais, o Órgão de Apelação destaca como esta provisão passa a orientar a interpretação dos acordos da OMC:

“We note once more that this language demonstrates a recognition by WTO negotiators that optimal use of the world's resources should be made in accordance with the objective of sustainable development.

⁵² O autor aponta o desenvolvimento sustentável como “síntese das exigências de crescimento econômico, justiça social e preservação do meio ambiente”. AMARAL JÚNIOR (2009), op. cit., p. 5; 60-61.

⁵³ SOARES (2002), op. cit., p. 223.

⁵⁴ O preâmbulo do GATT 47 empregava a expressão “full use of the resources of the world”. Além disso, os acordos continham duas menções a recursos naturais: “The term ‘natural resources’ appears twice in the GATT 1947: in Article XX(g) in the context of the exceptions relating to measures aimed at protecting ‘exhaustible natural resources’ and in Paragraph 1(a) of Ad Article XVII (Annex I) which refers to ‘national natural resources’. By referring to such measures the system recognizes that countries may take steps to ensure the conservation of natural resources, whether plant or fishery resources”. WTO. *The conservation of natural resources in WTO law: the case of tropical forest resources*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_9july10_e.htm>. Acesso em: 18 nov. 2010. Ver também: CHARNOVITZ (2007), op. cit., p. 16.

As this preamble language reflects the intentions of negotiators of the WTO Agreement, we believe it must add colour, texture and shading to our interpretation of the agreements annexed to the WTO Agreement, in this case, the GATT 1994.”⁵⁵

Alguns autores defendem que a inserção do desenvolvimento sustentável na linguagem preambular implica na incorporação da proteção do meio ambiente entre os objetivos da organização⁵⁶. A posição do Secretariado é mais reticente, ao ressaltar que a OMC não é uma agência ambiental e que suas competências neste campo se limitam aos aspectos relacionados ao comércio das políticas ambientais dos membros⁵⁷.

A posição cautelosa de Blackhurst oferece um ponto de centralidade. O autor entende ser prematuro apontar a referência ao desenvolvimento sustentável como um novo objetivo da OMC. Contudo, reconhece que ela traz importantes implicações para o seu mandato⁵⁸. O principal desdobramento pode ser resumido na necessidade de promover um regime comercial responsável do ponto de vista ambiental, que contribua ou ao menos não ofereça obstáculo à consecução dos objetivos comuns globais⁵⁹.

Esty e Charnovitz compartilham a opinião de que a regulação do meio ambiente seria beneficiada pela criação de uma organização internacional ambiental, capaz de centralizar a coordenação dos acordos existentes. Contudo, na ausência de uma entidade que cumpra esta função, a OMC assume papel ainda mais importante do que para outras áreas já vinculadas ao regime do comércio, como é o caso da propriedade intelectual⁶⁰. Uma vez que a interferência

⁵⁵ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 153.

⁵⁶ Charnovitz representa esta corrente: “Instead of viewing trade and environment as substitutes, the WTO should view them as complements. The new consciousness should be that environment and sustainable development are part of the purpose of the WTO, not just a rhetorical adornment. WTO Director-General Pascal Lamy stated this well in a recent speech: “We must remember that sustainable development is itself the end-goal of this institution. [...] He went on to say that ‘accompanying social and environmental policies’... can no longer be looked at by the WTO as the responsibility of other organizations. The WTO is responsible for them too.” CHARNOVITZ (2007), op. cit., p. 39.

⁵⁷ A posição do Secretariado é mais conservadora ao admitir o mútuo limite entre as políticas comerciais e o objetivo de liberalização. A demarcação deste limite, contudo, permanece incerta: “[T]he WTO's role is to continue to liberalize trade, as well as to ensure that environmental policies do not act as obstacles to trade, and that trade rules do not stand in the way of adequate domestic environmental protection”. OMC – Trade and environment at the WTO p. 5

⁵⁸ BLACKHURST (1998), op. cit., p. 46.

⁵⁹ OLSEN, José María Figueres et al. Trade and environment at the World Trade Organization: the need for a constructive dialogue. In: SAMPSON, Gary P. (ed.). *The role of the World Trade Organization in global governance*. Tóquio: United Nations University Press, 2001.

⁶⁰ Conforme Charnovitz: “The danger in allowing the WTO to view itself as outside the environment regime is that the WTO can just say “no” to a national environment or public health measure without taking any responsibility for the repercussions of its decision [...]”. CHARNOVITZ (2007), op. cit., p. 37. Ver também: ESTY (2001), op. cit., p. 116.

da OMC na autonomia regulatória dos membros para áreas não comerciais é uma realidade inescapável, ignorar esta responsabilidade prejudica a imagem e a legitimidade da OMC e provoca oposição à liberalização comercial⁶¹.

O papel do sistema multilateral de comércio em relação à regulação do meio ambiente está fortemente vinculado à sua capacidade para influenciar o comportamento dos membros. Esta está relacionada tanto à questão da sobreposição em função da estrutura, derivada do fortalecimento institucional da organização, quanto da sobreposição normativa. Apesar do debate acerca da dimensão deste papel ou da adequação em tratar o tema ambiental no âmbito da OMC, o vínculo entre os regimes já é um fato⁶². Como aponta McRae, o aumento da participação no sistema do comércio permitiu o questionamento das medidas de regulação ambiental dos membros por seus parceiros, que não podem escapar a essa exposição⁶³.

Se, por um lado, a lei da OMC reconhece o direito dos países de introduzir medidas de proteção ao meio ambiente, por outro, exige que elas satisfaçam às regras substantivas e procedimentais. Ao apreciar estas medidas, os painéis e o Órgão de Apelação procuram garantir a consistência interna na interpretação dos acordos cobertos. A busca por coerência envolve a ponderação dos princípios centrais em que se baseia o sistema multilateral do comércio, frente aos espaços criados para a consecução de objetivos legítimos de natureza não-econômica.

⁶¹ “A amplitude do ordenamento jurídico da OMC já levou alguns autores a ver essa organização como a única instituição internacional com chances de se tornar um órgão de governo mundial, regulamentando não apenas as trocas, mas também outros assuntos importantes, como o trabalho e o ambiente. Por outro lado, decisões contrárias à adoção de determinadas políticas ambientais podem levar a crer que ela teria uma tendência a colocar o comércio acima de todos os demais assuntos, até mesmo a proteção do ambiente. [...] A OMC leva a questões que ultrapassam o problema da soberania, estendendo-se à discussão dos objetivos e da legitimidade do novo sistema de ‘governança global’”. MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

⁶² “In fact, there is no real choice about whether to address the trade and environment linkage; this linkage is a matter of fact”. ESTY (2001), op. cit., p. 114.

⁶³ O autor aponta ainda que a criação de uma organização internacional para o meio ambiente não alteraria a possibilidade de questionamento das medidas de um membro perante o OSC. MCRAE, Donald M. Trade and the Environment: the development of WTO law. *Otago Law Review*, v. 9, n. 2, p. 221-238, 1998, p. 223.

2. O REGIME INTERNACIONAL DO COMÉRCIO E A INSERÇÃO DO MEIO AMBIENTE

2.1. Os princípios da liberalização comercial e suas exceções

Como abordado no capítulo anterior, a OMC tem como objetivo a liberalização do comércio internacional. Sua regulação destina-se a refrear o uso de medidas protecionistas nas políticas comerciais dos países membros. No GATT 47, isso se refletia em dois objetivos ou funções principais: (i) reduzir as incertezas por meio da criação de regras e procedimentos para disciplinar as políticas comerciais; (ii) prover um fórum para negociação e revisão das regras e procedimentos, bem como para a solução de disputas sobre este conjunto de normas. Somente os setores e políticas relacionados ao comércio de bens⁶⁴ fizeram parte das discussões do GATT 47.

Com a finalização da Rodada Uruguai e a criação da OMC, o mandato foi expandido. Segundo o artigo III do acordo que estabelece a OMC, cinco são as suas funções principais: (i) administrar os acordos que compõem o sistema multilateral do comércio; (ii) servir como um fórum para as negociações comerciais multilaterais; (iii) administrar os arranjos para a solução de disputas; (iv) revisar as políticas de comércio nacionais; (v) cooperar com o Fundo Monetário Internacional (FMI) e com o Banco Mundial para alcançar coerência na formulação de políticas econômicas na esfera internacional⁶⁵. Embora parte dessas funções já fossem desempenhadas provisoriamente pelo GATT, no âmbito da OMC elas adquiriram status permanente, além de terem sido reforçadas pelo fortalecimento institucional na formação da nova organização.

O sistema de regras do comércio, desde sua construção no âmbito do GATT, pauta-se por três princípios essenciais⁶⁶. O primeiro deles consiste na exclusividade do uso de tarifas como instrumentos de proteção comercial. Proíbe-se o emprego de quotas, restrições quantitativas ou qualquer outra barreira não tarifária⁶⁷. Por meio desta provisão, busca-se promover a transparência na imposição de restrições ao comércio.

⁶⁴ BLACKHURST, Richard. The capacity of the WTO to fulfill its mandate. In: KRUEGER, Anne (ed.). *The WTO as an international organization*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 31-58, 1998, p.44.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 32.

⁶⁷ O artigo XI do GATT proíbe restrições quantitativas. O artigo X estabelece a obrigação de transparência na divulgação de regulamentos relacionados ao comércio.

Os outros dois princípios básicos possuem fundamento comum na proibição de discriminação, que traduz importante frente na missão da OMC⁶⁸. Ambos buscam evitar que produtos importados recebam tratamento desfavorável. No primeiro caso, em relação aos produtos nacionais e no último, em relação aos bens importados de outros países. Daí se dizer que integram conjuntamente o princípio mais amplo da não discriminação.

A cláusula da nação mais favorecida consiste na obrigação de estender qualquer benefício concedido a um membro a todos os demais. Ela encontra-se no artigo I.1 do GATT:

“With respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III, any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.”

O conteúdo dos conceitos essenciais deste dispositivo, assim como dos demais acordos da OMC, foi desenvolvido por meio do exercício de interpretação realizado pelo OSC. Desta forma, a jurisprudência do Órgão constitui valiosa fonte para o exame do sentido das obrigações derivadas das regras do comércio.

No caso *EC-Bananas III*, por exemplo, o Órgão de Apelação afirmou que o propósito do artigo I.1 consiste em impor aos membros a obrigação de conceder tratamento igualitário a produtos similares, a despeito de sua origem⁶⁹. O uso de variados termos com sentido similar – vantagem, favor, privilégio ou imunidade – deixa clara a intenção de abranger de maneira ampla qualquer benefício, tarifário ou não, que possa ser concedido a um membro. Nesta mesma decisão, o Órgão de Apelação adotou uma interpretação expansiva de “vantagem”, ao indicar que a concessão de licenças de exportação a um grupo restrito de países consistia em violação da cláusula da nação mais favorecida.

⁶⁸ “While WTO rules are certainly not limited to fighting discrimination through the national treatment obligation, there can be little doubt that anti-discrimination is at the core of the WTO's mission”. VERHOSSSEL, Gaetan. *National treatment and WTO Dispute Settlement*. Oxford: Hart, 2002.

⁶⁹ *EC-Bananas III*, WT/DS27/AB/R, para. 190.

A discriminação pode ser verificada mesmo nos casos em que se concede tratamento formalmente idêntico. No caso *Canada-Autos*, o Órgão de Apelação constatou que a isenção tarifária era desfrutada apenas por um grupo de países cujos exportadores firmaram parceria com produtores canadenses. Como resultado, a aplicação da medida não era neutra, uma vez que considerava a origem dos produtos e assim, configurava discriminação de fato que importava em violação do artigo I⁷⁰.

O segundo desdobramento do princípio da não discriminação consiste no tratamento nacional, que determina a todos os membros a obrigação de não favorecer os produtos nacionais em detrimento dos importados. No caso *Japan-Beverages*, o Órgão de Apelação afirmou que a finalidade deste princípio consiste em “garantir que medidas internas não sejam aplicadas aos produtos importados e domésticos de forma a conceder proteção à produção doméstica”⁷¹.

A primeira sentença do artigo III estabelece a regra geral do tratamento nacional:

“The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.”

A partir desta regra geral, enunciada de forma bastante ampla, as sentenças seguintes apresentam aplicações específicas do princípio. O artigo III.2 veda a aplicação de impostos aos produtos importados em excesso aos impostos aplicados aos similares nacionais, enquanto o artigo III.4 estipula que os produtos estrangeiros não devem receber tratamento menos

⁷⁰ “In approaching this question, we observe first that the words of Article I:1 do not restrict its scope only to cases in which the failure to accord an ‘advantage’ to like products of all other Members appears *on the face* of the measure, or can be demonstrated on the basis of the words of the measure. [...] As several GATT panel reports confirmed, Article I:1 covers also ‘in fact’, or *de facto*, discrimination.⁷⁰ Like the Panel, we cannot accept Canada's argument that Article I:1 does not apply to measures which, on their face, are ‘origin-neutral’”. *Canada-Autos*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, para. 78.

⁷¹ Adiante, o Órgão de Apelação reforça: “[T]he intention of the drafters of the Agreement was clearly to treat the imported products in the same way as the like domestic products once they had been cleared through customs. Otherwise indirect protection could be given”. *Japan-Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 14-15.

favorável do que aquele concedido aos similares nacionais no que diz respeito à imposição de leis, regulamentos e exigências⁷². O primeiro destes dispositivos aponta que:

“III.2. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.”

A primeira frase contém uma determinação em si mesma: o produto importado não deve ser tributado em excesso ao similar nacional. A segunda remete à regra geral contida no artigo III.1⁷³. Como reconhecido pelo Órgão de Apelação no caso *Japan-Beverages*, o conceito de similaridade é relativo, e deve ser definido no caso concreto. Tal maleabilidade foi exemplificada pela metáfora de um acordeão, que pode esticar ou encolher de acordo com os diferentes dispositivos em que se insere e as circunstâncias do caso concreto⁷⁴.

Neste caso, o Órgão de Apelação apontou os critérios que norteiam a identificação da similaridade entre dois produtos: (i) características físicas do produto; (ii) uso-final; (iii) preferências dos consumidores; (iv) classificação tarifária⁷⁵. A decisão confirma que a classificação tarifária, quando contém descrições precisas, torna-se um critério valioso para definir se dois produtos são similares. Ainda em *Japan-Beverages*, o Órgão de Apelação reconheceu que vodka e sochu são produtos similares. Também entendeu que a tributação do

⁷² O texto do artigo III.4 busca uma aplicação abrangente, ao fazer referência a leis ou regulamentos que afetam “all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use”.

⁷³ A nota explicativa deste artigo acrescenta: “A tax conforming to the requirements of the first sentence of paragraph 2 would be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence only in cases where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a directly competitive or substitutable product which was not similarly taxed”. Esta distinção entre a primeira e a segunda frase do artigo III.2 indica que o critério “diretamente competitivo ou substituível” foi acrescentado, como forma de estender a proteção do tratamento nacional a produtos considerados não similares. No caso *Japan-Beverages*, o Órgão de Apelação ressaltou que os critérios para identificar a competitividade e substitutibilidade são menos estritos do que para similaridade, assim como a diferença na taxa deve ser superior a um mínimo estipulado, a fim de caracterizar a proteção ao produto doméstico”. *Japan-Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, para. 25-30.

⁷⁴ “... there can be no one precise and absolute definition of what is ‘like’. The concept of ‘likeness’ is a relative one that evokes the image of an accordion. The concept of ‘likeness’ stretches and squeezes in different places as different provisions of the WTO Agreement are applied. The width of the accordion in anyone of those places must be determined by the particular provision in which the term ‘like’ is encountered as well as by the context and the circumstances that prevail in any given case to which that provision may apply”. *Japan-Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 19.

⁷⁵ Idem.

primeiro em excesso, ainda que mínimo, resultava em violação do artigo III.2. Contudo, a diferença na tributação não necessariamente implica violação do tratamento nacional. No caso *US-Superfund*, o painel ressaltou que, uma vez que a tributação mais onerosa não decorra de imposição de taxa (alíquota) mais elevada, é admissível que o montante final de imposto a ser suportado pelo importador seja maior⁷⁶.

No que toca à obrigação do tratamento nacional em relação a regulamentos, o artigo III.4 também faz referência a produtos similares e determina que os importados não devem receber tratamento menos favorável. Entretanto, em relação a este dispositivo, a análise de similaridade é menos estrita do que para o artigo III.2, embora guarde relação com os critérios empregados. No caso *EC-Asbestos*, o Órgão de Apelação pontuou, por meio da ilustração do acordeão, que a análise do termo “like” no artigo III.4 é mais ampla do que no artigo III.2, combinadas as duas sentenças deste dispositivo⁷⁷. Desta forma, seria mais fácil considerar dois produtos como similares sob o artigo III.4, ainda que não idênticos. O Órgão de Apelação entendeu que fibras contendo amianto não eram similares às que não continham o composto, pois o risco à saúde acarretado pelo amianto importava em distinção relativa às características físicas do produto.

Sobre a existência de tratamento menos favorável, no caso *Korea-Beef*, o Órgão de Apelação apontou como critério a modificação das condições de competição no mercado. Contudo, a existência de um efeito prejudicial sobre o produto importado não importa necessariamente em violação ao artigo III.4. No caso *Dominican Republic-Cigarettes*, o Órgão de Apelação ressaltou que um efeito deletério causado por circunstâncias alheias à origem do produto não importa em tratamento menos favorável. No caso, a exigência sobre

⁷⁶ “The tax on certain imported substances equals in principle the amount of the tax which would have been imposed under the Superfund Act on the chemicals used as materials in the manufacture or production of the imported substance if these chemicals had been sold in the United States for use in the manufacture or production of the imported substance. In the words which the drafters of the General Agreement used in the above perfume-alcohol example: The tax is imposed on the imported substances because they are produced from chemicals subject to an excise tax in the United States and the tax rate is determined in principle in relation to the amount of these chemicals used and not in relation to the value of the imported substance. The Panel therefore concluded that, to the extent that the tax on certain imported substances was equivalent to the tax borne by like domestic substances as a result of the tax on certain chemicals the tax met the national treatment requirement of Article III:2, first sentence”. *US-Superfund*, L/6175, para. 5.2.8.

⁷⁷ “For these reasons, we conclude that the scope of “like” in Article III:4 is broader than the scope of “like” in Article III:2, first sentence. Nonetheless, we note, once more, that Article III:2 extends not only to “like products”, but also to products which are “directly competitive or substitutable”, and that Article III:4 extends only to “like products”. In view of this different language, and although we need not rule, and do not rule, on the precise product scope of Article III:4, we do conclude that the product scope of Article III:4, although broader than the first sentence of Article III:2, is certainly not broader than the combined product scope of the two sentences of Article III:2 of the GATT 1994”. *EC-Asbestos*, WT/DS135/AB/R, para. 99.

cigarros tornava-se mais onerosa ao produto importado em função de sua participação no mercado⁷⁸.

Logo se percebe que, na elaboração jurisprudencial dos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida, são traduzidos conceitos gerais de não discriminação, como a noção de que produtos similares não devem receber tratamento diferencial. Ou, caso haja razão para distinção na imposição de impostos ou de regulamentos, esta não deve operar de forma a conceder proteção ao produto doméstico. Ainda, mesmo um efeito desfavorável pode não importar em violação, caso se explique por motivos outros que não a origem do produto.

Os princípios básicos são também chamados “os pilares” do sistema multilateral do comércio. No caso *EC-Tariff Preferences*, o Órgão de Apelação reiterou que a cláusula da nação mais favorecida e o tratamento nacional funcionam como alicerce do sistema de comércio e servem como base para as concessões nas negociações entre os membros⁷⁹.

Ao condenar a proibição à entrada de produtos e outras restrições não tarifárias, bem como vedar o tratamento discriminatório, estes enunciados servem como filtro ao uso de medidas comerciais pelos países membros. Ademais, os princípios norteiam todas as demais disciplinas dos acordos da OMC.

Os princípios do sistema multilateral de comércio não vigoram de forma absoluta, mas convivem com diversas exceções, incorporadas à normativa da OMC para proteger interesses legítimos que não os puramente vinculados à liberalização comercial. Ao conciliar a proteção de importantes valores esposados pelos membros, as exceções fornecem flexibilidade e reforçam sua legitimação. Também funcionam para disciplinar os desvios, uma vez que as provisões que estabelecem exceções normalmente fornecem também os parâmetros para sua utilização. Com isso, funcionam como constrição a que os membros deixem de aplicar indevidamente as regras negociadas⁸⁰.

Algumas exceções conhecidas encontram-se na admissão de concessões tarifárias exclusivas entre membros de acordos preferenciais de comércio, como as uniões aduaneiras e

⁷⁸ *Dominican Republic-Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 96.

⁷⁹ “It is well settled that the MFN principle embodied in Article I:1 is a ‘cornerstone of the GATT’ and ‘one of the pillars of the WTO trading system’, which has consistently served as a key basis and impetus for concessions in trade negotiations”. Em nota relacionada, o Órgão de Apelação refere-se a outras decisões em que os princípios foram reunidos neste : “Like the national treatment obligation, the obligation to provide most-favoured-nation treatment has long been one of the cornerstones of the world trading system. For more than fifty years, the obligation to provide most-favoured-nation treatment in Article I of the GATT 1994 has been both central and essential to assuring the success of a global rules-based system for trade in goods”. *EC-Tariff Preferences*, WT/DS246/AB/R, para. 101.

⁸⁰ THORSTENSEN (1999), p. 34.

zonas de livre comércio (artigo XXIV); e na autorização de impor salvaguardas, que restringem a quantidade ou valor de bens importados, em função de problemas com o balanço de pagamentos (artigo XII) ou pela ameaça de grave prejuízo aos produtores domésticos em decorrência de aumento repentino das importações (artigo XIX).

Outra relevante exceção consiste no tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento⁸¹. Com o propósito de permitir o crescimento econômico destes países, este regime diferenciado permite a concessão de benefícios de forma não recíproca. Conhecida como Cláusula de Habilitação (*Enabling Clause*)⁸², esta provisão admite tratamento especial nos casos: (i) do sistema geral de preferências da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD); (ii) de medidas não-tarifárias contidas nos acordos multilaterais; (iii) dos acordos regionais entre países em desenvolvimento; (iv) do tratamento especial e diferenciado para países de menor desenvolvimento relativo⁸³.

No caso *EC-Tariff Preferences*, o Órgão de Apelação endossou o entendimento do painel de que a Cláusula de Habilitação funciona como exceção ao princípio da nação mais favorecida. O tratamento especial e diferenciado, caso não fosse amparado neste dispositivo, implicaria violação do artigo I.1, uma vez que não é estendido a todos os membros da OMC, de forma “imediate e incondicional”⁸⁴.

Entre as exceções incorporadas às regras da OMC, as provisões contidas no artigo XX adquirem posição destacada. As alíneas deste dispositivo descrevem as hipóteses em que as regras do comércio podem ser afastadas em favor de medidas que sirvam a interesses legítimos dos países membros⁸⁵. O preâmbulo estipula critérios para o uso destas exceções:

⁸¹ A Cláusula de Habilitação – como ficou conhecida a Decisão sobre Tratamento Diferenciado e Mais Favorável, Reciprocidade e Participação Plena dos Países em Desenvolvimento – foi incorporada ao GATT durante a Rodada Tóquio, finalizada em 1978. Anteriormente, vigorava sob os auspícios da UNCTAD o sistema geral de preferências, considerado sob a forma de *waiver* às obrigações gerais do GATT. Com a formalização do tratamento especial e diferenciado, este regime foi legitimado na normativa do comércio.

⁸² O parágrafo 1 da Cláusula de Habilitação dispõe: “Notwithstanding the provisions of Article I of the General Agreement, contracting parties may accord differential and more favourable treatment to developing countries, without according such treatment to other contracting parties”.

⁸³ Gibbs organiza a operação do tratamento especial e diferenciado em três pilares: “a) Enhanced access to markets (a) through preferential access under the GSP, (b) the right to benefit from multilateral trade agreements, particularly on tariffs in accordance with the MFN principle, without being obliged to offer reciprocal concessions; (c) the freedom to create preferential regional and global trading arrangements without conforming to the GATT requirements on free trade areas and custom unions (Article XXIV)”. GIBBS, Murray. *Special and differential treatment in the context of globalization*. (1998). Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/sem01_e/gibbs_e.doc>. Acesso em: 28 ago. 2010.

⁸⁴ O Órgão de Apelação aqui reforça a prevalência da Cláusula de Habilitação sobre o princípio da nação mais favorecida: “we recognize that Members are entitled to adopt measures providing “differential and more favourable treatment” under the Enabling Clause. Therefore, challenges to such measures, brought under Article I:1, cannot succeed where such measures are in accordance with the terms of the Enabling Clause”. *EC-Tariff Preferences*, WT/DS246/AB/R, para. 90.

⁸⁵ O artigo XX arrola as seguintes medidas:

“Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures.”

Conforme sustenta Amaral Júnior, as exceções ao livre comércio admitidas no artigo XX têm o condão de alavancar a proteção dos direitos humanos e garantir que políticas legítimas sejam criadas ou mantidas⁸⁶. Goh & Morgan entendem que estas exceções cristalizam o equilíbrio entre direitos e obrigações legais, de um lado, e interesses políticos, de outro⁸⁷. McRae atribui ao dispositivo o peso de garantir que as disciplinas da OMC não restrinjam excessivamente a autonomia regulatória dos países⁸⁸.

As medidas ambientais dos países membros podem ser amparadas no artigo XX. Para justificar a imposição de restrições comerciais em conexão a políticas ambientais, são

-
- (a) necessary to protect public morals;
 - (b) necessary to protect human, animal or plant life or health;
 - (c) relating to the importations or exportations of gold or silver;
 - (d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;
 - (e) relating to the products of prison labour;
 - (f) imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value;
 - (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;
 - (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the Contracting Parties and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved;
 - (i) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;
 - (j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist. The Contracting Parties shall review the need for this sub-paragraph not later than 30 June 1960.

⁸⁶ AMARAL JÚNIOR (org.) et al. *O artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos*. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

⁸⁷ GOH, Gavin e MORGAN, David. Political considerations and pragmatic outcomes in WTO dispute rulings. *University of New South Wales Law Journal*, v. 30 (2), p. 477-503, 2007, p. 484.

⁸⁸ MCRAE, Donald M. Trade and the Enviroment: the development of WTO law. *Otago Law Review*, v. 9, n. 2, p. 221-238, 1998, p. 229.

invocadas as alíneas “b” – relativa à proteção da saúde de pessoas, animais e plantas – e “g” – voltada à conservação dos recursos naturais exauríveis⁸⁹.

Incorporado ao GATT desde seus primórdios, o artigo XX não sofreu alterações na transição para a OMC. Contudo, conforme visto no capítulo anterior, o contexto de criação da nova instituição fora marcado pelo florescimento do meio ambiente na agenda política e da governança internacional.

Na esteira da expansão do mandato da OMC, com a incorporação dos novos temas, a presença de referências ao meio ambiente foi ampliada nos acordos comerciais. Exceções e mecanismos voltados à consecução de interesses legítimos foram incorporados ao Acordo sobre Barreiras Técnicas (TBT), Acordo sobre Comércio de Serviços (GATS) e Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS).

O GATS prevê exceções cujo preâmbulo espelha-se no artigo XX. Entre as medidas para as quais se admite afastamento das regras do acordo, encontram-se as necessárias à proteção da moral e ordem pública, bem como à proteção da saúde de pessoas, animais ou plantas⁹⁰. O TRIPS contém restrição semelhante, ao admitir que os membros rejeitem a concessão de patentes a invenções que causem potencial dano à moral ou à saúde, ou que possam resultar em sério prejuízo ao meio ambiente⁹¹.

As exceções do TBT também se assemelham à linguagem do *caput* do artigo XX. Desde que não sejam mais restritivas ao comércio do que o necessário, as disciplinas do acordo não devem impedir a adoção de regulamentos com o propósito de alcançar objetivos legítimos, entre os quais a segurança nacional, a proteção da saúde e do meio ambiente. Cabe mencionar que os regulamentos cobertos pelo Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS) são relacionados diretamente com a proteção da saúde de pessoas, animais ou plantas.

⁸⁹ A expressão “meio ambiente” não é mencionada em qualquer das alíneas do Artigo XX. Diversos autores propõem que o dispositivo seja reformado a fim de conter referência expressa ao meio ambiente. Nesse sentido, ver: AMARAL JÚNIOR (2008), op. cit.; SCHOENBAUM, Thomas J. International trade and protection of the environment: the continuing search for reconciliation. *American Journal of International Law*, v. 91, n. 2, p. 268-313, 1997. (1997); SKEEN, Richard. Will the WTO Turn Green? The implication of injecting environmental issues into the multilateral trading system. *The Georgetown International Environmental Law Review*, v. 17, p. 161-199, 2004 - 2005; WOLD, Chris. Taking Stock: Trades environmental scorecard after twenty years of “Trade and Environment”. *Wake Forest Law Review*, v. 45, p. 319-354, 2010.

⁹⁰ GATS, artigo XIV.

⁹¹ TRIPS, artigo 27. O dispositivo ressalva que tais exclusões aos direitos de patentes não devem ser realizadas meramente porque a exploração é proibida por leis domésticas.

2.2. A inserção institucional do meio ambiente

O espaço para o tratamento do meio ambiente no sistema multilateral de comércio foi bastante tímido na era GATT. Na esfera da solução de disputas, as decisões dos painéis foram criticadas como comercialmente enviesadas. Como se verá melhor adiante, a leitura restritiva das exceções impediu que os espaços abertos para a proteção do meio ambiente fossem concretizados⁹².

Também na estrutura institucional foi pequena a abertura concedida à interação entre o regime comercial e o meio ambiente. O GATT passou a receber pressões mais relevantes para incorporar questões ambientais em sua agenda na década de 1970, na esteira do movimento ambiental que culminou na Conferência de Estocolmo. Em 1971, foi criado o Grupo sobre Medidas Ambientais e Comércio Internacional, com atribuições limitadas ao estudo da interação entre políticas comerciais e algumas normas ambientais então vigentes⁹³. A primeira reunião do grupo não ocorreu antes de 20 anos, por resistência de vários países em desenvolvimento, que temiam o que denominavam de “eco-protecionismo”. Após esse período, o grupo realizou algumas reuniões aleatórias, até ser substituído com o advento da OMC⁹⁴.

Diante de um novo contexto, a partir da Rodada Uruguai, o tema do meio ambiente passou a desfrutar de espaço ampliado. Com a inserção do desenvolvimento sustentável no próprio preâmbulo do acordo constitutivo da OMC, assim como as referências à proteção de interesses legítimos em vários acordos, foi natural a criação de uma nova estrutura

⁹² To a large degree, these provisions [of Article XX] provide a softened measure of “national treatment” and MFN obligations. According to the GATT panel decisions, Article XX is not a positive rule establishing obligations in itself but a list of general exceptions to obligations otherwise assumed by GATT contracting parties. AHN, Dukgeun. Environmental disputes in the GATT/WTO: Before and after *US-Shrimp* case. *Michigan Journal of International Law*, v. 20:819, p.819-870, 1999, p. 827.

⁹³ A agenda do Grupo sobre Medidas Ambientais e Comércio Internacional centrava-se sobre três pontos principais: (i) a compatibilidade da Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES), da Convenção da Basileia sobre o Controle do Movimento Transfronteiriço de Resíduos Perigosos e do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio; (ii) a transparência das regulamentações ambientais internas dos Estados com potencial impacto para o comércio internacional e; (iii) os efeitos das novas regulamentações domésticas sobre embalagens e etiquetagem. SOARES, Guido F. S. As regras do comércio internacional e seu confronto com as normas internacionais de proteção ambiental. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *A OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, p. 205-248, 2002, p. 224.

⁹⁴ SKEEN (2004), op. cit., p. 168. Apesar de pouco ativo, Charnovitz sustenta que o grupo contribuiu para aprimorar a compreensão acerca da interação entre políticas comerciais e ambientais. CHARNOVITZ, Steve. A new WTO paradigm for trade and the environment. *Singapore Year Book of International Law and Contributions*, v. 11, p. 15-40, 2007, p. 15.

institucional para promover a inter-relação entre os regimes, também em resposta às demandas de grupos ambientais sobre a nova instituição⁹⁵.

Entre as decisões alcançadas na Conferência de Marrakech, criou-se o Comitê sobre Comércio e Meio Ambiente (CTE, do acrônimo em inglês)⁹⁶, com as atribuições principais de identificar a relação entre medidas comerciais e ambientais, bem como realizar recomendações sobre modificações apropriadas nos acordos da OMC, a fim de aprimorar a interação entre as normas dos dois regimes. O documento ressalta a importância de que o sistema multilateral do comércio não se oponha aos objetivos fixados nos mais importantes diplomas ambientais, porém com a preocupação de monitorar o uso de medidas comerciais com propósitos protecionistas.

Entre os temas abordados pelo CTE, além da mencionada relação entre as provisões e políticas relevantes aos dois sistemas, encontram-se: (i) impostos, taxas, padrões e regulamentos ambientais; (ii) regras relacionadas à transparência na imposição de medidas ambientais; (iii) meios de solução de controvérsias da OMC e dos acordos ambientais multilaterais (AAMs); (iv) efeitos de medidas ambientais sobre o acesso a mercados pelos países em desenvolvimento; (v) exportação de bens proibidos no âmbito doméstico; (vi) os programas de trabalho dos comitês encarregado do GATS e as regras do TRIPS que dizem respeito ao meio ambiente; (vii) relação com organizações intergovernamentais e não governamentais⁹⁷.

Com o início da Rodada Doha de negociações comerciais, pela primeira vez o meio ambiente foi incluído no mandato negociador para os membros⁹⁸. Apesar de representar um componente menor das negociações, esta iniciativa simboliza a intenção das partes em aprimorar a interação entre os regimes⁹⁹. A Declaração de Doha destaca três eixos principais para discussão: a relação entre regras da OMC e obrigações específicas estipuladas em AAMs; a troca de informações com secretariados de AAMs e a concessão de status de

⁹⁵ Como afirma Amaral Jr., a criação do CTE pretendeu responder às pressões sobre o regime de comércio, que era cobrado para controlar a imposição de medidas comerciais de impacto ambiental. AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A integração entre o comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. Tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 152.

⁹⁶ Entre os documentos incluídos nos Resultados da Rodada Uruguai, encontra-se a Decisão sobre Comércio e Meio Ambiente, que estabelece o CTE e define suas atribuições. *WTO. Decision on Trade and Environment*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/56-dtenv.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2009.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Os trabalhos do CTE dividem-se entre os tópicos propostos no mandato original e outras questões, abordados nas reuniões regulares, enquanto as frentes estipuladas na Declaração de Doha são tratadas em sessões especiais. World Trade Organization. *Trade and environment at the WTO*. Background paper, 2004. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_wto2004_e.pdf>. Acesso em: 22 set. 2010, p. 9.

⁹⁹ CHARNOVITZ (2007), op. cit., p. 29-30.

observador a estas entidades no CTE e; a redução ou eliminação de tarifas e outras barreiras sobre bens e serviços ambientais¹⁰⁰. O primeiro destes eixos será abordado mais adiante.

A troca de informações entre o CTE e organizações ambientais constitui uma resposta às demandas por maior transparência em relação ao trabalho conduzido sob os auspícios da OMC, especialmente no que toca a temas de grande interesse público. Diversas organizações intergovernamentais receberam status de observadoras no CTE¹⁰¹, entre elas, a UNEP e quatro AAMs – a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), a Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES), a Comissão Internacional para a Conservação do Atum no Atlântico (ICCAT) e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC). A concessão deste status a várias outras organizações encontra-se em processo de análise¹⁰².

As negociações sobre bens ambientais são vistas como um importante ponto do mandato ambiental da OMC. A redução ou eliminação de tarifas nesta frente pode facilitar a disseminação de bens e tecnologias ambientalmente benéficos entre os países. Como também compreende objetivos de liberalização comercial, esta pauta tem sido marcada por acirradas disputas de interesses entre os membros, que buscam privilegiar produtos estratégicos¹⁰³. A controvérsia tem-se concentrado na definição de produto ambiental. Atualmente, nove listas circulam com propostas de inclusão de bens, porém ainda sem perspectivas de consenso¹⁰⁴.

A despeito de sua relevância como documento que define e consagra uma agenda para o meio ambiente na OMC, além de fornecer o arcabouço para o avanço dos temas, o potencial

¹⁰⁰ Declaração Ministerial de Doha, parágrafo 31. No parágrafo 32, o documento recomenda que o CTE dê atenção especial a alguns tópicos: efeitos das medidas ambientais para o acesso a mercados; provisões relevantes do TRIPS, exigências de rotulagem para fins ambientais, além de reiterar alguns pontos do mandato fixado originalmente. De acordo com o parágrafo 33, os membros devem discutir também sobre capacitação e assistência técnica, além de encorajar a realização de revisões de suas políticas ambientais.

¹⁰¹ Sob o status de observador, a participação das organizações é limitada. Elas podem se manifestar nas reuniões apenas se convidadas, e apenas podem circular estudos ou relatórios por meio de convite adicional. Ademais, são expressamente proibidas de tomar parte no processo decisório. SKEEN (2004), op. cit., p. 175.

¹⁰² WTO (2004), op. cit., p. 48. Segundo Skeen, este processo é freado pela burocracia e pela oposição de alguns membros. SKEEN (2004), op. cit., p. 174.

¹⁰³ Um estudo preparado pelo Secretariado da OMC exemplifica as divergências envolvidas na classificação de bens ambientais: "How products with multiple end-uses would be classified; whether PPMs and end-use criteria would be needed to define environmental goods; how the harmonized system would capture those goods; and how the relativity of the concept of "environmental friendliness" would be tackled (since some goods considered as environmentally friendly in some countries could be seen as unfriendly in others; also the question of incorporating, in a list of environmental goods, products that would be environmentally preferable, but nonetheless environmentally harmful). WTO (2004), op. cit., p. 34.

¹⁰⁴ Uma vez que as nomenclaturas aduaneiras harmonizadas não especificam uso final do produto ou suas características ambientais, optou-se por uma definição *ad hoc* por meio de listas, nas quais os países procuram incluir os seus produtos. Um dos conceitos que se discute dentro da definição de bens ambientais é o dos produtos cujo uso final não consiste em redução direta de poluição, mas que são mais econômicos em energia ou menos poluentes. Denominados "ambientalmente preferíveis", esta categoria de bens inclui o etanol, produto de interesse para o Brasil e outros países em desenvolvimento. CHARNOVITZ (2007), op. cit., p. 31.

do mandato negociador de Doha tem sido apontado como insuficiente para solucionar as tensões entre os dois campos da regulação internacional. O restrito espaço para os debates sobre as questões ambientais nas últimas conferências ministeriais é citado para demonstrar que o tema não encontra prioridade na agenda comercial¹⁰⁵.

Semelhantemente, embora se reconheça a contribuição dos trabalhos do CTE, por exemplo, na aproximação com o secretariado dos AAMs¹⁰⁶, diversas críticas são dirigidas em relação ao cumprimento de seu mandato. Strauss destaca as divergências entre os países acerca do tratamento de temas ambientais no âmbito da OMC. Segundo o autor, os países em desenvolvimento têm demonstrado resistência em negociar o avanço desta frente, sob o argumento de que representa mais uma forma de “protecionismo verde” por parte dos países desenvolvidos¹⁰⁷. Como reflexo deste bloqueio, Thomas aponta que, 10 anos após a sua criação, o CTE não havia formulado qualquer recomendação ao Conselho Geral ou Conferência Ministerial¹⁰⁸.

2.3. O tratamento do meio ambiente na jurisprudência da OMC

2.3.1. O papel do OSC na construção da jurisprudência ambiental

Diante dos impasses no tratamento do meio ambiente no âmbito institucional da OMC, o peso assumido pelo OSC adquire papel de destaque para o embate entre comércio e meio ambiente. As decisões emitidas pelos painéis e pelo Órgão de Apelação tornam-se, assim, a principal forma pela qual a OMC responde a questões que tangenciam os regimes de comércio e meio ambiente¹⁰⁹.

¹⁰⁵ A posição de Thomas reflete o ceticismo acerca das perspectivas de avanço no mandato ambiental de Doha: “I do not believe that the positive sign set in the Doha Declaration by initiating negotiations on trade and environment represents sufficient effort in bringing about a substantially improved reconciliation between trade and environment concerns any time soon. One may point at the nearly complete absence of the environment as a serious negotiation issue during the Cancun ministerial conference to back up this view. THOMAS, Urs P. Trade and the Environment: Stuck in a political impasse at the WTO after the Doha and Cancun Ministerial Conferences. *Global Environmental Politics*, v. 4, n. 3, p. 9-21, 2004, p. 15.

¹⁰⁶ Amaral Jr. sublinha que o CTE contribuiu para incrementar a transparência no processo decisório da OMC, além de facilitar a coordenação das políticas sobre comércio e meio ambiente. AMARAL JÚNIOR. (2009), op. cit., p. 158.

¹⁰⁷ “Working through a specialized WTO committee established to deal with trade and environmental issues, the CTE, these [developing] countries have worked diligently and successfully to keep the WTO’s agenda free of significant environmental initiatives”. STRAUSS, Andrew L. The case for utilizing the world trade organization as a forum for global environmental regulation. *Widener Law Symposium Journal*, v. 3, 1998, p. 318.

¹⁰⁸ THOMAS (2004), op. cit., p.10.

¹⁰⁹ MCRAE (1998), op. cit., p. 221.

Este papel adquire dimensão ainda mais ampla quando comparado às outras vias disponíveis para a solução de controvérsias no direito internacional. De fato, nenhum outro mecanismo de solução de controvérsias foi mais acionado do que o OSC para apreciar disputas relacionadas ao meio ambiente¹¹⁰. Em vista disso, as decisões que apreciaram a compatibilidade de medidas inseridas em políticas ambientais com as regras do GATT respondem, em grande medida, pela percepção da OMC como instituição em que as preocupações ambientais podem ou não ser atendidas.

Amaral Júnior ressalta a importância do trabalho de interpretação para atingir o equilíbrio entre a autonomia regulatória dos Estados e o conjunto de direitos e obrigações disciplinados pelo regime de comércio: “O intérprete defronta-se, na realidade, com um grande desafio: a interpretação restritiva do Artigo XX impede o exercício da soberania em setores importantes, mas uma hermenêutica demasiado ampla compromete o equilíbrio entre direitos e obrigações que o GATT instituiu”¹¹¹. Em importantes decisões, o Órgão de Apelação ressaltou quão importante e delicada é a tarefa de buscar este equilíbrio¹¹².

As regras que contemplam exceções ambientais nos acordos do GATT e da OMC são determinadas de forma genérica, característica comum nos textos de tratados internacionais, concebidos pela via diplomática. Assim, parte considerável do trabalho de definição do conteúdo material de tais normas recai sobre a atividade de interpretação do OSC¹¹³. Daí que

¹¹⁰ PETTERSMANN, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: international law, international organizations and dispute settlement*. Londres: Kluwer Law International, 1997, p. 94.

¹¹¹ AMARAL JÚNIOR (2009), op. cit., p. 212. Sobre a importância da interpretação para alcançar o equilíbrio entre considerações comerciais e ambientais, ver também BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie et al. *Enviroment and trade: a guide to WTO jurisprudence*. Londres: Earthscan, 2006, p. 76.

¹¹² No caso *US-Gasoline*, o Órgão de Apelação manifestou-se acerca do necessário equilíbrio entre as exceções e o GATT: "At the same time, Article XX(g) and its phrase, "relating to the conservation of exhaustible natural resources," need to be read in context and in such a manner as to give effect to the purposes and objects of the *General Agreement*. The context of Article XX(g) includes the provisions of the rest of the *General Agreement*, including in particular Articles I, III and XI; conversely, the context of Articles I and III and XI includes Article XX. Accordingly, the phrase "relating to the conservation of exhaustible natural resources" may not be read so expansively as seriously to subvert the purpose and object of Article III:4. Nor may Article III:4 be given so broad a reach as effectively to emasculate Article XX(g) and the policies and interests it embodies. The relationship between the affirmative commitments set out in, e.g., Articles I, III and XI, and the policies and interests embodied in the "General Exceptions" listed in Article XX, can be given meaning within the framework of the *General Agreement* and its object and purpose by a treaty interpreter only on a case-to-case basis, by careful scrutiny of the factual and legal context in a given dispute, without disregarding the words actually used by the WTO Members themselves to express their intent and purpose". *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 16-17.

¹¹³ Goh e Morgan ressaltam: “[...] it is true that the process of negotiation treaties is different from the process of negotiating domestic laws. The negotiations take place among sovereign states, all with the option of not ratifying the outcome and making themselves subject to the agreement if they fundamentally disagree with it. Thus, more so than for other laws, treaties – including the WTO agreements – are the product of negotiation and compromise. Often, as a consequence, the wording is unclear: to conclude negotiations, negotiators frequently employ ‘constructive ambiguity’ which papers over those areas where agreement was not possible. GOH, Gavin

a autonomia regulatória dos Estados Partes para criar políticas ambientais pode ser restringida diretamente pelas decisões do painel e do Órgão de Apelação¹¹⁴.

Ao OSC é atribuída ainda a habilidade para sopesar os impactos políticos e implicações práticas do contexto em que as disputas se inserem, permitindo um balanceamento dos interesses que possam se contrapor àqueles estritamente comerciais. Nesse sentido, Goh e Morgan apontam:

*“First, the judicial function of Panels and the Appellate Body can be described as a balancing one. In any dispute, panels are required to balance the evidentiary and legal issues, as well as broader considerations such as the pragmatic objectives of the dispute settlement system, the balance of rights and obligations, the security and predictability of the WTO, and the functioning and survivability of the system. The image is one of dynamic tension with the WTO as both a political and legal creature. Second, any analysis of Panel and Appellate Body reports cannot be made in ‘clinical isolation’ from the broader political matrix. Doing so runs the risk of ignoring the very real considerations that colour Panels, the Appellate Body and the Secretariat – as well as parties themselves – in their approach to WTO disputes.”*¹¹⁵

A necessidade de interação com os demais sistemas de regulação internacional foi reconhecida pelo Órgão de Apelação, que em sua primeira decisão afirmou que os acordos da OMC não devem ser lidos em isolamento clínico em relação aos demais sistemas de regulação internacionais:

“The “general rule of interpretation” set out above has been relied upon by all of the participants and third participants, although not always in relation to the same issue. That general rule of interpretation has attained the status of a rule of customary or general international law.³⁴ As such, it forms part of the “customary rules of interpretation of public international law” which the Appellate Body has been directed, by Article 3(2) of the DSU, to apply in seeking to clarify the provisions of the General Agreement and the other “covered agreements” of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (the “WTO Agreement”). That direction reflects a

e MORGAN, David. Political considerations and pragmatic outcomes in WTO dispute rulings. *University of New South Wales Law Journal*, v. 30, n.2, p. 477-503, 2007.

¹¹⁴ McRae aponta o potencial de restrição que a interpretação das regras da OMC possui sobre o *policy space* dos Estados para a implementação de políticas ambientais: “The extent to which WTO disciplines will impose an unreasonable limitation on the ability of states to regulate their environment will depend on the way in which GATT rules are interpreted”. MACRAE (1998), op. cit., p. 225.

¹¹⁵ GOH; MORGAN (2007), op. cit, p. 502.

measure of recognition that the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law”¹¹⁶.

As modificações sofridas pelo mecanismo de solução de controvérsias com a constituição da OMC implicaram repercussões importantes para a adjudicação de disputas ambientais¹¹⁷. Diversos autores encontram uma correspondência entre o incremento na judicialidade do mecanismo como um todo e a evolução na jurisprudência do OSC sobre meio ambiente¹¹⁸.

As decisões proferidas em disputas ambientais verificadas durante a era GATT foram pesadamente criticadas por ambientalistas. Os casos *US-Tuna-dolphin I* e *US-Tuna-dolphin II*, tornaram-se emblemáticos por ilustrarem a postura adotada pelos painéis do GATT em relação às medidas de escopo ambiental. Com base na orientação ali estabelecida, aponta-se que os painéis do período anterior à OMC demonstraram pouca sensibilidade às questões ambientais e condenaram as medidas inseridas em políticas nacionais de forma categórica, com foco puramente em seu impacto para o comércio. Assim, deixaram pouco espaço para a regulação ambiental por parte dos países¹¹⁹.

Com o advento da OMC, o mecanismo de solução de controvérsias passou a incorporar uma análise mais judicial. Wofford identifica como principal fator desse aprimoramento a criação do Órgão de Apelação, que marcou a “profissionalização” jurídica do OSC e a adoção de uma abordagem mais *rule-oriented*. Segundo a autora:

“The 1994 Agreement moved GATT jurisprudence away from a political, diplomacy-oriented system of dispute settlement as negotiation and towards a more rule-oriented process that resembles a judicial system.[...] In contrast to pre-1994 GATT panels, the Appellate Body more closely resembles a judicial body in its more refined, rule-oriented methodology and procedures, and in the quality

¹¹⁶ *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, p. 17.

¹¹⁷ Entende-se por “disputas ambientais” ou “casos ambientais”, nos termos deste estudo, as controvérsias trazidas perante o GATT e a OMC que envolveram a apreciação de políticas nacionais voltadas à saúde ou ao meio ambiente. Muito embora o termo meio ambiente não tenha sido invocado em muitas delas, o enquadramento é feito por meio da referência à proteção da saúde de pessoas, animais ou plantas, bem como à conservação de recursos naturais.

¹¹⁸ CHARNOVITZ, Steve. The WTO’s environmental progress. *Journal of International Economic Law*, v. 10, n.3, p. 687-706, 2007, p. 686.

¹¹⁹ Em referência aos casos *US-Tuna-Dolphin I* e *II*, Chang ressalva: “Both those GATT panels, like the WTO panel in the shrimp-turtle case, ruled against the United States on grounds so general and sweeping that they left little scope for trade measures to protect the global environment. The GATT Council, however, adopted neither of the “tuna-dolphin” panel reports, which therefore never became legally binding”. CHANG, Howard. Toward a greener GATT: environmental trade measures and the Shrimp-Turtle case. *Southern California Law Review*, v. 74, n.31, p. 31-47, 2000-2001, p. 32.

*of its “judges”. In short, the Appellate Body consists of full-time, semi-permanent members who have adopted a more judicial approach to analyzing environmental exceptions to GATT.”*¹²⁰

A jurisprudência da OMC passou a identificar, no corpo do direito internacional, princípios gerais que embasariam também a aplicação dos acordos comerciais. Entre estes, receberam menção destacada a segurança jurídica, boa-fé, transparência, não-discriminação e, de forma mais ampla, *o rule of law*. As novas abordagens na forma de aplicar o direito da OMC contrastam com aquelas verificadas na GATT, em que os princípios eram definidos primordialmente por economistas e políticos sem expertise no direito internacional¹²¹. Esta constatação reverbera a opinião da doutrina especializada, que enxerga na transição para a OMC uma nova era para o mecanismo de solução de controvérsias¹²².

Na esteira da judicialização, ganhou força no exercício interpretativo a projeção do contexto normativo, traduzida pelo esforço de inserir a regra analisada no corpo do direito internacional¹²³. A invocação do artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹²⁴ como base para a referência a acordos multilaterais e outros diplomas do direito internacional do meio ambiente reflete emblematicamente esta linha, adotada pelo Órgão de Apelação no caso *US-Shrimp*¹²⁵.

O desenvolvimento sustentável, como já mencionado, foi reconhecido como importante pressuposto para a contextualização dos acordos, em especial no que toca à apreciação das políticas ambientais dos membros, também em *US-Shrimp*. Na leitura de Perez, esta marcante referência cristalizou o afastamento do viés mercantilista que predominou na era GATT. Segundo o autor, ao oferecer uma interpretação ampla dos objetivos da OMC, o Órgão de

¹²⁰ Wofford aponta o contraste entre o OSC e a solução de disputas do GATT: “Several aspects of the 1994 changes underlie the substantive improvements in WTO jurisprudence. First, the new system embraces more formalized rules and procedures and adds an overlay of judicial culture onto the trade-dominated culture prevalent in GATT jurisprudence prior to the implementation of the 1994 rules. Prior to the 1994 procedural changes, diplomacy, rather than a court-like judicial system, characterized GATT dispute settlement. Negotiation and the “realistic” politics of power governed, rather than adjudication in a “legalist”, rule-oriented system”. WOFFORD, Carrie. A greener future at the WTO: the refinement of WTO jurisprudence on environmental exceptions to GATT. *Harvard Environmental Law Review*, v. 24, p. 563-592, 2000.

¹²¹ PETERSMANN, Ulrich. Addressing institutional challenges to the WTO in the new millennium: a longer term perspective. *Journal of International Economic Law*, v.8, n.3, p.647–665, 2005, p. 650.

¹²² MCRAE (1998), op. cit., p. 222.

¹²³ Como ressalta Amaral Jr., o papel da interpretação para a integração das normas no universo do ordenamento jurídico: “Produto de circunstâncias históricas, de aspirações e necessidades que recebem expressão normativa, a significação das cláusulas de um tratado só é inteiramente compreendida no horizonte mais amplo do sistema jurídico internacional. A interpretação é, por isso, o instrumento privilegiado para integrar o acordo ao ordenamento jurídico, que auxilia a esclarecer o sentido e alcance das cláusulas que o compõe”. AMARAL JÚNIOR (2009), op. cit.

¹²⁴ A seguir, denominada Convenção de Viena.

¹²⁵ Neste caso, o Órgão de Apelação fez referência a diversos tratados multilaterais de meio ambiente para fundamentar uma interpretação evolutiva do termo “recurso natural exaurível”.

Apelação reconstruiu a hierarquia, criando paridade entre as exceções do artigo XX e as obrigações do GATT¹²⁶.

As próximas seções descrevem os caminhos percorridos na interpretação das regras e exceções ambientais pelos painéis do GATT e pelo OSC, destacando a evolução na orientação ocorrida ao longo da construção jurisprudencial sobre o tema.

2.3.2. A jurisprudência sobre o Artigo XX

Nas controvérsias envolvendo o meio ambiente apreciadas pelo GATT e OSC, buscou-se fundamento primordialmente nas exceções previstas no Artigo XX¹²⁷. Nestes casos, invocou-se primordialmente a alíneas “b”, relativa à proteção da vida e da saúde, e a alínea “g”, voltada à conservação de recursos naturais.

A invocação do Artigo XX como justificativa para medidas de caráter ambiental encontrou sérias resistências pelos painéis do GATT. Alguns aspectos da sua forma de análise importaram em obstáculos preliminares à possibilidade de que as medidas encontrassem amparo no dispositivo. Estas abordagens foram seguidas pelos primeiros painéis da OMC, porém rejeitadas pelo Órgão de Apelação.

A primeira delas diz respeito à sequência de análise. Para que uma medida seja justificada sob o Artigo XX, ela deve se enquadrar a uma das exceções previstas nas alíneas, e também atender às exigências do *caput*. Se a medida for compatível com uma das hipóteses enumeradas, então será verificado se a sua aplicação não constitui discriminação arbitrária ou injustificada, ou restrição disfarçada ao comércio internacional.

Nos primeiros casos envolvendo o Artigo XX, ainda no GATT, os painéis iniciaram a análise pelo *caput*¹²⁸. Esta lógica foi seguida pelo painel no caso *US-Shrimp*, já na OMC, porém revertida pelo OSC. Posteriormente, no caso *EC-Asbestos*, a ordem de análise alínea-*caput* foi consolidada pelo Órgão de Apelação¹²⁹.

¹²⁶ PEREZ, Oren. Multiple regimes, issue linkage, and international cooperation: exploring the role of the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 26, p. 735-772, 2005, p. 755.

¹²⁷ AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org. e co-autor) et al. *O artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos*. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

¹²⁸ Como os primeiros casos envolvendo o artigo XX, no âmbito do Gatt: *US-Tuna from Canada* e *US-Spring Assemblies*. AMARAL JÚNIOR (2008), op. cit., p. 37.

¹²⁹ A consolidação desta prática no caso *EC-Asbestos* foi expressa pelo Órgão de Apelação: “In accordance with the approach noted by the panel in *United States – Gasoline* and the Appellate Body in *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, we will first examine whether the measure falls within the scope of paragraph (b) of Article XX, the provision expressly invoked by the European Communities. If we decide that it does, we will consider whether, in this application, the Decree satisfies the conditions of the introductory clause of Article XX”. *EC-Asbestos*, WT/DS135/R, para. 8.167

Ao reformar a decisão do painel no caso *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação fez referência aos desdobramentos da escolha por uma ou outra sequência de análise:

“The sequence of steps indicated above in the analysis of a claim of justification under Article XX reflects, not inadvertence or random choice, but rather the fundamental structure and logic of Article XX. The Panel appears to suggest, albeit indirectly, that following the indicated sequence of steps, or the inverse thereof, does not make any difference. To the Panel, reversing the sequence set out in United States - Gasoline “seems equally appropriate.” We do not agree.

The task of interpreting the chapeau so as to prevent the abuse or misuse of the specific exemptions provided for in Article XX is rendered very difficult, if indeed it remains possible at all, where the interpreter (like the Panel in this case) has not first identified and examined the specific exception threatened with abuse. The standards established in the chapeau are, moreover, necessarily broad in scope and reach: the prohibition of the application of a measure “in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail” or “a disguised restriction on international trade.”(emphasis added) When applied in a particular case, the actual contours and contents of these standards will vary as the kind of measure under examination varies.”¹³⁰

Assim, o Órgão de Apelação considerou que a inversão da ordem correta de análise – tomando o *caput* como ponto de partida – dificulta a justificativa de uma medida por meio do Artigo XX. Ao examinar uma medida primeiramente sob o prisma do parágrafo introdutório do dispositivo, o painel estaria desconsiderando o propósito do *caput*, que consiste em coibir o abuso das exceções, com ênfase na forma de aplicação da medida. Tal abordagem importaria na construção de uma prova não contida no texto da exceções: “*an a priori test that purports to define a category of measures which, ratione materiae, fall outside the justifying protection of Article XX’s chapeau*”¹³¹. Isso porque sem os contornos fornecidos pela análise própria da alínea, o teste contido no *caput* assume caráter mais abrangente e, assim, mais propenso a rejeitar o amparo das medidas sob o Artigo XX¹³².

¹³⁰ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 119/120.

¹³¹ *Idem*, para. 121.

¹³² MAVROIDIS, Petros C. Trade and environment after the *Shrimp-Turtles* litigation. *Journal of World Trade*, v. 34, n. 1, p. 73-88, 2000. O autor defende a ordem de análise assumida pelo Órgão de Apelação em *US-Shrimp*: “Consistency of the measure will first be established by reference to a particular sub-paragraph and consistency in the application of the measure will be established by reference to the chapeau. The wording of

Os painéis do GATT desenvolveram ainda outro teste que funcionou como obstáculo preliminar ao enquadramento de medidas às exceções ambientais. Este teste consistiu em estipular que medidas inconsistentes com o GATT não poderiam desfrutar da proteção do Artigo XX. Tal foi a orientação adotada também pelo painéis da OMC nos casos *US-Gasoline* e *US-Shrimp*.

No caso *US-Gasoline*, o painel considerou que a política dos EUA não se enquadrava ao Artigo XX por importar em violação das regras do GATT. O Órgão de Apelação confrontou esta conclusão, afirmando que a mesma medida de inconsistência empregada para apontar o descumprimento dos dispositivos gerais do GATT não pode servir à apreciação das exceções, pois assim o significado do Artigo XX seria esvaziado¹³³.

Em *US-Shrimp*, o painel entendeu que a proibição à importação imposta pelos EUA não poderia se enquadrar às exceções ambientais porque esse tipo de medida unilateral acarretaria o enfraquecimento do sistema multilateral de comércio. O Órgão de Apelação reverteu este entendimento, reafirmando que o caráter excepcional das provisões contidas no Artigo XX não permite uma interpretação que condicione a aplicação do dispositivo à consistência com o GATT:

“It appears to us, however, that conditioning access to a Member's domestic market on whether exporting Members comply with, or adopt, a policy or policies unilaterally prescribed by the importing Member may, to some degree, be a common aspect of measures falling within the scope of one or another of the exceptions (a) to (j) of Article XX. Paragraphs (a) to (j) comprise measures that are recognized as exceptions to substantive obligations established in the GATT 1994, because the domestic policies embodied in such measures have been recognized as important and legitimate in character. It is not necessary to assume that requiring from exporting countries compliance with, or adoption of, certain policies (although covered in principle by one or another of the exceptions) prescribed by the importing country, renders a measure a priori incapable of justification under Article XX. Such an interpretation renders most, if not

Article XX of the GATT lends support to this approach (“... such measures are not applied in a manner...”). For an adjudicating body though to review WTO consistency of the application of a measure, it will first have to satisfy itself that the measure as such is WTO consistent: this part of the judicial review will take place by reference to a particular sub-paragraph where *ratione materiae* the measure at hand should be classified. Indeed, an adjudicating body might be missing important information about the application of a measure unless it starts its review from the examination of the consistency of a measure as such under a particular sub-paragraph.

¹³³ Segundo o Órgão de Apelação: “The provisions of the chapeau cannot logically refer to the same standard(s) by which a violation of a substantive rule has been determined to have occurred. To proceed down that path would be both to empty the chapeau of its contents and to deprive the exceptions in paragraphs (a) to (j) of meaning. Such recourse would also confuse the question of whether inconsistency with a substantive rule existed, with the further and separate question arising under the chapeau of Article XX as to whether that inconsistency was nevertheless justified”. *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, p. 23.

all, of the specific exceptions of Article XX inutile, a result abhorrent to the principles of interpretation we are bound to apply.”¹³⁴

Wofford ressalta que a rejeição, pelo Órgão de Apelação, do parâmetro de inconsistência com o GATT significa um retorno ao texto do dispositivo. Segundo a autora, a referência às regras de interpretação ditadas pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, pelas quais o texto deve ser lido de acordo com o seu contexto, objeto e propósito, permitiu que as exceções ambientais ganhassem nova vida na jurisprudência da OMC¹³⁵.

Além da superação dos entraves iniciais colocados pelos painéis do GATT e pelos primeiros painéis da OMC ao reconhecimento de medidas ambientais, a análise do conteúdo das alíneas “b” e “g” e do *caput* do Artigo XX, bem como o preenchimento de seus requisitos, constitui o aspecto central na evolução da jurisprudência ambiental.

2.3.2.1. Artigo XX - alínea b

Como visto anteriormente, o inciso “b” do Artigo XX contempla a exceção às regras do GATT para medidas “necessárias à proteção da saúde de pessoas, animais ou plantas”. Para verificar o enquadramento a esta exceção, o painel no caso *US-Tuna-dolphin I*, estipulou duas etapas, adotadas posteriormente pelo painel no caso *US-Gasoline*.¹³⁶ Seria preciso demonstrar que:

- 1) a política na qual a medida questionada se insere destina-se à proteção da saúde ou da vida de pessoas, animais ou plantas;
- 2) a medida é necessária para alcançar os objetivos da política.

A primeira destas etapas não representou maiores dificuldades para o enquadramento das medidas em questão. Na maior parte dos casos em que se analisou a alínea (b), as partes concordaram que a política visava à proteção da vida ou da saúde. Como exemplo, no caso *Thailand-Cigarettes*, o painel corroborou o entendimento comum das partes de que o fumo constitui um sério risco à saúde humana. Desta forma, considerou que medidas desenvolvidas com vistas a reduzir o consumo de cigarros encontram-se dentro do escopo da alínea (b)¹³⁷.

¹³⁴ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para.121.

¹³⁵ Wofford (2000), op. cit., p. 574.

¹³⁶ *US-Gasoline*, WT/DS2/R, para. 6.20.

¹³⁷ *Thailand-Cigarettes*, DS10/R, para. 73.

As partes no caso *US-Gasoline* também concordaram que a política questionada destinava-se à proteção da saúde. A regulamentação em questão tinha por objetivo reduzir a poluição do ar por emissões resultantes do consumo de gasolina¹³⁸.

O caso *EC-Asbestos* constituiu uma exceção a esta tendência, na medida em que as partes discordaram sobre o cumprimento do primeiro requisito. Cada uma apresentou estudos divergentes acerca da adequação da política francesa destinada a combater o risco à saúde envolvido no uso de amianto. O painel solicitou então uma avaliação de risco, a partir da qual constatou que o contato com o composto acarretava potencial perigo à saúde. Diante disto, considerou que a política francesa destinava-se à proteção da vida e da saúde¹³⁹.

A segunda etapa da análise, denominada “teste de necessidade”, constitui o cerne do enquadramento à alínea “b”. Em sua evolução, a jurisprudência do OSC tem agregado novos elementos aos critérios desta análise, com importantes desdobramentos para o nível de exigência envolvido na justificativa de medidas por meio do dispositivo¹⁴⁰.

Na era GATT, a construção do teste de necessidade concentrou-se no efeito restritivo da medida sobre o comércio, bem como na possibilidade de adotar uma alternativa consistente com o GATT, ou menos inconsistente. No caso *Thailand-Cigarettes*, o painel empregou o método desenvolvido em *US-Section 337*, em que o conteúdo de “necessária” foi apreciado em relação à alínea (d) do Artigo XX. Com efeito, o painel de *Thailand-Cigarettes* transferiu a abordagem da alínea (d) para a (b)¹⁴¹. Segundo esta interpretação, para que a medida seja considerada necessária, há que se verificar se outra medida poderia ter sido adotada que fosse compatível ou menos incompatível com o GATT.¹⁴²

¹³⁸¹³⁸ *US-Gasoline*, WT/DS2/R, para. 6.21.

¹³⁹ No que toca à avaliação do risco, o painel destacou que não lhe cabia apontar qual a corrente científica apresenta a melhor evidência, mas tão somente decidir se há prova suficiente de que existe risco à vida ou à saúde humana. *EC-Asbestos*, WT/DS135/R, para. 8.182.

¹⁴⁰ Segundo Mavroidis: “Different approaches towards the meaning of necessity merit a close examination as the ultimate GATT-conformity of trade restrictions will frequently depend upon the scope and meaning of Article XX GATT, and in particular upon its necessity test. [...] Consequently, the exact meaning of the necessity test and the extent to which its elements might amount to proportionality criteria move into the centre stage of an analysis which determines the GATT/WTO-consistency of trade measures protecting non-economic values”. MAVROIDIS (2003), op. cit., p. 200.

¹⁴¹ O painel de *Thailand-Cigarettes* justificou a transposição do teste de necessidade realizado para a alínea (d) no caso US – Section 337, nos seguintes termos: “The Panel could see no reason why under Article XX the meaning of the term ‘necessary’ under paragraph (d) should not be the same as in paragraph (b). In both paragraphs the same term was used and the same objective intended: to allow contracting parties to impose trade restrictive measures inconsistent with the General Agreement to pursue overriding public policy goals to the extent that such inconsistencies were unavoidable. The fact that paragraph (d) applies to inconsistencies resulting from the enforcement of GATT-consistent laws and regulations while paragraph (b) applies to those resulting from health-related policies therefore did not justify a different interpretation of the term ‘necessary’”. *Thailand-Cigarettes*, DS10/R, para. 74.

¹⁴² *Thailand-Cigarettes*, DS10/R, para. 75.

Ao aplicar este critério no caso *Thailand-Cigarettes*, o painel chegou à conclusão de que a medida tailandesa não atendia à exigência de menor restritividade possível. Apesar de reconhecer o risco à saúde representado pelo uso de cigarros, a proibição da importação do produto não foi vista como a opção menos restritiva para alcançar o objetivo de reduzir o seu consumo. Como exemplos de alternativas menos incompatíveis com o GATT, e aceitáveis para a consecução da política desejada, o painel apontou o controle de preços e a restrição à propaganda. Também a inexistência de restrições à venda de cigarros produzidos localmente foi apontada como fator a enfraquecer a necessidade da restrição à importação.

Ainda no âmbito do GATT, o painel do caso *Tuna-I* estipulou que uma medida é necessária se não houver outras alternativas disponíveis para alcançar o objetivo definido. No caso, o painel entendeu que os EUA poderiam ter lançado mão de negociações com os países reclamantes a fim de encontrar soluções cooperativas por meio de acordos internacionais, ou ainda empregado medidas de propaganda e rotulagem. Pela falha em contemplar estas opções, o embargo não foi considerado uma medida necessária¹⁴³. No caso *Tuna-II*, o painel reiterou esta orientação, ao concluir que os embargos não eram indispensáveis para alcançar os objetivos pretendidos¹⁴⁴.

Desta forma, como aponta Amaral, na era GATT, o teste de necessidade pode ser identificado como teste de indispensabilidade¹⁴⁵. Esta abordagem, marcada pela ênfase na menor restritividade possível ao comércio – “*least-trade-restrictive*” – foi criticada por diversos autores.

Wofford identifica que a construção do teste de necessidade no GATT importa em afastamento do significado textual do dispositivo, pois não há qualquer indicação na linguagem da alínea “b” que direcione a este entendimento¹⁴⁶. Schoenbaum ressalva que o

¹⁴³ *US-Tuna I*, DS21/R, para. 5.28.

¹⁴⁴ *US-Tuna II*, DS29/R, para. 5.36.

¹⁴⁵ AMARAL JÚNIOR (2008), op. cit. p. 117.

¹⁴⁶ Segundo a autora, os painéis do GATT pareciam querer “proteger” o sistema multilateral de comércio das exceções que os Estados Membros procuraram resguardar ao adotar o texto do Artigo XX. WOFFORD (2000), op. cit. p. 575/577. Yavitz corrobora este entendimento, e atribui a construção do teste *least-trade-restrictive* ao desejo dos painéis de evitar o uso das exceções: “This interpretation has no other meaning than panels will establish ways of narrowing down the area of exceptions even without a good argument for doing so”. YAVITZ, Laura. The WTO and the environment: the Shrimp case that created a new world order. *Journal of Natural Resources and Environmental Law*, v. 16, p. 203-255, 2000, p. 21. Nesse sentido, também Ahn: “To a large degree, these provisions [of Article XX] provide a softened measure of “national treatment” and MFN obligations. According to the GATT panel decisions, Article XX is not a positive rule establishing obligations in itself but a list of general exceptions to obligations otherwise assumed by GATT contracting parties. Panels examine Article XX exceptions only after finding a violation under the substantive obligations of the GATT. Consequently, the provisions of Article XX must be narrowly construed, and, when a party invokes Article XX, the burden of proof lies with that party”. AHN, Dukgeun. Environmental disputes in the GATT/WTO: Before and after *US-Shrimp* case. *Michigan Journal of International Law*, v. 20, p.819-870, 1999, p. 827.

teste de menor inconsistência com o GATT contraria a interpretação gramatical, de maneira que o termo “necessária” deixa de estar relacionado com a proteção à saúde, e passa a se vincular à restrição ao comércio¹⁴⁷. O autor aponta ainda que esta interpretação resulta em distinção estranha entre as alíneas “b” e “g”, uma vez que a exigência para a proteção à vida torna-se mais onerosa do que aquela requerida para a proteção de recursos naturais. O critério que avalia a adequação do grau de restrição ao comércio também resultaria em invasão da etapa de análise cabível ao *caput* do Artigo XX¹⁴⁸.

Parte significativa das críticas direcionadas ao teste de necessidade criado pelos painéis do GATT condena esta abordagem como excessivamente intrusiva ao espaço político dos Estados Membros para regular o meio ambiente¹⁴⁹. Mavroidis argumenta que esta construção resultou em cerceamento da autonomia regulatória dos Estados para perseguir objetivos não comerciais:

*“Many considered the ‘least inconsistent measure principle’ to impinge too heavily upon Member’s regulatory autonomy to pursue legitimate non-economic values. [...] The fear that these tests could entail constraining effects for domestic policy choices originated in GATT panel’s reluctance to regard alternatives as not being reasonably available. [...] could a government reasonably be expected not only to use indispensable measures and to bear considerable administrative costs, but even to compromise the full achievement of its desired level of protection?”*¹⁵⁰

Sob a égide da OMC, a construção do teste de necessidade recebeu novos elementos, o que resultou em uma adaptação do *least-trade-restrictive*, ainda que a restritividade ao comércio tenha permanecido como importante elemento da análise¹⁵¹. No caso *Korea-Beef*¹⁵², o Órgão de Apelação introduziu um teste de proporcionalidade. Ao apreciar a alínea “d”, o

¹⁴⁷ SCHOENBAUM (1997), op. cit., p. 276/277.

¹⁴⁸ Idem, p. 277.

¹⁴⁹ “In many respects, the ‘necessary’ test is extremely intrusive. It permits WTO panels to second-guess domestic policy-makers and thus limits the action of governments in the pursuit of their environmental goals. MCRAE (2000), op. cit., p. 230.

¹⁵⁰ MAVROIDIS (2003), op. cit., p. 208.

¹⁵¹ O teste *least-trade-restrictive* foi reiterado no caso *US-Gasoline*. O painel entendeu que os EUA dispunham de outras medidas razoáveis e menos restritivas ao comércio, como a adoção de um parâmetro uniforme para produtores nacionais e estrangeiros. O painel rejeitou o argumento dos EUA, de que a alternativa não seria razoável por envolver altos custos administrativos. *US-Gasoline*, WT/DS2/R, para. 6.25 e 6.26. Alguns autores apontam que o *least-trade-restrictive* foi substituído por um teste mais brando, o *less-trade-restrictive*, por meio da incorporação de critérios de proporcionalidade. Nesse sentido, estudo da OMC aponta: “However, in subsequent cases, there has been some evolution in the interpretation of the necessity requirement of Article XX (b). It has evolved from a least-trade restrictive approach to a less-trade restrictive one, supplemented with a proportionality test (‘a process of weighing and balancing a series of factors’). WTO. Trade and environment – special studies, 2004, p. 52.

¹⁵² *Korea-Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R.

colegiado sustentou que o teste de necessidade envolve ponderação e balanceamento – *weighing and balancing* – de uma série de fatores. Desta forma, além de avaliar o grau de restritividade ao comércio de uma medida, seria preciso considerar a contribuição da medida para cumprir o objetivo da política em questão e a importância dos valores ou interesses que se busca proteger. Este novo teste foi transportado para a alínea “b” e referendado em outras disputas ambientais desde então¹⁵³.

No caso *EC-Asbestos*, o Órgão de Apelação aplicou o novo teste em sua análise da alínea (b). A decisão ressaltou que a contribuição da medida para a realização do objetivo almejado deveria ser levada em consideração, bem como a importância do valor a ser preservado. Ao justificar a consideração deste último critério, o Órgão de Apelação fez referência à construção realizada no caso *Korea-Beef*:

*“In addition, we observed, in that case, that ‘[t]he more vital or important [the] common interests or values’ pursued, the easier it would be to accept as ‘necessary’ measures designed to achieve those ends. In this case, the objective pursued by the measure is the preservation of human life and health through the elimination, or reduction, of the well-known, and life-threatening, health risks posed by asbestos fibres. The value pursued is both vital and important in the highest degree. The remaining question, then, is whether there is an alternative measure that would achieve the same end and that is less restrictive of trade than a prohibition.”*¹⁵⁴

Assim, a decisão de *EC-Asbestos* consagrou os dois novos critérios – contribuição da medida e importância dos valores protegidos – como elementos essenciais para definir se há uma alternativa razoável disponível que implique menor restrição ao comércio. O Órgão de Apelação considerou que as medidas alternativas sugeridas pelo Canadá (como o uso

¹⁵³ Alguns autores apontam que o *least-trade-restrictive* foi substituído por um teste mais brando, o *less-trade-restrictive*, por meio da incorporação de critérios de proporcionalidade. Nesse sentido, estudo da OMC aponta: “However, in subsequent cases, there has been some evolution in the interpretation of the necessity requirement of Article XX (b). It has evolved from a least-trade restrictive approach to a less-trade restrictive one, supplemented with a proportionality test (‘a process of weighing and balancing a series of factors’). WTO (2004), op. cit., p. 52. Sobre esta transição, Charnovitz esclarece: “The trend in Article XX(b) case law is for a more stringent interpretation of the term “necessary” than existed in the GATT era. In the *Korea-Beef* case, the Appellate Body suggested that for a measure to be “necessary”, it must pass a “weighing and balancing process” in which a panel has to consider three “factors”: (1) the importance of the value protected by the law or regulation, (2) the contribution made by the contested measure to the end pursued, and (3) the restrictive impact of the measure on imports. Yet also in the case, the Appellate Body stated that this weighing and balancing process is comprehended in the determination of whether there is a WTO-consistent (or less-WTO-inconsistent) measure available which the government could reasonably employ to achieve its own policy goal. In trade disputes since then, the Appellate Body continued to refer to the weighing and balancing test”. CHARNOVITZ (2007), op. cit., p 19.

¹⁵⁴ *EC-Asbestos*, WT/DS302/AB/R, para. 172.

controlado) não eram razoáveis, pois não permitiam o grau de proteção almejado. Desta forma, a proibição da importação de produtos com amianto, a despeito do alto grau de restritividade, foi considerada necessária¹⁵⁵.

No caso *Brazil-Tyres*, o Órgão de Apelação elaborou sobre o teste de necessidade, com ênfase à contribuição e à razoabilidade de uma medida alternativa. Em relação ao primeiro aspecto, uma medida necessária guardaria a proporcionalidade entre o nível de proteção imposto e a contribuição para alcançar o objetivo almejado¹⁵⁶. Ademais, a contribuição material seria verificada por meio de uma relação autêntica de meio e fim entre a medida e o objetivo perseguido, que deveria ser mais próxima à medida que a restrição ao comércio fosse mais intensa:

“when a measure produces restrictive effects on international trade as severe as those resulting from an import ban, it appears to us that it would be difficult for a panel to find that measure necessary unless it is satisfied that the measure is apt to make a material contribution to the achievement of its objective. Thus, we disagree with Brazil's suggestion that, because it aims to reduce risk exposure to the maximum extent possible, an import ban that brings a marginal or insignificant contribution can nevertheless be considered necessary.”
157

Em relação à identificação de uma medida alternativa razoável, o Órgão de Apelação retomou o entendimento emitido em *US-Gambling*, segundo o qual a razoabilidade de uma opção estaria vinculada aos custos impostos ao país e à capacidade deste em implementá-la¹⁵⁸.

Em suma, o teste de necessidade, desafio central para a análise de uma medida sob a alínea (b) do Artigo XX, foi expandido conforme a evolução da jurisprudência do OSC na interpretação da questão. Além do critério de indispensabilidade e menor grau de

¹⁵⁵ Idem, para. 174-175.

¹⁵⁶ “In order to justify an import ban under Article XX(b), a panel must be satisfied that it brings about a material contribution to the achievement of its objective. Such a demonstration can of course be made by resorting to evidence or data, pertaining to the past or the present, that establish that the import ban at issue makes a material contribution to the protection of public health or environmental objectives pursued. This is not, however, the only type of demonstration that could establish such a contribution. Thus, a panel might conclude that an import ban is necessary on the basis of a demonstration that the import ban at issue is apt to produce a material contribution to the achievement of its objective. This demonstration could consist of quantitative projections in the future, or qualitative reasoning based on a set of hypotheses that are tested and supported by sufficient evidence”. *Brazil-Tyres*, WT/DS332/AB/R, para. 151.

¹⁵⁷ Idem, para. 150.

¹⁵⁸ “[a]n alternative measure may be found not to be 'reasonably available' [...] where it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties”. Idem, para. 156.

restritividade possível, que vigorou durante o GATT, outros foram agregados, como o “*weighing and balancing*” e também o exame de proporcionalidade entre a contribuição da medida e o nível de restrição imposto.

Segundo Morosini, a evolução da jurisprudência, a partir do teste “*less-trade-restrictive*”, resultou na criação de um novo teste¹⁵⁹. A abordagem do Órgão de Apelação em *Brazil-Tyres* reflete este desenvolvimento, que importa em um relaxamento do teste de necessidade como concebido na era GATT. Desta forma, as decisões mais recentes do OSC permitiram mais espaço para que os países Membros implementem políticas voltadas à proteção da saúde e do meio ambiente¹⁶⁰.

2.3.2.2. Artigo XX - alínea g

A alínea (g) contempla a exceção às regras comerciais de medidas “relacionadas à conservação de recursos naturais exauríveis, se tais medidas forem implementadas em conjunto com restrições à produção ou consumo domésticos”. No caso *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação estabeleceu três etapas da análise para a aplicação desta alínea. Seria necessário verificar:

- 1) se o interesse ou valor protegido constitui um recurso natural exaurível;
- 2) se a medida para a qual se busca justificativa está relacionada com a política pretendida, ou seja, com a conservação do recurso objeto de proteção;
- 3) se a medida é implementada em conjunto com restrições à produção ou ao consumo domésticos.¹⁶¹

Quanto à identificação do bem que se busca proteger como um recurso natural exaurível, a prática do sistema de solução de disputas aponta no sentido de uma interpretação

¹⁵⁹ MOROSINI, Fábio. *Trade, development and climate change: unveiling the principle of common but differentiated responsibilities from the WTO agreements*. Mimeo.

¹⁶⁰ “Additionally, the Appellate Body has developed a new understanding regarding the requirement that no WTO-consistent alternative to the measure be reasonably available. The Appellate Body has developed on the GATT-era less trade restrictive approach. Currently, an alternative measure reasonably available is one that: (i) achieves the level of protection originally intended by the Member Country invoking the exception; (ii) is not theoretical in nature, meaning that the Country may not be capable of taking it; and (iii) does not impose undue burden on the Member, such as prohibitive costs or significant technical difficulties”. MOROSINI (2010), op. cit., p. 26.

¹⁶¹ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 127.

extensiva, que inclui seres vivos e outros recursos renováveis na categoria de recursos naturais exauríveis.

No caso *US-Tuna II*, as partes discordaram acerca da possibilidade de considerar os golfinhos como um recurso natural exaurível. O painel decidiu que estes animais poderiam ser considerados como tal, pois, apesar de sua capacidade de renovação, a população natural de golfinhos poderia se extinguir. Assim, o painel entendeu que uma política destinada à sua conservação encontra-se entre as medidas previstas pela alínea “g”.

Este foi também o entendimento do Órgão de Apelação no caso *US-Shrimp*, ao rejeitar o argumento das partes reclamantes de que a alínea “g” excluiria recursos naturais de caráter renovável. A decisão corroborou a interpretação de que os seres vivos, apesar de possuírem capacidade de renovação, podem esgotar-se sob certas condições, especialmente pela ação humana¹⁶². Por fim, a decisão considerou as tartarugas marinhas, espécie migratória cuja população encontra-se em risco de extinção, como recurso exaurível.

Nesta decisão, o Órgão de Apelação afirmou ainda que a expressão “recurso natural exaurível” deve ser compreendida como um conceito evolucionário. Sua interpretação não deve ser estática, uma vez que o conteúdo de sua definição encontra-se em constante evolução. O conceito deve ser entendido à luz das preocupações contemporâneas compartilhadas pela comunidade internacional sobre a proteção do meio ambiente¹⁶³.

No caso *US-Gasoline*, os EUA buscaram justificar, sob o Artigo XX “g”, medidas inseridas em sua política de combate à poluição do ar. Para tanto, o país argumentou que o ar limpo é um recurso que pode se esgotar pela emissão de poluentes resultantes do consumo de gasolina. A Venezuela refutou essa justificativa, e defendeu que o equilíbrio de poluentes é uma qualidade do ar, e não um recurso em si. Além disso, essa qualidade pode se renovar, e portanto, não seria um recurso exaurível. O painel concordou com os EUA e admitiu que uma política de conservação da qualidade do ar pode ser justificada sob o Artigo XX “g”.¹⁶⁴

Desta forma, pode-se afirmar que a jurisprudência do OSC consolidou o entendimento de que a expressão “recursos naturais exauríveis” engloba recursos a princípio renováveis, inclusive seres vivos.

¹⁶² Idem, para. 128.

¹⁶³ Idem, para. 129-130.

¹⁶⁴ "In the view of the Panel, clean air was a resource (it had value) and it was natural. It could be depleted. The fact that the depleted resource was defined with respect to its qualities was not, for the Panel, decisive. Likewise, the fact that a resource was renewable could not be an objection. A past panel had accepted that renewable stocks of salmon could constitute an exhaustible natural resource [footnote referring to Canada – Salmon and Herring]. Accordingly, the Panel found that a policy to reduce the depletion of clean air was a policy to conserve a natural resource within the meaning of Article XX(g)". *US-Gasoline*, WT/DS2/R, para. 6.37.

No que toca à segunda etapa, deve-se provar que a medida está relacionada com a proteção de recursos naturais. Assim como o teste de necessidade para a alínea “b”, o teste de relação entre uma medida e a conservação de recursos naturais ocupa o núcleo da análise sob a alínea “g”.

O conteúdo para o teste de relação foi definido pela primeira vez no caso *Canada-Salmon and Herring*, no âmbito do GATT. O painel então considerou a diferença no tipo de relação entre a medida e o objetivo buscado na alínea “g”, em comparação com as demais alíneas. Nesse exercício, os árbitros reconheceram que a exigência para a conservação de recursos naturais não guarda a mesma proximidade que aquela verificada nas demais exceções, pelas quais a medida deve ser necessária ou essencial. Assim, o escopo da alínea “g” seria mais amplo, abrangendo classe mais variada de medidas. Contudo, os árbitros entenderam que a medida deveria ser “voltada primariamente” à conservação, ou seja, que esta constituísse o principal objetivo da medida¹⁶⁵. Naquele caso concreto, o painel entendeu que a restrição canadense à exportação de certos tipos de peixe não era voltada primordialmente à conservação, motivo pelo qual rejeitou a defesa sob a alínea “g”.

Esta orientação foi seguida por todos os painéis na era GATT. No caso *US-Tuna-dolphin I*, o painel considerou que a medida dos EUA não era voltada primariamente à conservação, pois a imposição unilateral de uma política a outro país não estaria compreendida neste propósito. Da mesma forma, o painel no caso *US-Tuna-dolphin II* condenou a restrição estadunidense sobre importações de atum por forçar outros países a modificar suas políticas. Segundo os panelistas em *US-Tuna-dolphin I*, a falta de previsibilidade na estipulação dos requisitos da política estadunidense também não se coadunava como o propósito primordial de conservação.

Wofford critica a construção do painel em *Canada-Salmon and Herring*, sob o argumento de que a forma de conexão estabelecida no texto da alínea “g” – “relacionada com” – não permite a interpretação de que a medida deve ser “voltada primariamente” à

¹⁶⁵ "Some of the subparagraphs of Article XX state that the measure must be 'necessary' or 'essential' to the achievement of the policy purpose set out in the provision (cf. subparagraphs (a), (b), (d) and (j)) while subparagraph (g) refers only to measures 'relating to' the conservation of exhaustible natural resources. This suggests that Article XX(g) does not only cover measures that are necessary or essential for the conservation of exhaustible natural resources but a wider range of measures. However, as the preamble of Article XX indicates, the purpose of including Article XX(g) in the General Agreement was not to widen the scope for measures serving trade policy purposes but merely to ensure that the commitments under the General Agreement do not hinder the pursuit of policies aimed at the conservation of exhaustible natural resources. The Panel concluded for these reasons that, while a trade measure did not have to be necessary or essential to the conservation of an exhaustible natural resource, it had to be primarily aimed at the conservation of an exhaustible natural resource to be considered as "relating to" conservation within the meaning of Article XX(g)". *Canada-Salmon and Herring*, L/6268 – 35S/98, para. 4.6.

conservação. Além disso, a autora sustenta que, em *Tuna I* e *Tuna-II*, os painéis distanciaram-se ainda mais do texto ao adicionar novos elementos ao teste, o que resultou na criação de um teste praticamente insuperável à formulação de políticas ambientais. Tanto o caráter de exceção ambiental quanto a possibilidade de medidas unilaterais serem contempladas pelo Artigo XX foram prejudicados por esta interpretação¹⁶⁶.

Amaral também ressalva que a interpretação desenvolvida na era GATT amplia demasiadamente o escopo da exceção contida na alínea “g”. Segundo o autor, ao interpretar “relacionada com” como sinônimo de “voltada primariamente a” em *Canada-Herring and salmon*, o painel acabou por restringir demasiadamente a possibilidade de políticas ambientais prevalecerem sobre interesses comerciais. Esta análise distancia-se do sentido ordinário do texto, e confunde o requisito da alínea “b” com aquele da necessidade, como na alínea “b”¹⁶⁷.

Em *US-Gasoline*, o painel seguiu a abordagem desenvolvida no GATT. O órgão entendeu que, por conferir tratamento menos favorável aos produtores estrangeiros, a regulamentação estadunidense não poderia ser considerada como “voltada primariamente à” conservação. Contudo, o Órgão de Apelação rejeitou este entendimento. Preliminarmente, observou que as diversas alíneas do Artigo XX não estabelecem o mesmo nível de conexão entre as medidas e seus objetos¹⁶⁸. O Órgão enfatizou ainda que esse teste não pode abstraído a partir do texto do inciso, muito embora este não fosse um ponto em que se debruçaria a análise: “the phrase ‘primarily aimed at’ is not itself treaty language and was not designed as a simple litmus test for inclusion or exclusion from Article XX(g)”¹⁶⁹.

Ainda assim, o Órgão de Apelação buscou verificar se a medida guardaria suficiente conexão com o objetivo de conservação estipulado na política em questão. Para tanto, determinou que este nível deveria corresponder a uma relação substancial. Naquele caso concreto, entendeu que a medida questionada – o estabelecimento de parâmetros

¹⁶⁶ “The panel’s logic [in *Tuna I*] contains an enormous leap; the connection between unpredictable conditions and ‘primarily aimed at’ conservation is untenable. Moreover, it is far removed from Article XX(g)’s ‘relate to’ requirement. Certainly the United States’ effort to protect dolphins by banning the import of tuna caught in a manner known to kill and maim dolphins could fairly be said to relate to conservation. [...] The panel [in *Tuna II*] moved from Article XX(g)’s requirement that a policy ‘relate to’ conservation to a finding that a policy only relates to the environment if it does not rely on other nations to comply. The *Tuna II* panel’s test is impossible for any nation to meet in the international arena: any case before a GATT panel, by definition, involves other nations’ policies controlling the trade behavior of others. In erecting this hurdle, the panel appeared to reflect a bias for free trade over the rule of law set forth in Article XX. WOFFORD (2000), op. cit., p. 579.

¹⁶⁷ AMARAL JÚNIOR (2008), op. cit., p. 236; AMARAL JÚNIOR (2009), op. cit., 223. Opinião semelhante é sustentada por McRAE. MCRAE (1998), op. cit., p. 231.

¹⁶⁸ “[...] it does not seem reasonable to suppose that the WTO Members intended to require, in respect of each and every category, the same kind or degree of connection or relationship between the measure under appraisal and the state interest or policy sought to be promoted or realized”. *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 16.

¹⁶⁹ No caso, nenhuma das partes havia se insurgido contra a afirmação do painel de que a medida deveria ser “primariamente voltada à” conservação. Idem, para. 17.

diferenciados para produtores nacionais e estrangeiros – constituía parte essencial da política estadunidense, e assim, estava substancialmente relacionada aos seus objetivos¹⁷⁰.

Em *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação retomou a abordagem iniciada em *US-Gasoline*. A decisão insistiu no abandono do teste “primariamente voltada a” em favor da verificação da relação entre a medida e os objetivos buscados. Além de reafirmar o teste de relação substancial, o Órgão de Apelação o ampliou, ao atribuir o qualificativo de razoabilidade entre os meios e fins empregados para implementar a política em questão:

*“[...] Focusing on the design of the measure here at stake , it appears to us that Section 609, cum implementing guidelines, is not disproportionately wide in its scope and reach in relation to the policy objective of protection and conservation of sea turtle species. The means are, in principle, reasonably related to the ends. The means and ends relationship between Section 609 and the legitimate policy of conserving an exhaustible, and, in fact, endangered species, is observably a close and real one, a relationship that is every bit as substantial as that which we found in United States - Gasoline between the EPA baseline establishment rules and the conservation of clean air in the United States.”*¹⁷¹

A mudança de orientação empreendida pelo Órgão de Apelação em *US-Gasoline* e *US-Shrimp*, com o abandono do teste de “primariamente voltada a”, significou um relaxamento das exigências para o enquadramento de políticas ambientais sob o Artigo XX¹⁷². Segundo McRae, esta nova abordagem hermenêutica constitui uma importante demonstração da incorporação de preocupações ambientais na evolução da jurisprudência ambiental do OSC¹⁷³.

¹⁷⁰ “The baseline establishment rules whether individual or statutory, were designed to permit scrutiny and monitoring of the level of compliance of refiners, importers and blenders with the ‘non-degradation’ requirements. Without baselines of some kind, such scrutiny would not be possible and the Gasoline Rule’s objective of stabilizing and preventing further deterioration of the level of air pollution prevailing in 1990, would be substantially frustrated. The relationship between the baseline establishment rules and the ‘non-degradation’ requirements of the Gasoline Rule is not negated by the inconsistency, found by the Panel, of the baseline establishment rules with the terms of Article III:4. We consider that, given that substantial relationship, the baseline establishment rules cannot be regarded as merely incidentally or inadvertently aimed at the conservation of clean air in the United States for the purposes of Article XX(g)”. Idem, para. 18.

¹⁷¹ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 141.

¹⁷² Wofford sustenta que: “In Shrimp, the Appellate Body ignored the lower panel’s use of the ‘primarily aimed at’ test and adhered to Article XX(g)’s language that the policy ‘relate to’ conservation, by examining the relationship between the protection of sea turtles with the law chosen to do so. [...] This means-end test more closely reflects Article XX(g)’s requirement, and is easier for environmental policies to meet than the test created by the lower panels. WOFFORD (2000), op. cit., p. 580.

¹⁷³ “In fact, the decision of the Appellate Body [in *US-Gasoline*] appears to suggest that although there was a ‘substantial relationship’ in this case, all that needed to be shown was that the measure was not ‘incidentally or inadvertently aimed at conservation’. If this is so, then the Appellate Body appears to have lowered drastically the threshold for meeting the requirements of Article XX(g). This relaxation in the standard for determining whether a measure is ‘primarily aimed at’ conservation has been viewed favourably, and may be seen as an

A terceira etapa da análise da alínea “g” consiste em verificar se a medida em questão foi implementada em conjunto com restrições à produção ou ao consumo domésticos.

Os painéis do GATT aplicaram esta parte da análise como uma extensão do teste de relação contido na segunda etapa. Desta forma, no caso *Canada-Salmon and Herring*, o painel considerou que o requisito “em conjunto com” deveria ser interpretado de modo a comprovar que as ações justificadas sob a alínea “g” fossem “primariamente voltadas à” conservação e garantissem o propósito das exceções¹⁷⁴.

No caso *US-Tuna from Canada*, o painel entendeu que o requisito de que a medida fosse tomada “em conjunto com” restrições domésticas não havia sido cumprido, uma vez que os EUA não impuseram qualquer limitação ao consumo ou à produção internos de atum, enquanto proibiram as importações do produto a partir do Canadá.

Em *US-Gasoline*, o Órgão de Apelação buscou novamente retomar o significado ordinário do texto. A decisão enfatizou que tal exigência de imposição conjunta com restrições aos produtores domésticos impõe a aplicação equitativa (*even-handedness*) das restrições aos produtores estrangeiros e nacionais:

"The ordinary or natural meaning of 'made effective' when used in connection with a measure - a governmental act or regulation - may be seen to refer to such measure being 'operative', as 'in force', or as having 'come into effect'. Similarly, the phrase 'in conjunction with' may be read quite plainly as 'together with' or 'jointly with'. [...] Put in a slightly different manner, we believe that the clause 'if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic product or consumption' is appropriately read as a requirement that the measures concerned impose restrictions, not just in respect of imported gasoline but also with respect to domestic gasoline. The clause is a requirement of even-handedness in the imposition of restrictions, in the name of conservation, upon the production or consumption of exhaustible natural resources".¹⁷⁵

O Órgão de Apelação esclareceu que esta exigência não implica que as restrições devam ser idênticas ou que seja necessário realizar um teste de efeitos sobre a restrição direcionada

indication of greater environmental awareness by the Appellate Body. And, the Appellate. MCRAE (1998), op. cit. p. 232.

¹⁷⁴ *Canada-Salmon and Herring*, L/6268 – 35S/98, para. 4.6.

¹⁷⁵ *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 19.

ao mercado interno¹⁷⁶. Porém, ressaltou que a previsibilidade acerca dos possíveis efeitos da restrição doméstica pode ser relevante. No caso, as restrições impostas aos produtores nacionais foram consideradas suficientes, a despeito de haver tratamento diferenciado. A verificação da legitimidade nesta distinção, segundo a decisão, não cabe sob a análise da alínea “g”. Assim, o Órgão de Apelação entendeu que os requisitos impostos pelos EUA à gasolina nacional cumpriam o teste de aplicação conjunta com restrições internas, a despeito dos diferentes parâmetros aplicados à gasolina importada¹⁷⁷.

Esta abordagem foi reforçada pelo Órgão de Apelação em *US-Shrimp*. A exigência de *even-handedness* foi apontada então como um aspecto essencial para demonstrar a igualdade de condições colocada aos produtores nacionais e estrangeiros pela medida em questão. No caso, uma vez que as restrições foram impostas pelos EUA igualmente aos barcos de pesca locais, considerou-se que este requisito havia sido preenchido¹⁷⁸.

A revisão da apreciação das alíneas “b” e “g”, a partir dos painéis do GATT e da OMC e aprimorada nas decisões do Órgão de Apelação, revela que a evolução na interpretação dos dispositivos resultou em relaxamento do nível de exigência à adoção de políticas ambientais. Denota, ainda, um retorno ao sentido literal do texto, em consonância com os princípios gerais de interpretação consagrados na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

À exceção dos casos *US-tuna from Canada* e *US-Spring Assemblies*, os painéis do GATT não chegaram a analisar o *caput* do Artigo XX¹⁷⁹. Tal situação decorre, sobretudo, do alto nível de exigência mencionado acima, o que impediu que qualquer das medidas questionadas lograsse superar o teste de enquadramento às alíneas. Ademais, por vezes os aspectos analisados sob os requisitos dos incisos ocuparam-se de questões que caberiam à análise sob o *caput*. Este foi o caso da falta de previsibilidade na aplicação da medida, fundamento encontrado pelo painel do caso *US-Tuna I* para o não cumprimento dos requisitos da alínea “g”. Confusão semelhante pode ser apontada no julgamento do painel acerca da

¹⁷⁶ Em relação à inadequação de um teste de efeitos sobre a restrição imposta aos produtores domésticos, dois motivos foram apontados: a dificuldade em estabelecer relação de causalidade e a necessidade de lapso temporal para verificação dos efeitos. *Idem*, para. 21.

¹⁷⁷ *Idem*, para. 20.

¹⁷⁸ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 143-145.

¹⁷⁹ Como aponta Amaral, nos dois casos do GATT em que a análise do Artigo XX foi iniciada pelo *caput*, este dispositivo foi interpretado de maneira ampla, e os respectivos painéis consideraram que as medidas em questão não constituíam discriminação injustificável ou arbitrária, pois eram aplicadas igualmente a todas as importações que preenchiam os requisitos estipulados. AMARAL JÚNIOR (2008), op. cit. p. 262.

legitimidade do tratamento discriminatório entre produtores nacionais e estrangeiros, no caso *US-Gasoline*¹⁸⁰.

Na OMC, especialmente nas decisões do Órgão de Apelação, o foco da análise foi direcionado para o *caput*. Esse redirecionamento decorreu da necessidade de completar a análise, após a reforma das decisões acerca do cumprimento dos requisitos das alíneas, ou ainda da reforma das análises em que os requisitos das alíneas foram confundidos com aqueles contidos no *caput*.

2.3.2.3. Artigo XX - *caput*

Retomando o parágrafo introdutório do Artigo XX:

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países em que existem as mesmas condições, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente Capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer das Partes Contratantes, das medidas:

[...]

A função do *caput* foi definida pelo Órgão de Apelação no caso *US-Gasoline*. A fim de prevenir o abuso ou uso ilegítimo das exceções contidas no Artigo XX, o *caput* teria como fundamento o princípio do equilíbrio entre os direitos incorporados pelas exceções e as obrigações do GATT. Nesse sentido, o Órgão de Apelação ressaltou:

"The chapeau is animated by the principle that while the exceptions of Article XX may be invoked as a matter of legal right, they should not be so applied as to frustrate or defeat the legal obligations of the

¹⁸⁰ Na revisão desta decisão, o Órgão de Apelação questionou a adequação de abordar o tratamento menos favorável na análise da alínea "g": "One problem with the reasoning in that paragraph is that the Panel asked itself whether the 'less favourable treatment' of imported gasoline was 'primarily aimed at' the conservation of natural resources, rather than whether the 'measure', i.e. the baseline establishment rules, were 'primarily aimed at' conservation of clean air. In our view, the Panel here was in error in referring to its legal conclusion on Article III:4 instead of the measure in issue. The result of this analysis is to turn Article XX on its head. Obviously, there had to be a finding that the measure provided 'less favourable treatment' under Article III:4 before the Panel examined the 'General Exceptions' contained in Article XX. That, however, is a conclusion of law. The chapeau of Article XX makes it clear that it is the 'measures' which are to be examined under Article XX(g), and not the legal finding of 'less favourable treatment'". *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 16.

holder of the right under the substantive rules of the General Agreement. If those exceptions are not to be abused or misused, in other words, the measures falling within the particular exceptions must be applied reasonably, with due regard both to the legal duties of the party claiming the exception and the legal rights of the other parties concerned."¹⁸¹

Em *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação retomou o papel desempenhado pelo parágrafo introdutório na interpretação das exceções. Novamente, destacou-se a necessidade de cotejar os interesses e direitos do Membro que invoca uma exceção e dos demais Membros. A tarefa de interpretar e aplicar o *caput* consiste, nesse sentido, em demarcar essa linha de equilíbrio, que varia conforme as diferenças das medidas e dos casos específicos¹⁸².

A função do *caput* como fator de equilíbrio entre os direitos dos Membros foi ainda elaborada no caso *Brazil-Tyres*. O Órgão de Apelação destacou o papel do dispositivo em evitar o abuso na utilização das exceções e garantir que o recurso ao Artigo XX seja realizado de boa-fé¹⁸³.

A análise do *caput* não se dirige à medida em si, etapa superada na análise da alínea, mas volta-se à sua aplicação. Segundo o Órgão de Apelação no caso *US-Shrimp*, uma violação do *caput* pode ocorrer caso uma medida, ainda que justa em sua própria natureza, seja aplicada de forma arbitrária e injustificável¹⁸⁴.

Ainda no caso *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação dividiu os requisitos contidos deste parágrafo em três etapas ou testes. Desta forma, para atender ao preâmbulo do Artigo XX, a medida não deve constituir: (i) discriminação arbitrária entre países onde prevaleçam as mesmas condições; (ii) discriminação injustificável entre países onde prevaleçam as mesmas condições; ou (ii) restrição disfarçada ao comércio¹⁸⁵.

Em relação à existência de discriminação, o Órgão de Apelação, em *US-Gasoline*, ressaltou que esta deve apresentar natureza distinta da discriminação prevista pelo Artigo III

¹⁸¹ *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 21.

¹⁸² "The task of interpreting and applying the chapeau is [...] essentially the delicate one of locating and marking out a line of equilibrium between the right of a Member to invoke an exception under Article XX and the rights of the other Members under varying substantive provisions (e.g. Article XI) of the GATT 1994, so that neither of the competing rights will cancel out the other and thereby distort and nullify or impair the balance of rights and obligations constructed by the Members themselves in that Agreement. The location of the line of equilibrium, as expressed in the chapeau, is not fixed and unchanging; the line moves as the kind and the shape of the measures at stake vary and as the facts making up specific cases differ". ¹⁸² *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 159.

¹⁸³ *Brazil-Tyres*, WT/DS332/AB/R, para. 224.

¹⁸⁴ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 160.

¹⁸⁵ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 150.

do GATT. Segundo a decisão, a discriminação contemplada no Artigo XX apresenta caráter mais específico e parâmetros mais elevados, uma vez que deve ser caracterizada como injustificável e arbitrária¹⁸⁶. Ainda em *US-Gasoline*, o Órgão de Apelação interpretou a expressão “entre países onde existem as mesmas condições” de forma a abranger tanto a similaridade de condições entre países aos quais a medida é imposta ou entre estes e o país que impõe a medida¹⁸⁷.

Os requisitos de discriminação injustificável e arbitrária foram analisados de forma conjunta nos casos *US-Gasoline*, *EC-Asbestos*, *Korea-Beef* e *Brazil-Tyres*. Em *US-Gasoline*, o Órgão de Apelação reuniu a análise dos três requisitos contidos no *caput*, sob o argumento de que os significados são mutuamente complementares:

*"'Arbitrary discrimination', 'unjustifiable discrimination' and 'disguised restriction' on international trade may, accordingly, be read side-by-side; they impart meaning to one another. It is clear to us that 'disguised restriction' includes disguised discrimination in international trade. [...] Put in a somewhat different manner, the kinds of considerations pertinent in deciding whether the application of a particular measure amounts to 'arbitrary or unjustifiable discrimination', may also be taken into account in determining the presence of a 'disguised restriction' on international trade. The fundamental theme is to be found in the purpose and object of avoiding abuse or illegitimate use of the exceptions to substantive rules available in Article XX."*¹⁸⁸

Neste caso, o Órgão de Apelação considerou que a regulação sobre a gasolina imposta pelos EUA importava em descumprimento dos três requisitos, pois não levava em consideração os custos de implementação enfrentados pelos produtores estrangeiros, como fazia para os produtores domésticos. Também contribuiu para a constatação de violação do *caput* a falha em estabelecer formas de cooperação com os governos do Brasil e da Venezuela para conduzir os procedimentos de verificação dos parâmetros impostos.

Em *Brazil-Tyres*, o Órgão de Apelação analisou de forma conjunta se a medida importava em discriminação injustificável e arbitrária. Neste exercício, rejeitou o entendimento do painel, que baseou esta verificação primordialmente na extensão dos efeitos da medida. Para o Órgão de Apelação, tal avaliação deve basear-se no objetivo ou propósito da medida. Em outras palavras, a discriminação não pode ser justificada sob o *caput* caso seu

¹⁸⁶ *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 22.

¹⁸⁷ *Idem*, para. 23.

¹⁸⁸ *Idem*, para. 24/25.

propósito não guarde relação com o objetivo contemplado na exceção específica de cada alínea¹⁸⁹. No caso da medida brasileira, a discriminação resultante de sua aplicação foi considerada injustificável e arbitrária, pois não se vinculava ao propósito da proteção à saúde, mas decorria de uma decisão arbitral do Mercosul e da concessão de medidas liminares pelos tribunais brasileiros¹⁹⁰.

A decisão do Órgão de Apelação, no caso *US-Shrimp*, empreendeu uma distinção entre “discriminação injustificável” e “discriminação arbitrária”. Em relação ao primeiro requisito, a decisão levou em consideração o efeito coercitivo da medida sobre outros Estados Membros, o que resultava em imposição de política “essencialmente igual” à dos EUA. Assim, a ausência de flexibilidade que permitisse a validação dos esforços realizados pelos demais países dificultava a justificação do tratamento discriminatório¹⁹¹. A mudança neste aspecto da política, após adaptações feitas pelos EUA em resposta às recomendações do Órgão de Apelação, foi aceita pelo painel de implementação como suficiente para eliminar o caráter injustificável da discriminação¹⁹².

O Órgão de Apelação apontou ainda, como fatores cumulativos na determinação de discriminação injustificável, a falha dos EUA em estabelecer sérios esforços de negociação com todos os países interessados, a fim de celebrar acordos para a conservação das tartarugas

¹⁸⁹ “The assessment of whether discrimination is arbitrary or unjustifiable should be made in the light of the objective of the measure. We note, for example, that one of the bases on which the Appellate Body relied in *US – Shrimp* for concluding that the operation of the measure at issue resulted in unjustifiable discrimination was that one particular aspect of the application of the measure (the measure implied that, in certain circumstances, shrimp caught abroad using methods identical to those employed in the United States would be excluded from the United States market) was “difficult to reconcile with the declared objective of protecting and conserving sea turtles”. Accordingly, we have difficulty understanding how discrimination might be viewed as complying with the chapeau of Article XX when the alleged rationale for discriminating does not relate to the pursuit of or would go against the objective that was provisionally found to justify a measure under a paragraph of Article XX”. ¹⁸⁹ *Brazil-Tyres*, WT/DS332/AB/R, para. 227-228/ 246.

¹⁹⁰ *Idem*, para. 228.

¹⁹¹ “[...]it is not acceptable, in international trade relations, for one WTO Member to use an economic embargo to require other Members to adopt essentially the same comprehensive regulatory program, to achieve a certain policy goal, as that in force within that Member's territory, without taking into consideration different conditions which may occur in the territories of those other Members. [...]In other words, shrimp caught using methods identical to those employed in the United States have been excluded from the United States market solely because they have been caught in waters of countries that have not been certified by the United States. The resulting situation is difficult to reconcile with the declared policy objective of protecting and conserving sea turtles. This suggests to us that this measure, in its application, is more concerned with effectively influencing WTO Members to adopt essentially the same comprehensive regulatory regime as that applied by the United States to its domestic shrimp trawlers, even though many of those Members may be differently situated”. *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para.164-165.

¹⁹² *US-Shrimp* (article 21.5), WT/DS58/RW.

marinhas, bem como o tratamento diferenciado concedido a alguns países no processo de certificação¹⁹³.

Em relação à determinação de “discriminação arbitrária”, a decisão identificou como fatores a rigidez e a inflexibilidade observadas no processo de certificação da medida estadunidense. Segundo o Órgão de Apelação, os candidatos à certificação não dispunham de elementos mínimos do devido processo legal em seus pedidos: oportunidade de defesa; notificação e apresentação de motivos em caso de rejeição do pedido; e possibilidade de revisão da decisão¹⁹⁴.

O requisito relativo à “restrição disfarçada” foi identificado pelos painéis com a ausência de publicidade da medida¹⁹⁵. Em *US-Gasoline*, o Órgão de Apelação afirmou que o critério de publicidade não esgotaria a análise de “restrição disfarçada”, porém não elaborou acerca de outros possíveis critérios¹⁹⁶. No caso *EC-Asbestos*, o painel afirmou que o foco da análise de “restrição disfarçada” consiste em identificar a eventual intenção de ocultar o propósito protecionista de uma medida. Além da ausência de publicidade, o painel indicou que esta intenção pode se refletir no “design, arquitetura e estrutura” da medida¹⁹⁷.

Por meio de seus três requisitos, analisados muitas vezes conjuntamente, o *caput* cumpre o propósito de evitar o abuso ou uso ilegítimo das exceções. A revisão da apreciação do *caput* pelo Órgão de Apelação revela que a preocupação central consiste em garantir que as medidas justificadas pelas alíneas sejam motivadas por objetivos legítimos e não como forma de encobrir um favorecimento à indústria doméstica.

2.3.2.4. Outros temas relevantes na jurisprudência ambiental

As disputas ambientais levantadas perante o OSC suscitaram algumas questões paralelas que tangenciam a análise particular de medidas ambientais e possuem grande relevância para a admissão destas medidas. Entre elas, destacam-se a possibilidade de efeito extraterritorial e extrajurisdicional da medida e exigências relativas a processos e métodos de produção (PMPs); e o princípio da precaução. Apesar de ser possível identificar uma

¹⁹³ O Órgão de Apelação ressaltou que os EUA negociaram acordos com alguns países da região do Caribe e Atlântico, mas excluíram outros Membros destas negociações, inclusive os reclamantes. Quanto ao processo de certificação, apenas alguns países foram beneficiados com período mais longo de adaptação e com apoio por meio de transferência de tecnologia. *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para.166; 174-175.

¹⁹⁴ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para 181.

¹⁹⁵ AMARAL JÚNIOR (2008), op. cit., p. 301.

¹⁹⁶ *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 23.

¹⁹⁷ *EC-Asbestos*, WT/DS135/ R, para. 8236.

evolução em sua interpretação, tais questões não foram suficientemente esclarecidas nas decisões até aqui, o que resulta em insegurança quanto à sua possível aplicação.

Outra questão relevante consiste na possibilidade de aplicação de regras contidas em acordos ambientais multilaterais para a interpretação das exceções ambientais. Este tema será objeto de análise mais detida no capítulo seguinte.

2.3.2.4.1. Extraterritorialidade / extrajurisdicionalidade e PMPs

A possibilidade de estender o alcance de uma medida justificada sob o Artigo XX para além do território ou jurisdição do país que a impõe foi analisada inicialmente pelos painéis do GATT nos casos *US-Tuna-dolphin I* e *US-Tuna-dolphin II*. Na primeira destas disputas, o painel buscou embasamento no histórico de negociação do Artigo XX para afirmar que as alíneas “b” e “g” se dirigem apenas à proteção e à conservação de bens situados dentro da jurisdição do país que adota a política. Ao fundamentar este entendimento, o painel previu desdobramentos prejudiciais para o sistema de comércio de aceitar a aplicação extrajurisdicional:

“The Panel considered that if the broad interpretation of Article XX(b) suggested by the United States were accepted, each contracting party could unilaterally determine the life or health protection policies from which other contracting parties could not deviate without jeopardizing their rights under the General Agreement. The General Agreement would then no longer constitute a multilateral framework for trade among all contracting parties but would provide legal security only in respect of trade between a limited number of contracting parties with identical internal regulations. [...] The Panel considered that if the extrajurisdictional interpretation of Article XX(g) suggested by the United States were accepted, each contracting party could unilaterally determine the conservation policies from which other contracting parties could not deviate without jeopardizing their rights under the General Agreement. The considerations that led the Panel to reject an extrajurisdictional application of Article XX(b) therefore apply also to Article XX(g).”¹⁹⁸

Em *US-Tuna-dolphin II*, o painel distanciou-se desta rejeição categórica e admitiu a aplicação fora do território, ainda que limitada à jurisdição do país que impõe a medida.

¹⁹⁸ *US-Tuna-dolphin I*, DS21/R, para. 5.27; 5.32.

Tomando como exemplo outras provisões do Artigo XX, o painel sustentou que “[i]t could not therefore be said that the General Agreement proscribed in an absolute manner measures that related to things or actions outside the territorial jurisdiction of the party taking the measure”¹⁹⁹. Nesse sentido, o painel observou que “the policy to protect life and health of dolphins in the eastern tropical Pacific Ocean, which the United States pursued within its jurisdiction over its national vessels, fell within the range of policies covered by Article XX(g)”²⁰⁰.

Assim, em *US-Tuna-dolphin I*, o painel concentrou-se na aplicação extrajurisdicional, enquanto a decisão de *US-Tuna-dolphin II* debruçou-se sobre a possibilidade de efeito extraterritorial. A despeito da distinção nas interpretações, ambas decisões sustentaram a impossibilidade de uma medida produzir efeitos para além da jurisdição do país que a adota. Desta forma, prevaleceu durante o GATT o repúdio à noção de que regulações ambientais impostas por um Membro sobre bens fora de sua jurisdição resultem em coerção para que outros Membros modifiquem suas políticas internas.

No âmbito da OMC, no caso *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação reconheceu que as tartarugas marinhas, por sua natureza migratória, encontravam-se também em mares sobre os quais os EUA exercem jurisdição. Contudo, o colegiado evitou aprofundar a análise sobre a possibilidade de aplicação extrajurisdicional do Artigo XX. Nesse sentido, a decisão discorre:

“We do not pass upon the question of whether there is an implied jurisdictional limitation in Article XX(g), and if so, the nature or extent of that limitation. We note only that in the specific circumstances of the case before us, there is sufficient nexus between the migratory and endangered marine populations involved and the United States for purposes of Article XX(g)”.

Para alguns autores, a identificação do nexo entre a natureza migratória das tartarugas marinhas e a jurisdição dos EUA pode indicar o estabelecimento de certa limitação jurisdicional, a despeito da posição emitida pelo Órgão de Apelação. Segundo Biermann, pode-se depreender que, para justificar o efeito extrajurisdicional, é necessário haver nexo suficiente entre o bem que se busca proteger e o país que adota a medida²⁰¹. Contudo, permaneceria a incerteza sobre a definição de “nexo suficiente”. Chang, por sua vez,

¹⁹⁹ O painel citou como exemplo o Artigo XX(e), relacionado às restrições relativas ao trabalho forçado. *US-Tuna-dolphin II*, DS29/R, para. 5.16.

²⁰⁰ *US-Tuna-dolphin II*, DS29/R, para. 5.32.

²⁰¹ BIERMANN, Frank. The rising tide of green unilateralism in world trade law: options for reconciling the emerging north-south conflict. *Journal of World Trade*, v. 35, n.3, p. 421-448, 2001, p. 431.

argumenta que a exigência de nexa não condiz com o entendimento geral do Órgão de Apelação em *US-Shrimp*, uma vez que este se recusou expressamente a determinar a existência de tal requisito²⁰².

Alguns autores defendem que a aplicação extrajurisdicional de medidas ambientais deve ser contemplada na análise do Artigo XX. Yavitz argumenta que a negação de efeitos para além da jurisdição de um país tornaria totalmente ineficazes medidas como as que se destinam à proteção de animais migratórios. Ademais, a indústria local seria sacrificada em vão, caso não haja restrição à entrada de produtos estrangeiros que não se submetem a regulação semelhante. Segundo a autora, a previsão da alínea “e”, relativa a produtos fabricados a partir de trabalho forçado, constitui evidência da admissão de efeitos extrajurisdicionais, já que se refere à forma de produção de bens importados de outro país²⁰³.

Em resumo, pode-se identificar que a existência, sob o Artigo XX, de um limite para os efeitos extrajurisdicionais da adoção unilateral de medidas ambientais não é ponto pacífico. Em *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação recusou-se a emitir opinião a este respeito, contudo apontou, para aquele caso concreto, a existência de nexa suficiente entre o bem protegido – as tartarugas marinhas – e o país que impunha a medida. A doutrina divide-se entre autores que defendem, com base neste entendimento, a exigência de nexa como requisito para a aceitação de efeitos extrajurisdicionais, e os que refutam este requisito. Há ainda a corrente que entende que a aplicação extrajurisdicional é inerente à análise do Artigo XX, a fim de garantir a sua interpretação sistemática e efetiva. A solução para este impasse aguarda por maiores esclarecimentos ao longo da evolução da jurisprudência ambiental.

A admissão de efeitos extrajurisdicionais está relacionada à questão dos processos e métodos de produção (PMPs), que implica a imposição de restrições a produtos importados com base na forma como foram produzidos, ainda que esta não implique qualquer alteração no bem final. No caso *US-Tuna I*, esta possibilidade foi expressamente rejeitada pelo painel. Em *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação reverteu esse entendimento, uma vez que admitiu a imposição de medidas que condicionem a entrada no mercado interno ao cumprimento de certos padrões ambientais²⁰⁴. Tendo em vista que o regulamento estadunidense era

²⁰² Segundo o autor, este entendimento pode ser identificado a partir da posição do painel em *US-Tuna-dolphin II*: “In fact, the 1994 tuna-dolphin panel explicitly rejected any limitation on the scope of the Article XX exceptions based on the location of the natural resources protected by the trade measure in question, because the panel found no such limitation in the plain language of Article XX. WTO dispute settlement panels should similarly reject any such jurisdictional requirement in the future”. CHANG (2001), op. cit, p. 36.

²⁰³ YAVITZ (2002), p. 215.

²⁰⁴ “In the present case, the Panel found that the United States measure at stake fell within that class of excluded measures because Section 609 conditions access to the domestic shrimp market of the United States on the

direcionado aos métodos de pesca a fim de impedir a morte acidental de golfinhos, o que não tinha implicações para o produto em si, a decisão é vista como uma abertura para regulações voltadas a PMPs.

2.3.2.4.2. Princípio da precaução

Consagrado no direito internacional do meio ambiente, o princípio da precaução encontra expressão no princípio 15 da Declaração do Rio:

“in order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by all States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”

O debate sobre a possível aplicação deste princípio na esfera de interpretação dos acordos da OMC tem surgido primordialmente no âmbito de casos relacionados a medidas cobertas pelo SPS. O caso *EC-Hormones* é citado como principal exemplo desta hipótese. Na disputa, o princípio da precaução foi invocado pela Comunidade Europeia como base para a aplicação de um embargo a carnes derivadas de gado tratado com certos tipos de hormônios considerados pelas autoridades europeias como prejudiciais à saúde.

O artigo 5.7 do SPS diz respeito a medidas adotadas provisoriamente na insuficiência de evidência científica relevante para embasar a adoção de regulamentos de proteção à saúde²⁰⁵. O Órgão de Apelação reconheceu que este dispositivo reflete o princípio da precaução, ainda que não esgote o seu conteúdo e relevância²⁰⁶. A decisão colocou, contudo, diversas ressalvas, que na prática limitam consideravelmente a sua repercussão. Primeiramente, enfatizou-se que o princípio não funciona como uma exceção geral ao SPS, de forma a justificar a adoção de medidas totalmente inconsistentes com as obrigações contidas no acordo.

adoption by exporting countries of certain conservation policies prescribed by the United States. It appears to us, however, that conditioning access to a Member's domestic market on whether exporting Members comply with, or adopt, a policy or policies unilaterally prescribed by the importing Member may, to some degree, be a common aspect of measures falling within the scope of one or another of the exceptions (a) to (j) of Article XX". *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 121.

²⁰⁵ O artigo 5.7 do SPS constitui uma exceção à regra geral contida no artigo 2.2, o qual determina: "Members shall ensure that any sanitary or phytosanitary measure is applied only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health, is based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence, except as provided for in paragraph 7 of Article 5".

²⁰⁶ *EC-Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 124-125.

Desta forma, os requisitos do artigo 5.7 deveriam ser respeitados: a inexistência de evidência suficiente; o embasamento em informações pertinentes disponíveis; e a obrigação de buscar informações adicionais para uma avaliação de risco mais detalhada e de revisar a medida em um período razoável. Também precisariam ser atendidas as exigências previstas no 5.2, que estipula a obrigação de minimizar os efeitos negativos ao comércio. No caso do embargo europeu à carne de gado tratado com hormônios, o Órgão de Apelação considerou que a medida imposta pela Comunidade Europeia não se apoiava em uma avaliação de risco adequada, e por isso violava os artigos 3.3 e 5.1 do SPS²⁰⁷.

No caso *Japan-Apples*, a questão da evidência científica foi também abordada. Sob a alegação de que não havia evidência suficiente para realizar uma avaliação de risco apropriada, o Japão buscou justificar pelo artigo 5.7 um embargo sobre maçãs alegadamente contaminadas por bactérias. O Órgão de Apelação observou que o painel havia admitido vastas evidências de que o risco de transmissão da doença em questão era insignificante. Assim, desde as evidências disponíveis permitam, em análise quantitativa ou qualitativa, a delimitação dos riscos envolvidos, não há que se falar em incertezas que permitam a adoção de medidas provisórias que contrariem as conclusões encontradas²⁰⁸.

Em resumo, nas hipóteses em que as evidências científicas são inconclusivas, o princípio da precaução, refletido no artigo 5.7 do SPS, pode ser utilizado com fundamento para a adoção de medidas provisórias. Porém, não tem o condão de afastar os requisitos de avaliação de risco diligente, conforme as informações disponíveis, bem como de evitar restrições desnecessárias ao comércio.

A exigência de consideração das evidências disponíveis não obriga os membros a fundamentarem suas medidas na corrente científica dominante. Como reconhecido pelo Órgão de Apelação em *EC-Hormones*, e confirmado no caso *EC-Asbestos*, admite-se que regulações sejam amparadas em opiniões divergentes, desde que procedentes de fontes respeitadas e qualificadas²⁰⁹.

²⁰⁷ “We thus find that the precautionary principle cannot override our findings made above, namely that the EC import ban of meat and meat products from animals treated with any of the five hormones at issue for growth promotion purposes, in so far as it also applies to meat and meat products from animals treated with any of these hormones in accordance with good practice, is, from a substantive point of view, not based on a risk assessment”. Idem, para. 122.

²⁰⁸ *Japan-Apples*, WT/DS245/AB/R, para. 179.

²⁰⁹ “In addition, in the context of the SPS Agreement, we have said previously, in *European Communities – Hormones*, that “responsible and representative governments may act in good faith on the basis of what, at a given time, may be a divergent opinion coming from qualified and respected sources.” (emphasis added) In justifying a measure under Article XX(b) of the GATT 1994, a Member may also rely, in good faith, on scientific sources which, at that time, may represent a divergent, but qualified and respected, opinion. A

Em *EC-Hormones*, O Órgão de Apelação manifestou-se ainda acerca do argumento feito pela Comunidade Europeia no sentido de que o princípio da precaução adquiriu status de costume internacional. Segundo a decisão:

“The status of the precautionary principle in international law continues to be the subject of debate among academics, law practitioners, regulators and judges. The precautionary principle is regarded by some as having crystallized into a general principle of customary international environmental law. Whether it has been widely accepted by Members as a principle of general or customary international law appears less than clear. We consider, however, that it is unnecessary, and probably imprudent, for the Appellate Body in this appeal to take a position on this important, but abstract, question. We note that the Panel itself did not make any definitive finding with regard to the status of the precautionary principle in international law and that the precautionary principle, at least outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation”²¹⁰.

No caso mais recente *EC-Biotech*, o painel confirmou esta posição, ao apontar que o princípio da precaução, embora mencionado em diversos tratados e legislações domésticas, normalmente de caráter ambiental, não desfruta de reconhecimento entre a doutrina ou tribunais internacionais como um princípio geral ou costume internacional. O painel repetiu então a postura do Órgão de Apelação e se absteve de emitir sua visão sobre o assunto²¹¹.

O fato de que alguns conceitos relevantes não estão plenamente esclarecido, como é o caso dos PMPs e do princípio da precaução, aponta para limitações que decorrem do contraste de opiniões e valores entre os membros²¹². Esta transposição de conflitos de áreas não comerciais para o OSC é apontada por Taylor como “casos sem consenso”, os quais envolvem

Member is not obliged, in setting health policy, automatically to follow what, at a given time, may constitute a majority scientific opinion”. *EC-Asbestos*, WT/DS135/AB/R, para. 178.

²¹⁰ *EC-Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, para. 124-125.

²¹¹ *EC-Biotech*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, para. 7.88-7.89.

²¹² HARRISON, James. Reflections on linkage debate a case study of trade and climate change. In: SECOND BIENNIAL GLOBAL CONFERENCE THE UNIVERSITY OF BARCELONA AND ITS IELPO PROGRAMME. 8-10 jul., 2010. *Working paper n. 2010/38*. Society of International Economic Law, 2010.

regras consideradas tradicionalmente controversas. Segundo o autor, estas disputas testam os limites do sistema, e podem sobrecarregá-lo, mas não desfavorece sua legitimidade²¹³.

A despeito destas limitações, os prognósticos apontam para o aumento das disputas ambientais, já que o potencial de conflito se intensifica à medida que a integração econômica, a consciência ambiental e a integração entre os regimes aumenta²¹⁴. O aumento de demanda sobre o OSC para apreciar este tipo de controvérsia tem como paralelo a ampliação do espaço para justificativa sob o artigo XX, que corresponde à percepção do novo contexto de valorização da proteção ambiental. Especialmente a jurisprudência do Órgão de Apelação é apontada como responsável pela percepção de que OMC tem-se tornado mais permeável a interesses e preocupações que extrapolam a liberalização do comércio.

²¹³ TAYLOR, C. O'Neal. Impossible cases: lessons from the first decade of WTO dispute settlement. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 28, n. 2, p. 309-448, 2007.

²¹⁴ Esty (2001), op. cit., p. 14.

3. O REGIME DO CLIMA

3.1. Regulação multilateral – a UNFCCC e o Protocolo de Kyoto

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima²¹⁵ (UNFCCC, do acrônimo em inglês, ou Convenção do Clima) foi firmada no contexto da Conferência do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992. O encontro constituiu um marco no regime internacional do meio ambiente, por integrar a abordagem de diversos temas e defender o balanço entre a proteção ambiental e outros aspectos do desenvolvimento, como a superação da pobreza²¹⁶. O conceito de desenvolvimento sustentável foi consagrado nos documentos firmados na ocasião²¹⁷.

A UNFCCC tem como objetivo central alcançar a estabilização da concentração de gases-estufa na atmosfera em níveis que evitem interferência perigosa com o sistema climático²¹⁸. Em outras palavras, busca-se manter as alterações na temperatura média atmosférica em patamares seguros²¹⁹.

A Convenção do Clima divide os países em três grupos. O Anexo I inclui países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e países de economia em transição. O Anexo II abrange os países da OCDE e exclui os últimos. O terceiro grupo, composto pelos países em desenvolvimento, abrange aqueles que não constam em qualquer dos anexos. São normalmente denominados países não integrantes do Anexo I.

²¹⁵ Convenções-quadro são textos normativos que estabelecem finalidades precisas, porém as obrigações são apenas indicadas. Dentro da moldura jurídica estabelecida, as normas são constantemente complementadas, normalmente por meio de conferências das partes, que constituem o órgão decisório máximo. Em sua evolução, frequentemente recebem diplomas acessórios, como anexos e protocolos. Este tipo de tratado é comum na seara ambiental, em que os problemas que se busca solucionar são normalmente complexos e evolutivos. SOARES, Guido F. S. As Regras do Comércio Internacional e seu Confronto com as Normas Internacionais de Proteção Ambiental. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *A OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, p. 205-248, 2002, p. 218.

²¹⁶ A realização da Conferência do Rio teve como antecedente a adoção, por parte da ONU, do relatório “Nosso Futuro Comum”, publicado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1972. O documento, conhecido como Relatório Brundtland, indicou a pobreza nos países do sul e o consumismo extremo dos países do norte como as causas fundamentais da insustentabilidade do desenvolvimento e das crises ambientais. A realização de uma conferência para tratar desses temas foi recomendada pela Comissão.

²¹⁷ Entre eles, encontram-se a Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Agenda 21 e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

²¹⁸ UNFCCC, artigo 2. Segundo as definições estipuladas no artigo 1 da Convenção, o sistema climático compreende a atmosfera, hidrosfera, biosfera e geosfera, bem como suas interações.

²¹⁹ A UNFCCC define mudanças climáticas: “Climate change means a change of climate which is attributed directly or indirectly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods”.

A busca do objetivo central da UNFCCC deve ser pautada nos princípios enumerados em seu artigo 3. O primeiro é conhecido como justiça inter-geracional, conceito que exprime a preocupação de buscar o desenvolvimento da geração atual sem perder de vista os interesses das gerações futuras.

Segue a este o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Segundo esta diretriz, as partes devem colaborar nos esforços para alcançar o objetivo da Convenção conforme suas condições e necessidades particulares, bem como seu grau de vulnerabilidade às mudanças climáticas. As medidas de mitigação devem ser integradas aos programas nacionais de desenvolvimento²²⁰. Este princípio encontra reflexo em outros dispositivos do diploma, como o que reconhece a vulnerabilidade de pequenos Estados insulares, países localizados em áreas costeiras e regiões secas, ou ainda a condição especial dos países de menor desenvolvimento relativo²²¹.

A UNFCCC adota também o princípio da precaução em relação às medidas de mitigação das mudanças climáticas. Desta forma, a ausência de certeza científica absoluta sobre as causas e os efeitos do aquecimento global não deve servir como justificativa para postergar a implementação destas medidas.

O último enunciado entre os princípios determina o apoio mútuo entre os regimes internacionais do clima e do comércio. Reitera a necessidade de cooperação para promover um sistema econômico aberto, que promova o crescimento econômico de todas as partes, à semelhança dos enunciados da Declaração de Doha da OMC. O dispositivo faz clara referência à linguagem do caput do artigo XX do GATT, ao dispor que “[m]easures taken to combat climate change, including unilateral ones, should not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade”²²².

O texto da Convenção estipula compromissos genéricos para as partes, como: (i) elaborar e publicar inventários nacionais de emissões de gases-estufa, discriminando suas diferentes fontes²²³; (ii) elaborar e publicar uma lista dos programas e políticas nacionais concebidos para mitigar as mudanças climáticas; (iii) cooperar com os demais países para promover a pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias, práticas e processos para reduzir ou

²²⁰ O artigo 3.4 da UNFCCC reconhece que o desenvolvimento econômico é um pressuposto para adotar medidas de atenuação das mudanças climáticas.

²²¹ Idem, artigos 4(8) e 4(9).

²²² UNFCCC, artigo 3.5.

²²³ Conforme o artigo 4.1(a), esta obrigação circunscreve-se aos gases-estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal.

prevenir emissões; (iv) promover a gestão adequada dos sumidouros de gases-estufa, como florestas e oceanos.

As partes do Anexo I comprometem-se ainda a adotar políticas nacionais e medidas de mitigação que limitem ou reduzam a emissão de gases-estufa. Segundo o artigo 4.2(a), tais iniciativas devem demonstrar a disposição dos países desenvolvidos em assumir a liderança na modificação dos padrões de emissão. Este dispositivo reafirma o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas, ao consagrar “the need for equitable and appropriate contributions by each of these Parties to the global effort regarding that objective”.

Até novembro de 2010, a Convenção foi ratificada por 194 países. A estrutura administrativa é composta por um Secretariado e as decisões são tomadas pelas Partes por meio de consenso. O órgão decisório máximo é a Conferência das Partes (COP), que se reúne periodicamente. Em caso de controvérsias, as partes devem buscar uma solução negociada. Caso esta não seja alcançada, a disputa deve ser encaminhada à Corte Internacional de Justiça²²⁴.

O mais importante dos documentos adicionais da UNFCCC é o Protocolo de Kyoto. Firmado pelas partes em dezembro de 1997, o diploma estabelece metas obrigatórias de redução de emissões de gases-estufa para os países inscritos no Anexo I da UNFCCC. Este grupo, que corresponde a 40 países mais a União Europeia, deve reduzir suas emissões em relação aos níveis de 1990 ao menos em 5%, no período compreendido entre 2008 e 2012. As metas de redução individuais são discriminadas no Anexo B do Protocolo.

O Protocolo prevê três mecanismos de mercado concebidos para facilitar a consecução dos compromissos vinculantes de limitação de emissões: sistema de comércio de emissões (SCE); mecanismo de implementação conjunta (MIC) e mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL)²²⁵.

Por meio do SCE, as partes do Anexo B podem comercializar as denominadas unidades designadas de emissão (UDEs), divisão estipulada para a quantidade total de emissões atribuída a cada país. Desta forma, os países que alcançarem reduções superiores à meta estipulada podem vender as unidades restantes àqueles que ultrapassarem o seu limite²²⁶.

No mecanismo de implementação conjunta, as partes do Anexo I podem implementar conjuntamente suas metas e adquirir unidades de emissão decorrentes de projetos realizados

²²⁴ UNFCCC, artigo 14.

²²⁵ Protocolo de Kyoto, artigos 3.10 e 3.11.

²²⁶ Idem, artigos 4 e 6.

por outras partes integrantes deste Anexo. No mecanismo de desenvolvimento limpo, a comercialização de créditos se dá entre partes do Anexo I e partes não integrantes. Ou seja, no último caso, países desenvolvidos podem adquirir unidades a partir de projetos realizados em países em desenvolvimento, enquanto o primeiro funciona entre países desenvolvidos. No caso do MIC, os créditos transferidos são denominados unidades de redução de emissão (UREs), enquanto no MDL, certificados de redução de emissão (CREs). Assim como as UDEs, estes instrumentos são referidos simplesmente como unidades ou certificados de emissão, ou mais coloquialmente como créditos de carbono.

Cumpra salientar que a UNFCCC e o Protocolo de Kyoto não especificam a forma pela qual as partes devem alcançar seus objetivos ou metas quantitativas, embora enumerem alguns exemplos de medidas que podem ser empregadas. Desta forma, resta uma larga margem de discricionariedade aos países quanto à forma de cumprimento de suas obrigações.

Na 13ª Conferência das Partes da UNFCCC, realizada em dezembro de 2007, na cidade indonésia de Bali, as Partes adotaram um programa de trabalho para concluir os compromissos referentes ao primeiro período de compromissos do Protocolo de Kyoto, que se encerra em 2012 – o *Bali Roadmap*. O plano inclui o lançamento de um Fundo de Adaptação, a fim de apoiar os países mais vulneráveis na adoção de medidas para amenizar os impactos das mudanças climáticas²²⁷. Em Bali, também se estipulou uma forma de negociação em “dois trilhos”, conduzidos por dois grupos de trabalho *ad hoc*: um voltado à ação cooperativa de longo prazo (grupo-ACLP), no âmbito da Convenção e outro no âmbito do Protocolo de Kyoto. Enquanto o primeiro busca soluções de longo prazo para as questões mais controversas, o último se encarrega primordialmente da negociação das metas para o segundo período de compromissos²²⁸.

Paralelamente à Conferência de Bali, ministros de comércio de alguns Estados partes reuniram-se para discutir questões que inter-relacionam comércio e mudanças climáticas. Os

²²⁷ ICTSD. *Conferência de Bali termina com mapa de negociações sobre mudanças climáticas*. Pontes Quinzenal, V. 2, N. 18, 17 dez. 2007. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontesquinzenal/5306/>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

²²⁸ O Grupo de Trabalho sobre Ação Cooperativa de Longo Prazo encarrega-se de debater cinco pontos centrais das negociações climáticas: (i) um ponto de vista comum sobre as medidas de cooperação de longo prazo, inclusive uma meta global de longo prazo para a redução de emissões, a fim de alcançar o objetivo final da Convenção; (ii) a intensificação das medidas nacionais/internacionais de mitigação da mudança do clima; (iii) a intensificação das medidas de adaptação; (iv) a intensificação das medidas de desenvolvimento e transferência de tecnologia em apoio às medidas de mitigação e adaptação; e (v) a intensificação das medidas relativas ao fornecimento de recursos financeiros e investimento em apoio às medidas de mitigação e adaptação, bem como a cooperação tecnológica. VIOLA, Eduardo; MACHADO FILHO, Haroldo. *Os BICs (Brasil, Índia e China) e as negociações de mudança climática*. Breves Cindes, ago. 2010. Disponível em: <http://www.cindesbrasil.org/site2010/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=14&view=finish&cid=107&catid=4>. Acesso em: 26 set. 2010.

delegados abordaram as potenciais tensões comerciais decorrentes da ausência de metas vinculantes de redução de emissões para as maiores economias. As autoridades comerciais europeias sugeriram a imposição de ajustes nas tarifas de importação sobre os produtos de países que não assumirem ou cumprirem metas climáticas. Esta posição enfrentou resistência por parte dos EUA e de representantes dos países em desenvolvimento. Os últimos ressaltaram que a imposição de sanções comerciais nos termos da proposta europeia violaria o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas²²⁹.

O tema das medidas comerciais foi novamente debatido na 15ª Conferência das Partes de Copenhague, realizada em dezembro de 2009. Nesta ocasião, a incorporação de provisões sobre medidas de ajuste na fronteira foi incluída nos esboços de texto que serviram de base às negociações, com variações quanto à rigidez de sua disciplina. O tema, que naturalmente continuava a despertar forte oposição, não encontrou espaço em meio aos debates sobre outras questões prioritárias das negociações climáticas, como a renovação dos compromissos, a inclusão de grandes poluidores nas metas obrigatórias de redução e o financiamento para ações climáticas nos países em desenvolvimento²³⁰.

A Conferência de Copenhague foi cercada de grandes expectativas sobre da celebração de um acordo climático global abrangente. Ambos os grupos de trabalho –ACLP e Protocolo de Kyoto – deveriam apresentar a conclusão de suas atribuições no encontro. No entanto, não se alcançou consenso para cumprir o mandato daquela Conferência – negociar novas metas obrigatórias de redução para os países industrializados; definir recursos financeiros para mitigação e adaptação às mudanças climáticas; e reformar mecanismos de mitigação. O documento produzido ao final, o Acordo de Copenhague, possui caráter meramente político, desprovido de força vinculante, uma vez que não foi assinado por todas as Partes da UNFCCC²³¹. O texto dispõe que as partes do Anexo I devem informar suas metas de redução e as partes não integrantes devem informar suas ações de mitigação ao Secretariado.

Na 16ª Conferência das Partes, realizada em Cancun, em dezembro de 2010, as expectativas não alcançaram o mesmo patamar. Não se aguardava um acordo amplo e detalhado sobre metas de redução de emissões. Porém, alguns temas específicos obtiveram

²²⁹ Idem.

²³⁰ ICTSD. *Um balanço de Copenhague: reuniões políticas de alto-nível, mas resultados pouco ambiciosos*. Pontes especial de Copenhague, N. 2, 22 dez. 2009. Disponível em: <<http://ictsd.org/climate-change/copenhagen-updates/portugues/>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

²³¹ O Acordo de Copenhague foi criticado por ter sido forjado com a participação de um grupo seletivo de países – cerca de 30 – considerados pivôs para as negociações climáticas. Esta forma de negociação foi considerada discriminatória e não-transparente por diversos países, que se recusaram a assinar o documento. Entre eles, Bolívia, Costa Rica, Cuba, Nicarágua, Tuvalu e Venezuela.

avanço significativo, como financiamento e mecanismo de Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação²³². O propósito de renovar ou modificar as metas de redução, no âmbito do Protocolo de Kyoto ou em novo documento, em continuação ao período de compromissos em vigor até 2012, foi postergado para a 17ª Conferência das Partes, a se realizar em 2011.

O Protocolo de Kyoto permanece até então, sem sucessor. Este documento, embora constitua o marco regulatório que molda as tendências atuais do regime climático, apresenta fragilidades essenciais, as quais são diretamente relacionadas à dificuldade em obter consenso para a sua sucessão. Isso porque este exercício envolve delicadas questões de equilíbrio político e noções de desenvolvimento.

Como explica Eli da Veiga, na prática, o único critério adotado para definir as responsabilidades pelas emissões consiste na contribuição histórica dos países. Assim, todos os países em desenvolvimento foram eximidos de assumir metas obrigatórias de limitar emissões, o que inclui alguns dos maiores emissores. Segundo o autor, se por um lado, o critério histórico é claramente justificável, sua adoção de forma exclusiva é bastante discutível, especialmente do ponto de vista da sustentabilidade. Dado o caráter global do aquecimento atmosférico, a isenção de responsabilidade para este grupo de países torna o Protocolo de Kyoto um mecanismo bastante débil²³³.

Este fato tem sido utilizado como argumento para que outros países deixem de assumir compromissos sob o acordo. Os EUA constituem o exemplo emblemático. A não participação dos países emergentes nas metas de redução foi apresentada pelo Congresso como motivação para rejeitar a ratificação do Protocolo de Kyoto, já assinado pelos representantes estadunidenses junto à UNFCCC. Alegou-se como principal preocupação a potencial perda de competitividade da indústria estadunidense, que enfrentaria custos para se adaptar às exigências regulatórias decorrentes das obrigações assumidas sob o Protocolo, enquanto seus concorrentes estrangeiros não assumiriam ônus semelhante²³⁴.

²³² ICTSD. *Cancun: um passo à frente em relação a Copenhague*. Pontes, V. 6, N. 5, dez. 2010. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontes/99009/>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

²³³ VEIGA (2009), op. cit., p. 13-14.

²³⁴ Carlarne cita a comunicação da administração Bush ao Congresso, que resume estas preocupações: “Although the United States has signed Kyoto, the current administration continues to oppose ratification, because Kyoto ‘exempts 80 of the world... from compliance, and would cause serious harm to the US economy’. The United States emphasizes that, unless key developing countries, such as India and China, are subject to binding greenhouse gas emission reduction obligations, Kyoto cannot effectively combat global climate change”. CARLARNE, Cinnamon. *The Kyoto Protocol and the WTO: Reconciling tensions between free trade and*

EUA, União Europeia e China formam o grupo de países com maior peso nas negociações do clima. Viola e Machado Filho apontam os três como as “grandes potências climáticas”. Conjuntamente, elas respondem por 60% das emissões globais de carbono. Também possuem uma espécie de poder de veto sobre qualquer acordo climático global, que se torna inviável sem o pleno engajamento de uma delas. O alinhamento verificado entre EUA e UE nos planos econômico e político não se repete no campo climático, pois a UE defende uma arquitetura global efetiva para a transição ao baixo carbono, enquanto EUA e China permanecem resistentes a um acordo global abrangente e vinculante²³⁵.

A postura dos EUA é apontada como um dos principais fatores a debilitar o sistema multilateral do clima. Os esforços da comunidade internacional para abordar a questão das mudanças climáticas são significativamente prejudicados pela insistência dos EUA em permanecer à margem do Protocolo de Kyoto e por sua tímida atuação junto à UNFCCC²³⁶.

No caso da China, o posicionamento apresentado pelo governo fundamenta-se fortemente no princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Segundo o discurso chinês, os países desenvolvidos devem assumir a liderança na mitigação das emissões globais, enquanto o crescimento econômico dos países em desenvolvimento deve ser priorizado, ainda que isso implique aumento ainda maior de suas emissões. Outro argumento consiste no reduzido nível de emissão per capita, em comparação aos países desenvolvidos²³⁷.

A despeito da rigidez nas posições principais, pode-se observar certo grau de flexibilização na postura recente dos EUA e da China. A administração do presidente Barack Obama mostra-se mais favorável ao engajamento dos EUA na regulação climática, a exemplo

environmental objectives. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 17, p. 45-88, 2005-2006, p. 59.

²³⁵ Viola e Machado Filho apontam ainda outros fatores condicionantes do posicionamento das grandes potências climáticas. A atual formação política do Congresso estadunidense e a falta de afinidade com a administração Obama no que toca às questões climáticas, bem como a resistência da China em valorizar a sua moeda constituem dimensões do sistema internacional que têm impacto decisivo sobre a dimensão climática. VIOLA; MACHADO FILHO (2010), op. cit., p. 2-3. Para Heggelund, é importante destacar que a questão climática não figura como tema prioritária na agenda política da China. HEGGELUND, Gørild. China's climate change policy: Domestic and international developments. *Asian Perspective*, v. 31, n. 2, p. 155-191, 2007, p. 168. O mesmo pode ser dito dos EUA, a despeito da mencionada divergência entre os poderes Executivo e Legislativo daquele país.

²³⁶ A respeito do prejuízo representado pela fraca atuação dos EUA no âmbito da UNFCCC e da não ratificação do Protocolo de Kyoto, Carlarne sublinha: “While US efforts promote international cooperation to address climate change, the United States’ insistence on operating outside the auspices of the UNFCCC and the Kyoto Protocol potentially undermines the legitimacy and efficacy of a powerful international framework for climate change”. CARLARNE, Cinammon. Climate change policies an ocean apart: EU & US climate change policies compared. *Pennsylvania State Environmental Law Review*, v. 14, n. 3, p. 101-148, mar. 2006, p. 111.

²³⁷ Como aponta Heggelund, o tema das mudanças climáticas não se encontra entre as prioridades da agenda política da China. Ademais, esta pauta é fortemente vinculada à agenda de energia e desenvolvimento econômico, o que faz com o tratamento do tema pelos formuladores de política externa e negociadores internacionais chineses que seja afetado mais facilmente por outras áreas. HEGGELUND (2007), op. cit., p. 156.

dos esforços para a aprovação de uma legislação climática nacional. Contudo, a resistência do partido republicano impediu a consecução deste propósito no Congresso, especialmente após a vitória do partido nas últimas eleições parlamentares²³⁸. Por sua vez, recentemente a China passou a assumir parcela de responsabilidade pelas emissões globais e a admitir a necessidade de tomar medidas para reduzir as emissões em seu território. A constatação da vulnerabilidade do país aos efeitos das mudanças climáticas contribui para esta reorientação²³⁹.

Além dos três países mais influentes nas negociações climáticas, há o grupo de países denominado por Viola e Machado Filho como “potências climáticas médias”: Índia, Rússia, Brasil, Indonésia, Japão, México, Canadá, África do Sul, Coreia do Sul e Arábia Saudita. Somados, estes países emitem aproximadamente 25% das emissões globais de gases-estufa. Ainda que não tenham o mesmo peso que as grandes potências, o conjunto possui relevância para a celebração de um acordo climático multilateral.

Dentre estes, os países em desenvolvimento – em especial Brasil e Índia – alinham-se ao discurso chinês, notadamente no que toca à responsabilidade histórica dos países desenvolvidos. Em geral, defendem que suas emissões podem ser elevadas em função do crescimento econômico, tendo em conta também o baixo nível de emissão per capita em seus territórios²⁴⁰. Outro argumento comum consiste no questionamento do princípio do poluidor-

²³⁸ Em discurso à ONU, o presidente Barack Obama expressou os esforços dos EUA para combater o aquecimento global, bem como a postura inovadora de sua administração em relação à questão. REUTERS. *Obama's U.N. speech on climate change*. (22/11/2009). Disponível em: <<http://in.reuters.com/article/idINIndia-42626520090922>>. Acesso em: 03 ago. 2010. Por outro lado, diversos membros do partido republicano criticam a tentativa de atribuir preço às emissões de carbono. Após as últimas eleições parlamentares, ocorridas em novembro de 2010, os republicanos assumiram o controle da Câmara dos Deputados e obtiveram mais assentos no Senado. Segundo analistas políticos, esta nova configuração do Congresso reduz drasticamente as chances de aprovação do projeto de lei sobre mudanças climáticas ainda no primeiro mandato do presidente Barack Obama. REUTERS. *Vitória republicana prejudica planos de Obama para o clima*. (03/11/2010). Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/worldNews/idBRSPE6A20GX20101103>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

²³⁹ Nielson aponta a mudança na postura e a vulnerabilidade de China e Índia: “Over the past five years or so, China has demonstrated an increasing realization that it has ownership in the outcomes of a warming world. As China grows, it recognizes that it too will bear the potential costs of increasing storm intensity, rising sea levels, shifting water availability and agricultural productivity, as well as changing disease migration. Indeed, China has identified that climate changes due to global warming are already occurring in its territory”. “Himalayan glacier retreat, and sea level rise around the low-lying coastal metropolises of Mumbai and Chennai all threaten India’s growing population. Indeed, Hurricane Nargis’ devastating impact in Myanmar in May 2008 was presented in the Indian press as illustrative of this threat”. NIELSON, Leslie. *Climate change policy: Brazil, China, India and Russia*. 2009. Disponível em: <<http://www.aph.gov.au/LIBRARY/pubs/bn/2008-09/ClimateChange.htm>>. Acesso em: 15 de junho de 2010. Nesse sentido, Heggelund também assinala: “However, due to the increasing droughts in North China, decrease in runoff of major rivers, flooding in the south, sea-level rise, glacial shrinkage in western China (by 21 percent), and other natural disasters, the authorities have begun to pay greater attention to the vulnerability issue. [...] Increasing temperature levels could have a negative impact on agricultural production—and China’s agriculture is already under pressure due to environmental degradation and pollution. Climate change will further exacerbate this pressure”. HEGGELUND (2007), op. cit., p. 166.

²⁴⁰ Nesse sentido, Heggelund aponta um argumento empregado pela China: “Chinese negotiators have contrasted the “survival emissions” of developing countries with the “luxury emissions” of developed countries, saying that

pagador. Segundo esta linha, o emprego exclusivo do critério de responsabilização pelas emissões com base na produção não é justo²⁴¹, uma vez que parte significativa dos gases-estufa resulta da produção de bens que serão consumidos nos países desenvolvidos²⁴².

Os países em desenvolvimento também buscam condicionar seus compromissos à transferência de recursos e tecnologia por parte dos países desenvolvidos. Estes, em contrapartida, exigem que o acesso a recursos seja vinculado à possibilidade de monitoramento e à obrigação dos beneficiários de reportar sobre a gestão. Defendem, assim, o que denominam ações mensuráveis, reportáveis e verificáveis, proposta frontalmente rejeitada pelos países em desenvolvimento, em especial pela China. Este constitui outro foco de impasse nas negociações²⁴³.

Recentemente, contudo, pode-se observar certa flexibilização também no posicionamento destes países. O Brasil tradicionalmente manteve discurso alinhado ao da China em relação à responsabilidade dos países desenvolvidos e à resistência em assumir compromissos de redução de emissões²⁴⁴. Entretanto, na Conferência das Partes de Copenhague, em 2009, o governo brasileiro anunciou o compromisso voluntário de reduzir entre 36% e 39% as emissões projetadas para 2020 em um cenário de ausência de regulamentação, também conhecido como “*business as usual*”.

China e Índia também assinalaram concessões, porém mais limitadas. Ao invés de assumirem metas de reduzir emissões, os países se propõem a diminuir a intensidade de carbono de suas economias, isto é, o volume de emissão por unidade do produto interno bruto (PIB). Assim, ainda que menor volume de gases-estufa seja lançado por cada unidade de riqueza produzida, admite-se que o total das emissões seja elevado. A Índia pretende reduzir a sua intensidade de carbono em 25% até 2020, em comparação aos níveis de 2005. No documento apresentado pela China ao Secretariado da UNFCCC, no âmbito das notificações

the developed countries should change their own patterns of production and consumption, not force developing countries to remove food from people's tables”.

²⁴¹ Conhecido como critério do poluidor-pagador, este conceito é largamente adotado no regime internacional do meio ambiente.

²⁴² Segundo estudo produzido pelo Instituto Alemão de Desenvolvimento, em 2005, as emissões de CO₂ envolvidas na produção de bens comercializados internacionalmente corresponderam a 27% do total das emissões relacionadas ao uso de energia. O estudo desenvolve o conceito de ‘balanço de carbono’, que contabiliza as emissões envolvidas com a exportação ou importação de bens. Os países membros da OCDE importam 85% das emissões decorrentes dos bens comercializados, dos quais 30% apenas pelos EUA. Todos os países da OCDE consomem ao menos 30% mais emissões do que produzem. Por sua vez, os países membros do G-77, grupo composto por PEDs, consomem 23% menos emissões do que produzem. GERMAN DEVELOPMENT INSTITUTE. *Counting CO₂ emissions in a globalised world: producer versus consumer-oriented methods for CO₂ accounting*. 2010. Disponível em: <<http://www.die-gdi.de>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

²⁴³ ICTSD. *Cancun: Will COP16 live up to low expectations?* Bridges Trade BioRes Review, V. 4, N. 4, nov. 2010. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/bioresreview/97127/>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

²⁴⁴ NIELSON (2009), op. cit.

requeridas pelo Acordo de Copenhague, o país declara o alvo de diminuir em 45% a sua intensidade com base no mesmo período, de forma voluntária²⁴⁵.

Parte da flexibilização no posicionamento de Brasil, China e Índia deve-se ao maior grau de abertura verificado no debate e formulação de políticas climáticas nestes países. A maior participação de setores da sociedade civil contribui para que os governos sejam pressionados a adotar critérios de sustentabilidade em seus planos de desenvolvimento e a elevar o padrão de suas regulações ambientais.

A alteração na postura destes países-chave é apontada como primeiro passo para a adoção de compromissos pelas economias emergentes no âmbito de um acordo global. Tais mudanças têm sido acompanhadas por esforços de implementar políticas climáticas em nível nacional. A seção seguinte apresenta os principais programas e ações de mitigação das mudanças climáticas em cinco países-chave do regime climático. Tendo em vista que um levantamento exaustivo das políticas climáticas de todos os países é demasiadamente amplo para o escopo do presente trabalho, optou-se por destacar as linhas principais nas políticas de UE, EUA, Brasil, China e Índia.

3.2. Regulação unilateral – políticas de países selecionados

Dentro do amplo espaço regulatório permitido no âmbito da UNFCCC e do Protocolo de Kyoto, os países têm concebido diversos tipos de programas e medidas com vistas à mitigação das mudanças climáticas.

Estes são tradicionalmente divididos em duas categorias: (i) medidas regulatórias (tipo também conhecido como *command-and-control*), como regulamentos e padrões; e (ii) medidas econômicas, como impostos e subsídios, bem como limites e licenças de emissão²⁴⁶. Esta última categoria reflete a tendência de internalizar os custos ambientais das emissões de gases-estufa, uma vez que, conforme identificado anteriormente, as mudanças climáticas são consideradas, em termos econômicos, como externalidades negativas das atividades produtivas. Esta tendência se reflete na multiplicação de iniciativas para estabelecer sistemas domésticos de comércio de emissões. Este mecanismo, que será examinado adiante, envolve a estipulação de um teto para as emissões de gases-estufa e a distribuição de licenças que refletem este limite, as quais podem ser comercializadas entre os agentes econômicos.

²⁴⁵ VIOLA e MACHADO FILHO (2010), op. cit., p. 8-9.

²⁴⁶ WTO-UNEP. *Trade and climate change*. 2009. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/trade_climate_change_e.pdf>. Acesso em 12 jul. 2010.

Diversos governos têm buscado estabelecer esquemas do tipo, também conhecidos como *cap-and-trade*²⁴⁷.

Os países da União Europeia submetem-se a um sistema de comércio de emissões comunitário. Outros países buscam implantar esquemas semelhantes: Austrália, EUA, Noruega, Nova Zelândia, Reino Unido e Suíça. Algumas iniciativas ocorrem em nível federativo, como em alguns estados ou cidades dos EUA e Canadá (Alberta, Califórnia, estados integrantes da Western Climate Initiative e da Regional Greenhouse Gas Initiative²⁴⁸), Austrália (Nova Gales do Sul) e Japão (Tóquio).

Além dos mecanismos de mercado, as políticas climáticas dos países incluem ainda medidas como: incentivos fiscais para promover o desenvolvimento e a utilização de tecnologias de eficiência energética e de baixo carbono; regulamentos técnicos que estimulem o uso destas tecnologias e bens a ela associados; programas de estímulo à produção e ao uso de energias renováveis²⁴⁹ e; programas de mitigação de emissões relacionadas à agricultura e mudanças no uso da terra²⁵⁰.

3.2.1. Brasil

O Brasil emitiu, em 2007, cerca de 373 milhões de toneladas de carbono, excluídas as formas de uso do solo²⁵¹. Incluída esta última fonte, em 2009, foram liberadas aproximadamente 1,8 bilhão de toneladas de carbono, o que corresponde a aproximadamente 4% das emissões globais de gases-estufa. Com essa marca, o país figura na sétima posição entre os maiores emissores mundiais, com emissão per capita correspondente a 1,2 toneladas

²⁴⁷ IEA. *Reviewing existing and proposed emissions trading systems*. Nov. 2010. Disponível em: <http://www.iea.org/papers/2010/ets_paper2010.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2010.

²⁴⁸ Integram a Western Climate Initiative os estados do Arizona, British Columbia, Califórnia, Manitoba, Montana, New México, Ontario, Oregon, Quebec, Utah e Washington. A Regional Greenhouse Gas Initiative inclui Connecticut, Delaware, Maine, Maryland, Massachusetts, New Hampshire, New Jersey, New York, Rhode Island e Vermont.

²⁴⁹ Além de incentivos fiscais e outras formas de apoio financeiro, uma medida comum de estímulo ao uso de energia renovável consiste nas metas de aumento na produção e mandatos de mistura obrigatória de biocombustíveis aos combustíveis fósseis. Atualmente, cerca de 27 países e 36 estados ou províncias introduziram legislações para mistura obrigatória. A determinação frequentemente estipula a mistura de 10% de etanol à gasolina. REN21. *Renewables 2010 Global Status Report*. Disponível em: <http://www.ren21.net/Portals/97/documents/GSR/REN21_GSR_2010_full_revised%20Sept2010.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2010.

²⁵⁰ UNEP-WTO (2009), op. cit., p. 88.

²⁵¹ Diversas bases de informação quantitativa sobre emissões de gases-estufa excluem as formas de uso da terra, que incluem o desmatamento. WORLD RESOURCES INSTITUTE. *Climate Analysis Indicators Tool (CAIT)*. Disponível em: <<http://cait.wri.org/cait.php?page=yearly&mode=view>>. Acesso em: 27 out. 2010.

de carbono por cada mil dólares de PIB. Aproximadamente 55% das emissões no país decorrem do desmatamento²⁵². O país possui uma das matrizes energéticas mais limpas do mundo, composta em 47% por energias renováveis²⁵³.

Nos últimos anos, a política climática brasileira avançou significativamente no campo legal e institucional. Por meio da Lei Federal Nº 12.187, de 2009, foi instituída a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC). Esta legislação-quadro estipula objetivos centrais e diretrizes para buscar a redução das emissões de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a proteção do sistema climático²⁵⁴. O diploma institui a meta de redução voluntária nas emissões nacionais de gases-estufa entre 36,1% e 38,9%, até 2020, conforme anunciado pelo governo brasileiro na 15ª Conferência das Partes da UNFCCC, em Copenhague²⁵⁵. Criada em 1999, a Comissão Interministerial de Mudanças Climáticas recebeu poderes para coordenar as políticas públicas do setor²⁵⁶. Criou-se também o Fundo Nacional sobre Mudanças Climáticas (FNMC), com a finalidade de assegurar recursos para apoio a projetos ou financiamento de empreendimentos que visem à mitigação de emissões e à adaptação aos efeitos da mudança do clima²⁵⁷.

Em vigor desde 2008, o Plano Nacional de Mudança do Clima constitui uma das ferramentas da PNMC e estipula metas a serem buscadas de forma voluntária pelo país, entre as quais se destacam²⁵⁸:

- (i) aumentar a eficiência energética de forma a reduzir em 10% o consumo de energia até 2030;
- (ii) aprimorar a rede de distribuição de energia, a fim de reduzir o desperdício;
- (iii) manter ou aumentar a participação de energias limpas na matriz energética;

²⁵² VIOLA e MACHADO FILHO (2010), op. cit., p. 8-9.

²⁵³ A participação da energia hidrelétrica e do etanol como combustível contribuem significativamente para que a matriz energética brasileira seja uma das mais limpas do mundo. A hidroeletricidade corresponde a 15% e os produtos da cana a 10% da matriz energética. MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Política energética brasileira e perspectivas para a energia solar*. 2010. Disponível em: <http://www.iiicbens.com.br/RobertoMeira_MME.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2010.

²⁵⁴ BRASIL. Lei Nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm>. Acesso em: 27 de março de 2010, artigo 4º.

²⁵⁵ Idem, artigo 12.

²⁵⁶ A Comissão Interministerial de Mudanças Climáticas é composta por 10 ministérios e pelo Gabinete Casa Civil.

²⁵⁷ O FNMC foi criado pela Lei Nº 12.114. BRASIL. Lei Nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12114.htm>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2010.

²⁵⁸ O Plano Nacional de Mudança Climática foi instituído por meio do Decreto nº 6.263. BRASIL. Decreto nº 6.263, de 21 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6263.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2010.

- (iv) ampliar a co-produção de energia elétrica a partir do bagaço de cana-de-açúcar nas usinas de processamento em 11% até 2030;
- (v) ampliar o uso de biocombustíveis nos setores industrial e de transporte, bem como consolidar o mercado internacional do setor;
- (vi) reduzir a taxa de desmatamento na região amazônica em 70% até 2017;
- (vii) eliminar a perda líquida de cobertura vegetal até 2015.

O desmatamento, principal fonte de emissões de gases-estufa no Brasil e um dos mais graves estigmas do país na seara ambiental, foi reduzido significativamente nos últimos anos, em números absolutos. A despeito destes esforços, aproximadamente 61% das emissões brasileiras ainda decorrem do uso da terra e florestas, participação que apresenta tendência de elevação ainda maior²⁵⁹.

Entre outras medidas concebidas para a mitigação das mudanças climáticas, destacam-se os programas nas frentes de biocombustíveis, eficiência energética e eletricidade de fontes renováveis. Nesta última categoria, desde 2004, vigora no Brasil o novo modelo institucional do setor elétrico²⁶⁰. As concessionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia devem garantir, por meio de licitação, o atendimento à totalidade de seu mercado. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) já realizou leilões nas categorias de energia eólica e biomassa²⁶¹. Complementarmente, o Programa de Incentivo a Fontes Alternativas de Energia Elétrica estabelece um mercado compulsório para energia. Na primeira fase, o programa contará com um sistema de subsídios e incentivos para instalar 3.300 megawatts (equivalente a 1% da capacidade instalada no país) de capacidade de produção de energia baseada em biomassa, energia eólica e hidrelétricas de pequeno porte. Na segunda fase, ainda não regulamentada, esta capacidade deverá ser aumentada²⁶².

²⁵⁹ A participação dos demais setores no total de emissões do Brasil corresponde a: 19% - agricultura; 15% - setor de energia; 3% - processos industriais; e 2% - do tratamento de resíduos. AGÊNCIA BRASIL. *Emissões brasileiras de gases estufa aumentaram cerca de 60% entre 1990 e 2005*. 27/10/2010. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/selecao-diaria-de-noticias/midias-nacionais/brasil/agencia-brasil/2010/10/27/emissoes-brasileiras-de-gases-estufa-aumentaram>>. Acesso em: 27 out. 2010.

²⁶⁰ LA ROVERE, Emílio Lèbre e PEREIRA, André Santos. *Brazil and climate change: a country profile*. 2007. Disponível em: <<http://www.scidev.net/en/policy-briefs/brazil-climate-change-a-country-profile.html>>. Acesso em: 03 de abril de 2010.

²⁶¹ ANEEL. *Leilões de fontes alternativas e de energia de reserva são promovidos pela ANEEL*. (25/08/2010). Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias_boletim/?fuseaction=boletim.detalharNoticia&idNoticia=767>. Acesso em: 27 out. 2010.

²⁶² LA ROVERE; PEREIRA (2007), op. cit.

Por meio do Mandato de Eficiência Energética de Equipamentos, a ANEEL exige que as distribuidoras de energia elétrica invistam ao menos 0,5% de seu lucro líquido em medidas para reduzir o desperdício²⁶³.

3.2.2. China

Em alternância com os EUA na posição de maior emissor mundial nos últimos anos, a China emitiu 6,7 bilhões de toneladas de carbono equivalente em 2007, o que equivale a 23% do total mundial. As emissões na China crescem à alarmante taxa de 8% ao ano, uma das mais altas do mundo, o que se explica pela demanda energética que acompanha o pujante crescimento econômico do país. Visto que a manutenção das altas taxas de crescimento constitui a prioridade declarada pelo governo chinês, espera-se que a demanda por energia continue a aumentar, assim como as emissões em termos absolutos²⁶⁴. Este argumento é reforçado pelo fato de que a emissão per capita do país é apenas média²⁶⁵.

A economia chinesa é altamente intensiva em carbono²⁶⁶, uma vez que parte significativa da geração de energia baseia-se em carvão, recurso abundante no país. Em função deste cenário, a redução das emissões de gases-estufa no país demanda custos elevados em comparação ao Brasil²⁶⁷. Assim, os esforços de mitigação de emissões direcionam-se primordialmente à redução da intensidade de carbono, por meio da diversificação da matriz energética com a incorporação de fontes de energia renováveis²⁶⁸.

Em virtude desta nova política, a produção tem se tornado menos atrelada ao carvão. A participação de compostos deste tipo na matriz energética foi reduzida de 75%, em 1996, para 67,7%, em 2004²⁶⁹. Entre as ações voltadas para a descarbonização da economia, encontra-se

²⁶³ ANEEL. *Energy Efficiency*. Disponível em:

<<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=262&idPerfil=13>>. Acesso em: 24 de agosto de 2010.

²⁶⁴ A China tem anunciado o plano de quadruplicar o seu PIB até 2020, o que deve dobrar o consumo de energia no país. Como aponta Heggelund: “China’s dilemma is the increasing demand for energy as the economy develops and living standards rise”. HEGGELUND (2007), op. cit., p. 161-162.

²⁶⁵ WORLD RESOURCES INSTITUTE. *Climate Analysis Indicators Tool* (CAIT). Disponível em: <<http://cait.wri.org/cait.php?page=yearly&mode=view>>. Acesso em: 27 out. 2010.

²⁶⁶ A intensidade de carbono da China corresponde a 1 tonelada de carbono por cada 1.000 dólares do PIB, a 12ª mais alta do mundo. Idem.

²⁶⁷ O carvão deve permanecer como principal fonte energética para a China no futuro próximo. Com reservas estimadas em 114 bilhões de toneladas, o combustível deve constituir 53% da energia consumida na China em 2030. HEGGELUND (2007), p. 161-162.

²⁶⁸ Segundo Viola e Machado Filho, o custo de redução de emissões da China é alto, mas seria viável com a reorientação para um modelo baseado no crescimento da produtividade e com cooperação internacional em tecnologia por parte dos países desenvolvidos. VIOLA e MACHADO FILHO (2010), op. cit., p. 5.

²⁶⁹ HEGGELUND (2007), op. cit., p. 162.

a Lei Nacional de Energia Renovável, a qual estipula a meta de aumentar de 7% para 16% a participação de fontes renováveis como energia primária, até 2020.

O governo chinês tem promovido também diversas iniciativas denominadas “carvão avançado”. Por meio de parcerias com o Reino Unido e com países asiáticos, estão em desenvolvimento tecnologias de captura e estocagem de carvão em fábricas, bem como pesquisas em energia limpa²⁷⁰.

A China lançou, em 2007, o Plano Nacional de Mudança Climática, como diretriz política para mitigação de emissões e adaptação às mudanças climáticas. O principal desafio lançado no plano foi traduzido no Plano Quinquenal de Desenvolvimento Econômico e Social, o qual estipula o objetivo maior de reduzir, até 2010, a intensidade energética em 20% com relação aos níveis de 2005²⁷¹.

Entre as ações específicas implementadas pelo governo chinês em conexão a este objetivo central, destacam-se:

- (i) um programa voltado às empresas que mais consomem energia, pelo qual assumem metas de economia de energia, que são monitoradas;
- (ii) o fechamento compulsório de usinas elétricas e fábricas ineficientes;
- (iii) imposição de padrões de eficiência energética para prédios, indústrias e bens finais;
- (iv) imposição de padrões de eficiência no consumo de combustível para veículos de passageiros.

A estes programas, soma-se uma política industrial de tributação mais elevada para produtos intensivos em energia. Desde 2006, foram elevados os impostos de exportação sobre diversos produtos cuja fabricação envolve alto consumo energético. Níquel, alumínio e outros metais receberam sobretaxa de 15%; aço de 10%; e carvão e petróleo de 5%. O Plano chinês inclui ainda uma meta de reflorestamento, pela qual se espera reforçar a cobertura vegetal, de 14% para 18% do território. Até 2005, estima-se que a expansão das áreas de mata nativa no país contribuiu para retirar 3 bilhões de toneladas de carbono da atmosfera²⁷².

²⁷⁰ A China pretende ainda integrar a maior fábrica do país no projeto US FutureGen “carvão limpo”, que almeja desenvolver o primeiro sistema integrado de sequestro de carbono e pesquisa de produção de hidrogênio na mesma unidade. PEW CENTER. *Climate change mitigation measures in the People's Republic of China*, N. 1, abr. 2007. Disponível em: <<http://cait.wri.org/cait.php?page=yearly&mode=view>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

²⁷¹ NIELSON (2009), op. cit.

²⁷² PEW CENTER (2007), op. cit.

A China também participa ativamente no MDL do Protocolo de Kyoto, respondendo por aproximadamente 40% dos certificados decorrentes deste tipo de projeto no mundo. Segundo Nielson, esta pode ser a forma preferencial de participação do país em um acordo climático multilateral²⁷³.

3.2.3. Índia

Uma das grandes economias emergentes, a Índia coloca-se entre os cinco maiores emissores mundiais, com a marca de 1,4 bilhões de toneladas de carbono ao ano, o que corresponde a 4,8% do total global. Contudo, o país possui uma das mais baixas emissões per capita do mundo²⁷⁴. Isso se deve ao elevado nível de pobreza, que implica baixo consumo médio de energia. Por outro lado, devido à baixa eficiência energética e à alta participação do carvão e do petróleo em sua matriz energética, a economia apresenta elevada intensidade de carbono²⁷⁵.

À semelhança da China, a prioridade na agenda política encontra-se sobre o crescimento econômico e a elevação da renda média. Conforme estes objetivos forem alcançados, espera-se que as emissões de gases-estufa aumentem²⁷⁶. Entretanto, desde a década de 1980, o governo indiano busca implementar medidas para garantir a segurança energética do país, as quais possuem reflexos também para as emissões. Tais ações enfatizam particularmente a eficiência energética e o aumento na participação de energias renováveis. Contudo, os efeitos destes programas são parcialmente compensados pela expansão no uso de energia comercial, em substituição a outras fontes tradicionais, como lenha e carvão²⁷⁷.

Em 2008, a Índia publicou o seu Plano de Ação Nacional de Mudança Climática, que identifica as frentes prioritárias para a adaptação e mitigação de emissões. Entre os instrumentos relacionados, encontram-se programas de incentivo ao uso de energias renováveis, eficiência energética e reflorestamento. Diversos destes programas estão

²⁷³ Nielson (2009), op. cit.

²⁷⁴ WORLD RESOURCES INSTITUTE (2010), op. cit.

²⁷⁵ VIOLA e MACHADO FILHO (2010), op. cit., p. 7. O carvão responde por 55% da energia elétrica gerada na Índia. PEW CENTER. *Climate change mitigation measures in India*, N. 2, set. 2008. Disponível em: <<http://www.pewclimate.org/docUploads/India-FactSheet-09-08.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

²⁷⁶ Como assinalam Parikh e Parikh, “[i]f India is committed to human development, poverty eradication should take place. This may result in an increased energy use. This may be considered a due right of the poor, even if it increases India’s GHG emissions”. PARIKH, Jyoti K. e PARIKH, Kirit. *Climate Change: India’s Perceptions, Positions Policies and Possibilities*, OECD, 2002. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/22/16/1934784.pdf>. Acesso em: 07 de maio de 2010, p. 11.

²⁷⁷ Idem, p. 12.

regulados no Plano Quinquenal elaborado pelo Gabinete de Planejamento Econômico para direcionar a política econômica do país²⁷⁸.

Determinou-se o aumento no uso de energias renováveis equivalente a 10% do total da capacidade elétrica instalada no país. A produção tem sido estimulada por meio da instalação de hidrelétricas, usinas de geração de energia a partir de biomassa e sistemas de energia solar. Estima-se que as novas instalações produzam energia equivalente a 12% a 15% do consumo atual de lenha²⁷⁹. O Ato de Eletricidade de 2003 estipula que as comissões regulatórias estaduais devem exigir que um percentual mínimo da eletricidade seja derivado de energias renováveis. A Política de Eletrificação Rural de 2006 determina que parte do abastecimento de energia elétrica a ser instalado em pequenas vilas se baseie em sistemas de energia solar²⁸⁰.

A utilização de fontes renováveis de energia recebe ainda diversos tipos de incentivo por parte do governo indiano. Financiamentos, subsídios e estímulos fiscais estão disponíveis aos investidores para ampliar as redes de energia nuclear, eólica e solar. Em contraposição, acrescentam-se diversas exigências à utilização de carvão, como a obrigatoriedade de eliminação das cinzas antes da combustão, a fim de reduzir as emissões pelo transporte e a queima de carvão de baixa eficiência energética.

Diversos padrões de eficiência energética foram impostos a residências, indústrias e ao setor de transporte. Por meio do Ato de Conservação da Energia de 2001, foi criado o Escritório de Eficiência Energética, com a atribuição de implantar programas como os de etiquetagem de economia energética para aparelhos domésticos, monitoramento do consumo de grandes empresas intensivas em energia e cobrança de tarifas de eletricidade mais elevadas para grandes consumidores²⁸¹.

A Índia instituiu ainda uma política nacional de combustíveis, pela qual os veículos de passeio devem atender a estritos padrões de eficiência energética até 2010. A frota que serve ao transporte público e os táxis foram convertidos para funcionar a partir de gás natural²⁸². Ainda, em relação aos combustíveis, as reformas econômicas conduzidas pelo governo têm contribuído para remover os subsídios tradicionalmente concedidos ao óleo diesel e ao

²⁷⁸ PEW CENTER (2008), op. cit.

²⁷⁹ PARIKH; PARIKH (2002), op. cit., p. 13.

²⁸⁰ PEW CENTER (2008), op. cit.

²⁸¹ Idem.

²⁸² NIELSON (2009), op. cit.

carvão²⁸³. Também foi instituído, em 2008, o mandato obrigatório de mistura de 5% de etanol à gasolina²⁸⁴. Até 2018, este percentual deve ser elevado para 20%.

Ademais, a política ambiental de florestas prescreve a expansão da cobertura vegetal em 1% ao ano até 2012. Em 2005, as áreas cobertas por vegetação correspondiam a 24% do território indiano.

Estes programas são complementados por ações de conscientização e de redução da pobreza. Entretanto, parte da economia de energia decorre simplesmente da privação deste recurso por parcela significativa da população, situação a ser revertida de acordo com os planos de desenvolvimento locais.

3.2.4. União Europeia

Somados, os Estados membros da União Europeia (UE) respondem por 13,7% das emissões mundiais, com 4 bilhões de toneladas de carbono emitidas em 2007. As emissões per capita médias equivalem a 8,2 toneladas, marca elevada em relação à média mundial. Em contraste aos EUA e aos países emergentes analisados, a UE assumiu metas vinculantes de emissão sob o Protocolo de Kyoto²⁸⁵. Para o período de compromissos entre 2008 e 2012, o bloco está obrigado a reduzir suas emissões em 8% em relação aos níveis de 1990. A meta coletiva é dividida entre os países membros conforme suas contribuições históricas para o acúmulo de gases-estufa na atmosfera e a capacidade de reduzir emissões²⁸⁶. Cada país elabora sua política climática individualmente e decide a forma de cumprimento de sua meta.

Alguns países da União Europeia, em especial os escandinavos, foram pioneiros na adoção de medidas voltadas à proteção do sistema climático²⁸⁷. A primeira estratégia de limitação de emissões de carbono e de aprimoramento da eficiência energética foi lançada no início em 1991. Em 2000, foi lançado o “European Climate Change Programme”, com o objetivo de oferecer suporte para a aprovação do Protocolo de Kyoto e formular uma

²⁸³ Em virtude desta política, o preço do carvão tem apresentado constante apreciação na Índia, desde inícios da década de 1980. PARIKH; PARIKH (2002), op. cit., p. 15.

²⁸⁴ PEW CENTER (2008), op. cit.

²⁸⁵ WORLD RESOURCES INSTITUTE (2010), op. cit.

²⁸⁶ A Alemanha deve reduzir suas emissões em 21%; o Reino Unido, em 12%. Países de economia mais frágil ou de histórico de emissões baixas possuem metas reduzidas, ou podem até aumentar suas emissões, como é o caso da Grécia e da Irlanda.

²⁸⁷ Eli da Veiga aponta os países escandinavos como precursores nas medidas para promover a economia e a eficiência energética. No início dos anos 90, Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia já haviam instituído medidas para encarecer o carbono, como impostos de energia, bem como a promoção de energias renováveis. VEIGA (2009), op. cit., p. 7-8.

estratégia para cumprir as obrigações assumidas²⁸⁸. Em 2005, a Comissão Europeia havia elaborado uma proposta de implementação, que tinha como elemento central um sistema de comércio de emissões – o “European Union Emissions Trading System” (EU ETS). Este instrumento regulatório será examinado mais detalhadamente adiante.

Em 2009, a política climática da União Europeia foi centralizada em um pacote integrado de clima e energia. O novo marco regulatório, conhecido como “20-20-20”, tem como metas centrais reduzir em 20% as emissões de gases-estufa em relação aos níveis de 1990 e aumentar em 20% a participação de fontes de energia renováveis na matriz energética, até 2020²⁸⁹.

A meta de redução de emissões pode ser elevada para 30% caso outros grandes países emissores assumam compromissos em um acordo climático multilateral. A Comissão Europeia justifica a distinção de metas para as diferentes situações em função de preocupações relacionadas à perda de competitividade da indústria europeia e da possível ineficácia de esforços isolados por parte do bloco²⁹⁰.

Outras metas do pacote envolvem: reduzir o consumo primário de energia em 20% e aumentar o consumo de energias renováveis no setor de transporte em 10%, até 2020; e incentivar o investimento para a construção de 12 usinas de energia de grande porte, até 2015. O pacote integra o EU ETS e outros instrumentos, dos quais os principais são:

- (i) Decisão que estabelece metas de redução para setores não cobertos pelo EU ETS, como prédios, transporte, agricultura e resíduos. Estes setores respondem por 60% das emissões na Europa, e a somatória das metas individuais totaliza uma redução de 10% em relação aos níveis de 2005, até 2020;
- (ii) Diretiva de Energia Renovável, que introduz metas para o aumento de 20% na participação de fontes de energia renovável no consumo final, até 2020. Este instrumento

²⁸⁸ CARLARNE (2006), op. cit., p. 126-127.

²⁸⁹ EUROPEAN COMMISSION. *The EU climate and energy package*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/clima/policies/brief/eu/package_en.htm>. Acesso em: 27 out. 2010.

²⁹⁰ A Comissão Europeia publicou, em maio de 2010, um comunicado que analisa as diferentes metas estabelecidas (20% e 30%) e avalia o risco de vazamento de carbono. O documento apresenta o fundamento da opção por uma das metas: “EU action alone is not enough to deliver the goal of keeping global temperature increase below 2°C compared to pre-industrial levels. All countries will need to make an additional effort, including cuts of 80-95% by 2050 by developed countries. An EU target of 20% by 2020 is just a first step to put emissions onto this path. [...] That was why the EU matched its 20% unilateral commitment with a commitment to move to 30%, as part of a genuine global effort. This remains the EU policy today”. EUROPEAN COMMISSION. *Analysis of options to move beyond 20% greenhouse gas emission reductions and assessing the risk of carbon leakage*. COM 265, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/clima/documentation/brief/eu/docs/2010_05_26_communication_en.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2010.

inclui uma meta de aumento de 10% no uso de biocombustíveis para o setor de transporte;

- (iii) Regulamento sobre a redução de emissões por veículos de passageiros²⁹¹;
- (iv) Padrões de qualidade revisados para combustíveis fósseis e renováveis²⁹²;
- (v) Quadro regulatório para sequestro e armazenamento de carbono.

Apesar de conter provisões sobre melhoria da eficiência energética, o pacote integrado de clima e energia não prevê instrumentos para tanto. Esta frente é regulamentada pelo “Energy Efficiency Action Plan”, cujo alvo consiste em reduzir o consumo de energia em 20%, até 2020²⁹³. Os instrumentos criados para alcançar esta meta incluem primordialmente a imposição de padrões de eficiência energética para aparelhos elétricos, incentivos financeiros ao desenvolvimento de tecnologias e ações educativas sobre a importância da economia de energia.

3.2.5. EUA

Recentemente superados pela China, os EUA ocuparam tradicionalmente a primeira colocação em emissões de gases-estufa. Como grande potência global, o país encontra-se no centro das negociações e decisões políticas sobre mudanças climáticas. Desta forma, suas políticas internas possuem grande impacto como modelo para os demais países. A disposição destes países em se engajarem nos esforços de combate ao aquecimento global é por vezes condicionada às iniciativas estadunidenses nesta seara²⁹⁴. Como mencionado, o país norte-americano tem sido criticado por sua tímida postura em relação a esta expectativa e pelo fraco engajamento nos fóruns internacionais.

As emissões dos EUA totalizaram 5,8 bilhões de toneladas de carbono em 2007, cerca de 20% das emissões globais. Estima-se que aumentem ainda 14% até 2012. Em termos de

²⁹¹ As emissões de carbono dos veículos leves deve ser reduzida para 120g/km até 2015 e para 95g/km nas novas frotas até 2020.

²⁹² As emissões dos combustíveis devem ser reduzidas em 6% em todo o ciclo de vida, até 2020.

²⁹³ Este alvo é dividido setorialmente, segundo estimativas da Comissão acerca do potencial de economia no consumo final de energia em cada setor: residências e prédios comerciais – 27% a 30%; indústria – 25%; e transporte – 26%. EUROPA. *Action Plan for Energy Efficiency*, 2007-12. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/energy/energy_efficiency/127064_en.htm>. Acesso em: 27 out. 2010.

²⁹⁴ CARLARNE (2006), op. cit., p. 107-108.

emissões per capita, com a média de 19.3 toneladas de carbono emitidas por pessoa, a taxa estadunidense é a sétima mais elevada. A intensidade de carbono da economia é média²⁹⁵.

Em virtude da intensa pressão doméstica e internacional, a última administração de George Bush adotou a “Climate Change Global Strategy”. Contudo, tanto os objetivos quanto os instrumentos desta política evitavam o comprometimento obrigatório com metas ou a imposição de exigências ao setor privado²⁹⁶. O enfoque encontrava-se na redução da intensidade de carbono.

Sob a égide da administração de Barack Obama, criou-se a expectativa de que a política estadunidense para o clima sofresse uma reorientação, em vista das posições favoráveis ao engajamento efetivo do país, declaradas em diversos discursos oficiais. A Agência de Proteção Ambiental (EPA, do acrônimo em inglês), estabeleceu diversos programas de parceria voluntária com indústrias intensivas em carbono, voltados a: fixar metas de redução de emissões para empresas; promover o uso de energias limpas; aprimorar processos industriais; introduzir esquemas de rotulagem²⁹⁷.

Outros programas, dirigidos por agências governamentais em parceria com a EPA incluem: sequestro e armazenamento de carbono na indústria; práticas agrícolas de baixo carbono; incentivos fiscais ao uso de energia renovável; e tecnologias de eficiência energética. Conduzido pelo Departamento de Energia dos EUA em parceria com a EPA, o “Climate Change Technology Program” é direcionado ao desenvolvimento e emprego de tecnologias necessárias para prover energia limpa, de forma a atender simultaneamente às necessidades de crescimento e de redução das emissões²⁹⁸. O US “Global Change Research Program” integra as frentes de pesquisa em mudança do meio ambiente e suas implicações para a sociedade.

Na 111ª Sessão do Congresso dos EUA, realizada em junho de 2009, foram introduzidas diversas propostas legislativas abrangentes sobre clima e energia. A principal delas, o “American Clean Energy and Security Act” (H.R. 2454 – ACES), inclui um sistema de *cap-and-trade* de alcance geral, bem como medidas complementares para promover a transição a uma economia de baixo carbono. O ACES contém provisões voltadas a resguardar

²⁹⁵ WORLD RESOURCES INSTITUTE (2010), op. cit.

²⁹⁶ Carlame critica os programas dos EUA na administração George Bush: “The domestic policies this administration is promoting represent essential but baby steps in formulating an effective domestic climate change policy strategy. All of the current policies promote commendable objectives but, compared to the resources at the United States’ disposal and the heavy responsibility the United States bears for past and present greenhouse gas emissions, the programs are minimal and, arguably, lax.” CARLARNE (2006), op. cit., p. 110.

²⁹⁷ Exemplos destes programas voluntários são: Clean Energy-Environment State Partnership; Climate Leaders; Energy Star; Green Power Partnership; Combined Heat and Power (CHP) Partnership; e High GWP Gas Voluntary Programs. EPA. *Current and Near-Term Greenhouse Gas Reduction Initiatives*. Disponível em: <<http://www.epa.gov/climatechange/policy/neartermghgreduction.html>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

²⁹⁸ Idem.

a competitividade da indústria doméstica estadunidense em relação a concorrentes estrangeiros, com respeito ao custo de adaptação às exigências de redução de emissões. Esta legislação será analisada mais detalhadamente adiante, com enfoque nas medidas voltadas à competitividade.

As demais propostas introduzidas na 111^a Sessão do Congresso apresentam escopos variados²⁹⁹. Algumas contêm mecanismos de mercado com certo grau de diversidade em relação aos ACES, como a imposição de limites e o leilão de licenças de emissão, bem como a retribuição dos recursos aos cidadãos por meio de créditos a serem gastos no desenvolvimento de tecnologias limpas³⁰⁰. Outros contêm provisões relativas à produção de energia convencional e renovável; padrões de energia renovável; e pesquisa e desenvolvimento de tecnologias de baixo carbono³⁰¹.

O ACES foi aprovado na Câmara dos Deputados dos EUA, porém não há perspectivas para a votação pelo Senado. Diante do impasse na aprovação de uma legislação abrangente, a EPA continua a elaborar regulamentos para a área climática. Com fundamento nas atribuições conferidas à agência pelo “Clean Air Act”, de 1970, a EPA editou um regulamento, em dezembro de 2010, pelo qual as indústrias que emitem grandes quantidades de carbono deverão comprovar que utilizam a melhor tecnologia disponível para reduzir a poluição³⁰².

²⁹⁹ As propostas apresentadas na 111^a Seção do Congresso, além do ACES, são: American Clean Energy Leadership Act (ACELA); Carbon Limits and Energy for America’s Renewal (CLEAR) Act; American Power Act (APA); Practical Energy and Climate Plan Act (PECPA); e American Clean Energy and Security (ACES) Act. PEW CENTER. Major Climate and Energy Proposals in the 111th Congress. Disponível em: <<http://www.pewclimate.org/federal/policy-solutions/climate-policy-memo/major-climate-and-energy-proposals-111th-congress>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

³⁰⁰ O ACES, o APA e o CLEAR Act incluem programas do tipo cap-and-trade, com metas de redução semelhantes: 20% até 2020; 42% até 2030 e 83% até 2050. As três propostas destinam os recursos gerados a partir dos leilões de licenças para compensar os custos no aumento do preço da energia. O ACELA e o PEPCA não distinguem entre limites para setores específicos ou para toda a economia. Idem.

³⁰¹ O ACES e o ACELA incluem mandatos de energia renovável. O APA e o CLEAR Act preveem a concessão de incentivos financeiros para projetos de energia renovável. O ACES e o APA incluem estratégias de sequestro e armazenamento de carbono. O ACES, o ACELA e o APA contêm dispositivos de apoio ao uso de veículos elétricos. Idem.

³⁰² EPA. *Clean Air Act Permitting for Greenhouse Gas Emissions*. Disponível em: <<http://www.epa.gov/nsr/actions.html#dec10>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

4. A OMC E A REGULAÇÃO DO CLIMA

A inserção do meio ambiente no corpo normativo da OMC, abordada no capítulo anterior, possui implicações relevantes para a regulação climática, tanto no nível multilateral quanto unilateral. Embora as disputas apreciadas pelo OSC tenham tratado primordialmente da imposição de medidas unilaterais, diversas decisões ressaltam a preferência por abordagens e soluções consensuais. Da mesma forma, esta orientação reflete-se na busca por harmonização na relação entre as regras multilaterais de ambos regimes, conforme ressaltado no mandato negociador de Doha e nas atribuições conferidas ao CTE.

A preferência por abordagens multilaterais encontra também forte expressão no direito internacional ambiental. O Princípio 12 da Declaração do Rio estipula:

“Os Estados deveriam cooperar para promover um sistema econômico internacional favorável e aberto, o qual levará ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável de todos os países, a fim de abordar adequadamente as questões da degradação ambiental. As medidas de política comercial para fins ambientais não deveriam constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, nem uma restrição velada ao comércio internacional. Deveriam ser evitadas medidas unilaterais para solucionar os problemas ambientais que se produzem fora da jurisdição do país importador. As medidas destinadas a tratar os problemas ambientais transfronteiriços ou mundiais deveriam, na medida do possível, basear-se em um consenso internacional.”

Embora as medidas unilaterais não apresentem necessariamente caráter protecionista, oferecem maior espaço à utilização com este propósito. As medidas amparadas em consenso multilateral estão mais fortemente vinculadas às preocupações ambientais legítimas e são, portanto, preferíveis³⁰³. Porém, conforme observa Carranza, mesmo medidas comerciais adotadas no âmbito de AAMs implicam certo grau de unilateralismo³⁰⁴.

³⁰³ Kuijper destaca: “It should be pointed out right away that MEAs, contrary to unilateral state measures for the protection of the environment, profit from a *‘prejugé favorable’*, a kind of presumption of innocence of protectionist intent in the WTO system. This preference for widely supported international contractual norms is, for instance, clearly expressed in the reference to international standards in the SPS and TBT Agreements. As was pointed out earlier, following such standards — whether agreed in governmental or non-governmental international standard-setting bodies — creates a presumption of conformity of its health and environmental measures with the WTO agreements for the country following such standards. There is little doubt that MEAs, though it is said nowhere explicitly in the WTO Agreements, could count on sharing in this positive view that the WTO takes of international agreements”. KUIJPER, Pieter Jan. *Conflicting Rules and Clashing Courts: The*

Ademais, a jurisprudência não esclarece a validade desta preferência para a análise de compatibilidade entre medidas ambientais amparadas em consenso multilateral e as regras da OMC. O presente capítulo buscará analisar a regulação climática – em nível multilateral e nacional – frente à normativa do sistema multilateral de comércio, bem como à possibilidade de apreciação e aplicação desta regulação pelo sistema de solução de controvérsias da OMC.

4.1. Acordos ambientais multilaterais

A proliferação de acordos ambientais, como anteriormente referida, resultou na celebração de mais de 200 acordos internacionais que regulam questões relacionadas ao meio ambiente. Estes tratados contam com alta taxa de adesão, bem como seus protocolos e anexos adicionais. Contudo, a adesão não é sempre homogênea, uma vez que a participação em acordos importantes releva, por vezes, assimetrias. Um exemplo encontra-se na referida disparidade de participação entre a OMC, a UNFCCC e o Protocolo de Kyoto, já que este último não conta com a ratificação de um dos principais países emissores – os EUA³⁰⁵. Há também diversidade em relação aos compromissos de redução ou limitação de emissões, assumidos apenas por alguns países (ver anexo 1).

Como a OMC também apresenta vocação universal, com adesão da maioria dos países³⁰⁶, argumenta-se que, se por um lado, há maiores chances de sobreposição – e de

case of multilateral environmental agreements, free trade agreements and the WTO. *ICTSD's Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade*, Issue Paper n. 10. Genebra, 2010, p. 15.

³⁰⁴ Conforme Carranza: “The freedom to choose the trade measure without the need to ask the consent of the Member that might be affected, the fact that its adoption is not discussed in an international forum, and the lack of international control involves, at least, some degree of unilateralism”. CARRANZA, Miguel A. E. MEAs with trade measures and the WTO: aiming toward sustainable development? *Buffalo Environmental Law Journal*, v. 15, p. 43-96, 2007-2008, p. 59-60.

³⁰⁵ Charnovitz descreve a assimetria de participação entre a OMC, a UNFCCC e o Protocolo de Kyoto: “Although WTO rules pertain only to the 146 governments that are Members, most of the countries in the UNFCCC are WTO Members, or candidates to join the WTO (such as the Russian Federation). Not all UNFCCC parties plan to ratify the Kyoto Protocol, however, and the membership of any future climate agreement is difficult to predict”. CHARNOVITZ, Steve. Trade and climate: potential conflicts and synergies. *Beyond Kyoto: Advancing the international effort against climate change*. Working Draft, Pew Center on Global Climate Change, jul. 2003, p. 3. Nesse sentido, também Skeen: “Fortunately, the debate over supremacy appears to be becoming a moot point due to the proliferation of State Membership to MEAs, which on average outnumbers that of WTO membership. The party/non-party debate continues to be an issue with the United States, which has recently backed out of the Kyoto Protocol and is also a non-party to several other MEAs”. SKEEN, Richard. Will the WTO Turn Green? The implication of injecting environmental issues into the multilateral trading system. *The Georgetown International Environmental Law Review*, v. 17, p. 161-199, 2004-2005, p. 192.

³⁰⁶ Recentemente, a participação em termos relativos apresentou significativo crescimento, pois algumas das maiores economias aderiram ou se encontram no processo de adesão, como de China e Rússia.

conflito – entre as normas dos diferentes sistemas, por outro, intensifica-se a busca por harmonização entre elas. Tal qual examinado previamente, a existência de conflitos deve ser combatida em nome da coerência do macrosistema do direito internacional.

Como exemplo de interação evidente entre os regimes multilaterais do comércio e do meio ambiente, é frequente a referência a AAMs que preveem medidas ou sanções comerciais. Estas podem ser definidas como instrumentos de mercado que impõem custos, exigências ou restrições à importação ou exportação de produtos ou processos ambientalmente prejudiciais³⁰⁷.

O emprego de instrumentos de mercado em acordos ambientais reflete a tendência de atribuição de preço e incorporação das externalidades ambientais ao custo do produto³⁰⁸. A justificativa para medidas comerciais decorre da avaliação do impacto acarretado pelas atividades econômicas sobre o meio ambiente. Entre os propósitos para a imposição destas medidas, destacam-se: controlar os mercados de produtos perigosos ou produzidos de maneira insustentável; garantir o cumprimento das obrigações contidas em AAMs; induzir a adesão de outros países e impedir que não participantes desfrutem dos benefícios alcançados sem contribuição ou obtenham vantagem comparativa pela não participação (*free-riding*)³⁰⁹.

Um relatório preparado pelo CTE identificou 32 AAMs que preveem o uso de medidas comerciais como ferramentas para atingir os objetivos propostos³¹⁰. Alguns destes acordos tratam de questões ambientais de grande relevância e urgência, como a degradação da camada de ozônio e a perda da biodiversidade do planeta.

Exemplos clássicos de medidas comerciais em AAMs encontram-se na CITES, na Convenção da Basileia sobre o Controle do Movimento Transfronteiriço de Resíduos Perigosos e no Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio.

³⁰⁷ CARRANZA (2007-2008), op. cit., p. 45.

³⁰⁸ Conforme Carlarne: “market mechanisms allow MEAs [multilateral environmental agreements] to create regulatory regimes subjecting all members to the same constraints, thereby providing members with the confidence that they will not suffer economic disadvantages as compared to other parties. Additionally, market mechanisms provide effective tools for reflecting the finite nature and inherent value of environmental goods, because they enable MEAs to limit the size of environmental markets, to quantify environmental goods and to distribute profits so as to promote conservation and sustainable development”. CARLARNE, Cinnamon. The Kyoto Protocol and the WTO: Reconciling tensions between free trade and environmental objectives. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 17, p. 45-88, 2005-2006, p. 64.

³⁰⁹ KANNAS, Vera Sterman. *O tratamento do meio ambiente no âmbito da organização mundial do comércio*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 209-210.

³¹⁰ WTO – CTE – Sessão especial. *Matrix on trade measures pursuant to selected Multilateral Environmental Agreements*. WT/CTE/W/160/Rev.3, TN/TE/S/5/Rev.2, 25 abr. 2005.

A CITES objetiva reduzir o impacto negativo do comércio internacional de espécies animais e vegetais selvagens ameaçadas de extinção, pela estipulação de condições para a concessão de licenças de importação e exportação destas espécies³¹¹. Os apêndices do acordo dividem as espécies protegidas em três classes e determinam as condições específicas para o comércio de cada uma³¹². A não ser que as condições sejam atendidas, a exportação ou importação das espécies cobertas não deve ser permitida pelas autoridades competentes nos Estados partes.

O Apêndice 1 engloba as espécies ameaçadas cuja sobrevivência pode ser afetada pelo comércio. A regulação sobre o comércio deve ser particularmente rígida neste caso. A licença deve ser concedida tanto pelo governo do país importador quanto do exportador. O comércio é permitido apenas em casos excepcionais, como o de animais criados em cativeiro, plantas reproduzidas artificialmente ou para fins de pesquisa, condicionado à comprovação de que não prejudica a sobrevivência da espécie³¹³.

Compreendem-se entre as espécies reguladas pelo Apêndice 2 aquelas que, embora não se encontrem em ameaça de extinção, podem correr este risco caso o comércio predatório não seja coibido. Incluem-se ainda espécies assemelhadas às aquelas do Apêndice 1, sujeitas à superexploração em virtude da escassez destas últimas. Para a comercialização de espécies do Apêndice 2, exige-se apenas a licença de exportação ou reexportação. Repete-se o critério pelo qual o comércio não deve significar risco à sobrevivência da espécie³¹⁴.

O Apêndice 3 inclui espécies sujeitas a restrições ao comércio nas jurisdições nacionais, a fim de promover a cooperação internacional com vistas ao controle do comércio ilegal. Neste caso, a compra ou venda internacional requer a apresentação de certificados ou licenças apropriadas.

³¹¹ A CITES foi firmada em 1973, em Washington, e até o momento conta com a adesão de 175 países.

³¹² O enquadramento em um dos Apêndices está sujeito a modificações conforme o estado de conservação das espécies. A inclusão, remoção ou alteração de classificação de espécies devem ser realizadas por meio de votação pela Conferência das Partes.

³¹³ Conforme o artigo III da CITES, o comércio de espécies classificadas no apêndice 1 deve atender a dois critérios: (i) não deve possuir natureza primariamente comercial e (ii) não deve prejudicar a sobrevivência da espécie.

³¹⁴ Para o comércio de espécies do Apêndice 2, outro critério consiste na comprovação de que o animal ou planta não foi obtido mediante violação das leis do país de origem.

A CITES prevê a imposição de sanções comerciais contra partes que descumprirem as obrigações assumidas³¹⁵ e proíbe o comércio entre partes e não partes, a não ser que as condições estipuladas no acordo sejam respeitadas³¹⁶. Atualmente, 22 países encontram-se sob recomendação de embargos comerciais por práticas como comércio indevido de marfim e falha na implementação da legislação nacional³¹⁷. Segundo relatório da OCDE, 85% das partes da CITES possuem legislações inadequadas ou incompletas para implementar a convenção³¹⁸.

A Convenção da Basileia busca regular o trânsito e o comércio mundial de resíduos perigosos, cujo manejo e disposição indevidos podem acarretar danos aos ecossistemas e à saúde dos seres vivos³¹⁹. A sua celebração ocorreu em um contexto de preocupação acerca dos riscos envolvidos no movimento destes resíduos, agravada pela repercussão pública de diversos casos de transporte e depósito inadequados, com alarmante impacto ambiental³²⁰. Entre os objetivos centrais, a convenção busca reverter a tendência no fluxo dos resíduos de países desenvolvidos para países em desenvolvimento, nos quais predomina a ausência de condições adequadas para o seu tratamento. A falta de registro e a clandestinidade que marcam o envio de lixo para países em desenvolvimento agravam este quadro³²¹.

³¹⁵ O Artigo 8 da CITES estipula: “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”.

³¹⁶ Conforme o artigo 10: “Where export or re-export is to, or import is from, a State not a Party to the present Convention, comparable documentation issued by the competent authorities in that State which substantially conforms with the requirements of the present Convention for permits and certificates may be accepted in lieu thereof by any Party”.

³¹⁷ CITES. Countries currently subject to a recommendation to suspend trade. Disponível em: <http://www.cites.org/eng/disc/trade_suspension.shtml>. Acesso em: 16 set. 2010.

³¹⁸ OECD. *Experience with the use of trade measures in the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES)*. COM/TD/ENV(97)10. Paris: OECD, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/51/36786767.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2010.

³¹⁹ A Convenção da Basileia foi celebrada em 1989, e conta até esta data com 175 assinaturas. Resíduos perigosos são definidos conforme as características do Anexo III e as categorias são arroladas no Anexo I. Os Estados partes podem classificar outras substâncias, de acordo com sua legislação interna.

³²⁰ OECD. *Experience with the use of trade measures in the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*. OCDE/GC COM/ENV/TD(97)41, Paris: OECD, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/55/36789048.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2010.

³²¹ Um episódio ocorrido no Brasil, em julho de 2009, ilustra o problema do despejo ilegal de lixo. Em um curto intervalo, 89 contêineres de lixo originários do Reino Unido foram desembarcados de forma irregular no porto de Santos, totalizando cerca de 300 toneladas. Após comunicações diplomáticas entre os governos brasileiro e britânico, a carga foi retornada ao país de origem. O Globo. *Quase 300 /toneladas de lixo tóxico vindas da Inglaterra chegam ilegalmente ao Porto de Santos*. (07/ 07/2010). Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cidades/sp/mat/2009/07/07/quase-300-toneladas-de-lixo-toxico-vindas-da-inglaterra-vem-parar-ilegalmente-no-porto-de-santos-756687128.asp>>. Acesso em: 20 out. 2010.

As Partes da Convenção da Basileia têm o direito de proibir a importação de resíduos perigosos e assumem as obrigações de: proibir a exportação para países que não consentirem, por meio de notificação, em receber os resíduos; reduzir ao mínimo a geração de resíduos perigosos; garantir o emprego de formas adequadas de gestão do lixo; trocar informações sobre o movimento de resíduos entre os países envolvidos³²². O ônus recai sobre o país exportador, que deve proibir a exportação para países que não disponham de estrutura de manejo adequada.

O Protocolo de Montreal tem por objetivo regular o uso de substâncias que agredem a camada de ozônio, entre as quais destacam-se os clorofluorcarbonos (CFCs)³²³. O consumo e a produção das substâncias cobertas são regulados no artigo 2, que determina a sua redução progressiva, até a total eliminação. Os Estados partes podem exportar ou importar substâncias de outras partes, bem como transferir a produção entre si. Em caso de descumprimento das obrigações, o direito de comercializar as substâncias pode ser suspenso.

O comércio com não partes é vedado, ainda que para substâncias consumidas no processo de produção e não presentes no produto final³²⁴. Esta última previsão, contudo, foi revista na Decisão das Partes 5/7, em razão do entendimento entre as partes sobre as dificuldades de identificação das substâncias utilizadas na produção e da possibilidade de confronto com as regras da OMC³²⁵.

Os países em desenvolvimento recebem tratamento especial, pelo qual podem até mesmo elevar a sua produção ou importação das substâncias cobertas pelo protocolo, gozam de prazo estendido, recebem recursos de um fundo especial para realizar as adaptações exigidas e condicionam o cumprimento de suas obrigações à transferência de tecnologia pelos países desenvolvidos³²⁶.

As disposições comerciais aplicadas a não partes objetivam induzir a participação universal e evitar o deslocamento de indústrias para estes países³²⁷. Alguns Estados partes

³²² Artigo 4 da Convenção da Basileia.

³²³ Celebrado em 1987, o Protocolo de Montreal conta com 196 Estados partes. O artigo 2 do diploma lista as substâncias que destroem a camada de ozônio.

³²⁴ Artigos 4.1-4.3 do Protocolo de Montreal.

³²⁵ KANNAS (2004), op. cit., p. 231.

³²⁶ Artigo 5 do Protocolo de Montreal.

³²⁷ Conforme Frankel: "The Montreal Protocol on stratospheric ozone depletion is a good precedent. Its trade penalties had both motivations: first, to encourage countries to join, and second, if substantial numbers of countries had nevertheless remained outside the Protocol, the trade sanctions would have minimized leakage, the migration of production of banned substances to nonparticipating countries". FRANKEL, Jeffrey. *Kyoto and*

afirmam a importância destas medidas para a consecução dos objetivos do Protocolo, como a União Europeia: “the trade obligations contained in the Montreal Protocol on Substances that deplete the Ozone Layer have been universally recognized as being instrumental to the effective and early implementation of the Protocol”³²⁸.

O Protocolo de Montreal é considerado um instrumento bem-sucedido. Por suas afinidades em relação ao bem protegido, por vezes é comparado ao Protocolo de Kyoto, especialmente no que toca à discussão sobre a legitimidade da imposição de medidas comerciais com base no acordo. Contudo, há diferenças significativas entre os dois AAMs. Como aponta Carlarne, o impacto do primeiro para o comércio é muito reduzido em comparação com o vasto leque de produtos e setores envolvidos com as fontes de emissão de gases-estufa. A magnitude dos interesses econômicos envolvidos e a natureza global do problema climático tornam a implementação do Protocolo de Kyoto um contexto emblemático para refletir sobre a interseção entre os regimes de comércio e de meio ambiente³²⁹.

Ao contrário do Protocolo de Montreal, o Protocolo de Kyoto não inclui a previsão explícita de sanções comerciais por descumprimento ou contra não partes. Há, porém, uma descrição de medidas que podem ser empregadas pelas partes do Anexo I para alcançar seus compromissos de redução ou limitação de emissões. São elas:

- (i) Enhancement of energy efficiency in relevant sectors of the national economy;
- (ii) Protection and enhancement of sinks and reservoirs of greenhouse gases not controlled by the Montreal Protocol, taking into account its commitments under relevant international environmental agreements;

Geneva: *Linkage of the climate change regime and the trade regime*. Faculty Research Working Papers Series, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Boston, 2004, p. 9. Ver também: OECD. *Experience with the use of trade measures in the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*. COM/ENV/TD(97)107, Paris: OECD, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/50/36786349.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2010.

³²⁸ WTO – CTE – Sessão especial. *Compilation of submissions under paragraph 31(i) of the Doha Declaration*. (TN/TE/S/3/Rev.1), 24 abr. 2003, p. 62.

³²⁹ Carlarne sublinha: “never before has an MEA had the potential to impact so many sectors of the economy, so many economic interests and such high volumes of trade in products and services. The far-reaching economic influence, the high levels of state participation and the high-profile nature of climate change discourse make effective implementation of the Kyoto Protocol of critical importance.[...] For these reasons, Kyoto provides an appropriate context in which to address fundamental tensions between the international trade and environmental regimes, as embodied by WTO and MEAs”. CARLARNE (2006), op. cit., p. 48-49. Ver também: FRIESEN, Sarah. *The international trade and climate regimes: economic, policy and legal linkages*, minimising conflicts, promoting synergies. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Institut de hautes études internationales et du développement, Genève, 2008, p. 13.

promotion of sustainable forest management practices, afforestation and reforestation;

(iii) Promotion of sustainable forms of agriculture in light of climate change considerations;

(iv) Research on, and promotion, development and increased use of, new and renewable forms of energy, of carbon dioxide sequestration technologies and of advanced and innovative environmentally sound technologies; (v) Progressive reduction or phasing out of market imperfections, fiscal incentives, tax and duty exemptions and subsidies in all greenhouse gas emitting sectors that run counter to the objective of the Convention and application of market instruments;

(vi) Encouragement of appropriate reforms in relevant sectors aimed at promoting policies and measures which limit or reduce emissions of greenhouse gases not controlled by the Montreal Protocol;

(vii) Measures to limit and/or reduce emissions of greenhouse gases not controlled by the Montreal Protocol in the transport sector;

(viii) Limitation and/or reduction of methane emissions through recovery and use in waste management, as well as in the production, transport and distribution of energy;³³⁰

Embora se reconheça que o leque de medidas disponíveis às Partes é bastante vasto, o foco se coloca sobre os resultados de controle ou redução das emissões. Assim, a linguagem desta provisão deixa claro que a possibilidade de uso de medidas comerciais amparada em consenso multilateral é mais fraca do que no Protocolo de Montreal. Frankel enfatiza que, na elaboração do Protocolo de Kyoto, os Estados partes poderiam ter incluído menção explícita a controles comerciais, e optaram por não fazê-lo³³¹. Ademais, como já referido, a discussão deste tema permanece controversa nas negociações da UNFCCC. Desta forma, a aplicação de sanções comerciais com fundamento nas obrigações ou com vistas a alcançar os resultados do Protocolo de Kyoto não se caracteriza como medida obrigatória segundo o acordo, ou ainda explicitamente permitida. Assim, será mais provavelmente considerada uma medida de natureza primordialmente unilateral. Como se verá adiante, esta definição influi no grau de eventual conflito entre as medidas comerciais climáticas e as regras da OMC.

³³⁰ Artigo 2(a) do Protocolo de Kyoto.

³³¹ FRANKEL, Jeffrey. Addressing the leakage/Competitiveness issue in climate change policy proposals. In: BRAINARD, Lael; SORKIN, Isaac (eds.). *Climate change, trade and competitiveness: is a collision inevitable?* Brookings Trade Forum 2008-2009. Washington D. C.: Brookings Institution Press, 2009, p. 76

Conforme descrito anteriormente, o Protocolo de Kyoto conta ainda com mecanismos de mercado inéditos, concebidos para auxiliar as partes do Anexo I na consecução das metas estabelecidas – SCE, MDL e MIC. Os possíveis desdobramentos destes mecanismos para o comércio internacional levantam também questionamentos acerca de sua compatibilidade com as regras do sistema multilateral de comércio.

A primeira dúvida nesse sentido surge ao se tentar identificar a natureza dos instrumentos relacionados a estes mecanismos, a fim de determinar se são cobertos pelos acordos da OMC. Voigt afirma que a classificação das unidades ou certificados de emissão permanece incerta, uma vez que os acordos da OMC não fazem referência explícita à sua cobertura³³². Os autores dividem-se acerca do seu enquadramento como bens; serviços financeiros; obrigações ou direitos assumidos pelos governos; licenças emitidas por órgão público; ou derivativos de commodities. É particularmente interessante a definição de Vranes, para quem as unidades ou certificados de emissão constituem uma forma de transferência de compromissos de limitação de emissões assumidos pelos Estados³³³.

De acordo com a opinião predominante, a não ser que sejam considerados bens ou serviços, as unidades ou certificados de emissão não são alcançadas pela disciplina da OMC³³⁴. Contudo, Vranes refuta esta linha, a qual entende ser fundamentada na falácia de que as regras do GATT disciplinam exclusivamente o comércio de bens e serviços em si. O autor defende que as regras multilaterais do comércio estendem-se também às medidas estatais, desde que estas afetem o comércio de bens e serviços³³⁵. Identificam-se como potenciais restrições ao comércio a exclusividade de transferência de certificados ou unidades de emissão entre partes dos anexos do Protocolo de Kyoto. A discriminação contra não partes implicaria em violação ao princípio da nação mais favorecida.

A exemplo destas provisões no Protocolo de Kyoto e daquelas contidas nas demais convenções abordadas, a previsão de medidas comerciais nos AAMs representa um canal de possíveis conflitos entre os regimes multilaterais do meio ambiente e do comércio. Conforme abordado anteriormente, o Protocolo de Kyoto, assim como a UNFCCC, oferece grande

³³² VOIGT, Christina. WTO law and international emission trading: is there potential for conflict? *Carbon and Climate Law Review*, v. 54, p. 54-66, 2008, p. 55.

³³³ VRANES, Erich. Climate change and the WTO: EU Emission Trading and the WTO disciplines on trade in goods, services and investment protection. *Journal of World Trade*, v. 43, n. 4, p. 707-735, 2009, p. 716.

³³⁴ Voigt aponta ainda que os governos também não alçaram um consenso, no âmbito da OMC, acerca da cobertura de direitos criados por governos, como transações de títulos de terras, vendas de licenças, títulos de dívida pública e moedas. Idem.

³³⁵ VRANES (2009), op. cit., p. 716. Nesse sentido, ver também: CHARNOVITZ (2003), op. cit., p. 10.

margem de discricionabilidade aos Estados Partes acerca da forma de implementação de políticas e medidas para alcançar seus objetivos. Tal constatação evidencia que o maior potencial de conflito encontra-se, de fato, nas possíveis opções de medidas tomadas pelas partes nestes acordos ambientais. Nesse sentido, Calarne sublinha que “the manner in which states satisfy Kyoto obligations could raise issues of substantive and institutional compatibility between Kyoto and the WTO”³³⁶. Entretanto, como apontado, é discutível o enquadramento de qualquer ação unilateral tomada com vistas a alcançar os objetivos do Protocolo de Kyoto como medida nele amparada. Neste caso, a incompatibilidade não se dará entre as regras da OMC e o Protocolo de Kyoto, mas sim entre as primeiras e a medida unilateral em questão.

O secretariado da OMC e parte dos membros opõem-se à utilização de sanções comerciais em AAMs, as quais consideram uma coerção incompatível com as regras multilaterais do comércio³³⁷. Alguns membros defendem que disputas relacionadas a dispositivos de AAMs devem ser levadas ao mecanismo de solução de controvérsias do próprio acordo, e não ao OSC. Contudo, como se verá adiante, o acionamento deste último não pode ser afastado³³⁸. Os membros reconhecem que a tarefa de esclarecer a relação de sobreposição normativa entre os regimes cabe ao membros, por meio de negociações e decisão consensual, em preferência à solução por meio das vias adjudicatórias³³⁹.

³³⁶ CARLARNE (2006), op. cit., p. 58.

³³⁷ Segundo Brack: “Although the GATT Secretariat has suggested that ‘GATT rules could never block the adoption of environmental policies which have broad support in the world community’, the same document admits the possibility of conflict between GATT rules and MEAs with trade provisions, and suggests that it is not clear that such departures from the non-discrimination principle are always necessary to achieve the environmental goal of the environmental agreement”. BRACK, Duncan. Balancing trade and environment. *Royal Institute of International Affairs*, v. 71, n. 3, p. 497-514, 1995, p. 503.

³³⁸ Segundo relatório preparado pelo Secretariado da OMC: “Some WTO Members have expressed the fear that MEA-related disputes could be brought to the WTO dispute settlement system. Whereas disputes between two parties to an MEA, who are both WTO Members, would most likely be settled in the MEA, disputes between an MEA party and a non-party (both of whom are WTO Members) would most probably come to the WTO since the non-party would not have access to the dispute settlement provisions of the MEA. WORLD TRADE ORGANIZATION. Trade and environment at the WTO. Background paper, 2004. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_wto2004_e.pdf>. Acesso em: 22 set. 2010, p. 36.

³³⁹ Idem.

4.1.1. AMMs no mandato de Doha

Como visto anteriormente, a elaboração de orientações mais claras sobre o tratamento normativo a ser concedido aos AAMs no sistema multilateral do comércio integra o mandato negociador da Rodada Doha. O parágrafo 31(i) da Declaração Ministerial estipula:

31. With a view to enhancing the mutual supportiveness of trade and environment, we agree to negotiations, without prejudging their outcome, on:

(i) the relationship between existing WTO rules and specific trade obligations set out in multilateral environmental agreements (MEAs). The negotiations shall be limited in scope to the applicability of such existing WTO rules as among parties to the MEA in question. The negotiations shall not prejudice the WTO rights of any Member that is not a party to the MEA in question;

A condução das negociações foi atribuída ao CTE. Os membros concordaram em orientar as tratativas em três etapas: (i) o exame de AAMs específicos; (ii) a identificação de obrigações comerciais específicas (OCEs) nestes acordos; (iii) a identificação das regras pertinentes da OMC.

A identificação de quais medidas qualificam-se como OCEs adquire papel central para este eixo de negociações. Segundo os procedimentos estabelecidos para este fim, os membros enviam suas sugestões sobre quais medidas devem ser consideradas e estas informações são compiladas pelo CTE. Enquanto os trabalhos até o momento concentraram-se em grande parte nos aspectos procedimentais, parte dos países emitiram posicionamento acerca da natureza das obrigações a serem incluídas. Um grupo de membros entende que as OCEs compreendem apenas as medidas determinadas de forma obrigatória por um AAM, e não aquelas simplesmente permitidas ou tomadas com o fim de alcançar os objetivos do acordo³⁴⁰. Em

³⁴⁰ “Discussions on the relationship between WTO rules and specific trade obligations (STOs) in MEAs have largely focused on procedural issues. One group, including the US, Canada, Australia, Argentina, India and Malaysia, would like to keep the mandate as narrow as possible, focusing on a limited number of MEAs and on the mandatory and explicit STOs that they contain. They also favour an experience-based, analytical approach, with discussions focusing on national experiences in negotiating and implementing MEAs. [...] The main demandeurs of the trade and environment negotiations would like a broader, conceptual approach which in addition to discussing specific MEAs would also elaborate basic principles underlying the MEA-WTO relationship. They would not limit STOs to mandatory obligations, but also include measures which are not explicitly provided for nor mandatory under the MEA itself, but are necessary to achieve the MEA’s objective (‘obligation de résultat’).” ICTSD/IISD. Doha Round Briefings. *Developments Since the Cancun Ministerial Conference*, V. 3 No. 9 of 13 December 2004.

oposição, outros membros defendem que as OCEs também incluem as duas últimas classes de medidas³⁴¹.

Acerca do alcance das OCEs, predomina entre os membros o posicionamento de que as negociações devem se limitar às medidas aplicáveis entre membros que são partes de um AAM. A adoção desta linha implicaria a exclusão das negociações das regras inseridas em um AAM não integrado por um dos membros da OMC³⁴².

Para Caranza, este cenário limita consideravelmente o potencial do mandato da Declaração de Doha para reconciliar as tensões entre comércio e meio ambiente. Em vista da exclusão de medidas aplicadas a não partes de um AAM e da proibição de que as negociações acrescentem ou reduzam os direitos e obrigações dos membros sob os acordos da OMC, os negociadores não poderiam propor alterações a estes, se necessário. Assim, os objetivos finais do mandato ambiental de Doha estariam comprometidos. Diante disso, o autor conclui que mesmo o cumprimento total do mandato seria insuficiente para eliminar os potenciais conflitos entre as regras de AAMs e da OMC³⁴³.

Em função das fragilidades apontadas e da dificuldade dos membros em alcançar um consenso acerca do tema, o CTE ainda não logrou emitir um relatório com propostas concretas acerca de possíveis formas de harmonizar a relação entre regras da OMC e de AAMs. Contudo, avanços relevantes têm sido obtidos por meio da troca de informações com secretariados de diversos AAMs, vários dos quais receberam o status de observadores no CTE, inclusive a UNFCCC.

O OSC não foi instado, até o momento, a apreciar qualquer disputa sobre regras de AAMs. Entretanto, à medida que estes acordos se multiplicam, a ameaça de conflito com a seara do comércio se intensifica. Diante dos impasses no âmbito institucional, os painéis e o Órgão de Apelação podem ser solicitados a apresentar solução para um conflito. Neste caso,

³⁴¹ A União Europeia ilustra esta posição, e elabora sobre as diversas categorias: “Trade measures explicitly provided for and mandatory under MEA [...]; Trade measures not explicitly provided for nor mandatory under the MEA itself but consequential of the “*obligation de résultat*” of the MEA [...]; Trade measures not identified in the MEA which has only an “*obligation de résultat*” but that Parties could decide to implement in order to comply with their obligations [...]; Trade measures not required in the MEA but which Parties can decide to implement if the MEA contains a general provision stating that parties can adopt stringent measures in accordance with international law. [...] As a point of departure it is worth recalling the fact that any specific trade obligation in an MEA is negotiated and agreed by consensus in a multilateral context and that this should be, in principle, a guarantee against discriminatory and protectionist action. ...”. WTO – CTE – Sessão especial (2003), op. cit., p. 22-23.

³⁴² WTO - Background paper (2004), op. cit., p. 39.

³⁴³ CARRANZA (2008), op. cit., p. 65.

os painelistas deverão lançar mão do atual conjunto de regras disponíveis, em especial das exceções contidas no artigo XX³⁴⁴. Ademais, como se verá adiante, decisões emitidas em controvérsias ambientais relativas a medidas unilaterais indicam a abertura de um espaço para a aplicação do direito emanado de AAMs.

O eventual tratamento a ser concedido às regras de AAMs pelo OSC tem sido explorado também pela doutrina. O tópico seguinte buscará apresentar, em análise sucinta e aplicada, as linhas gerais desta elaboração doutrinária e jurisprudencial, a fim de aprofundar a reflexão sobre a interação entre os sistemas normativos do comércio e do meio ambiente, bem como os caminhos e propostas de reconciliação³⁴⁵.

4.1.2. AMMs como lei aplicável na OMC

Em sua primeira decisão, o Órgão de Apelação adotou postura de vanguarda ao afirmar que os acordos da OMC não devem ser lidos em isolamento clínico em relação ao direito internacional público³⁴⁶. Se a decisão aponta que o direito internacional – no qual se inserem os AAMs – tem um papel a desempenhar na interpretação e aplicação das regras da OMC, a delimitação deste papel continua em construção.

Em importantes contribuições doutrinárias para a identificação destes limites, ressalta-se a distinção entre jurisdição, lei material aplicável à disputa e lei aplicável na interpretação dos acordos. Pauwelyn argumenta que a confusão entre os três conceitos tem levado muitos autores a rejeitar o uso de outros acordos que não os da OMC de forma generalizada³⁴⁷.

³⁴⁴ No caso *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação reconheceu a necessidade de suprir esta lacuna: “Pending any specific recommendations by the CTE to WTO Members on the issues raised in its terms of reference, and in the absence up to now of any agreed amendments or modifications to the substantive provisions of the GATT 1994 and the WTO Agreement generally, we must fulfill our responsibility in this specific case, which is to interpret the existing language of the chapeau of Article XX by examining its ordinary meaning, in light of its context and object and purpose in order to determine whether the United States measure at issue qualifies for justification under Article XX”. *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 155.

³⁴⁵ Optou-se por uma análise sucinta tendo em vista que os princípios de interpretação dos acordos internacionais e a questão do conflito entre normas constituem temas amplos, cujo aprofundamento foge ao escopo do presente estudo.

³⁴⁶ *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para 17.

³⁴⁷ “Nonetheless, while most would agree with the evaluation in the section above on law-making, when it comes to practical law-enforcement, many object to, for example, WTO panels taking account also of non-WTO law. In my view, this reticence is based on a widespread confusion between three concepts or processes that any court or tribunal engages in. The scope of the legal rules that each of these three processes covers varies considerably. To confuse one process with the other may, therefore, lead to unjustified restrictions on the extent to which, for example, a WTO panel can consider non-WTO law”. PAUWELYN, Joost. Bridging fragmentation and unity:

A jurisdição circunscreve o tipo de reclamações que o OSC pode julgar, conforme os poderes atribuídos ao órgão³⁴⁸. O artigo 7.1 do ESC traz uma indicação clara de que este limite encontra-se exclusivamente nos acordos da OMC:

"To examine, *in the light of the relevant provisions in (name of the covered agreement(s) cited by the parties to the dispute)*, the matter referred to the DSB by (name of party) in document [...] and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in that/those agreement(s)." (grifo nosso).

Este dispositivo deixa claro que apenas uma violação dos acordos da OMC pode dar origem a uma queixa perante o OSC. Já a lei aplicável consiste no direito com base no qual se busca a solução para o caso apresentado. Marceau entende que a provisão do artigo 7.1, somada a diversos outros dispositivos do ESC que fazem referência aos “*covered agreements*”³⁴⁹, restringe também a lei aplicável aos acordos da OMC³⁵⁰.

Para Pauwelyn, constituem lei aplicável todos os acordos assumidos pelas partes em uma disputa. O autor argumenta que o ESC não especifica qual é o direito aplicável, e assim, outros acordos internacionais não podem ser excluídos a priori. A não ser que estes contrariem os acordos da OMC, continuam em vigor e, uma vez que integram o direito internacional – assim como os próprios acordos da OMC – podem ser utilizados³⁵¹. Segundo este raciocínio, um acordo ambiental que vincula as partes em uma disputa pode ser invocado

international law as a universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 903-916, 2004, p. 909, 910.

³⁴⁸ Idem.

³⁴⁹ Alguns destes dispositivos são:

7.2. Panels shall address the relevant provisions *in any covered agreement or agreements cited by the parties to the dispute*.

4.2. Each Member undertakes to accord sympathetic consideration to and afford adequate opportunity for consultation regarding any representations made by another Member concerning measures *affecting the operation of any covered agreement* taken within the territory of the former.

3.2 [...] Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in *the covered agreements*.

11. The function of panels is to assist the DSB in discharging its responsibilities *under this Understanding and the covered agreements*. Accordingly, a panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the *applicability of and conformity with the relevant covered agreements*, and make such other findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings *provided for in the covered agreements*. Panels should consult regularly with the parties to the dispute and give them adequate opportunity to develop a mutually satisfactory solution. (grifo nosso).

³⁵⁰ MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of law and conflicts of jurisdiction: the relationship between the WTO Agreement and MEAs and other treaties. *Journal of World Trade*, v. 35, n.6, p. 1081-1131, 2001, p. 1102.

³⁵¹ PAUWELYN, Joost. The role of public international law in the WTO: how far can we go? *The American Journal of International Law*, Washington, v. 95, n. 3, p. 563-578, 2001. Segundo o autor, o emprego de outros acordos encontra um limite claro: “non-WTO rules cannot add meaning to WTO rules that goes either beyond or against the ‘clear meaning of the terms’ of WTO agreements”.

para justificar uma violação do GATT, mesmo fora das exceções do artigo XX. Essa interpretação apresenta a vantagem de impedir que os membros utilizem o OSC para se eximirem de obrigações contraídas em outros regimes.

A lei aplicável na interpretação dos acordos consiste nas regras que podem ser empregadas para atribuir sentido a seus termos. Diversas provisões do ESC corroboram o entendimento de que esta tarefa não ocorre em um vácuo jurídico. O artigo 3.2 do ESC dispõe:

“The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law.”

As regras costumeiras de interpretação do direito internacional público encontram relevante expressão na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Os artigos 31 e 32 constituem instrumentos valiosos para orientar o trabalho de interpretação. A jurisprudência do Órgão de Apelação confirmou, no caso *US-Gasoline*, que as regras de interpretação da Convenção de Viena constituem costume internacional, o qual vincula o OSC³⁵².

Segundo Pauwelyn, para que uma regra estranha ao direito da OMC possa desempenhar um papel no processo de interpretação, duas condições devem ser cumpridas: (i) o termo contido nos acordos da OMC deve ser amplo o suficiente para permitir contribuição de outras normas; (ii) deve haver conexão entre a regra de outro sistema e o termo a ser interpretado³⁵³.

Provisão particularmente relevante para a relação entre as regras da OMC e de AAMs, o artigo 31.3(c) da Convenção de Viena exprime a necessidade de análise sistemática, levando em consideração o quadro normativo e fático mais amplo em que a norma se insere. O dispositivo dispõe que a interpretação de tratados deve considerar, além do contexto,

³⁵²“The “general rule of interpretation” set out above has been relied upon by all of the participants and third participants, although not always in relation to the same issue. That general rule of interpretation has attained the status of a rule of customary or general international law. As such, it forms part of the “customary rules of interpretation of public international law” which the Appellate Body has been directed, by Article 3(2) of the DSU, to apply in seeking to clarify the provisions of the General Agreement and the other “covered agreements” of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (the “WTO Agreement”). That direction reflects a measure of recognition that the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law. *US-Gasoline*, WT/DS2/AB/R, para. 17.

³⁵³ PAUWELYN (2001), op. cit., p. 572.

“qualquer regra relevante de direito internacional aplicável na relação entre as partes”. Uma questão crucial então consiste em discernir a quais partes esta provisão se refere.

No caso *US-Tuna II*, o painel examinou se certos tratados invocados – a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e a CITES – poderiam ser aplicados para interpretar o GATT. O painel observou que tais acordos não foram celebrados entre todas as partes do GATT, o que entendeu ser o critério para identificar “regras aplicáveis na relação entre as partes”, nos termos do artigo 31.3(c) da Convenção de Viena³⁵⁴.

Amaral sustenta que este entendimento, caso generalizado, provocaria um isolamento dos acordos da OMC em relação ao restante do direito internacional, ao impedir o uso de convenções ou tratados firmados no âmbito de acordos-quadro no exercício de interpretação. Segundo o autor, ainda que não contem com o consentimento de todas as partes de um acordo multilateral (como os da OMC) ou dos contendores em uma disputa, outros tratados podem figurar entre as regras relevantes de direito internacional, de modo a exprimir o entendimento comum das partes em relação ao significado de algum dispositivo³⁵⁵.

Pauwelyn defende que apenas as provisões de outros acordos que refletem a intenção comum de todos os membros da OMC podem servir como base para interpretar os seus acordos. Contudo, acredita que isso não implica necessariamente que todos os membros estejam formalmente obrigados ao acordo, mas sim que as suas regras sejam ao menos implicitamente aceitas ou toleradas por todos³⁵⁶.

No caso *US-Shrimp*, o Órgão de Apelação fez referência a diversos diplomas internacionais para interpretar o significado da expressão “recurso natural exaurível” contida no artigo XX(g). Entre eles, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a CDB, a CITES e a Agenda 21. Estes acordos não haviam sido adotados por todos os membros da OMC ou mesmo por todas as partes na disputa³⁵⁷.

No caso *EC-Biotech*, o painel entendeu que outras regras relevantes de direito internacional podem auxiliar na interpretação dos acordos da OMC, ao esclarecer o sentido de

³⁵⁴ PETTERSMANN, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: international law, international organizations and dispute settlement*. Londres : Kluwer Law International, 1997, p. 126.

³⁵⁵ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A integração entre o comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. Tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 307-308. Ver também CARRANZA (2008), op. cit., p. 90.

³⁵⁶ PAUWELYN (2001), op. cit., p. 575.

³⁵⁷ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 130-132.

cláusulas específicas no contexto particular em que se aplicam. Nas palavras do painel: “[s]uch rules would not be considered because they are legal rules, but rather because they may provide evidence of the ordinary meaning of terms in the same way that dictionaries do. They would be considered for their informative character”. Ainda, segundo o painel, o fato de uma das partes na disputa não ser parte em uma convenção não significa que ela não possa servir a esta função de esclarecimento³⁵⁸.

Carranza acredita que AAMs podem ser especialmente úteis para promover sinergias entre os regimes de comércio e de meio ambiente por meio da interpretação do artigo XX. O autor argumenta:

*“The rules of interpretation of Article 31 of the Vienna Convention could render a great service to sustainable development if they are used to favor synergies between MEAs and the WTO. This is possible and desirable since some of the terms of the covered agreements with more potential to create negative interactions with MEAs have not yet been clearly defined; thus they could be interpreted to favor mutual support between these normative systems. This is the case of GATT Article XX where the conditions of its introductory clause, and to some extent, of paragraphs (b) and (g) are anything but clear.”*³⁵⁹

Para Kannas, a interpretação favorável à co-existência sem conflitos entre obrigações assumidas na OMC e nos AAMs reforça-se pelo fato de que o Artigo XX autoriza certos atos unilaterais para promover objetivos ambientais mesmo na ausência de um AAM sobre a matéria. Segundo a autora, seria estranho que uma medida tomada de acordo com um MEA fosse colocada em posição menos favorável do que uma medida exclusivamente unilateral³⁶⁰.

A inscrição do desenvolvimento sustentável no preâmbulo do acordo constitutivo da OMC também é vista como um espaço para uma interpretação agregadora de dispositivos contidos em AAMs. A referência à linguagem preambular em *US-Shrimp* serviu como base à interpretação do *caput* do artigo XX:

³⁵⁸ “The European Communities correctly points out that the Appellate Body referred to conventions which were not applicable to all disputing parties. However, the mere fact that one or more disputing parties are not parties to a convention does not necessarily mean that a convention cannot shed light on the meaning and scope of a treaty term to be interpreted”. *EC-Biotech*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, para. 7.94.

³⁵⁹ CARRANZA (2008), op. cit., p. 86.

³⁶⁰ KANNAS (2004), op. cit., p. 262.

It is proper for us to take into account, as part of the context of the chapeau, the specific language of the preamble to the *WTO Agreement*, which, we have said, gives colour, texture and shading to the rights and obligations of Members under the *WTO Agreement*, generally, and under the GATT 1994, in particular.³⁶¹

Carranza defende uma interpretação teleológica das exceções ambientais, pela qual os acordos ambientais seriam aplicáveis não apenas a disputas em que todos os membros da OMC são partes. Essa conclusão se justificaria pelo fato de que todos se comprometeram ao objetivo do desenvolvimento sustentável, que deve então guiar a interpretação dos acordos. Assim, ainda que um AAM não seja vinculante para todas as partes em uma disputa, suas provisões podem ser relevantes para elucidar se medidas ambientais encontram justificativa sob o artigo XX³⁶².

Amaral também defende a utilidade do preâmbulo como ferramenta de interpretação, apesar de ressaltar a sua natureza não vinculante. Segundo o autor: “[o] conceito de desenvolvimento sustentável é um guia valioso para esclarecer obscuridades e orientar o julgamento das controvérsias comerciais”³⁶³.

A utilização de AAMs como ferramenta de interpretação, reforçada pelo fundamento encontrado no preâmbulo, permite alcançar uma leitura harmonizada entre acordos ambientais e comerciais. Esta visão coaduna-se com o princípio da presunção de compatibilidade entre os tratados internacionais, desenvolvido por Jenks³⁶⁴. Segundo este postulado, as obrigações assumidas pelos Estados devem ser consideradas compatíveis com as normas anteriores, pois é de se presumir que os Estados não intentam assumir compromissos conflitantes.

Kuijper sublinha que este princípio não pode ser aplicado de maneira absoluta. Isso porque, na prática do direito e das relações internacionais, os Estados nem sempre são capazes de manter uma visão total de seus direitos e obrigações³⁶⁵. Esta seria uma decorrência natural

³⁶¹ *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 155.

³⁶² CARRANZA (2008), op. cit., p. 90.

³⁶³ Amaral postula que o valor jurídico do preâmbulo reside na imposição de limites ao intérprete. Estes limites são formulados tanto de forma negativa (pela proibição de comportamentos contrários) quanto positiva (se traduz em um programa de ação). AMARAL JÚNIOR (2009), op. cit., p. 301.

³⁶⁴ MARCEAU (2001), op. cit., p. 1089.

³⁶⁵ Kuijper explica a dificuldade dos Estados em manter a coerência absoluta das obrigações e direitos assumidos: “This is also inherent in the way governments are structured. The well-known phenomenon that the Minister for the Environment has a different view from the Minister of Agriculture on intensive cattle or dairy farming or the use of pesticides is often replicated at the international level. The UN Environment Programme

da expansão e fragmentação do direito internacional, já abordadas. Assim, a despeito da preferência por interpretação que favoreça a compatibilidade, por vezes ela não será suficiente para evitar o conflito.

4.1.3. Conflito entre AMMs e OMC

Nos casos em que o conflito entre regras dos acordos ambientais e da OMC for inevitável, será preciso recorrer aos procedimentos legais para identificar qual das normas deve prevalecer³⁶⁶. A jurisprudência do OSC não esclarece a questão, uma vez que ainda não surgiram disputas com base em dispositivos de um AAM. Contudo a doutrina procurou elaborar sobre as possíveis hipóteses de conflito.

Marceau identifica seis tipos de situações, que envolvem três categorias de medidas: (i) requeridas nos termos do AAM; (ii) não obrigatórias, mas expressamente permitidas pelo AAM; (iii) não requeridas ou permitidas, mas tomadas com vistas a atingir os objetivos do AAM. Em cada uma destas categorias, os membros da OMC envolvidos na disputa podem ser partes do AAM ou não³⁶⁷.

No primeiro caso (em que todas as partes na disputa integram o AAM), para medidas requeridas ou permitidas pelo AAM, presumir-se-ia que estas atendem aos requisitos do artigo XX. Mesmo para medidas tomadas simplesmente com vistas a cumprir os propósitos do acordo, as regras deste podem ser admitidas como elementos relevantes a serem considerados na interpretação do artigo XX. Segundo Marceau, o fato de que a medida é aplicada no contexto de um acordo multilateral pode contribuir na avaliação de alguns dos critérios

(UNEP) may thus adopt different rules on these subjects than the UN Food and Agriculture Organization (FAO)". KUIJPER (2010), op. cit., p. 5.

³⁶⁶ Pauwelyn esclarece: "[...] a WTO and a non-WTO rule of international law may both apply to the case at hand. If they conflict, the conflict rules elaborated above must be applied. The result is that either the non-WTO rule is invalid/illegal (inherent normative conflict) or that it is valid and legal and a conflict in the applicable law arises. Based on the priority rules explained earlier, either the WTO rule or the non-WTO rule should then prevail. If the WTO rule prevails and it is violated, the panel must then find a violation of WTO law. If the nonWTO rule prevails and it justifies a WTO violation, the panel must reject the claim of violation of WTO Law". PAUWELYN (2004), op. cit., p. 911.

³⁶⁷ MARCEAU (2001), op. cit., p. 1097.

relativos às exceções ambientais, como o teste de necessidade da alínea “b” ou o exame sob o *caput*³⁶⁸.

Esta presunção não é válida nas situações em que uma das partes na disputa não tenha adotado o AAM. Contudo, as regras deste podem ainda servir como parte da análise casuística dos fatos ou circunstâncias da disputa, ou ainda das razões que motivam o membro a adotar certa medida³⁶⁹.

A aplicação de medidas amparadas em AAMs contra não parte constitui a possibilidade mais problemática, porém, como aponta Carranza, na prática esta hipótese representa a situação com o maior potencial de contenciosidade, e por isso, a que mais provavelmente desencadearia uma disputa perante o OSC. Desta forma, as regras de interpretação que descartam normas de um AAM que não inclui um dos contendores seriam inefetivas para resolver os principais casos de conflito³⁷⁰.

Se o conflito não puder ser solucionado pela presunção de compatibilidade, há ainda outras possíveis ferramentas a serem empregadas. Por vezes, os acordos contêm disposições específicas que determinam a deferência a outro diploma ou estipulam como as obrigações nele contidas devem afetar obrigações derivadas de outros tratados. Tais provisões, chamadas “*cross-reference clauses*”, encontram respaldo no artigo 30.2 da Convenção de Viena, que dispõe: “[w]hen a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail”.

³⁶⁸ “The fact that the said measure is applied in accordance with the framework set out in that MEA can also be of some relevance in assessing whether the measure was applied in compliance with the provisions of the chapeau of Article XX, since the function of the panel is to assess whether the measure is applied in good faith without being a disguised restriction on international trade”. Idem, p. 1098. Nesse sentido, também Carranza sustenta que, segundo a jurisprudência do Órgão de Apelação no caso *US-Shrimp*, o caráter unilateral na aplicação de medidas comerciais pode denotar a existência de uma influência discriminatória e distorciva injusticável. Assim, seria possível deduzir que a participação em um AAM deve ser considerada um indício de que esta influência não está presente, e assim, afastar a discriminação injusticável. CARRANZA (2008), op. cit., p. 84.

³⁶⁹ “Reference to, or compliance with, a MEA could be used as one of the elements in establishing that discrimination in the application of the measure should not be characterized as ‘unjustifiable’, or that its application was not a ‘disguised restriction on international trade’ for the purposes of the Article XX chapeau. The issue would be whether the content of the MEA has been so widely accepted as to provide sufficient evidence that the challenged Member has acted in a justifiable manner. In *US-Shrimp*, for instance, the Appellate Body referred to the United States’ ‘behaviour’ under other treaties ... in order to conclude that its actions... constituted unjustifiable discrimination. Reference to other international treaties could serve to explain the historical or factual context in which a Member found itself, as well as the background that may shed light on either the policy basis of a measure or the manner and circumstances of its application”. MARCEAU (2001), op. cit., p. 1099.

³⁷⁰ CARRANZA (2008), op. cit., p. 84. Na opinião de Charnovitz, a impossibilidade de discriminação contra não parte de um AAM implica uma assimetria sob a ótica comparativa, pois a OMC aplica tratamento diferenciado aos não membros do próprio regime. Os membros da OMC desfrutam de descrição para impor tratamento discriminatório contra não membros. CHARNOVITZ (2007), op. cit., p. 33.

Alguns AAMs contêm previsões deste tipo, como a Convenção sobre Diversidade Biológica. Em seu artigo 22, o texto dispõe: “[t]he provisions of this Convention shall not affect the rights and obligations of any Contracting Party deriving from any existing international agreement, except when the exercise of those rights and obligations cause a serious damage or threat to biological diversity”.

Entre os princípios da UNFCCC, o artigo 3.4 apresenta uma clara referência ao sistema multilateral do comércio. À semelhança do *caput* do artigo XX, o dispositivo determina que as medidas tomadas para combater as mudanças climáticas não devem resultar em discriminação injustificável ou arbitrária, ou ainda restrição disfarçada ao comércio internacional. Esta previsão reflete a preocupação das partes em minimizar os possíveis impactos para o comércio.

Outra ferramenta para solucionar conflitos encontra-se nas regras de interpretação do direito costumeiro. Em caso de conflito inevitável, pode-se recorrer ao princípio da *lex posterior derogat priori*, consagrado nos artigos 30.3, 30.4 e 59 da Convenção de Viena. Se, com a celebração de um tratado, as partes não deixarem claro que pretendem revogar um tratado anterior conflitante com ele, as regras do acordo posterior prevalecem no que forem incompatíveis com o primeiro. De forma semelhante, o princípio *lex specialis derogat generali* determina que uma regra geral é afastada em casos de conflito com uma regra específica³⁷¹.

Como sublinha Kannas, pode haver dificuldade em aplicar os dois princípios a conflitos entre a OMC e AAMs, principalmente em função da natureza dinâmica destes últimos. Os acordos ambientais se estruturam frequentemente sob formato que permite sua evolução, por meio de constantes modificações, que também se desdobram em um conjunto complexo de acordos-quadro, protocolos, emendas e anexos. Desta forma, seria possível considerar uma situação em que o acordo-quadro original de um dado regime ambiental seria afastado em favor do GATT 1994, enquanto seus protocolos subsequentes prevaleceriam sobre este³⁷².

Ainda que, pela aplicação de princípios para a solução de conflitos, as regras de um AAM prevaleçam sobre as regras da OMC, restará um problema de jurisdição, em vista da limitação do OSC para apreciar disputas com base em direito alheio aos acordos da OMC. Segundo Marceau, esta situação configuraria um caso de *non liquet*, uma vez que não haveria

³⁷¹ MARCEAU (2001), op. cit., p. 1091-1092.

³⁷² KANNAS (2004), op. cit., p. 272.

direito aplicável à questão dentro da jurisdição atribuída ao OSC. Neste caso, o OSC deverá declinar a jurisdição³⁷³.

4.1.4. Conflito de jurisdição entre AAMs e a OMC

Na opinião do CTE, disputas que envolvem regras de um AAM devem ser decididas pelo sistema de solução de controvérsias previsto neste acordo³⁷⁴. Contudo, uma vez que se verifique uma violação aos acordos da OMC, qualquer membro pode levar a questão ao OSC, que será obrigado a apreciá-la, conforme os termos do ESC. Em razão da incrementada judicialidade do OSC, a instalação de uma controvérsia perante este mecanismo teria preferência em relação à do AAM³⁷⁵.

O caso *Chile-Swordfish* ilustra uma situação de sobreposição de jurisdições. A disputa, motivada pela imposição de restrições à pesca de peixe-espada por parte do Chile, foi iniciada pela Comunidade Europeia no OSC, sob o fundamento de violação da livre movimentação de bens. Em resposta, o Chile iniciou uma disputa pelos procedimentos previstos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM). As partes terminaram por alcançar uma solução negociada, pela qual concordaram em encerrar ambos procedimentos. Contudo, a situação demonstra a possibilidade de duas instâncias apreciarem simultaneamente a legitimidade de medidas sob um AAM. Os dois mecanismos poderiam chegar a diferentes conclusões, situação para a qual ainda não existe resposta.

³⁷³ “In those rare situations where panels and the Appellate Body are not able to reconcile the provisions of the WTO Agreement with those of an MEA or other treaties through interpretation, they may not be capable of making any recommendations under WTO law, thus faced with a situation of non liquet. In such circumstances panels or the Appellate Body may decline jurisdiction, as the basis for their jurisdiction is a WTO applicable provision, and there may no longer be one”. MARCEAU (2001), op. cit., p. 1107. Pauwelyn também entende que tais situações podem configurar non-liquet, porém não pela ausência de direito, mas pelo excesso deste: “In exceptional situations of conflict, none of the above rules may offer a way out. In that case, I would not rule out a non liquet, i.e., a ruling not so much that there is no law, but that there is too much law and that it cannot be resolved which of the conflicting norms applies”. Pauwelyn (2004), op. cit., p. 909, 910.

³⁷⁴ WTO – Background paper (2004), op. cit., p. 39.

³⁷⁵ “MEAs have a residual character and dispute avoidance mechanisms [...] are preferred. Given its compulsory and exclusive jurisdiction, the DSB of the WTO has na “institutional comparative advantage” in relation to MEAs adjudicating bodies, which most probably will draw conflicts into the realm of WTO disputes involving these regimes”. CARRANZA (2008), op. cit., p. 69.

4.1.5. Sugestões para compatibilização de AAMs perante a OMC

Diante da ameaça de insegurança jurídica caracterizada no potencial de conflito entre AAMs e a OMC, diversos autores têm proposto soluções para promover a coerência e a sinergia entre os regimes. Um primeiro grupo de opções envolve decisões formais pelos membros da OMC administradas pelas vias institucionais. A primeira delas consiste em reformar o artigo XX, de forma a inserir uma exceção específica para medidas amparadas em AAMs, a qual incluiria mais provavelmente as medidas requeridas ou expressamente permitidas por estes acordos. Alternativamente, os membros poderiam adotar uma interpretação coletiva do artigo XX que abrigasse as medidas ambientais sob alguma das alíneas. A exceção das obrigações poderia ser efetivada ainda por meio da inserção de uma “*cross-reference clause*”, a exemplo da que prevê o Tratado Norte-Americano de Livre Comércio (NAFTA)³⁷⁶.

Alguns autores enfatizam o desenvolvimento e a adoção de conceitos ampliados de interpretação que promovam integração e coerência entre os regimes do comércio e do meio ambiente. Carranza defende uma interpretação teleológica, pela qual os objetivos econômicos e a proteção do meio ambiente sejam conjugados. O conceito de desenvolvimento sustentável funcionaria, segundo o autor, como amálgama para essa linha interpretativa³⁷⁷.

Kuijper propõe que o princípio do apoio mútuo, frequentemente encontrado nos acordos ambientais, seja adotado na aplicação dos acordos da OMC. O autor sustenta que o apoio mútuo vai além da presunção de compatibilidade, de forma a garantir que os objetivos do AAM sejam alcançados. Assim, uma vez que a imposição de determinada medida seja essencial à consecução dos objetivos de um tratado ambiental, as regras da OMC devem ser aplicadas de forma a apoiar as medidas ambientais, desde que os objetivos do sistema multilateral de comércio não sejam seriamente prejudicados³⁷⁸.

³⁷⁶ SCHOENBAUM (1997), op. cit., p. 283. CARLARNE (2006), op. cit., p. 85-86

³⁷⁷ “[I]n the MEA-WTO context, these seem to be attainable only if protectionist measures are illegitimated through interpretations of the covered agreements, and measures based on authentic environmental motives and applied in a non-discriminatory fashion are, by the same means, given a safe port in the WTO”. CARRANZA (2008), op. cit., p. 88.

³⁷⁸ “[A]ccording to mutual supportiveness, the two agreements should take account of and support each other right from the beginning of the interpretation, when the terms of the treaty are interpreted in their context and in the light of the object and purpose of either (Art. 31(1) VCLT). The interpretation must actually not just try to avoid, or to interpret away, a conflict of norms; on the basis of its wording it should result in support for the functioning of either of the two treaties involved. [...] the principle of mutual supportiveness] demands that an

4.2. Medidas unilaterais

A despeito da ênfase em soluções multilaterais nos regimes do comércio e do clima, os Estados são livres para adotar medidas unilaterais de cunho comercial a fim de concretizar objetivos relacionados à proteção do meio ambiente. Este direito pode estar inserido no contexto de um AAM, quando o acordo não prevê sanções comerciais específicas, ou ainda estar relacionado aos objetivos definidos independentemente nas políticas domésticas.

A UNFCCC e o Protocolo de Kyoto admitem a implementação de medidas unilaterais, se bem que estipulam limites para sua utilização. No que diz respeito aos impactos para o comércio de bens cobertos pelo GATT ou demais acordos da OMC, as regras do sistema multilateral de comércio também não proíbem a adoção unilateral de medidas voltadas à proteção do meio ambiente. Pelo contrário, como se viu no anteriormente, o sistema prevê que a busca de um objetivo legítimo – como a proteção do clima – pode justificar, em caráter excepcional, um desvio das regras do GATT, faculdade que deve ser exercida dentro dos parâmetros estipulados.

Na ausência de um acordo multilateral climático abrangente, medidas unilaterais inseridas em políticas nacionais podem se tornar a principal ferramenta para reduzir emissões de gases-estufa³⁷⁹. Ademais, o uso de medidas unilaterais por vezes serve como iniciativa para avançar nas negociações de AAMs.

Contudo, a imposição de restrições unilaterais ao comércio sob o argumento de proteger o meio ambiente é vista com desconfiança por diversos membros da OMC, que temem o seu abuso, pela criação de entraves cuja verdadeira natureza consiste em protecionismo disfarçado. Nesse sentido, medidas adotadas de forma unilateral podem servir de obstáculo à persecução dos objetivos centrais de ambos os sistemas. No que toca às preocupações relacionadas à questão do clima, O'Brien destaca que o recurso a medidas isoladas suscita freqüentes críticas por: prejudicar as negociações multilaterais; ameaçar o crescimento

MEA must be able to follow its object and purpose, whilst the WTO Agreements are supposed to be supportive of that. [...] That, of course, would require that the Appellate Body take a step back and hardened watchers of the Centre William Rappard will say that this is as yet unlikely to happen, because the AB must apply WTO law, when asked to do so by a complaining party. The point made here, however, is that the application of WTO law may require that the interpretative principle of mutual supportiveness is applied to the relevant WTO rules, which does not imply non-application of WTO law, but application in a restrained way that would not harm the object and purpose of the WTO Agreements". KUIJPER (2010), op. cit., p. 17-18.

³⁷⁹ ICTSD. *Competitiveness and climate policies: Is there a case for restrictive unilateral trade measures?* Information Note, n. 16, 2009. Disponível em: <http://ictsd.org/downloads/2009/12/web_bta.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010, p. 2.

econômico dos países em desenvolvimento; e contribuir de maneira muito modesta para a mitigação das emissões de gases-estufa³⁸⁰.

Por outro lado, a vertente ambientalista e parte da comunidade comercial defendem o emprego de medidas unilaterais como forma de: punir a não-participação nos acordos multilaterais climáticos (*free-riding*); incentivar a elevação dos padrões nas políticas climáticas em outros países; eliminar ou reduzir os impactos negativos da perda de competitividade decorrente da disparidade das regulamentações climáticas (*level the playing field*); e evitar o vazamento de carbono (*carbon leakage*)³⁸¹.

A despeito das opiniões divergentes, é fato que as regras da OMC reservam um espaço de autonomia regulatória aos Estados Membros, dentro do qual podem ser concebidos diversos tipos de políticas e medidas de mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Dentre estes, esta seção buscará examinar três tipos de medidas frequentemente discutidos como opções para políticas climáticas. Pelo enfoque da aplicação a produtos importados, aborda-se o enquadramento aos tipos previstos nos acordos da OMC, bem como as complicações decorrentes da natureza das emissões e de sua forma de regulamentação. São eles: (1) imposto sobre carbono; (2) regulamento técnico; (3) subsídios.

4.2.1. Imposto sobre carbono

Assim como os demais impostos ambientais, o imposto de carbono tem como finalidade internalizar custos ambientais e reduzir a poluição e o consumo excessivo de um recurso natural. Por meio da imposição deste tipo de tributo, produtores e consumidores são induzidos a considerar os efeitos de suas atividades sobre o meio ambiente³⁸². O estímulo à redução das

³⁸⁰ O'BRIEN, Julia. The equity of levelling the playing field in the climate change context. *Journal of World Trade*, v. 43, n.5, p. 1093-1114, 2009, p. 1096.

³⁸¹ WTO – UNEP. *Trade and climate change*. Report, 2009. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/trade_climate_change_e.pdf>. Acesso em 12 jul. 2010, p. 90. Ver também: HUFBAEUR, Gary Clyde; CHARNOVITZ, Steve; KIM, Jisun. *Global Warming and the world trading system*. Washington D.C.: Peterson Institute for International Economics, 2009, p. 12-13. Esty aponta que ainda não há instrumentos suficientemente efetivos para substituir as sanções comerciais unilaterais contra free-riders: “Admittedly, trade sanctions are imperfect, costly to those who impose them, and may backfire. But at least in some cases, trade penalties have worked. Moreover, better tools to discipline free riders in the international environmental domain do not seem readily available”. ESTY, Daniel C. Bridging the trade-environment divide. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 15, n. 3, p. 113-130, 2001, p. 120.

³⁸² Pertersmann acrescenta a esta definição uma enumeração de vantagens envolvidas com a introdução de impostos ambientais: maior flexibilidade; estimular a redução da poluição; diminuir custos sociais; gerar arrecadação; maior transparência. PETERSMANN, Ernt-Ulrich. *International trade law and international*

emissões na produção e no consumo de bens pode contribuir com o objetivo de reduzir as emissões globais de gases-estufa, além de atender às demandas relacionadas à competitividade da indústria nacional³⁸³.

Impostos sobre a emissão de carbono ou o consumo de energia (por suas implicações para a emissão) podem ser instrumentos úteis para as políticas climáticas. Segundo Charnovitz, o direito da OMC permite espaço considerável para o uso deste tipo de medida regulatória, a qual, porém, deve ser elaborada de forma cuidadosa. O autor defende que as ambiguidades e lacunas podem ser usadas a favor dos Estados que buscam instituir um imposto de carbono, uma vez que pode há diversas opções de elaboração que atendem à necessária conformidade com a normativa da OMC³⁸⁴.

Uma vez que o governo de um Estado Membro decida instituir um imposto de carbono, com o fim de incentivar a redução das emissões, é possível que deseje estender este imposto também aos produtos importados. Esta equiparação pode ser baseada em diferentes razões, que seriam refletidas no tipo de produto sobre o qual o imposto recairia. Alguns casos podem ser exemplificados: (i) um produto que acarreta aumento das emissões no país importador, como carvão; (ii) um produto (ou seu concorrente) relevante para a elevação ou redução das emissões no país importador, como veículos de maior eficiência energética; (iii) um produto que importa em aumento das emissões no país exportador, como petróleo (por sua extração); (iv) produtos não particularmente relevantes pelas emissões em si, mas provenientes de países que não implementem medidas de mitigação de emissões³⁸⁵.

Como mencionado previamente, o artigo III.2 do GATT enuncia o princípio do tratamento nacional na aplicação de impostos aos produtos importados. Os produtos importados não devem ser submetidos a impostos ou taxas em excesso àqueles aplicados aos similares nacionais. Desta forma, a imposição de impostos domésticos a produtos estrangeiros não é vedada, desde que atenda ao princípio da não discriminação. O artigo II.2(a) complementa esta disciplina:

environmental law: environmental taxes and border tax adjustment in WTO law and EC LAW. In: REVESZ, Richard L.; SANDS, Philippe; STEWART, Richard B (eds.). *Environmental law, the economy and sustainable development: the US, the EU and the International Community*. Cambridge: Cambridge University Press, cap. 5, p. 127-155, 2000, p. 138-139.

³⁸³ O'BRIEN (2009), op. cit., p. 1095.

³⁸⁴ CHANOVITZ (2003), op. cit., p. 7

³⁸⁵ A última alternativa representa o argumento essencial do vazamento de carbono. Segundo Frankel: "One could always put up tariffs against any export of a non-member country and claim the justification that the product uses energy or other inputs where the cost has been unfairly reduced by the country's refusal to participate in climate change mitigation". - FRANKEL (2004), op. cit., p. 9.

2. Nothing in this Article shall prevent any contracting party from imposing at any time on the importation of any product:

(a) a charge equivalent to an internal tax imposed consistently with the provisions of paragraph 2 of Article III in respect of the like domestic product or in respect of an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part;

Estes dispositivos compõem a disciplina do instrumento denominado ajuste de imposto na fronteira (AIF). Os países podem aplicar os impostos internos aos produtos estrangeiros, por ocasião da importação. Em contrapartida, têm o direito de eximir dos mesmos impostos os produtos produzidos domesticamente e destinados à exportação. Baseado no princípio da neutralidade tributária, este mecanismo busca evitar a dupla taxação, por meio do critério da destinação. Este critério foi adotado pelos Estados Membros reunidos no Grupo de Trabalho sobre Ajuste de Imposto na Fronteira (GTAIF), reunido em 1970³⁸⁶.

Pela leitura conjunta dos artigos III.2 e II.2(a)., depreende-se que a aplicação de AIF será condicionada a três requisitos: (i) os produtos nacional e importado devem ser similares; (ii) apenas impostos que incidem indiretamente sobre os produtos podem ser ajustados; (iii) o tratamento não deve ser menos favorável ao produto importado.

Os tópicos seguintes buscarão esclarecer o conteúdo destes requisitos, conforme o seu desenvolvimento pelo GTAIF, a jurisprudência do GATT/OMC e a doutrina especializada.

4.2.1.1. Similaridade

Esta análise consiste em definir se os produtos são similares – *like* – para fins dos artigos III.2 e II.2(a). Como já visto, no caso *Japan-Beverages*, o Órgão de Apelação desenvolveu quatro critérios para auxiliar na identificação de similaridade entre produtos: (i)

³⁸⁶ “For the purpose of its examination, the Working Party used the definition of border tax adjustments applied in the OECD. Thus, border tax adjustments were regarded “as any fiscal measures which put into effect, in whole or in part, the destination principle (i.e. which enable exported products to be relieved of some or all of the tax charged in the exporting country in respect of similar domestic products sold to consumers on the home market and which enable imported products sold to consumers to be charged with some or all of the tax charged in the importing country in respect of similar domestic products)”. GATT. *Border Tax Adjustment* - Report of the Working Party (L/3464), adopted on 2 December 1970. Disponível em: <www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/bordertax.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2010.

características físicas do produto; (ii) uso-final; (iii) preferências dos consumidores; (iv) classificação tarifária.

Em *EC-Asbestos*, o Órgão de Apelação ressaltou que os critérios estabelecidos no caso *Japan-Beverages* não constituem uma lista exaustiva, mas são apenas ferramentas para estabelecer as condições de competição entre o produto nacional e o importado³⁸⁷. No caso que apreciou o regulamento europeu, a decisão ressaltou que, embora os critérios tratem de aspectos diferentes dos produtos e mereçam análise isolada, estão inter-relacionados. No caso, destacou-se as características físicas do produto, entre as quais foram incluídos os riscos à saúde. Uma vez que se entendeu que tais riscos também afetavam potencialmente as preferências dos consumidores, o produto estrangeiro – que continha amianto, prejudicial à saúde – foi considerado não similar ao produto nacional – que não continha a referida substância. Diante disso, a diferença no tratamento foi considerada legítima. Vale ressaltar, contudo, que este caso envolvia um regulamento que baniu os produtos com amianto. Ao contrário de um imposto, o embargo resultava necessariamente em tratamento menos favorável ao produto importado.

Nesta decisão, o Órgão de Apelação pareceu indicar que as características físicas adquirem relevância destacada para identificar a similaridade entre produtos. Segundo o entendimento do órgão, uma vez que as características físicas são distintas, o Membro que alega a similaridade carrega o grande ônus de provar que existe uma relação de competição entre os produtos³⁸⁸.

Em relação às preferências do consumidor, o Órgão de Apelação rejeitou o argumento do Canadá de que estas eram irrelevantes para o caso. Embora o Canadá não tenha apresentado evidências acerca de tais preferências, os julgadores consideraram ser provável que as escolhas dos consumidores seriam influenciadas caso tivessem conhecimento dos riscos à saúde envolvidos com o produto que continha amianto³⁸⁹.

Ao aplicar estas considerações às emissões de gases-estufa, coloca-se como dúvida central: é possível considerar que dois produtos não são similares com base em distintos níveis de emissão de gases-estufa? Esta pergunta pode se tornar ainda mais complexa ao se

³⁸⁷ *EC-Asbestos*, WT/DS135/AB/R, para. 102.

³⁸⁸ *Idem*, para. 136.

³⁸⁹ “we are also persuaded that evidence relating to consumers' tastes and habits would establish that the health risks associated with chrysotile asbestos fibres influence consumers' behaviour with respect to the different fibres at issue”. *EC-Asbestos*, WT/DS135/AB/R, para. 122;145.

ressaltar um ou outro aspecto da produção ou origem do produto. Como indicam Low, Marceau e Rinaud, é possível considerar: (i) o nível de carbono emitido durante a produção; (ii) o nível de carbono emitido pelo setor industrial do produto; (iii) o nível de carbono emitido nacionalmente pelo país exportador; (iv) as políticas climáticas do país exportador³⁹⁰.

A análise sob os três primeiros critérios de similaridade – características físicas, uso-final e classificação tarifária – provavelmente levaria à conclusão de que produtos mais ou menos intensivos em carbono são similares, a despeito desta diferença. No exemplo elaborado por Pauwelyn, aço fabricado a partir de carvão (mais intensivo em carbono) e aço fabricado a partir de gás natural (menos intensivo em carbono) serão considerados similares, com base em sua relação de competição no mercado³⁹¹.

Desta forma, alguns autores sustentam que o critério relacionado à preferência e aos hábitos dos consumidores poderia ainda permitir a diferenciação entre produtos que seriam considerados similares sob o exame dos demais critérios³⁹². Segundo Green, se a linha de interpretação adotada em *EC-Asbestos* for transposta para produtos com diferentes intensidades em carbono, a maioria destes produtos seria considerada similar. Porém, conclusão diferente poderia ser alcançada para certos produtos, caso haja evidência de que os consumidores orientem suas escolhas em função de preocupações ambientais ou da eficiência energética do produto³⁹³. Green acredita que este tipo de evidência pode existir no

³⁹⁰ LOW, Patrick; MARCEAU, Gabrielle; REINAUD, Julia. The interface between the trade and climate change regimes: scoping the issue. In: CONFERENCE CLIMATE CHANGE, TRADE AND COMPETITIVENESS: ISSUES FOR THE WTO, n. 2, 2010, WTO – Geneve. *Thinking Ahead on International Trade (TAIT)*. Genebra: Centre for Trade and Economic Integration (CTEI) – Graduate Institute, 2010, p. 7. Veel aponta outra questão complexa: identificar qual limite de diferentes níveis de emissões de carbono seria suficiente para determinar que produtos são ou não similares. VEEL, Paul-Erik. Carbon tariffs and the WTO: an evaluation of feasible policies. *Journal of international Economic Law*, v. 12, n. 3, p. 749-800, 2009, p. 775.

³⁹¹ PAWELYN, Joost. *U.S. federal climate policy and competitiveness concerns: the limits and options of international trade law*. Working Paper - Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions, Duke University, Durham, 2007, p. 29.

³⁹² Para Quick e Lau, as preferências do consumidor são decisivas pois são elas que determinam, no final, a relação de competitividade entre dois produtos. Mas parece difícil afirmar que este critério isoladamente pode determinar similaridade – risco de abuso para fins protecionistas. QUICK, Reinhard; LAU, Christian. Environmentally motivated tax distinctions and WTO law: The european commission's green paper on integrated product policy in light of the 'like product-' and 'PPM-' debates. *Journal of International Economic Law*, v. 6, n. 2, p. 419-458, 2003, p. 431.

³⁹³ Green afirma que, na ausência de evidência, seria necessário que um painel adotasse uma interpretação de um mercado idealizado, em que os consumidores detêm plena informação acerca das características dos produtos. Em *EC-Asbestos*, o Órgão de Apelação admitiu que a inferência sobre a preferência do consumidor por produtos não prejudiciais à saúde foi especulativa. Para Green, porém, essa relação é mais evidente em *EC-Asbestos* do que seria no caso de produtos intensivos em carbono. GREEN, Andrew. *Climate change, regulatory policy and the WTO: how constraining are trade rules?* Legal Studies Research Paper, n. 05-01. Toronto: University of Toronto, Faculty of Law, 2005, p. 29.

caso de produtos mais eficientes, como automóveis, mas seria mais dificilmente provada para outros produtos, especialmente os que envolvem PMPs não incorporados.

O caso do GATT *US-Autos* ilustra uma hipótese em que produtos podem ser considerados não similares em função de diferentes níveis de eficiência energética. O painel aceitou o argumento dos Estados Unidos de que veículos que consumiam mais que um determinado volume de combustível não eram similares a outros de consumo mais elevado. Diante disso, o painel entendeu que a aplicação de alíquotas de imposto distintas era aceitável. Para esta conclusão, a decisão considerou que efeitos de competição não resultavam de uma distinção inerente à origem dos produtos³⁹⁴.

Howse e Eliason adotam entendimento mais amplo, ao considerarem que a interpretação de similaridade esposada pelo Órgão de Apelação em *EC-Asbestos* seria suficientemente flexível para admitir diferenças entre os produtos relevantes no caso de emissões de carbono. Segundo os autores:

*“to exclude differences between the products that relate to potentially catastrophic global environmental harms would seem at odds with the Appellate Body stricture [...] that all evidence probative of likeness in the particular context must be taken into account regardless of how it is sorted in terms of the different factors or criteria in the Border Tax Adjustment approach to likeness.”*³⁹⁵

A interpretação de Condon sobre a análise de similaridade lança luz sobre a questão. O autor defende que a relação de competição entre produtos não é estática, mas evolui com o tempo. Uma vez que a identificação de produtos como similares se relaciona fundamentalmente à competição entre eles no mercado, uma abordagem caso-a-caso estaria mais apta a produzir conclusões acertadas. Nesse sentido, os fatores relevantes no passado podem não ser os mesmos no presente. Desta forma, critérios ou características relacionados

³⁹⁴ *US-Autos*, DS31/R, para. 5.24-5.26. - FRIESEN (2008), op. cit., p. 37.

³⁹⁵ HOWSE, Robert; ELIASON, Antonia L. Domestic and international strategies to address climate change: an overview of the WTO legal issues. In: COTTIER, Thomas; NARTOVA, Olga; BIGDELI, Sadeq Z. (eds.). *International trade regulation and the mitigation of climate change : [11th] World Trade Forum*. Cambridge e Nova York: Cambridge University Press, cap. 4, p. 48-79, 2009, p. 67. Os autores baseiam-se mais especificamente no trecho da decisão de *EC-Asbestos*: “The kind of evidence to be examined in assessing the “likeness” of products will, necessarily, depend upon the particular products and the legal provision at issue. When all the relevant evidence has been examined, panels must determine whether that evidence, as a whole, indicates that the products in question are “like” in terms of the legal provision at issue”. *EC-Asbestos*, WT/DS135/AB/R, para. 103.

ao meio ambiente podem ser relevantes para uma análise contemporânea da similaridade entre produtos³⁹⁶.

4.2.1.2. Impostos diretos e indiretos

A definição de impostos diretos e indiretos e sua distinção para fins de ajustabilidade foram estabelecidas pelo GTAIF, no relatório de 1970. Estipulou-se que impostos indiretos são aqueles que recaem diretamente sobre o produto, como impostos sobre a venda e circulação de mercadorias e impostos sobre valor agregado. Este tipo pode ser objeto de ajuste na fronteira. Já os impostos diretos recaem sobre fatores de produção, como impostos sobre a folha de pagamento ou contribuições à seguridade social, e não permitem ajuste fronteiriço³⁹⁷. Esta distinção baseia-se na presunção de que os consumidores pagam pelos impostos indiretos e os produtores pelos impostos diretos, pautando-se no princípio da destinação³⁹⁸.

O relatório mencionou ainda uma categoria intermediária denominada “impostos ocultos”, entre os quais se encontram os impostos sobre energia, transporte e máquinas industriais. Para estes, o relatório aponta divergências entre os Membros acerca da possibilidade de ajuste. A questão permanece incerta³⁹⁹.

O enquadramento de imposto sobre carbono em um dos tipos acima mencionados não é pacífico. Pauwelyn entende que uma tributação sobre carbono pode ser considerada como imposto indireto. Uma vez que seu propósito consiste em internalizar o custo social da emissão de carbono no preço dos produtos, pode-se considerar que sua aplicação é feita diretamente sobre o produto. Assim, o nexo entre o imposto e o produto é suficiente para esta qualificação: “the tax will, in other words, change the terms of competition and to ensure

³⁹⁶ Condon toma como exemplo a relação de competição entre celulares e máquinas fotográficas. Com a evolução tecnológica, muitas vezes as funções dos primeiros passaram a englobar a fotografia. CONDON, Bradley J. Climate change and unresolved issues in WTO law. *Journal of International Economic Law*, v. 12, n. 4, p. 895-926, 2009, p. 909.

³⁹⁷ GATT (1970), op. cit., para 14. (Ver AMARAL JÚNIOR (2009), op. cit., p. 168)

³⁹⁸ Segundo Low, Marceau e Reinaud, esta presunção resulta de uma distinção arbitrária, uma vez que a incidência de um imposto é uma questão empírica. Dependendo das condições do mercado, os produtores podem repassar aos consumidores o custo de impostos vistos como diretos. LOW; MARCEAU; RINAUD (2010), op. cit., p. 10.

³⁹⁹ GATT (1970), op. cit., para 15.

trade neutrality, the tax of the country of consumption should apply; hence, border tax adjustment could, in principle, be permitted”⁴⁰⁰.

Low, Marceau e Rinaud argumentam que impostos sobre emissões provavelmente recairão sobre produtores, o que dificultaria a possibilidade de ajuste para produtos importados⁴⁰¹. Howse and Eliason sublinham que imposto de carbono pode ser comparado a impostos sobre poluição, os quais normalmente são impostos sobre a empresa ou unidade de produção, e não sobre produtos finais⁴⁰². Por sua vez, Veel argumenta que um imposto sobre carbono identifica-se mais facilmente com a categoria de impostos ocultos⁴⁰³.

A questão de atribuir emissões a produtos finais apenas recentemente passou a ser levantada. É possível que se busque atribuir a quantidade de carbono emitida ao produto final por meio da estipulação de uma pegada de carbono (*carbon footprint*). Porém, esta atribuição seria demasiadamente complexa, especialmente para bens de produção transnacionalizada, nos quais as etapas de fabricação ocorrem em distintos países⁴⁰⁴.

4.2.1.3. Tratamento menos favorável

Uma vez determinado que o imposto incidente sobre produtos similares é ajustável, a aplicação de AIF está condicionada à verificação de que não resulta em tratamento menos favorável ao produto importado. Esta análise constitui o critério central para o atendimento dos requisitos do artigo III.2 e II.2(a). Como explanado anteriormente, o exame de tratamento não menos favorável está ligado à verificação das condições de competição no mercado entre o produto nacional e importado.

Green explica que o exame de quanto a imposição de um imposto pode modificar as condições de competição no mercado vai além de diferença de tratamento para um produto ou produtor individual, mas aplica-se ao grupo como um todo⁴⁰⁵. Pauwelyn corrobora que esta análise não deve ser isolada. Assim, a verificação de tratamento menos favorável importa em demonstrar que o grupo total de produtos importados é afetado mais pesadamente pela

⁴⁰⁰ PAWELYN (2007), op. cit., p. 20-21.

⁴⁰¹ LOW; MARCEAU; RINAUD (2010), op. cit., p. 10.

⁴⁰² HOWSE; ELIASON (2009), op. cit., p. 67.

⁴⁰³ VEEL (2009), op. cit., p. 755

⁴⁰⁴ HOWSE; ELIASON (2009), op. cit., p. 68-69.

⁴⁰⁵ GREEN (2005), op. cit., p. 30.

imposição do imposto do que o grupo de produtos domésticos. Em relação a uma política climática, o autor ilustra que esse pode ser o caso se for comprovado que a produção doméstica de determinado bem é tradicionalmente menos intensiva em carbono. Tal constatação poderia configurar uma discriminação *de facto*⁴⁰⁶. Este tipo de discriminação se dá pelo uso de outros critérios cujos efeitos resultam em discriminação pela origem, ainda que de maneira não explícita.

No caso *US-Superfund*, o painel entendeu que o imposto aplicado aos produtos importados sobre certas substâncias químicas utilizadas no processo de fabricação correspondia ao imposto aplicado aos produtores domésticos sobre os mesmos insumos⁴⁰⁷. O produto estrangeiro poderia receber imposto de valor nominalmente maior, em proporção à quantidade dos químicos utilizada na produção. Porém, para uma dada quantidade, a mesma alíquota era imposta a produtos domésticos e importados. Veel sugere que, seguindo a interpretação do painel neste caso, um imposto sobre carbono não violaria o tratamento nacional desde que produtores nacionais e estrangeiros sejam submetidos ao mesmo nível de taxação por dada quantidade de carbono emitida⁴⁰⁸.

Por outro lado, o atendimento à exigência dos artigos III.2 e II.2(a) não implica necessariamente em tratamento idêntico. Como argumenta O'Brien, a aplicação ao produto importado de imposto equivalente ao custo do produtor doméstico não elimina necessariamente a possibilidade de tratamento menos favorável. Pelo contrário, a ideia de isonomia pode implicar a necessidade de tratamento diferenciado. Segundo a autora, a equalização no caso de um imposto de carbono deve levar em conta os diferentes compromissos de redução do país exportador e as medidas empregadas por ele para alcançar este objetivo⁴⁰⁹.

Ainda, é possível admitir tratamento desfavorável, desde que este não seja explicado por fatores relacionados à origem. Petersmann sustenta que:

⁴⁰⁶ PAUWELYN (2007), op. cit., p. 29-30.

⁴⁰⁷ *US-Superfund*, L/6175, para 5.2.9.

⁴⁰⁸ VEEL (2009), op. cit., p. 783.

⁴⁰⁹ Conforme O'Brien: "equal competitiveness conditions should not be judged from the perspective of producers in the importing country but rather from the perspective of producers in the exporting countries and their particular responsibility to take climate change action. Unless an exporting country could be expected to reduce its carbon emissions to an equal degree as the importing country, a carbon tax that charged imported goods the equivalent of what they would have had to pay if they had been produced domestically would amount to placing an inequitable tax burden on producers in the exporting country and may thus be inconsistent with the second sentence of Article III (2). O'BRIEN (2009), op. cit., p. 1108.

*“there could be objective reasons proper to the tax in question which could justify or necessitate differences in the system of taxation for imported and for domestic products [...] it could also be compatible with Article III:2 to allow two different methods of calculation of price for tax purposes. Since Article III:2 prohibited only discriminatory or protective tax burdens on imported products, what mattered was [...] whether the application of the different taxation methods actually had a discriminatory or protective effect against imported products.”*⁴¹⁰

No caso *Dominican Republic-Cigarettes*, o Órgão de Apelação adotou interpretação semelhante, ao admitir que a existência de efeito prejudicial não resulta necessariamente em violação do tratamento nacional⁴¹¹. Segundo Green, o Órgão de Apelação buscou estabelecer um teste objetivo para análise da discriminação e de seus efeitos para a competição de produtos nacionais e importados. Este teste, contudo, requer um balanceamento que implica determinar se o tratamento desfavorável se justifica por um objetivo regulatório legítimo⁴¹². Pauwelyn busca projetar raciocínio semelhante para o caso de um imposto de carbono. Se efeitos desfavoráveis puderem ser explicados por preocupações relacionadas às mudanças climáticas, e não à origem do produto, seria possível evitar uma violação do princípio do tratamento nacional⁴¹³.

A discriminação pode ainda decorrer da violação da cláusula da nação mais favorecida, caso o imposto de carbono seja aplicado a apenas um grupo de países, por exemplo, com base em determinado padrão de emissões. Neste caso, os países que se enquadram na exigência regulatória seriam isentos do imposto, enquanto os demais seriam onerados. Novamente, uma possível distinção no tratamento poderia se justificar caso se entenda que os produtos não são similares, em função de diferentes níveis de emissão relacionados à sua produção. Contudo,

⁴¹⁰ PETERSMANN (2000), op. cit., p. 144.

⁴¹¹ O trecho correspondente da decisão lê: “However, the existence of a detrimental effect on a given imported product resulting from a measure does not necessarily imply that this measure accords less favourable treatment to imports if the detrimental effect is explained by factors or circumstances unrelated to the foreign origin of the product, such as the market share of the importer in this case. In this specific case, the mere demonstration that the per-unit cost of the bond requirement for imported cigarettes was higher than for some domestic cigarettes during a particular period is not, in our view, *sufficient* to establish “less favourable treatment” under Article III:4 of the GATT 1994”. *Dominican Republic-Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, para. 96.

⁴¹² GREEN (2005), op. cit., p. 34.

⁴¹³ PAWELYN (2007), op. cit., p. 30.

de forma análoga ao exame para o tratamento nacional, a aceitação desta hipótese é menos provável.

O tratamento diferenciado entre países pode ainda ser justificado nos termos da Cláusula de Habilitação, que, conforme visto, funciona como exceção ao artigo I:1, e assim permite que os membros concedam preferências tarifárias a países em desenvolvimento, sem a necessidade de estender este tratamento aos demais membros. Em *EC-Tariff Preferences*, o Órgão de Apelação reconheceu, contudo, que esta concessão deve estar relacionada às necessidades dos países em desenvolvimento, e consequentemente, pode implicar tratamentos diferenciados mesmo entre os países deste grupo⁴¹⁴.

Com base na Cláusula de Habilitação, a União Europeia concede preferências tarifárias aos países em desenvolvimento, sob a condição de assinarem diversos acordos sobre meio ambiente e boa governança, entre os quais figuram a UNFCCC e o Protocolo de Kyoto⁴¹⁵.

4.2.1.4. Imposto de carbono e processo e método de produção

A complexidade em determinar se um imposto de carbono é passível de ajuste na fronteira pode ser atribuída em grande parte ao fato de que as emissões de carbono decorrem de “processos e métodos de produção” (PMPs).

Os PMPs são divididos entre incorporados e não-incorporados. O primeiro tipo diz respeito a processos que interferem ou apresentam vestígios no produto final, enquanto o segundo tipo não apresenta esta característica. De acordo com a opinião predominante, produtos são considerados similares a despeito da forma de produção, a não ser que esta resulte em algum traço distintivo perceptível no produto final⁴¹⁶. Porém, como analisado anteriormente, alguns autores sustentam que o critério relativo às preferências do consumidor pode permitir a diferenciação com base em PMP.

⁴¹⁴“In sum, we read paragraph 3(c) as authorizing preference-granting countries to ‘respond positively’ to ‘needs’ that are not necessarily common or shared by all developing countries. Responding to the ‘needs of developing countries’ may thus entail treating different developing country beneficiaries differently”. Idem, para. 162.

⁴¹⁵ Council Regulation (EC) N. 980/2005, Anexo III.B(c).

⁴¹⁶ LOW; MARCEAU; RINAUD (2010), op. cit., p. 8.

O debate acerca da questão também se debruça sobre expressões específicas dos artigos III e II. Tamiotti e Kulaçoğlu observam que o artigo II.2(a) inclui entre os tipos de imposto ajustáveis aqueles que recaem sobre “an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part”. Segundo os autores, uma vez que esta provisão admite o ajuste sobre insumos, é possível interpretar que existe uma margem para o ajuste com base em PMP⁴¹⁷.

O artigo III.2 permite o ajuste, desde que não em excesso, de “internal taxes or other internal charges of any kind applied, directly or indirectly, to like domestic products”. A partir da expressão “other charges of any type”, seria possível depreender que uma taxa que recaia sobre energia, combustível ou emissão de carbono associados ao processo produtivo seria ajustável⁴¹⁸.

A decisão do painel no caso *US-Superfund* é ilustrativa. No caso, os EUA impuseram um imposto interno sobre produtos que utilizavam certos compostos químicos no processo de fabricação. O painel considerou que o imposto em questão aplicava-se diretamente aos produtos, e assim, era passível de ajuste. A decisão não esclarece, contudo, se os químicos deviam estar incorporados ao produto final para serem ajustáveis. O painel enfatizou ainda que o propósito do imposto – ambiental, no caso – não era relevante para a análise de ajustabilidade⁴¹⁹.

Alguns autores acreditam que o exemplo de produtos químicos utilizados no processo de produção pode ser comparado à energia consumida para o mesmo fim. Contudo, Veel aponta uma diferença essencial entre o consumo de energia e a emissão de carbono. Segundo o autor, esta consiste em um subproduto ou resíduo da produção, enquanto a energia pode ser vista como um produto consumido durante o processo, ainda que não incorporado. Nesse sentido, a energia enquadra-se como “an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part”, conforme o artigo II.2(a). Para o autor, o mesmo não se observa em relação às emissões de carbono. Veel reconhece, contudo, que isso não importa necessariamente em descartar a possibilidade de ajuste, mas apenas que esta não é explícita como no caso da energia⁴²⁰. Howse and Eliason corroboram esta posição, ao

⁴¹⁷ TAMIOTTI E KULAÇOĞLU (2009), *National Climate Change...*, p. 1132.

⁴¹⁸ Idem.

⁴¹⁹ *US-Superfund*, L/6175, para. 5.2.4.

⁴²⁰ Thus, even if a product like energy, which is not physically incorporated into an imported good but is used in the production of that imported good, is eligible for border tax adjustment, it is by no means clear that the charges on the by-products of that intermediate product are similarly eligible. While charges on by-products of

sublinhar que os textos dos artigos III.2 e II.2(a) não contêm qualquer referência que permita desconsiderar outros tipos ajuste na fronteira⁴²¹.

Petersmann destaca que a evolução das regras do GATT abre novos espaços para a consideração de PMPs:

*“Notwithstanding the identical text of the BTA rules in GATT 1947 and in GATT 1994, the substance of the WTO provisions on BTAs seems to have changed as a result of the additional agreements in Annex IA of the WTO Agreement, notably the 1994 Subsidy Agreement and the Agreement on Technical Barriers to Trade. While, under GATT 1947, it was widely held that environmental taxes on PPM and on “non-incorporated inputs” were not adjustable, the 1994 WTO rules appear to have brought about more flexibility for distinctions between seemingly “like products” based on their impact on the environment, as well as for BTAs for taxes imposed on elements of the production process.”*⁴²²

4.2.2. Regulamento técnico sobre carbono

Vários tipos de regulamentos técnicos podem ser concebidos como instrumento em políticas climáticas, por exemplo, rotulagem sobre conteúdo de carbono e exigências sobre eficiência energética ou emissão de carbono na produção.

Os regulamentos são cobertos pelo artigo III.4 do GATT e também pelo Acordo sobre barreiras técnicas ao comércio (TBT, do acrônimo em inglês) ou pelo Acordo sobre Barreiras Sanitárias e Fitossanitárias (SPS, do acrônimo em inglês). O artigo III.4 possui escopo mais amplo do que os últimos. O SPS, mais específico, disciplina regulamentos destinados à

the production process are not specifically excluded from tax adjustment, they are certainly not made explicitly eligible for border tax adjustments in any WTO treaty or panel decision. VEEL, (2009), op. cit., p. 775.

⁴²¹“nothing in this language requires the inference that other forms of border adjustment taxes would be considered charges within the meaning of Article II of the GATT rather than internal taxes within the meaning of Article III.2 much less than other forms of border adjustment taxes would be per se violations of Article III.2. HOWSE AND ELIASON (2009), op. cit., p. 67.

⁴²² PETERSMANN (2000), op. cit., p. 147.

proteção da saúde humana, animal ou vegetal. A sua aplicação exclui a do TBT, que engloba regulamentos relacionados às características dos produtos e PMPs⁴²³.

No que diz respeito à imposição de regulamentos a produtos importados, o artigo III.4 espelha a disciplina de ajuste de imposto na fronteira contida no inciso 2 do mesmo dispositivo. Conforme visto, os produtos importados devem receber tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos similares domésticos em relação a “all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use”. Segundo Pauwelyn, a interpretação de regulações que afetam a compra, venda, transporte, distribuição ou uso deve ser lida de forma suficientemente ampla para alcançar regulamentos sobre emissões de carbono. Uma vez que as emissões constituem um custo não refletido no preço do produto, é possível estabelecer nexos suficientes para determinar que o regulamento em questão é coberto pela disciplina do Artigo III.4⁴²⁴.

O Anexo I do TBT define regulamento técnico e padrão para fins de aplicação do TBT:

1. *Technical regulation*

Document which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labeling requirements as they apply to a product, process or production method.

[...]

2. *Standard*

Document approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or related processes and production methods, with which compliance is not mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method.

⁴²³ A aplicação excludente do SPS está definida no Artigo 1.5 do TBT: “The provisions of this Agreement do not apply to sanitary and phytosanitary measures as defined in Annex A of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures”.

⁴²⁴ PAWELYN (2007), op. cit., p. 25.

No caso *EC-Sardines*, o Órgão de Apelação estabeleceu três critérios que caracterizam um regulamento técnico: (i) aplica-se a um grupo identificável de produtos; (ii) estipula característica do produto; (iii) é obrigatório⁴²⁵.

O TBT também reafirma o princípio do tratamento nacional para a aplicação de regulamentos. O artigo 2.1 do acordo determina que os membros devem garantir aos produtos importados tratamento não menos favorável do que concedido aos produtos domésticos em relação à imposição de regulamentos. Condon observa que, embora esta provisão não tenha sido objeto de análise em disputas perante o OSC, é possível fazer uma analogia com a análise do artigo III.4. Assim, pode-se depreender que o tratamento desfavorável resultaria da imposição de regulamentos de forma a modificar as condições de competição no mercado⁴²⁶.

Charnovitz ilustra o desfavorecimento pelo exemplo de um regulamento que estipula um nível mínimo de eficiência energética para veículos. Caso o atendimento desta exigência seja predominantemente mais oneroso aos automóveis importados, causando um efeito adverso para sua competição no mercado do país importador, este regulamento constitui uma provável violação da provisão de tratamento nacional contida no TBT⁴²⁷.

O acordo prevê ainda exceções para o cumprimento de objetivos regulatórios legítimos, entre os quais a proteção da saúde ou segurança de pessoas, animais ou plantas e do meio ambiente. A provisão ressalva, porém, que a utilização de regulamentos técnicos para tal fim não deve acarretar restrição ao comércio além do necessário para a realização do objetivo almejado. O artigo 2.2 dispõe:

“Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfill a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfillment would create. Such legitimate objectives are, inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices;

⁴²⁵ No que toca à possibilidade de identificar um produto, o Órgão de Apelação reiterou o entendimento emitido em *EC-Asbestos*, no sentido de que o produto não precisa estar expressamente identificado no regulamento técnico, porém deve ser identificável por meio das características ou termos indicados. *EC-Sardines*, WT/DS231/AB/R, para 176; 183.

EC-Asbestos, a product need not be expressly identified in the document for it to be *identifiable*.

⁴²⁶ CONDON (2009), op. cit., p. 922.

⁴²⁷ CHARNOVITZ (2003), op. cit., p. 8.

protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.”

Low, Marceau e Rinaud afirmam que o teste de necessidade sob este dispositivo assemelha-se àquele desenvolvido no artigo XX. Como na construção da análise sob a alínea “b”, deve-se balancear a importância do objetivo em questão, a extensão em que o regulamento contribui para alcançar este objetivo e a existência de alternativa razoavelmente disponível que seja menos restritiva ao comércio. Em relação às políticas climáticas, os dois últimos testes apresentam dificuldades inerentes às incertezas que envolvem esta área, por exemplo, como comprovar a eficácia de determinado regulamento para a mitigação das emissões de carbono⁴²⁸.

Amaral defende a necessidade de buscar equilíbrio na aplicação desta provisão do TBT, no que parece também se aproximar da noção de balanceamento adotada no teste do artigo XX. Segundo o autor, a interpretação estrita pode prejudicar a realização de interesses legítimos, enquanto a aplicação expansiva daria margem ao uso de regulamentos com propósitos protecionistas⁴²⁹.

Ao contrário do SPS, o TBT não exige evidência científica para adoção de regulamentos que se apartem dos padrões internacionais. Contudo, como expresso no artigo 2.2, tais evidências podem ser relevantes para a avaliação de risco envolvida na determinação de necessidade. A possibilidade de adotar regulamentos com base em corrente científica divergente, como afirmado no caso *EC-Hormones*, pode significar a abertura para uma abordagem fundada no princípio da precaução⁴³⁰.

⁴²⁸ “This test, involving notions of importance, effectiveness and trade-restrictiveness, may complicate the choice between available domestic regulatory options for states. This is relevant to questions regarding the importance of climate change and the role of uncertainty in finding a measure necessary. Moreover, the requirement that a measure makes a meaningful contribution to the public policy goal in question -- here sustainable development via the mitigation of climate change and the respect for special and differential treatment, both legitimate objectives of the WTO -- may influence decisions on how broadly to specify the objective. [...] The nature of the necessity test under the TBT Agreement also raises questions about measuring effectiveness in addressing climate change mitigation, since there may be uncertainty regarding the effectiveness of different regulatory measures. LOW; MARCEAU; REINAUD (2010), op. cit., p. 23. Ver também BIERMANN, Frank. The rising tide of green unilateralism in world trade law: options for reconciling the emerging north-south conflict. *Journal of World Trade*, v. 35, n.3, p. 421-448, 2001, p. 442.

⁴²⁹ AMARAL JÚNIOR (2009), op. cit., p. 190.

⁴³⁰ Ver nota XXX.

Este espaço adquire relevância particular no contexto de regulamentos inseridos em políticas climáticas, em função das incertezas que marcam a questão das mudanças do clima. Como observa Green, “The standard of proof that the Appellate Body will require to support measures to address climate change is uncertain but will be central to determinations of the validity of the measures under WTO agreements”⁴³¹.

O TBT estabelece regras para estimular a harmonização dos regulamentos com os padrões internacionais e garantir a transparência em sua aplicação. Nesse sentido, o artigo 2.4 determina que os membros devem utilizar padrões internacionais existentes, ou em vias de finalização, como base para elaboração de seus regulamentos. No caso *EC-Sardines*, o Órgão de Apelação entendeu que mesmo padrões internacionais não alcançados por consenso podem ser relevantes como base para a elaboração de regulamentos nacionais⁴³². Certas diretrizes contidas no *Codex Alimentarius*, conjunto de normas elaborado pela Organização para Agricultura e Alimentação das Nações Unidas e pela Organização Mundial de Saúde, foram consideradas como padrão internacional relevante para a elaboração do regulamento europeu.

Esta obrigação pode ser afastada caso os padrões provem-se inadequados ou inefetivos para alcançar o objetivo almejado. O texto do dispositivo indica que situações como esta podem ocorrer em função de fatores geográficos ou climáticos ou problemas tecnológicos fundamentais. Os países em desenvolvimento também desfrutam de uma exceção à obrigação de considerar padrões internacionais, conforme o Artigo 12.4: “developing country Members should not be expected to use international standards as a basis for their technical regulations or standards, including test methods, which are not appropriate to their development, financial and trade needs”.

Biermann defende que AAMs podem ser considerados padrões internacionais relevantes para orientar a criação de regulamentos internos. Segundo o autor, esta interpretação teria o condão de impedir que as regras do TBT entrem em conflito com os dispositivos dos acordos ambientais⁴³³. Condon corrobora esta linha e sustenta que um acordo multilateral climático no

⁴³¹ GREEN (2005), op. cit., p. 38. O autor elabora ainda sobre o desafio posto pelas incertezas sobre as mudanças climáticas e políticas voltadas à questão: “Kysar notes that uncertainty pervades, we might even say defines, the climate change problem. He points to, among other things, the uncertainty concerning the extent that climate change is caused by greenhouse gas emissions, the impacts of climate change on agriculture, habitat, forests or other aspects of nature, the level of economic growth that will occur absent climate change initiatives and the risk of catastrophic change. To this list could be added uncertainty surrounding the effectiveness of different regulatory measures in stabilizing or reducing atmospheric levels of greenhouse gases”.

⁴³² *EC-Sardines*, WT/DS231/AB/R, para. 205; 227.

⁴³³ BIERMANN (2001), op. cit., p. 443.

âmbito da UNFCCC pode ser considerado um padrão internacional relevante, na medida em que possui adesão quase universal⁴³⁴.

Dentre os padrões técnicos internacionais de caráter privado, destacam-se os elaborados na esfera da International Organization for Standardization (ISO). Esta organização tem por objetivo facilitar o comércio internacional por meio da cooperação científica, tecnológica e econômica. Seus padrões são desenvolvidos em comitês integrados por organizações nacionais de padronização. No Comitê Técnico N° 207, encontra-se em curso a criação do padrão ISO 14064, denominado “pegada de carbono”. O programa busca desenvolver sistemas de medição da quantidade de gases-estufa emitidos durante o ciclo de vida de um produto, desde a extração de recursos naturais, fabricação, transporte, uso e até a sua disposição final. Os padrões deverão estabelecer critérios de gestão das emissões de gases-estufa em toda a cadeia, inclusive na de suprimentos⁴³⁵.

No que toca a PMPs, a cobertura do TBT alcança, de acordo com a definição do Anexo I, regulamentos que determinam “product characteristics or their related processes and production methods”. Alguns autores entendem que a presença do pronome “their” implica que apenas PMPs incorporados ao produto final estariam cobertos pelo TBT⁴³⁶. Contudo, a frase seguinte não traz o mesmo pronome: “It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method”. Desta forma, os PMPs não incorporados estariam cobertos pelo TBT, ao menos para regulamentos relativos aos aspectos mencionados – terminologia, embalagem, rotulagem, entre outros⁴³⁷.

Low, Marceau e Rinaud defendem que, sob uma interpretação sistemática dos acordos da OMC, é preferível manter regulamentos relativos a PMPs não incorporados sob a disciplina do TBT, que contêm regras mais rígidas:

⁴³⁴ CONDON (2009), op. cit., p 924.

⁴³⁵ Carbono Brasil. *Inventário de emissões de GEE e ISO 14.064*. Disponível em: <http://www.institutocarbonobrasil.org.br/mudancas_climaticas/inventario_de_emissoes_de_gee_e_iso_14.064>. Acesso em: 15 out. 2010.

⁴³⁶ AMARAL JÚNIOR (2009), op. cit., p. 194; CONDON (2009), op. cit., p. 92; GREEN (2005), op. cit., p.27.

⁴³⁷ “Although this might be read as including only process regulations that leave a trace in the end product itself (as the process and production method must be “related to” the product characteristics), any carbon regulation that addresses “terminology, symbols, packaging, marking or labeling requirements” would be covered by the TBT, as such requirements are covered as soon as they apply to “a product, process or production method” without the “related to” caveat”. PAWELYN (2007), op. cit., p. 27.

*“It would seem, however, that the non-application of the TBT Agreement to non-product-related PPM regulations would not make such regulations incompatible with WTO law. If the TBT Agreement does not cover or apply to non-product-related PPM regulations, these would be examined under Article III and Article XI of GATT, and may find justification under Article XX. To remove non-product-related PPM regulations from the coverage of the TBT Agreement would exempt them from the other requirements of the Agreement, including those on notification, harmonization and mutual recognition. [...] It would seem inefficient if product-related PPM technical regulations were subject to the more stringent requirements of the TBT Agreement, while the less transparent non-product-related PPM technical regulations -- possibly justifiable under Article XX of GATT -- were not.”*⁴³⁸

4.2.3. Subsídios

Os instrumentos em políticas climáticas podem incluir isenções fiscais e apoio financeiro para custear a adaptação da indústria doméstica às exigências de redução de emissões. Charnovitz ressalva que os subsídios, embora sejam potencialmente úteis para estimular determinados setores, podem exacerbar falhas de mercado. Certos tipos de subsídio, como aqueles direcionados ao setor de petróleo, são criticados tanto por seu efeito distorcivo para o comércio quanto pelo impacto ambiental negativo⁴³⁹.

O Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) impõe disciplinas aos subsídios cobertos, conforme definição contida em seu artigo I:

1.1 For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if:

(a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as "government"), i.e. where:

⁴³⁸ LOW; MARCEAU; RINAUD (2010), op. cit., p. 24.

⁴³⁹ CHARNOVITZ (2003), op. cit., p. 9.

- (i) a government practice involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (e.g. loan guarantees);
 - (ii) government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits);
 - (iii) a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods;
 - (iv) a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments;
- or
- (a)(2) there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994;
- and
- (b) a benefit is thereby conferred.

Desta forma, um subsídio configura-se pela existência de contribuição financeira, feita por governo ou órgão público, que confere um benefício ao recipiente. No caso *Canada-Aircraft*, o Órgão de Apelação confirmou o entendimento do painel de que a existência de subsídio implica colocar o beneficiário em posição mais vantajosa do que os seus concorrentes. A base para de verificação do favorecimento consiste em comparar os termos oferecidos pelo apoio governamental com as condições que prevalecem no mercado⁴⁴⁰. Este critério é reiterado no artigo 14 do ASMC, que estipula diretrizes para o cálculo do valor do subsídio. As orientações contidas no artigo indicam que os termos de benefício devem ser aferidos por comparação às práticas e condições observadas no mercado.

⁴⁴⁰ “the ordinary meaning of “benefit” clearly encompasses some form of advantage. ... In order to determine whether a financial contribution (in the sense of Article 1.1(a)(i)) confers a “benefit”, i.e., an advantage, it is necessary to determine whether the financial contribution places the recipient in a more advantageous position than would have been the case but for the financial contribution. In our view, the only logical basis for determining the position the recipient would have been in absent the financial contribution is the market. Accordingly, a financial contribution will only confer a “benefit”, i.e., an advantage, if it is provided on terms that are more advantageous than those that would have been available to the recipient on the market. *Canada-Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para. 149.

O ASMC divide os subsídios em três categorias: permitidos, proibidos e acionáveis. Enquadram-se nas duas últimas apenas os subsídios específicos, ou seja, aqueles concedidos exclusivamente a uma empresa ou setor da indústria doméstica. Os critérios para determinar a especificidade encontram-se no artigo 2 do acordo, e podem ser resumidos às situações em que: (i) a autoridade concessora limita o acesso do benefício a certas empresas; (ii) a autoridade concessora não estabelece critérios objetivos para a elegibilidade; (iii) há indicações de que a concessão é limitada na prática, ainda que a distinção não seja operada formalmente. Como exemplo do último caso, pode-se observar uma concentração desproporcional na concessão de benefícios para certo grupo de empresas.

Charnovitz exemplifica a hipótese de especificidade de subsídios em políticas climáticas. Na opinião do autor, a oferta de linhas de financiamento para desenvolver novas tecnologias de eficiência energética e redução de emissões, desde que realizada de forma abrangente para a indústria doméstica, não seria caracterizada como subsídio específico. Conclusão oposta verificar-se-ia caso as linhas fossem direcionadas apenas ao setor automobilístico, ou as condições oferecidas resultassem em uma concentração das linhas neste setor⁴⁴¹.

Subsídios proibidos, conforme a definição do artigo 3, são aqueles contingentes sobre a exportação e sobre o uso de bens ou insumos domésticos ao invés de importados. Ao ser constatado, este tipo de subsídio deve ser removido ou a parte que sofre o prejuízo pode impor medidas compensatórias contra o Membro concessor⁴⁴².

Constituem subsídios acionáveis aqueles que causam prejuízo à indústria de outro Estado Membro, anulação de benefícios a que tenha direito sob o GATT 1994 ou sério prejuízo aos seus interesses⁴⁴³. A identificação do prejuízo ou anulação de benefícios constitui o ponto nevrálgico para a qualificação de um subsídio acionável. O artigo 6.3 do ASMC ilustra situações que configuram sério prejuízo, entre as quais figuram a diminuição da participação de produtos importados no mercado interno ou no mercado de outro Estado membro, ou ainda a variação significativa no preço mundial do produto⁴⁴⁴. A concessão de

⁴⁴¹ CHARNOVITZ (2003), op. cit., p. 9-10.

⁴⁴² O artigo 4 estipula processo para aplicação de sanções contra um Membro que mantenha subsídios proibidos. Antes de iniciar um contencioso perante o OSC, o país reclamante deve requisitar consultas com vista a alcançar uma solução negociada. A seção V estipula os procedimentos e parâmetros para a aplicação de medidas compensatórias.

⁴⁴³ ASCM, artigo 5.

⁴⁴⁴ O Artigo 6.3 define:

subsídio acionável também enseja a aplicação de medidas compensatórias pelo Membro que vê seus interesses prejudicados.

No caso *US-Cotton*, o Órgão de Apelação entendeu que a depreciação do preço internacional do algodão causada pelos subsídios concedidos pelos EUA aos produtores locais resultou em sério prejuízo ao Brasil⁴⁴⁵. No caso, a apresentação de um complexo estudo econométrico sobre a influência dos programas de apoio estadunidenses no mercado mundial constituiu instrumento essencial para a determinação do caráter acionável dos subsídios em questão.

O artigo 8.2 do ASMC define como não acionáveis determinados tipos de subsídios. Entre eles, encontram-se aqueles voltados à promoção da adaptação de indústrias a novas exigências ambientais⁴⁴⁶. Contudo, este dispositivo expirou em dezembro de 1999. Sua renovação está incluída nas negociações da Rodada Doha⁴⁴⁷.

O possível enquadramento de certos aspectos das políticas climáticas dos Membros como subsídios suscita a discussão acerca da aplicação das regras do ASMC. Um dos questionamentos refere-se à omissão ou insuficiência dos países em adotar ações de mitigação de emissões como possível causa para imposição de medidas compensatórias. Hufbauer, Charnovitz e Kim refutam que a ausência de regulação possa ser considerada um subsídio, pois não equivaleriam a uma contribuição financeira por parte do governo⁴⁴⁸.

Pauwelyn entende que a omissão em adotar medidas com vistas à redução de emissões pode se enquadrar a uma das hipóteses que caracteriza contribuição financeira no artigo I: “... government revenue that is otherwise due is foregone or not collected”. O autor ressalva,

Serious prejudice in the sense of paragraph (c) of Article 5 may arise in any case where one or several of the following apply:

- (a) the effect of the subsidy is to displace or impede the imports of a like product of another Member into the market of the subsidizing Member;
- (b) the effect of the subsidy is to displace or impede the exports of a like product of another Member from a third country market;
- (c) the effect of the subsidy is a significant price undercutting by the subsidized product as compared with the price of a like product of another Member in the same market or significant price suppression, price depression or lost sales in the same market;
- (d) the effect of the subsidy is an increase in the world market share of the subsidizing Member in a particular subsidized primary product or commodity.

⁴⁴⁵ *US-Cotton*, WT/DS267/AB/R, para. 487-488.

⁴⁴⁶ Entre as condições para essa exclusão, o dispositivo determina que o subsídio deveria ser concedido uma única vez, limitar-se ao teto de 20% dos custos de adaptação e ser proporcional à redução de poluição planejada pela empresa beneficiária, além de não ser específico.

⁴⁴⁷ WTO. *Rules and environmental policies: Other relevant WTO texts*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/issu3_e.htm>. Acesso em: 23 set. 2010.

⁴⁴⁸ HUFBAUER; CHARNOVITZ; KIM (2009), op. cit., p. 70.

contudo, que o parâmetro para identificar se uma receita devida deixou de ser coletada deve ser baseado no padrão regulatório doméstico. Em outras palavras, seria preciso verificar se houve isenção de exigências normalmente impostas dentro do país cujas medida de apoio se questiona⁴⁴⁹.

Outra implicação da disciplina de subsídios consiste na possibilidade de eximir produtos destinados à exportação da aplicação de um imposto de carbono doméstico. A nota de rodapé 1 do ASMC estipula:

“In accordance with the provisions of Article XVI of GATT 1994 (Note to Article XVI) and the provisions of Annexes I through III of this Agreement, the exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts not in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy.”

De acordo com o Anexo I do ASMC, impostos sobre “inputs that are consumed in the production of the exported product” podem ser reembolsados. A nota de rodapé 1 do Anexo II define insumos consumidos no processo de produção como aqueles fisicamente incorporados ao produto, bem como energia e combustível utilizados no processo produtivo.

Assim como no caso das regras do artigo II do GATT sobre ajuste de imposto, pode-se buscar uma comparação entre imposto de carbono e de energia para examinar se o primeiro estaria incluído entre os impostos eximíveis ou reembolsáveis para exportação. Partindo da presunção de que existe simetria entre as regras para ajuste de imposto na importação e na exportação, Veel aplica a mesma distinção baseada no fato de que energia é um insumo consumido durante a produção, enquanto as emissões de carbono constituem um resíduo. Para o autor, esta constatação indica que um imposto de carbono não poderia ser objeto de isenção ou reembolso na exportação⁴⁵⁰. Hufbauer, Charnovitz e Kim entendem que a questão permanece incerta, e que futuros esclarecimentos serão necessários por meio de negociações entre os Membros ou da jurisprudência do OSC⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ PAWELYN (2007), op. cit., p. 15.

⁴⁵⁰ VEEL (2009), op. cit., p. 774.

⁴⁵¹ HUFBAUER; CHARNOVITZ; KIM (2009), op. cit., p. 46.

4.2.4. Cap-and-trade

Além dos instrumentos regulatórios acima examinados, é cada vez mais comum que as políticas climáticas contemplem a instituição de sistemas de *cap-and-trade*. Esta constatação influencia a discussão sobre competitividade, deslocando o foco do imposto sobre carbono para a obrigação de obter de licenças de emissão⁴⁵². Em sua configuração usual, esquemas de *cap-and-trade* envolvem ainda elementos que podem ser considerados como regulamentos técnicos e subsídios.

Este tipo de regulação-quadro consiste basicamente em fixar um limite total para as emissões⁴⁵³, traduzir este limite em licenças ou permissões de emissão e criar um mercado no qual estas licenças podem ser comercializadas entre os agentes. O preço a ser pago pela licença reflete o preço do carbono e normalmente flutua livremente no mercado. Teoricamente, este preço deve corresponder ao custo marginal da redução das emissões⁴⁵⁴.

Neste esquema, as licenças conferem ao detentor o direito de emitir certa quantidade de carbono. Caso consiga manter suas emissões abaixo do nível que lhe é permitido, o detentor pode vender as licenças restantes no mercado. Se o limite for ultrapassado, a empresa deverá comprar as licenças correspondentes às emissões que excedentes.

As licenças podem ainda ser alocadas de forma gratuita ou onerosa. A opção por uma ou outra forma de distribuição de licenças possui importantes implicações econômicas e comerciais, pois pode determinar perda ou ganho de competitividade para certas indústrias⁴⁵⁵.

A maior parte dos esquemas de *cap-and-trade* prevê flexibilidades e mecanismos de incentivo para limitar a flutuação no preço das licenças e reduzir o risco de não cumprimento. Além da alocação gratuita de licenças, são comuns instrumentos como banco de licenças e a validação de créditos adquiridos em setores não-cobertos pelo esquema ou a partir de projetos realizados em outros países⁴⁵⁶.

⁴⁵² ICTSD (2009).), op. cit., p. 10.

⁴⁵³ O limite normalmente é estabelecido em nível mais baixo do que o emitido em um ano-base estipulado, e é progressivamente reduzido até o piso que se pretende alcançar. WTO-UNEP (2009), op. cit., p. 92.

⁴⁵⁴ WTO-UNEP (2009), op. cit., p. 91.

⁴⁵⁵ A alocação gratuita contempla diferentes critérios, como nível histórico de emissões, nível médio de emissão por unidade produzida ou por identificação de setores vulneráveis ou que enfrentarão custos mais elevados para implementar a redução de emissões. WTO-UNEP (2009), op. cit., p. 93-94.

⁴⁵⁶ Explicar/exemplificar banco de licenças e validação de créditos. WTO-UNEP (2009), op. cit., p. 95.

Segundo Gross e Egenhofer, esquemas *cap-and-trade* possuem a vantagem de criar incentivos para que as empresas reduzam emissões de forma mais efetiva e menos custosa, além de premiar o desenvolvimento de tecnologias e abordagens inovadoras. A transmissão dos custos para o consumidor também cria incentivos para reduzir a demanda por bens intensivos em carbono⁴⁵⁷. Condon compara este tipo de regulação à imposição de um imposto carbono. Enquanto o imposto elimina a volatilidade no preço do carbono, o esquema de comércio de emissões é mais eficiente em garantir a margem de redução de emissões desejada⁴⁵⁸.

Um sistema de *cap-and-trade* pode ser visto como uma regulação-quadro pela possibilidade de reunir diversos tipos medidas, como regulamentos, ajustes na fronteira e subsídios, o que aumenta sua complexidade e o espectro de aplicação das regras da OMC. Charnovitz argumenta que o comércio de emissões pode se situar fora do alcance da disciplina da OMC, pois as licenças não necessariamente serão consideradas bens ou serviços. Ainda assim, o autor admite que o comércio de emissões pode interferir no fluxo de comércio de bens e serviços, e assim, afetar direitos ou obrigações sob o GATT⁴⁵⁹.

Assim, o primeiro desafio consiste em identificar a natureza das licenças de emissão e quais parâmetros da normativa da OMC seriam aplicáveis a estes instrumentos, no caso de extensão da obrigação aos importadores. Parte dos autores entende que estas permissões podem ser equiparadas a um imposto sobre carbono. Pauwelyn retoma o conceito de tributo para identificar características comuns à obrigação de obter licenças de emissões. Segundo ele, uma vez que empresas não recebem uma contrapartida do governo, e servem principalmente a um interesse da sociedade, o preço pago pela licença pode ser qualificado

⁴⁵⁷ GROS, Daniel; EGENHOFER, Christian. *Climate change and trade: Taxing carbon at the border?* Bruxelas: Centre for European Policy Studies, 2010, p. 22. Ver também CHARNOVITZ (2003), op. cit., p. 10.

⁴⁵⁸ Segundo Condon: “Carbon taxes are a market-based alternative to a cap-and-trade system. Both policies put a price on CO₂ emissions. However, whereas a carbon tax sets the price of CO₂ emissions, a cap-and-trade system sets the amount of emissions and allows the price of the emissions to adjust to meet the emissions cap. A cap-and-trade system provides more certainty regarding whether emissions targets will be met, but less certainty regarding the cost of meeting those targets. Conversely, a carbon tax provides less certainty regarding whether emissions targets will be met, but more certainty regarding the cost of meeting the emissions targets. CONDON (2009), op. cit., p. 897.

⁴⁵⁹ “A threshold question is whether “emissions trading” (as discussed in Article 17 of the Kyoto Protocol) is even covered by WTO rules. Sometimes analysts mistakenly assume that WTO rules would ineluctably govern world trade in climate units. Despite its name, the WTO does not govern trade itself. What it governs are the trade restrictions that nations impose on transborder trade in goods and services. [...] Emissions trading between economic actors in the same country does not raise any WTO-related concerns. The WTO problems, if they exist, are in the interface between the trading programs in two countries. If Country A’s trading rules make it harder for an economic actor in Country B to do business with actors in Country A, that could trigger a complaint to the WTO by Country B”. CHARNOVITZ (2003), op. cit., p. 10.

como um imposto. Ademais, o autor retoma o artigo II.2(a), que admite a imposição de AIF em relação a “charge equivalent to an internal tax”. Pauwelyn conclui, assim, que “a requirement to hold an allowance is then arguably a ‘charge’ which is ‘equivalent’ to the internal requirement to hold allowances which, in turn, is a kind of ‘internal tax’”⁴⁶⁰. Nesse caso, a obrigação de obter licenças de emissão poderia ser imposta aos produtores estrangeiros ou importadores, de acordo com as regras sobre AIF.

Hufbauer, Charnovitz e Kim afirmam que uma licença de emissão não corresponde a um bem ou serviço, mas sim a um direito de propriedade. Contudo, com base na jurisprudência do caso *US-Lumber VI*, os autores apontam que um direito de propriedade poder ser considerado como um bem para fins de aplicação dos acordos da OMC. No caso, o direito à extração de madeira foi reconhecido pelo Órgão de Apelação como equivalente à madeira em si no que se referia à aplicação das regras do ASMC. Apesar de reconhecer as diferenças entre o direito de extração analisado no caso e uma licença de emissão, os autores defendem que esta última seja considerada um subsídio e, assim, submetida à disciplina do ASMC. Esta interpretação permitiria evitar que as licenças sejam utilizadas para conferir apoio indevido a determinados setores⁴⁶¹.

Questiona-se ainda se a concessão gratuita de licenças pelo governo pode ser considerada uma forma de subsídio. Uma vez que a distribuição gratuita não altera o preço da licença, que pode ainda ser vendida no mercado, Low, Marceau e Reinaud entendem que este ato do governo constitui uma contribuição financeira nos termos do artigo I. Aventa-se o enquadramento sob a hipótese de receitas devidas não coletadas (artigo 1.1(a)(1)(ii)) ou de concessão de um bem ou serviço que não de infraestrutura (artigo 1.1(a)(1)(iii)). A verificação de existência de um benefício envolveria averiguar se a distribuição gratuita de licença importa em redução da participação de produtos importados no mercado do país conessor ou de outros países⁴⁶².

Caso o benefício seja concedido a empresas ou setores específicos, podem configurar subsídios proibidos ou acionáveis. Se não for comprovado que a medida de apoio é condicionada à exportação, a alocação gratuita de licença constituiria um subsídio acionável, e conseqüentemente, seu questionamento demandaria a comprovação de que a concessão causa efeitos adversos aos interesses de outro Estado membro.

⁴⁶⁰ PAWELYN (2007), op. cit., p. 21.

⁴⁶¹ HUFBAUER; CHARNOVITZ; KIM (2009), op. cit., p. 61-62.

⁴⁶² LOW; MARCEAU; REINAUD (2010), op. cit., p. 31.

Segundo Vranes, licenças de emissão inseridas em regulações domésticas, quando derivadas ou compensadas por créditos obtidos em sistemas de outros países, podem ser equiparadas aos certificados concebidos pelos mecanismos de flexibilidade do Protocolo de Kyoto. Assim, a mesma conclusão alcançada para a aplicação das regras do GATT a estes seria válida a estas licenças criadas na esfera doméstica: a sua alocação e transferência são alcançadas pelas regras da OMC e podem resultar em violação destas se afetarem o comércio de bens ou serviços⁴⁶³.

4.3. Cap-and-trade e competitividade – caso das legislações da UE e dos EUA

Conforme visto anteriormente, EUA e União Europeia possuem diferentes posicionamentos e obrigações em relação à UNFCCC e ao Protocolo de Kyoto. Contudo, na formulação de suas legislações climáticas, ambos têm se preocupado particularmente com os prejuízos para a competitividade da indústria doméstica ao enfrentar a concorrência de produtores que não suportam os mesmos custos de adaptação em seus países. Em outras palavras, os formuladores de políticas estadunidenses e europeus enxergam a questão da competitividade como um problema a ser abordado para que suas políticas neste campo sejam efetivamente implementadas.

Como referido anteriormente, a questão do uso de medidas ou sanções comerciais como parte das políticas climáticas tem sido levantada nas negociações da UNFCCC, onde prevalece uma clivagem entre países em desenvolvimento e desenvolvidos. Diante dos impasses em temas mais prioritários na agenda climática, a questão do uso de medidas comerciais permanece sem resolução.

A despeito do encaminhamento no âmbito multilateral, EUA e União Europeia têm buscado inserir medidas relacionadas à proteção da competitividade de suas indústrias domésticas em suas legislações próprias. Os instrumentos concebidos com esta finalidade consistem primordialmente em alocação de permissões gratuitas; exceções especiais; medidas de fronteira.

⁴⁶³ “The same holds true in principle for trade conducted by private parties [...]. As far as this inter-related issue is concerned, it is evident that certificates, which may be held and traded by private parties, whether they be denominated as ERUs, CERs or ‘allowances’, confer the permission, granted by Kyoto parties (i.e., by states) to emit a given amount of greenhouse gases. They can therefore be regarded as ‘licences’ based on international and/or administrative law implementing the Kyoto Protocol, that is, state measures”. VRANES (2009), op cit., p. 716.

Esta seção buscará analisar como estas questões têm sido tratadas em dois dos principais instrumentos regulatórios nas políticas climáticas da União Europeia e dos EUA: o esquema europeu de *cap-and-trade* e uma das recentes propostas de legislação climática estadunidense.

4.3.1. O esquema a União Europeia – EU ETS

Como mencionado, a política climática europeia encontra-se integrada em um pacote voltado também à energia, que pretende reduzir em 20% as emissões de gases-estufa e aumentar em 20% a participação de fontes renováveis na matriz energética do bloco, até 2020.

Incorporado ao pacote, o European Union Emissions Trading System (EU ETS) constitui o seu instrumento central. Instituído por meio da Diretiva 2003/87/CE e em vigor desde 2005, é o mais abrangente sistema de *cap-and-trade* em número de países e atividades cobertas pelo acordo. Estas englobam os setores de energia, processamento de metais ferrosos, mineração, além de uma classe de “outras atividades”, que inclui madeira, papel e tábuas⁴⁶⁴. A partir de 2012, o setor de aviação será incluído no esquema. Apenas as emissões de gás carbônico estão submetidas à regulação⁴⁶⁵. As instalações que exercem as atividades previstas são obrigadas a obter licenças, que correspondem às emissões da unidade em cada ano⁴⁶⁶. As licenças podem ser comercializadas entre os participantes do esquema.

Para os países do bloco em conjunto, estipula-se um limite global de emissões decrescente, a partir de 2013⁴⁶⁷. O programa foi dividido inicialmente em duas fases: 2005-2007 e 2008-2012. O cronograma deve garantir que as emissões sejam reduzidas, até 2020, em no mínimo 20%, em relação aos níveis de 2005. Após 2020, a redução deve continuar de forma linear, idealmente até a eliminação das emissões. Os Estados membros recebem limites

⁴⁶⁴ EUR-LEX. Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 2003 relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Directiva 96/61/CE do Conselho. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003L0087:20090625:PT:PDF>>. Acesso em: 09 set. 2010. Anexo I.

⁴⁶⁵ Os demais gases cobertos pelo Protocolo de Kyoto não foram incluídos em função da dificuldade enfrentada atualmente para efetuar a medição destas emissões de maneira precisa. VRANES (2009), op. cit., p. 712.

⁴⁶⁶ Diretiva 2003/87/CE, artigo 6.2(e). Cada licença equivale à emissão de uma tonelada de gás carbônico equivalente.

⁴⁶⁷ O número de licenças emitidas será reduzido em 1,74% ao ano, entre 2013 e 2020. Idem, artigo 9º.

individuais distintos, de acordo com a base histórica de emissões. Cada membro deve elaborar um plano nacional que descreva a quantidade de licenças a serem emitidas e a forma de alocação.

A distribuição das licenças será realizada de duas formas: gratuita e por meio de leilões. Na primeira fase do EU ETS, 95% das licenças devem ser distribuídas gratuitamente e na segunda fase, 90%. A partir de 2013, esta forma de alocação deve ser reduzida gradativamente. Os setores industriais passarão a obter 20% das suas licenças em leilões, percentual que será elevado para 70% em 2020 e para 100% em 2027. Para o setor de energia, todas as licenças serão leiloadas a partir de 2013.

Os setores industriais expostos à competição com produtos estrangeiros receberão a totalidade de suas licenças sem custos, até 2020. Segundo Gros e Egenhofer, a maior parte da indústria de produtos manufaturados enquadra-se nesta categoria⁴⁶⁸.

Além da distribuição gratuita, outras flexibilidades incluem: banco de licenças, pelo qual os créditos excedentes de um período podem ser utilizados no seguinte; e compensação de créditos obtidos a partir dos mecanismos de implementação conjunta e desenvolvimento limpo do Protocolo de Kyoto.

A questão da competitividade, refletida na ausência de um acordo internacional ou de um preço global para o carbono, é apontada como uma das principais causas de ineficiência do EU ETS⁴⁶⁹. Embora a elaboração de novas medidas para atenuar o problema não esteja entre as prioridades dos formuladores de política europeus, a pressão política dos setores industriais preocupados com o impacto para o comércio dos custos de adaptação ao programa tem aumentado. Estas preocupações são direcionadas principalmente aos EUA⁴⁷⁰.

Em resposta a estas demandas, a Comissão Europeia realizou uma consulta com atores-chave domésticos acerca da necessidade de adaptar os esquemas de flexibilidade do EU ETS ou adotar outras medidas de compensação sobre importações. Alguns representantes do setor privados sugeriram que, na ausência de um acordo internacional que incluía compromisso de redução de emissões para outros países, a União Europeia deve considerar o uso de medidas

⁴⁶⁸ GROS; EGENHOFER (2010), op. cit., p. 24.

⁴⁶⁹ Idem, p. 22.

⁴⁷⁰ VEEL (2009), op. cit., p. 755.

de ajuste na fronteira. Outros atores temem que esta abordagem possa provocar retaliações comerciais, e assim prejudicar outros setores⁴⁷¹.

Em comunicado ao Parlamento Europeu, a Comissão considerou a potencial perda de competitividade para o bloco, bem como os riscos de vazamento de carbono, na perspectiva de um acordo climático global. Três possíveis abordagens foram destacadas: continuar a apoiar a indústria doméstica por meio da alocação gratuita de licenças; impor custos adicionais às importações, a fim de compensar vantagens decorrentes da negligência em adotar políticas de mitigação de emissões; e empreender esforços para que outros países elevem os padrões de suas políticas climáticas, de forma a se aproximar dos esforços empreendidos pelo bloco. Segundo o documento, a abordagem mais provável consiste em manter a distribuição de licenças gratuitas⁴⁷².

Acerca da imposição de medidas de ajuste às importações, o documento reconhece que, embora o impacto dos custos para os produtores europeus deva ser considerado, é importante ressaltar que países desenvolvidos e em desenvolvimento não são obrigados a adotar esforços de mitigação de emissões na mesma velocidade. A formulação deste tipo de medida no EU ETS também deve atender aos requisitos de compatibilidade com as regras da OMC. A fim de cumprir esta finalidade, algumas medidas são destacadas:

“It could be hard to implement a system which sought to define in detail the carbon content of each individual category of goods, but such precision might be required: this suggests that the system could at best only be envisaged for a limited number of standardised commodities, such as steel or cement. Secondly, for each category of goods an average EU carbon content would have to be defined. This could become an administrative burden, and require agreement on such an average, likely to be a difficult and protracted process. Thirdly, it would seem challenging to verify the performance of individual installations in third countries without a highly

⁴⁷¹ EUROPEAN COMMISSION. *Summary of consultation responses on the analytical report assessing the situation of energy-intensive sectors in the light of the outcome of international negotiations*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/docs/summary_consultat_responses.pdf>. Acesso em 18 jul. 2010.

⁴⁷² EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - analysis of options to move beyond 20% greenhouse gas emission reductions and assessing the risk of carbon leakage*. (26.5.2010). Disponível em: <http://ec.europa.eu/clima/documentation/brief/eu/docs/2010_05_26_communication_en.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2010.

sophisticated monitoring and reporting system in place at installation level”⁴⁷³.

A despeito das considerações sobre como adequar o EU ETS às regras da OMC, alguns aspectos são apontados como possíveis pontos de atrito. Vranes destaca que certas limitações sobre a utilização de créditos de projetos não europeus – na linha dos mecanismos de flexibilidade do Protocolo de Kyoto – podem implicar restrições quantitativas ou qualitativas ao comércio. Por exemplo, o uso de UREs e CREs originados de instalações nucleares é vedado. Embora esta proibição também esteja contida no Protocolo de Kyoto, a regulamentação em algumas legislações nacionais é mais rígida, o que pode acarretar maior impacto ao comércio. De forma semelhante, a possibilidade de utilizar certificados de projetos relativos a mudanças no uso da terra e atividades florestais é mais restrita do que no Protocolo de Kyoto⁴⁷⁴.

O EU ETS determina ainda que os membros celebrem acordos de reconhecimento mútuo de certificados de emissão apenas com países que ratificaram o Protocolo de Kyoto. Uma vez que importa em discriminação contra os demais países, tal provisão pode configurar uma violação da cláusula da nação mais favorecida⁴⁷⁵.

Ademais, algumas falhas na implementação do programa acarretam potenciais distorções ao comércio. Como aponta Gros, a fase piloto – entre 2005 e 2007 – foi marcada por problemas como atraso no registro dos planos de ação nacionais, alocação excessiva de licenças e falhas de monitoramento. Somados à distribuição gratuita de licenças, tais distorções permitiram que empresas do setor de energia evitassem os custos de mitigação de emissões, enquanto cobravam tarifas regulares dos consumidores, auferindo assim lucros em cascata⁴⁷⁶.

⁴⁷³ EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - analysis of options to move beyond 20% greenhouse gas emission reductions and assessing the risk of carbon leakage*. (26.5.2010). Disponível em:

<http://ec.europa.eu/clima/documentation/brief/eu/docs/2010_05_26_communication_en.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2010.

⁴⁷⁴ Vranes cita o exemplo da Áustria, cuja regulação relativa ao EU ETS proíbe não apenas a utilização, mas também a geração de UREs e RECs a partir de instalações nucleares. Quanto aos certificados decorrentes de mudança no uso terra ou florestas, o EU ETS proíbe o uso destes créditos, enquanto o Protocolo de Kyoto apenas restringe a 5% do total de emissões cabíveis a um país. VRANES (2009), op. cit., p. 271-272.

⁴⁷⁵ Idem, p. 729.

⁴⁷⁶ GROSS; EGENHOFER (2010), op. cit., p. 22.

As autoridades europeias têm buscado corrigir estas deficiências, à medida que o esquema avança às próximas fases de implementação. Em função de seu pioneirismo e abrangência, bem como da previsão de integração com esquemas não europeus, o EU ETS é visto como ferramenta fundamental para o desenvolvimento de um mercado global de carbono⁴⁷⁷.

4.3.2. O esquema dos EUA – o American Clean Energy and Security Act

As alterações recentes no contexto político nos EUA levaram, como visto, à introdução de diversos projetos de lei voltados à regulação das mudanças climáticas. Entre estes, destaca-se o American Clean Energy and Security Act (H.R. 2454 – ACES). Aprovado pela Câmara dos Deputados em 2009, a proposta prevê a criação da primeira regulação climática de nível federal no país. O ACES estipula objetivos ambiciosos, como promover o uso de energias limpas, alavancar a transição à economia de baixo carbono e reduzir o aquecimento global.

Assim como no pacote europeu, o ACES tem como o instrumento central um sistema de *cap-and-trade* de caráter abrangente. As linhas básicas são semelhantes: o estabelecimento de um teto de emissões decrescente, baseado nos níveis de 2005; a tradução deste limite em licenças de emissão comercializáveis, que serão distribuídas pelos setores cobertos. As meta inicial de redução corresponde a 3%, até 2012. A partir de então, a diminuição deve alcançar 17% em 2020; 42% em 2030; e 83% em 2050. Estes limites podem ser ajustados pela EPA⁴⁷⁸.

Os setores cobertos incluem: fontes elétricas, produtores e importadores de combustíveis fósseis líquidos; produtores de dióxido de carbono e outros gases-estufa; locais de sequestro de carbono; instalações que emitem nitrogênio trifluoreto; empresas de distribuição de gás. Além destas fontes, há uma lista de setores de manufatura, transporte e processamento de gás, que inclui as principais fontes industriais⁴⁷⁹. Além do gás carbônico, o

⁴⁷⁷ Idem, p. 24.

⁴⁷⁸ ESTADOS UNIDOS. Projeto de lei cod. H.R.2454, de 6 de julho de 2009. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.R.2454.PCS>>. Acesso em: 13 dez. 2010, seção 703.

⁴⁷⁹ Idem, seção 700(13).

esquema cobre outros seis gases-estufa, além de prever a inclusão de novos gases pelas autoridades administradoras⁴⁸⁰.

Como no EU ETS, inicialmente, a maior parte das licenças será distribuída gratuitamente, especialmente aos setores de energia elétrica e gás, a fim de apoiar industriais e consumidores no período de adaptação. Entre 2012 e 2014, a parcela de licenças leiloada será elevada para 30%. Embora não seja linear, a redução na alocação gratuita deve prosseguir até 2050.

O ACES prevê ainda outras flexibilidades, como compensação por redução de emissões em programas não cobertos pelo esquema; banco de licenças⁴⁸¹; reserva estratégica⁴⁸²; e compensação de certificados de emissão originados em setores não cobertos pelo esquema⁴⁸³ e em outros países⁴⁸⁴.

Ao contrário do EU ETS, o esquema estadunidense inclui dispositivos destinados a diminuir o impacto do programa para a competitividade dos produtores locais, prevenir o vazamento de carbono e evitar o *free riding*⁴⁸⁵. Dois instrumentos foram concebidos com esta finalidade.

O Emission Allowance Rebate Program (EARP) tem por objetivo compensar os custos de adaptação de indústrias expostas à competição externa, em função de discrepâncias entre a regulação dos EUA e de outros países. Os setores elegíveis receberão abatimento na forma de licenças de emissão. A determinação destes setores seguirá os critérios de intensidade

⁴⁸⁰ Os outros gases cobertos são: metano, óxido nitroso, hexafluoreto de enxofre; hidrofluorcarbonos emitidos de processos químicos utilizados na fabricação de bens; perfluorcarbonos; trifluoreto de nitrogênio. Idem, seção 711.

⁴⁸¹ Idem, seção 725.

⁴⁸² Idem, seção 726.

⁴⁸³ Uma parcela de licenças (de 1% a 3%) deve ser reservada e eventualmente disponibilizada pela EPA para setores mais sensíveis, em leilões especiais. Idem, seção 722.

⁴⁸⁴ O ACES concede à EPA autoridade para regulamentar a compensação de créditos, tanto nos EUA quanto em outros países. A admissão dos créditos de outros países fica condicionada à celebração de acordo com os EUA. Certificados decorrentes dos mecanismos do Protocolo de Kyoto desfrutarão de condições especiais. Idem, seção 743.

⁴⁸⁵ Os propósitos declarados das provisões incluídas nesta seção incluem:

- 761(a)(2) - to prevent an increase in greenhouse gas emissions in countries other than the United States as a result of direct and indirect compliance costs incurred under this title.

- 761(b)(1) - to provide a rebate to the owners and operators of entities in domestic eligible industrial sectors for their greenhouse gas emission costs incurred under this title, but not for costs associated with other related or unrelated market dynamics;

- 761(b)(2) - to design such rebates in a way that will prevent carbon leakage while also rewarding innovation and facility-level investments in energy efficiency performance improvements; and

- 761(c)(1) to induce foreign countries, and, in particular, fast-growing developing countries, to take substantial action with respect to their greenhouse gas emissions consistent with the Bali Action Plan developed under the United Nations Framework Convention on Climate Change;

energética, emissão de gases de efeito estufa e exposição ao comércio internacional. O montante da compensação para cada produtor será definido conforme a sua produção individual e as emissões médias para aquele setor. Caso não sejam renovadas, as compensações seriam eliminadas entre 2025 e 2035⁴⁸⁶.

Por sua vez, o International Reserve Allowance Program (IRAP) foi concebido para evitar o vazamento de carbono resultante da diferença dos custos de produção nos EUA em relação a países de regulação menos rígida⁴⁸⁷. Por meio deste programa, os importadores dos bens cobertos são obrigados a adquirir o equivalente a licenças de emissão obtidas pelos produtores locais, a partir de um fundo criado para este fim (separado das licenças distribuídas aos produtores domésticos).

O preço da licença deve ser equivalente ao valor negociado no leilão mais recente. Submetem-se a esta exigência os produtos originários de países a serem indicados pela EPA, excluídos: países de menor desenvolvimento relativo; países que respondam por menos de 5% das importações dos EUA ou por menos de 0,5% das emissões globais de gases de efeito estufa; e aqueles que o presidente excluir por meio de decisão conjunta com as agências relevantes⁴⁸⁸. Nesta última categoria, incluem-se os produtos cuja importação para os EUA seja proveniente, em mais de 85%, de países que não cumprirem ações para mitigar emissões. Considera-se como indicação de esforços nesse sentido qualquer das seguintes ações: (i) adoção de compromissos de redução de emissões em um acordo internacional do qual os EUA sejam parte; (ii) adoção de um acordo de redução de emissões setoriais do qual os EUA sejam parte; (iii) manutenção de nível de intensidade de energia ou de gases-estufa igual ou inferior à dos EUA⁴⁸⁹.

Além de determinar quais produtos importados devem ser submetidos à exigência de obter licenças, a EPA recebe atribuições para especificar os procedimentos a serem adotados pelas autoridades aduaneiras na entrada destes bens no país e calcular a quantidade de licenças a serem obtidas. Para a realização deste cálculo, o texto prevê que se incorpore um

⁴⁸⁶ Os abatimentos podem ser destinados a setores cobertos ou não pelo esquema, desde que sofram prejuízos pela competição externa. *Idem*, seções 763-764.

⁴⁸⁷ *Idem*, seção 768.

⁴⁸⁸ Além de determinar quais produtos importados devem ser submetidos à exigência, a EPA recebe atribuições para especificar os procedimentos a serem seguidos pelas autoridades aduaneiras na entrada destes bens; calcular a quantidade de licenças a serem obtidas; e garantir que o preço da licença seja equivalente ao valor negociado no leilão mais recente.

⁴⁸⁹ *Idem*, seção 767(c).

fator de ajuste, a fim de equalizar eventuais benefícios recebidos pelo produtor doméstico, como a distribuição gratuita de licenças.

A despeito da previsão de medidas comerciais unilaterais, o ACES indica a preferência pela celebração de um acordo climático internacional. O engajamento em negociações multilaterais deve incentivar outros países que são grandes emissores de gases-estufa a contribuir equitativamente para a redução das emissões globais. Segundo as metas estabelecidas na proposta, um acordo global deve incluir provisões que reconheçam as disparidades nas regulações dos países que possam acarretar vazamento de carbono, bem como sanções pelo descumprimento dos compromissos.

Por ser o primeiro instrumento regulatório a conter medidas de compensação pela perda de competitividade direcionadas às importações, o ACES têm provocado diversos questionamentos quanto a possíveis inconsistências com as regras da OMC. Um dos aspectos mais controversos consiste no fato de que as exigências do IRAP serão impostas apenas aos países indicados pela EPA.

Pauwelyn entende que esta distinção resultaria na concessão de uma vantagem a países cujos esforços de mitigação de emissões sejam considerados suficientes⁴⁹⁰. Por não ser, em princípio, estendida aos demais países, tal medida seria inconsistente com o princípio da nação mais favorecida⁴⁹¹. Uma saída possível seria considerar que os produtos de países em situações opostas, embora equivalentes em termos de competição no mercado, não são similares em função de diferentes restrições na emissão de carbono em sua produção. Porém, conforme abordado, a análise de similaridade construída pela jurisprudência dificilmente comportaria esta hipótese.

Howse e Eliason defendem que a exigência de obter licenças de emissão se equipara à aplicação de um esquema regulatório também imposto aos produtores internos, e assim deve ser vista como um ajuste de imposto na fronteira, submetido ao artigo III do GATT⁴⁹². Nesse caso, aplica-se a disciplina sobre imposto de carbono, conforme os parâmetros previamente abordados. A peculiaridade em relação à obrigação de comprar licenças consiste na fórmula

⁴⁹⁰ Nesse raciocínio, Pauwelyn considera a disciplina para AIF, pela comparação da obrigação de obter licença à aplicação de um imposto. PAUWELYN (2007), op. cit., p. 32.

⁴⁹¹ O autor sugere, como saída à violação do artigo I:1, que a imposição de encargos do tipo seja feita a todos os países, inclusive os que empreendem ações de mitigação de emissões. A estes caberia obter a compensação dos “créditos” por sua regulação doméstica. Idem, p. 33.

⁴⁹² Caso não se considere que a medida aplica-se também aos produtores domésticos, a exigência poderia configurar uma restrição quantitativa. HOWSE e ELIASON (2009), op. cit., p. 5.

de calcular o custo exigido dos produtos importados, mais complexa do que no caso de um imposto. Segundo Bordoff, os importadores deveriam pagar o mesmo preço por tonelada de carbono emitido na produção doméstica para que a cobrança não configure tratamento menos favorável. Porém, em vista da dificuldade em estabelecer marcos semelhantes para determinar o preço do carbono, esta tarefa seria árdua. E ainda que este preço pudesse ser determinado, dificuldade ainda maior seria enfrentada para identificar o conteúdo de carbono⁴⁹³.

Traçando um paralelo com proposta legislativa semelhante, ainda mais detalhada em relação à forma de identificação de “ações comparáveis”, Veel enxerga uma provável inconsistência com o princípio do tratamento nacional na cobrança de custos equivalentes a licenças de emissão. Isso porque, segundo o autor, as dificuldades para comparar as ações empreendidas por um país estrangeiro aos custos assumidos pelos produtores estadunidenses tornam esta tarefa praticamente impossível de desempenhar com precisão⁴⁹⁴.

Com base nos termos do IRAP definidos no ACES, a identificação dos custos a serem imposto é atribuída à EPA, que teria o encargo de solucionar os problemas identificados. O modelo concebido em outra legislação, o Climate Security Act, oferece também problemas, pois nele a determinação se realizava com base na intensidade de carbono individual para os produtores domésticos, enquanto a intensidade dos produtores estrangeiros era estabelecida de acordo com a média para o setor. Essa distinção importa em discriminação contra os produtores mais eficientes em energia nesses países. Caso a EPA se baseie em esquema semelhante, o potencial de violação do tratamento nacional não seria resolvido⁴⁹⁵.

Em todo caso, as medidas estadunidenses poderiam ainda ser justificadas pelo artigo XX. Enquanto a maioria dos autores acreditam que a alínea “b” pode ser invocada, a maior

⁴⁹³ BORDOFF (2009), op. cit., p. 45.

⁴⁹⁴ Veel analisa o Lieberman-McCain Climate Stewardship Act. Embora não tenha sido aprovado pelo Senado dos EUA, Veel defende a utilidade de examinar esta proposta de lei. Por seu detalhamento e semelhança com as demais propostas que incluem sistemas de *cap-and-trade*, o autor acredita que ela possa servir de modelo para regulações do tipo: “Despite the fact that the Lieberman-Warner Bill was defeated on procedural grounds in the US Senate in June 2008, analyzing the provisions of that Act is nonetheless a worthwhile endeavour for two reasons. First, it is the first proposed piece of legislation which spells out in any detail how imported products could be included in and subject to a CO2 emissions trading program, and it thus provides a useful starting point for any meaningful discussion of the structure that a carbon tariff might ultimately take. Second, given that President Obama favours stronger action to fight global warming than did his predecessor, it seems more likely that the USA will in the upcoming years take some type of meaningful action to fight climate change at the Federal level, and it seems possible that the Lieberman-Warner Bill will serve as a template for legislative action in this respect”. VEEL (2009), op. cit., p. 760.

⁴⁹⁵ VAN ASSELT, Harro; BREWER, Thomas L.; MEHLING, Michael A. Addressing Leakage and Competitiveness in US Climate Policy: Issues Concerning Border Adjustment Measures. Working Paper - Climate Strategies, 2009. Disponível em: < <http://tinyurl.com/4kyefaw>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

parte acredita que a justificativa mais provável se daria sob a alínea “g”. Identificar o equilíbrio do sistema climático como um recurso natural exaurível não ofereceria maiores dificuldade, uma vez que o ar limpo já foi reconhecido como tal em *US-Gasoline*⁴⁹⁶. A identificação com a proteção da saúde também seria facilmente reconhecida⁴⁹⁷.

O teste de relação da alínea “g” não deve oferecer dificuldades para medidas como as do IRAP, pois, ainda que encontrem justificativa também na preocupação com a competitividade, a conexão da política como um todo à conservação ambiental dificilmente seria afastada⁴⁹⁸. Por sua vez, o teste de necessidade da alínea “b”, por ser equiparado à exigência de “contribuição material”, envolveria esforço maior, uma vez que os EUA teriam que provar que a medida é apta a prestar tal contribuição. Seria possível argumentar, por exemplo, que a medida provê incentivos para reduzir as emissões nos EUA ou que previne a fuga de emissões para outros países⁴⁹⁹. Também é possível apresentar a medida como elemento essencial do pacote, o que encontra apoio na decisão do Órgão de Apelação em *Brazil-Tyres*, que reconheceu a dificuldade em isolar a contribuição de uma medida em relação ao conjunto da política⁵⁰⁰. Bordoff contesta o argumento baseado na prevenção do vazamento de carbono. O autor alega que a eficácia deste tipo de medida para tal fim é questionável. Isso porque a maior parte das emissões dos EUA ocorre em setores não expostos ao comércio, como transporte e prédios residenciais⁵⁰¹.

Em relação ao caput, com base na jurisprudência ambiental analisada, os requisitos para a aplicação de medidas de ajuste na fronteira devem envolver: (i) o engajamento em sérios esforços de negociação a fim de celebrar acordos multilaterais com outros países; (ii) o atendimento aos elementos essenciais de transparência administrativa e do devido processo legal; (iii) a vedação de que eventual discriminação resulte em prejuízo aos objetivos ambientais anunciados na política; (iv) a consideração das condições particulares dos países.

Quanto aos esforços de boa-fé para negociar acordos, a despeito da atuação reticente dos EUA em relação às negociações no âmbito da UNFCCC e do Protocolo de Kyoto,

⁴⁹⁶ HUFBAEUR; CHARNOVITZ; KIM (2009), op. cit., p. 51.

⁴⁹⁷ WOODERS, Peter; COSBEY, Aaron; STEPHENSON, John. Border Carbon Adjustment and Free Allowances: Responding to Competitiveness and Leakage Concerns. OECD, 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/33/34/43954465.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2010.

⁴⁹⁸ VAN ASSELT; BREWER; MEHLING (2010), op. cit. p. 53.

⁴⁹⁹ VAN ASSELT; BREWER; MEHLING (2010), op. cit. p. 53.

⁵⁰⁰ *Brazil-Tyres*, WT/DS332/AB/R, para. 151.

⁵⁰¹ O autor aponta para estudos da EPA, os quais revelam que cerca de 10% da redução de emissões nos EUA seriam compensados pelo aumento em outros países. Deste percentual, apenas 0,5% seriam evitados pela imposição de ajustes às importações. BORDOFF (2009), op. cit., p. 37-38.

difícilmente um painel atribuiria a essa postura o peso de omissão ou de exclusão de certos países, tendo em vista que estes acordos multilaterais são abertos à participação de todos os países. Por sua vez, o requisito relativo à transparência no procedimento demanda que os países afetados recebam alguma abertura para fornecer informações e participar da elaboração dos parâmetros que determinarão as ações suficientes de mitigação. Esta frente envolve ainda a existência de meios de questionamento e revisão das decisões⁵⁰².

A vedação de que a discriminação contrarie os objetivos da política pode ser alegadamente afastada em relação aos produtores estrangeiros entre si, uma vez que o critério baseado na adoção de ações de mitigação estaria vinculado aos propósitos gerais da política. Já em relação à discriminação entre produtos nacionais e importados, a imposição de ajustes na fronteira aos últimos, enquanto as indústrias domésticas intensivas em energia dispõem de flexibilidades como a distribuição gratuita de licenças, levaria à conclusão oposta⁵⁰³.

Por fim, o último requisito, baseado no conceito de discriminação injustificável, determina a existência de flexibilidades que permitam considerar as condições particulares dos países. Nesse sentido, a exigência de implementação de um sistema idêntico ao dos EUA, por exemplo pela criação de um esquema de *cap-and-trade*, seria inadmissível. Os países afetados pela medida estadunidense devem desfrutar de espaço suficiente para implementar ações comparáveis pelos meios que lhes forem mais apropriados. Como aponta Morosini, o objetivo descrito no ACES para os EUA em relação à negociação – de lograr que outros grandes emissores se comprometam a contribuir equitativamente para a redução de emissões – pode representar uma desconsideração desta exigência, caso seja lido de forma estrita. Assim, se a “contribuição equitativa” for interpretada de forma inflexível e exigir esforços idênticos aos realizados pelos EUA, resultaria em discriminação injustificada e seria rejeitada pelo teste do caput.

⁵⁰² WOODERS; COSBEY; STEPHENSON (2009), op. cit., p. 43.

⁵⁰³ VAN ASSELT; BREWER; MEHLING (2010), op. cit. p. 56-57.

CONCLUSÃO

No percurso de elaboração do presente estudo, foi possível destacar como a questão das mudanças climáticas, um dos mais prementes desafios colocados à governança global, ilustra de forma emblemática a interface entre o regime do comércio internacional e do meio ambiente. Além de ilustrar as mútuas implicações tradicionalmente apontadas entre os regimes, sob o ponto de vista normativo, as características peculiares da questão climática agregam profundidade ao debate. Isso porque, conforme abordado, o problema do aquecimento global, além de possuir caráter nitidamente ambiental, está fortemente atrelado à economia e às noções de desenvolvimento. Mais recentemente, tem-se acentuado a sobreposição da regulação climática com o regime do comércio.

O breve panorama do quadro alarmante de aquecimento do planeta evidencia as limitações do regime pelo qual se conduz a cooperação internacional sobre o tema. Pôde-se identificar nas preocupações relativas à competitividade uma importante fonte de impasses e controvérsia, tanto na esfera multilateral quanto nacional da regulação climática. O fato de que atores-chave para o regime do clima não tomam parte nos compromissos de redução de emissões revela como a questão do parasitismo (*free-riding*) tem minado o consenso e servido de argumento à não participação, em um ciclo desvirtuado de omissão.

No plano nacional, o foco das preocupações volta-se para o potencial vazamento de carbono (*carbon leakage*), traduzido principalmente pela migração de indústrias confrontadas com novas exigências de políticas climáticas para países onde esta regulação é mais frouxa ou inexistente. A necessidade de internalizar o custo ambiental das emissões, apontadas como a maior falha de mercado da história, traduz-se na ideia de atribuir preço ao carbono, o que embasa os diversos instrumentos de mercado concebidos em políticas climáticas, como impostos de carbono e licenças de emissão.

As lógicas e características distintas dos regimes multilateral do comércio e do meio ambiente fornecem ponto de partida para a reflexão acerca da interação e sobreposição entre eles. A centralização e densidade do sistema multilateral do comércio, em contraste com a fragmentação do regime internacional ambiental, fazem da OMC um pólo atrativo para o tratamento de questões ambientais, assim como dos demais temas inseridos na normativa e mandato da organização. Resultado do fortalecimento institucional e da “judicialização” do

mecanismo de solução de controvérsia, a eficácia do sistema está na essência do “magnetismo” da OMC.

No que toca à proteção do meio ambiente, o papel da OMC foi ampliado consideravelmente em relação ao GATT. Resultado do contexto maior de consolidação de novos valores ambientais, no qual se desenvolveu a Rodada Uruguai, a referência ao desenvolvimento sustentável no preâmbulo demonstra a apreensão da nova realidade pelo sistema de comércio. Embora o desdobramento desta provisão como um objetivo central da OMC seja ainda discutido, o reconhecimento pelo Órgão de Apelação, no caso *US-Shrimp*, de que o desenvolvimento sustentável deve “dar cor, textura e nuance” à interpretação dos acordos revela a dimensão do seu papel.

Diante dos impasses no âmbito institucional, as decisões do OSC assumem o primeiro plano do tratamento das questões ambientais pela OMC, e consequentemente, sua percepção como instituição sensível – ou não – a este tema. A evolução da jurisprudência ambiental do OSC, observada atentamente pela doutrina, é reflexo desta universalização dos valores ambientais. Desta evolução, resultou maior permeabilidade da OMC aos interesses ambientais, processo que se encontra ainda em construção. Contudo, algumas questões relevantes permanecem sem esclarecimento pleno, em demonstração também de que as controvérsias apresentadas por vezes forçam ao limite as atribuições do OSC.

Os prognósticos apontam para o aumento nas disputas relativas ao meio ambiente, na medida em que o crescimento da consciência ambiental, somado ao aprofundamento da integração econômica, eleva o potencial de conflito. A inserção de diversos tipos de medidas comerciais nas políticas climáticas nacionais certamente integra esse quadro. Os tipos de instrumentos regulatórios disponíveis na implementação destas políticas são diversos, como se pôde demonstrar pela revisão dos principais programas empreendidos por países selecionados, entre os quais se encontram as grandes potências climáticas.

Em um eventual exame de compatibilidade destas medidas, a construção abstrata de tipos regulatórios demonstra que os parâmetros pautados nos princípios basilares de não discriminação – tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida – constituem ferramentas essenciais. Isso porque a análise das exceções do artigo XX, referência mais natural para a apreciação de medidas ambientais, não ocorre em um vácuo. Apenas na

extensão em que representem desvio aos princípios basilares, a justificativa destas medidas pode encontrar nas exceções o espaço necessário.

O exemplo das medidas voltadas a resguardar a competitividade dos produtores domésticos na legislação estadunidense – cogitadas também pelos legisladores europeus – demonstra o potencial de conflito com as regras da OMC, bem como as perspectivas oferecidas pelas exceções.

Em um ou outro caso, porém, não se afastam de forma absoluta os preceitos da não discriminação. No caso das exceções, eles aparecem de forma qualificada, e as perspectivas para sua aplicação podem envolver, entre outros: a ponderação entre o valor do bem protegido, a contribuição da medida e o grau de restritividade ao comércio; a existência de alternativa menos restritiva ao comércio e razoavelmente disponível; a previsão de flexibilidades que permitam aos destinatários da medida o cumprimento de seu objetivo por meios que lhe forem mais apropriados; e a existência dos aspectos essenciais do devido processo legal em sua administração.

O fato dos membros envolvidos na aplicação da medida serem partes da UNFCCC ou do Protocolo de Kyoto pode ter influência, especialmente no que toca à interpretação das obrigações do regime climático. Porém, os caminhos para a solução de eventual conflito entre os regimes ou deferência de um a outro permanecem incertos, uma vez que ainda não foram esclarecidos pela jurisprudência ou pelas vias institucionais. De qualquer forma, a admissibilidade de medidas comerciais com caráter sancionatório amparadas no Protocolo de Kyoto é mais fraca do que em outros AAMs, como o Protocolo de Montreal. Ainda assim, uma vez que a medida seja tomada em consecução dos objetivos do acordo ambiental, os seus termos podem servir como elementos de interpretação, especialmente para a análise do artigo XX.

Resta uma questão de relevância central, para a qual é mais difícil apontar perspectivas. A tomar como exemplo a legislação dos EUA, o OSC pode ser instado a decidir se o parâmetro adotado naquela política – o de impor sanções aos países que não adotem medidas de mitigação de emissões consideradas suficientes – é consistente com as regras da OMC. Se a resposta envolver uma decisão sobre o que é uma ação de mitigação suficiente, poderia colocar o OSC em posição que extrapola o seu mandato, uma vez que importaria em decidir sobre controvérsia não solucionada no âmbito multilateral da UNFCCC e do Protocolo de

Kyoto. Por outro lado, refrear o unilateralismo distorcivo contido em políticas que afetam o comércio encontra-se no centro dos objetivos da OMC. Assim, ao OSC caberia identificar os limites dentro dos parâmetros oferecidos pelas exceções. A definição de tais limites, contudo, é prejudicada pelas incertezas que marcam a regulação climática multilateral.

A questão de atribuição de responsabilidades pelas emissões de gases-estufa e das providências a serem tomadas deve ser decidida, no campo da cooperação internacional, pelo consenso político entre os países. Porém, em vista das incerteza e impasses nesta esfera, o consequente unilateralismo pode colocar estas complexas questões diante dos “juízes sem rosto” de Genebra. O resultado, como em outras disputas ambientais, pode não satisfazer a qualquer das partes envolvidas. Ademais, os painéis e Órgão de Apelação podem entender que a resposta requerida – ou parte dela – escapa à sua atribuição ou não convém responder. Esta situação poderia ser comparada à que ocorreu no caso *EC-Biotech*, no qual as partes transportaram para a campo do OSC divergência antiga, baseada em distintas opções e valores relativos ao perigo de certos produtos e à proteção da saúde.

Assim, a mudança do clima simboliza os grandes desafios que se apresentam à governança contemporânea e ao exemplo mais avançado de organização internacional de cooperação, a OMC. A busca por desenvolvimento neste início de milênio esbarra inevitavelmente neste obstáculo, e nas questões relacionadas, especialmente ao se agregar a dimensão de “sustentável” ao desenvolvimento, adjetivo que se mostra cada vez mais indissociável do nome.

Tabela de casos

Disputas na OMC	
Brazil – Tyres	<i>Brazil – Measures affecting Imports of Retreaded Tyres</i> Relatório do Painel, WT/DS332/R, 12 de junho de 2007 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS332/AB/R, 3 dezembro de 2007
Canada – Aircraft	<i>Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft</i> Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS70/AB/R, adotado em 20 de agosto 1999
Canada – Autos	<i>Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry</i> Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adotado em 19 de junho de 2000
Chile – Swordfish	<i>Chile – Measures Affecting the Transit and Import of Swordfish</i> Pedido de Consultas, WT/DS193, 19 de abril de 2000
Dominican Republic – Import and Sales of Cigarettes	<i>Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes</i> Relatório do Painel, WT/DS302/R, 26 de novembro de 2004 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS302/AB/R, 25 de abril de 2005
EC – Asbestos	<i>European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos</i> Relatório do Painel, WT/DS135/R, 18 de setembro de 2000 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS135/AB/R, 12 de março de 2001, adotado 5 de abril de 2001
EC – Bananas III	<i>European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas</i> Relatório do Painel, WT/DS27/R/ECU Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS27/AB/R, adotado 25 de setembro de 1997
EC – Biotech	<i>European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products</i> Relatório do Painel, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 de setembro de 2006
EC – Hormones	<i>European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)</i> Relatório do Painel, WT/DS26/R/USA, WT/DS48/R/CAN, 18 de agosto de 1997 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 de janeiro de 1998, adotado em 13 de fevereiro de 1998
EC – Sardines	<i>European Communities – Trade Description of Sardines</i> Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS231/AB/R, 26 de setembro de 2002
EC – Tariff Preferences	<i>European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries</i> Relatório do Painel, WT/DS246/R, 1º de dezembro de 2003 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS246/AB/R, 7 de abril de 2004, adotado em 20 de abril de 2004
Japan – Alcoholic Beverages II	<i>Japan – Taxes on Alcoholic Beverages</i> Relatório do Painel, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 de julho de 1996 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 de outubro de 1996, adotado em 1º de novembro de

	1996
Japan – Apples	<i>Japan – Measures Affecting the Importation of Apples</i> Relatório do painel, WT/DS245/R, 15 de julho de 2003 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS245/AB/R, 26 de novembro de 2003
Korea – Beef	<i>Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef</i> Relatório do painel, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 31 de julho de 2000 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 de dezembro de 2000, adotado 10 de janeiro de 2001
US – Gambling	<i>United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services</i> Relatório do Painel, WT/DS285/R, 10 de novembro de 2004 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS285/AB/R, 7 de abril de 2005
US – Gasoline	<i>United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline</i> Relatório do Painel, WT/DS2/R, 29 de janeiro de 1996 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS2/AB/R, 29 de abril de 1996, adotado em 20 de maio de 1996
US - Shrimp	<i>United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products</i> Relatório do Painel, WT/DS58/R, 15 de maio de 1998 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS58/AB/R, 12 de outubro de 1998, adotado em 6 de novembro de 1998
US – Shrimp (Article 21.5)	<i>United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia</i> Artigo 21.5, Relatório do Painel, WT/DS58/RW Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS58/AB/RW, adotado em 21 de novembro de 2001
US – Upland Cotton	<i>United States – Subsidies on Upland Cotton</i> Relatório do Painel, WT/DS267/R e Corr.1 Relatório do Órgão de Apelações, WT/DS267/AB/R, adotado em 21 de março de 2005

Disputas no GATT	
Canada – Salmon and Herring	<i>Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon</i> Relatório do Painel, L/6268 – 35S/98, adotado em 22 de março de 1988
Thailand – Cigarettes	<i>Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes</i> Relatório do Painel, DS10/R, adotado em 7 de novembro de 1990,
US – Superfund	<i>United States - Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances</i> Relatório do Painel, L/6175, adotado em 17 de junho de 1987
US – Taxes on Automobiles	<i>United States – Taxes on Automobiles</i> Relatório do Painel, DS31/R, 11 de outubro de 1994, não adotado
US – Tuna – dolphin II (EEC)	<i>United States – Restrictions on Imports of Tuna</i> Relatório do Painel, DS29/R, 16 de junho de 1994, não adotado
US – Tuna – dolphin I (México)	<i>United States – Restrictions on Imports of Tuna</i> Relatório do Painel, DS21/R, 3 de setembro de 1991, não adotado
US – Tuna from Canada	<i>United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada</i> Relatório do Painel, L/5198 – 29S/91, adotado em 22 de fevereiro de 1982

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA BRASIL. *Emissões brasileiras de gases estufa aumentaram cerca de 60% entre 1990 e 2005*. 27/10/2010. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/selecao-diaria-de-noticias/midias-nacionais/brasil/agencia-brasil/2010/10/27/emissoes-brasileiras-de-gases-estufa-aumentaram>>. Acesso em: 27 out. 2010.

AHN, Dukgeun. Environmental disputes in the GATT/WTO: Before and after *US-Shrimp* case. *Michigan Journal of International Law*, v. 20, p.819-870, 1999.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org. e co-autor) et al. *O artigo XX do GATT, meio ambiente e direitos humanos*. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A integração entre o comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. Tese de titularidade apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Os principais traços da solução de controvérsias na OMC*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ANEEL. *Energy Efficiency*. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=262&idPerfil=13>>. Acesso em: 24 de agosto de 2010.

ANEEL. *Leilões de fontes alternativas e de energia de reserva são promovidos pela ANEEL*. (25/08/2010). Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/noticias_boletim/?fuseaction=boletim.detalharNoticia&idNoticia=767>. Acesso em: 27 out. 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo. O direito é história – alocução de abertura da conferência do instituto de direito do comércio internacional e desenvolvimento, em São Paulo. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; CELLI, Humberto; YANOVICH, Alan (orgs.). *10 anos de OMC*. São Paulo: Lex Editora, 2007.

BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie et al. *Enviroment and trade: a guide to WTO jurisprudence*. Londres: Earthscan, 2006.

BIERMANN, Frank. The rising tide of green unilateralism in world trade law: options for reconciling the emerging north-south conflict. *Journal of World Trade*, v. 35, n.3, p. 421-448, 2001.

BLACKHURST, Richard. The capacity of the WTO to fulfill its mandate. In: KRUEGER, Anne (ed.). *The WTO as an international organization*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 31-58, 1998.

BRACK, Duncan. Balancing trade and environment. *Royal Institute of International Affairs*, v. 71, n. 3, p. 497-514, 1995.

BRASIL. Decreto nº 6.263, de 21 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6263.htm>. Acesso em: 02 de maio de 2010.

BRASIL. Lei Nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12114.htm>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Lei Nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm>. Acesso em: 27 de março de 2010.

CARBONO BRASIL. *Inventário de emissões de GEE e ISO 14.064*. Disponível em: <http://www.institutocarbonobrasil.org.br/mudancas_climaticas/inventario_de_emissoes_de_gee_e_iso_14.064>. Acesso em: 15 out. 2010.

CARLARNE, Cinammon. Climate change policies an ocean apart: EU & US climate change policies compared. *Pennsylvania State Environmental Law Review*, v. 14, n. 3, p. 101-148, mar. 2006.

CARLARNE, Cinnamon. The Kyoto Protocol and the WTO: Reconciling tensions between free trade and environmental objectives. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, v. 17, p. 45-88, 2005-2006.

CARRANZA, Miguel A. E. MEAs with trade measures and the WTO: aiming toward sustainable development? *Buffalo Environmental Law Journal*, v. 15, p. 43-96, 2007-2008.

CHANG, Howard. Toward a greener GATT: environmental trade measures and the Shrimp-Turtle case. *Southern California Law Review*, v. 74, n.31, p. 31-47, 2000-2001.

CHARNOVITZ, Steve. A new WTO paradigm for trade and the environment. *Singapore Year Book of International Law and Contributions*, v. 11, p. 15-40, 2007.

CHARNOVITZ, Steve. Exploring the environmental exceptions in GATT Article XX. *Journal of World Trade*. Out. 1991.

CHARNOVITZ, Steve. The WTO's environmental progress. *Journal of International Economic Law*, v. 10, n.3, p. 687-706, 2007.

CHARNOVITZ, Steve. Trade and climate: potential conflicts and synergies. *Beyond Kyoto: Advancing the international effort against climate change*. Working Draft, Pew Center on Global Climate Change, jul. 2003.

CHARNOVITZ, Steve. Triangulating the World Trade Organization. *The American Journal of International Law*, v. 96, n. 1, p. 28-35, jan. 2002.

CITES. *Countries currently subject to a recommendation to suspend trade*. Disponível em: <http://www.cites.org/eng/disc/trade_suspension.shtml>. Acesso em: 16 set. 2010.

CONDON, Bradly J. Climate change and unresolved issues in WTO law. *Journal of International Economic Law*, v. 12, n. 4, p. 895-926, 2009.

EPA. *Clean Air Act Permitting for Greenhouse Gas Emissions*. Disponível em: <<http://www.epa.gov/nsr/actions.html#dec10>>. Acesso em: 27 dez. 2010.

EPA. *Current and Near-Term Greenhouse Gas Reduction Initiatives*. Disponível em: <<http://www.epa.gov/climatechange/policy/neartermghgreduction.html>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

ESTADOS UNIDOS. Projeto de lei cod. H.R.2454, de 6 de julho de 2009. Disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c111:H.R.2454.PCS>>. Acesso em: 13 dez. 2010

ESTY, Daniel C. Bridging the trade-environment divide. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 15, n. 3, p. 113-130, 2001.

EUR-LEX. *Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro de 2003 relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Directiva 96/61/CE do Conselho*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003L0087:20090625:PT:PDF>. Acesso em: 09 set. 2010. Anexo I.

EUROPA. *Action Plan for Energy Efficiency*, 2007-12. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/energy/energy_efficiency/l27064_en.htm>. Acesso em: 27 out. 2010.

EUROPEAN COMMISSION. *Analysis of options to move beyond 20% greenhouse gas emission reductions and assessing the risk of carbon leakage*. COM 265, 2010. Disponível em: <http://ec.europa.eu/clima/documentation/brief/eu/docs/2010_05_26_communication_en.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2010.

EUROPEAN COMMISSION. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - analysis of options to move beyond 20% greenhouse gas emission reductions and assessing the risk of carbon leakage*. (26.5.2010). Disponível em: <http://ec.europa.eu/clima/documentation/brief/eu/docs/2010_05_26_communication_en.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2010.

EUROPEAN COMMISSION. *Summary of consultation responses on the analytical report assessing the situation of energy-intensive sectors in the light of the outcome of international negotiations*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/docs/summary_consultat_responses.pdf>. Acesso em 18 jul. 2010.

EUROPEAN COMMISSION. *The EU climate and energy package*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/clima/policies/brief/eu/package_en.htm>. Acesso em: 27 out. 2010.

FRANKEL, Jeffrey. Addressing the leakage/Competitiveness issue in climate change policy proposals. In: BRAINARD, Lael; SORKIN, Isaac (eds.). *Climate change, trade and competitiveness: is a collision inevitable?* Brookings Trade Forum 2008-2009. Washington D. C.: Brookings Institution Press, 2009.

FRANKEL, Jeffrey. *Kyoto and Geneva: Linkage of the climate change regime and the trade regime*. Faculty Research Working Papers Series, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Boston, 2004.

FRIESEN, Sarah. *The international trade and climate regimes: economic, policy and legal linkages, minimising conflicts, promoting synergies*. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Institut de hautes études internationales et du développement, Genève, 2008.

GARCIA, Frank. The trade linkage phenomenon: pointing the way to the trade law and global social policy of the 21st century. *University of Pennsylvania – Journal of International Economic Law*, v.19, n. 2, p. 201-208, 1998.

General Agreement on Tariffs and Trade. *Border Tax Adjustment* - Report of the Working Party (L/3464), adopted on 2 December 1970. Disponível em: <www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/bordertax.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2010.

GERMAN DEVELOPMENT INSTITUTE. *Counting CO2 emissions in a globalised world: producer versus consumer-oriented methods for CO2 accounting*. 2010. Disponível em: <<http://www.die-gdi.de>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

GIBBS, Murray. *Special and differential treatment in the context of globalization*. (1998). Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/sem01_e/gibbs_e.doc>. Acesso em: 28 ago. 2010.

GLOBO. Aumento no nível das águas ameaça Venezuela e a pobre Vanuatu. Disponível em: <<http://tinyurl.com/48dcro8>>. Acesso em: 15 dez. 2010.

GOH, Gavin e MORGAN, David. Political considerations and pragmatic outcomes in WTO dispute rulings. *University of New South Wales Law Journal*, v. 30, n.2, p. 477-503, 2007.

GREEN, Andrew. *Climate change, regulatory policy and the WTO: how constraining are trade rules?* Legal Studies Research Paper, n. 05-01. Toronto: University of Toronto, Faculty of Law, 2005.

GROS, Daniel; EGENHOFER, Christian. *Climate change and trade: Taxing carbon at the border?* Bruxelas: Centre for European Policy Studies, 2010.

HAMILTON, Clive, apud AVERILL, Marilyn. *Climate Ethics*. 26/02/2007. Disponível em: <http://www.colorado.edu/geolsci/courses/GEOL3520/Climate_Ethics.pdf>. Acesso em: 26 out. 2010.

HARRISON, James. Reflections on linkage debate a case study of trade and climate change. In: SECOND BIENNIAL GLOBAL CONFERENCE THE UNIVERSITY OF BARCELONA AND ITS IELPO PROGRAMME. 8-10 jul., 2010. *Working paper n. 2010/38*. Society of International Economic Law, 2010.

HEGGELUND, Gørild. China's climate change policy: Domestic and international developments. *Asian Perspective*, v. 31, n. 2, p. 155-191, 2007.

HOWSE, Robert; ELIASON, Antonia L. Domestic and international strategies to address climate change: an overview of the WTO legal issues. In: COTTIER, Thomas; NARTOVA, Olga; BIGDELI, Sadeq Z. (eds.). *International trade regulation and the mitigation of climate change : [11th] World Trade Forum*. Cambridge e Nova York: Cambridge University Press, cap. 4, p. 48-79, 2009.

HUFBAEUR, Gary Clyde; CHARNOVITZ, Steve; KIM, Jisun. *Global Warming and the world trading system*. Washington D.C.: Peterson Institute for International Economics, 2009.

ICTSD. Consumo e crescimento: novas fronteiras para o debate sobre mudanças climáticas. *Pontes*, v. 6, n. 3, set. 2010. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontes/84705/>>. Acesso em: 02 out. 2009.

ICTSD. Cancun: um passo à frente em relação a Copenhague. *Pontes*, V. 6, N. 5, dez. 2010. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontes/99009/>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

ICTSD. Cancun: Will COP16 live up to low expectations? *Bridges Trade BioRes Review*, V. 4, N. 4, nov. 2010. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/bioresreview/97127/>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

ICTSD. *Competitiveness and climate policies: Is there a case for restrictive unilateral trade measures?* Information Note, n. 16, 2009. Disponível em: <http://ictsd.org/downloads/2009/12/web_bta.pdf>. Acesso em: 20 out. 2010.

ICTSD. Conferência de Bali termina com mapa de negociações sobre mudanças climáticas. *Pontes Quinzenal*, V. 2, N. 18, 17 dez. 2007. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontesquinzenal/5306/>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

ICTSD. COP de Nagoia chega a acordo sobre ABS. *Pontes Quinzenal*, V. 5, N. 17, 8 nov. 2010. Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontesquinzenal/94719/>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

ICTSD. PNUMA promove New Deal Verde. *Pontes Quinzenal*, v. 4, n. 3. (02/03/2009). Disponível em: <<http://ictsd.org/i/news/pontesquinzenal/41957/>>. Acesso em: 02 mar. 2009.

ICTSD. Um balanço de Copenhague: reuniões políticas de alto-nível, mas resultados pouco ambiciosos. *Pontes especial de Copenhague*, N. 2, 22 dez. 2009. Disponível em: <<http://ictsd.org/climate-change/copenhagen-updates/portugues/>>. Acesso em: 16 ago. 2010.

ICTSD/IISD. Doha Round Briefings. *Developments Since the Cancun Ministerial Conference*, V. 3 No. 9 of 13 December 2004.

IEA. *Reviewing existing and proposed emissions trading systems*. Nov. 2010. Disponível em: <http://www.iea.org/papers/2010/ets_paper2010.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2010.

IPCC, *Climate Change 2007: Synthesis Report*. Disponível em: <http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2009.

JACKSON, John H. Designing and implementing effective dispute settlement procedures: WTO dispute settlement, appraisal and prospects. In: KRUEGER, Anne. *The WTO as an international organization*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 162-163, 1998.

KANNAS, Vera Sterman. *O tratamento do meio ambiente no âmbito da organização mundial do comércio*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

KRUEGER, Anne. *The WTO as an international organization*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

KUIJPER, Pieter Jan. Conflicting Rules and Clashing Courts: The case of multilateral environmental agreements, free trade agreements and the WTO. Genebra: *ICTSD's Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade*, Issue Paper n. 10, 2010.

LA ROVERE, Emílio Lèbre e PEREIRA, André Santos. *Brazil and climate change: a country profile*. 2007. Disponível em: <<http://www.scidev.net/en/policy-briefs/brazil-climate-change-a-country-profile.html>>. Acesso em: 03 de abril de 2010.

LAFER, Celso. *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEEbron, David W. Linkages. *The American Journal of International Law*, v. 96, n.1, p. 5-27, jan. 2002.

LIEBIG, Klaus. The WTO and the trade-environment conflict: the (new) political economy of the world trading system. *Intereconomics*, mar/abr. 1999.

LOW, Patrick; MARCEAU, Gabrielle; REINAUD, Julia. The interface between the trade and climate change regimes: scoping the issue. In: CONFERENCE CLIMATE CHANGE, TRADE AND COMPETITIVENESS: ISSUES FOR THE WTO, n. 2, 2010, WTO – Geneve. *Thinking Ahead on International Trade (TAIT)*. Genebra: Centre for Trade and Economic Integration (CTEI) – Graduate Institute, 2010.

MARCEAU, Gabrielle. Conflicts of law and conflicts of jurisdiction: the relationship between the WTO Agreement and MEAs and other treaties. *Journal of World Trade*, v. 35, n.6, p. 1081-1131, 2001.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MAVROIDIS, Petros C. Trade and environment after the Shrimp-Turtles litigation. *Journal of World Trade*, v. 34, n. 1, p. 73-88, 2000.

MCDONALD, Jan. Politics, process and principle: mutual supportiveness or irreconcilable differences in the trade-environment linkage. *UNSW Law Journal*, v. 30, n.2, p. 524-547, 2007.

MCRAE, Donald M. Trade and the Environment: the development of WTO law. *Otago Law Review*, v. 9, n. 2, p. 221-238, 1998.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Política energética brasileira e perspectivas para a energia solar*. 2010. Disponível em: <http://www.iiicbens.com.br/RobertoMeira_MME.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2010.

MOROSINI, Fábio. *Trade, development and climate change: unveiling the principle of common but differentiated responsibilities from the WTO agreements*. Mimeo.

NIELSON, Leslie. *Climate change policy: Brazil, China, India and Russia*. 2009. Disponível em: <<http://www.aph.gov.au/LIBRARY/pubs/bn/2008-09/ClimateChange.htm>>. Acesso em: 15 de junho de 2010.

O Globo. *Quase 300 toneladas de lixo tóxico vindas da Inglaterra chegam ilegalmente ao Porto de Santos*. (07/ 07/2010). Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/cidades/sp/mat/2009/07/07/quase-300-toneladas-de-lixo-toxico-vindas-da-inglaterra-vem-parar-ilegalmente-no-porto-de-santos-756687128.asp>>. Acesso em: 20 out. 2010.

O'BRIEN, Julia. The equity of levelling the playing field in the climate change context. *Journal of World Trade*, v. 43, n.5, p. 1093-1114, 2009.

OECD. *Experience with the use of trade measures in the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*. OCDE/GC COM/ENV/TD(97)41, Paris: OECD, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/55/36789048.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2010.

OECD. *Experience with the use of trade measures in the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES)*. COM/TD/ENV(97)10. Paris: OECD, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/51/36786767.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2010.

OECD. *Experience with the use of trade measures in the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*. COM/ENV/TD(97)107, Paris: OECD, 1997. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/5/50/36786349.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2010.

OLSEN, José María Figueres et al. Trade and environment at the World Trade Organization: the need for a constructive dialogue. In: SAMPSON, Gary P. (ed.). *The role of the World Trade Organization in global governance*. Tóquio: United Nations University Press, 2001.

PALMER, Geoffrey. New Ways to Make International Environmental. *The American Journal of International Law*, v. 86, n. 2, p. 259-283, 1992.

PARIKH, Jyoti K. e PARIKH, Kirit. *Climate Change: India's Perceptions, Positions Policies and Possibilities*, OECD, 2002. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/22/16/1934784.pdf>. Acesso em: 07 de maio de 2010.

PAUWELYN, Joost. Bridging fragmentation and unity: international law as a universe of inter-connected islands. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 903-916, 2004.

PAUWELYN, Joost. The role of public international law in the WTO: how far can we go? *The American Journal of International Law*, Washington, v. 95, n. 3, p. 563-578, 2001.

PAUWELYN, Joost. *U.S. federal climate policy and competitiveness concerns: the limits and options of international trade law*. Working Paper - Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions, Duke University, Durham, 2007.

PEREZ, Oren. Multiple regimes, issue linkage, and international cooperation: exploring the role of the WTO. *Journal of International Economic Law*, v. 26, p. 735-772, 2005.

PETERSMANN, Ernt-Ulrich. International trade law and international environmental law: environmental taxes and border tax adjustment in WTO law and EC LAW. In: REVESZ, Richard L.; SANDS, Philippe; STEWART, Richard B (eds.). *Environmental law, the economy and sustainable development: the US, the EU and the International Community*. Cambridge: Cambridge University Press, cap. 5, p. 127-155, 2000.

PETERSMANN, Ulrich. Addressing institutional challenges to the WTO in the new millennium: a longer term perspective. *Journal of International Economic Law*, v.8, n.3, p.647-665, 2005.

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: international law, international organizations and dispute settlement*. Londres : Kluwer Law International, 1997.

PEW CENTER. *Climate change mitigation measures in India*, N. 2, set. 2008. Disponível em: <<http://www.pewclimate.org/docUploads/India-FactSheet-09-08.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

PEW CENTER. *Climate change mitigation measures in the People's Republic of China*, N. 1, abr. 2007. Disponível em: <<http://cait.wri.org/cait.php?page=yearly&mode=view>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

PEW CENTER. *Major Climate and Energy Proposals in the 111th Congress*. Disponível em: <<http://www.pewclimate.org/federal/policy-solutions/climate-policy-memo/major-climate-and-energy-proposals-111th-congress>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

QUICK, Reinhard; LAU, Christian. Environmentally motivated tax distinctions and WTO law: The European commission's green paper on integrated product policy in light of the 'like product-' and 'PPM-' debates. *Journal of International Economic Law*, v. 6, n. 2, p. 419-458, 2003.

RELATÓRIO STERN: aspectos econômicos das mudanças climáticas – Resumo Executivo. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.hm-treasury.gov.uk/media/E/E/stern_shortsummary_portuguese.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2009.

REN21. *Renewables 2010 Global Status Report*. Disponível em: <http://www.ren21.net/Portals/97/documents/GSR/REN21_GSR_2010_full_revised%20Sept2010.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2010.

REUTERS. *Obama's U.N. speech on climate change*. (22/11/2009). Disponível em: <<http://in.reuters.com/article/idINIndia-42626520090922>>. Acesso em: 03 ago. 2010.

REUTERS. *Vitória republicana prejudica planos de Obama para o clima*. (03/11/2010). Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/worldNews/idBRSPE6A20GX20101103>>. Acesso em: 03 nov. 2010.

ROSENBERG, Robin L. Trade and the Environment: Economic Development versus Sustainable Development. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, Vol. 36, No. 3, Special Issue: The Summit of the Americas-Issues to Consider, p. 129-156, 1994.

SAMPSON, Gary P. (ed.). *The role of the World Trade Organization in global governance*. Tóquio: United Nations University Press, 2001.

SCHOENBAUM, Thomas J. International trade and protection of the environment: the continuing search for reconciliation. *American Journal of International Law*, v. 91, n. 2, p. 268-313, 1997.

SKEEN, Richard. Will the WTO Turn Green? The implication of injecting environmental issues into the multilateral trading system. *The Georgetown International Environmental Law Review*, v. 17, p. 161-199, 2004-2005.

SOARES, Guido F. S. As Regras do Comércio Internacional e seu Confronto com as Normas Internacionais de Proteção Ambiental. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.). *A OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, p. 205-248, 2002.

STRAUSS, Andrew L. The case for utilizing the world trade organization as a forum for global environmental regulation. *Widener Law Symposium Journal*, v. 3, 1998.

THOMAS, Urs P. Trade and the Environment: Stuck in a political impasse at the WTO after the Doha and Cancun Ministerial Conferences. *Global Environmental Politics*, v. 4, n. 3, p. 9-21, 2004

THORSTENSEN, Vera. *OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

UNIRIC. *É necessário intensificar os esforços para limitar o aquecimento global a menos de 2 graus Celsius*. 13/01/2010. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/alteracoes-climaticas/27930-e-necessario-intensificar-os-esforcos-para-limitar-o-aquecimento-global-a-menos-de-2-graus-celsius>>. Acesso em: 13 jan. 2010.

VALOR ECONÔMICO. *A teoria dos jogos, aplicada por seus grandes nomes*. 04/08/2010. Disponível em: <<http://tinyurl.com/4fqtm7p>>. Acesso em: 04 ago. 2010.

VAN ASSELT, Harro; BREWER, Thomas L. e MEHLING, Michael A. Addressing Leakage and Competitiveness in US Climate Policy: Issues Concerning Border Adjustment Measures. *Working Paper - Climate Strategies*, 2009. Disponível em: <<http://tinyurl.com/4kyefaw>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

VEEL, Paul-Erik. Carbon tariffs and the WTO: an evaluation of feasible policies. *Journal of international Economic Law*, v. 12, n. 3, p. 749-800, 2009.

VEIGA, José Eli da. *Mundo em transe: do aquecimento global ao ecodesenvolvimento*. Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

VERHOSSSEL, Gaetan. *National treatment and WTO Dispute Settlement*. Oxford: Hart, 2002.

VIOLA, Eduardo; MACHADO FILHO, Haroldo. *Os BICs (Brasil, Índia e China) e as negociações de mudança climática*. Breves Cindes, ago. 2010. Disponível em: <http://www.cindesbrasil.org/site2010/index.php?option=com_jdownloads&Itemid=14&view=finish&cid=107&catid=4>. Acesso em: 26 set. 2010.

VOIGT, Christina. WTO law and international emission trading: is there potential for conflict? *Carbon and Climate Law Review*, v. 54, p. 54-66, 2008.

VRANES, Erich. Climate change and the WTO: EU Emission Trading and the WTO disciplines on trade in goods, services and investment protection. *Journal of World Trade*, v. 43, n. 4, p. 707-735, 2009.

WOFFORD, Carrie. A greener future at the WTO: the refinement of WTO jurisprudence on environmental exceptions to GATT. *Harvard Environmental Law Review*, v. 24, p. 563-592, 2000.

WOLD, Chris. Taking Stock: Trades environmental scorecard after twenty years of “Trade and Environment”. *Wake Forest Law Review*, v. 45, p. 319-354, 2010.

WORLD RESOURCES INSTITUTE. *Climate Analysis Indicators Tool* (CAIT). Disponível em: <<http://cait.wri.org/cait.php?page=yearly&mode=view>>. Acesso em: 27 out. 2010.

World Trade Organization – Committee on Trade and Environment – Sessão especial. *Compilation of submissions under paragraph 31(i) of the Doha Declaration*. (TN/TE/S/3/Rev.1), 24 abr. 2003.

World Trade Organization – Committee on Trade and Environment – Sessão especial. *Matrix on trade measures pursuant to selected Multilateral Environmental Agreements*. WT/CTE/W/160/Rev.3, TN/TE/S/5/Rev.2, 25 abr. 2005

World Trade Organization – United Nations Environment Programme. *Trade and climate change*. Report, 2009. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/trade_climate_change_e.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2010.

World Trade Organization. *Decision on Trade and Environment*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/56-dtenv.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2009.

World Trade Organization. *Rules and environmental policies: Other relevant WTO texts*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/issu3_e.htm>. Acesso em: 23 set. 2010.

World Trade Organization. *Trade and environment at the WTO*. Background paper, 2004. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_wto2004_e.pdf>. Acesso em: 22 set. 2010.

World Trade Organization. *The conservation of natural resources in WTO law: the case of tropical forest resources*. Disponível em: <http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_9july10_e.htm>. Acesso em: 18 nov. 2010.

YAVITZ, Laura. The WTO and the environment: the Shrimp case that created a new world order. *Journal of Natural Resources and Environmental Law*, v. 16, p. 203-255, 2000.

ANEXO 1

Partes	UNFCCC	Protocolo de Kyoto	Redução/limitação de emissões
<i>Membros da OMC</i>			
África do Sul	X	X	
Albânia	X	X	
Alemanha	X	X	- 8%
Angola	X	X	
Antiga República Iugoslava da Macedônia (ARIM)	X	X	
Antígua e Barbuda	X	X	
Arábia Saudita	X	X	
Argentina	X	X	
Armênia	X	X	
Austrália	X	X	+ 8%
Áustria	X	X	- 8%
Bahrein	X	X	
Bangladesh	X	X	
Barbados	X	X	
Bélgica	X	X	- 8%
Belize	X	X	
Benin	X	X	
Bolívia	X	X	
Botsuana	X	X	
Brasil	X	X	
Brunei Darussalam	X	X	
Bulgária	X	X	- 8%
Burkina Faso	X	X	
Burundi	X	X	
Camarões	X	X	
Camboja	X	X	
Canadá	X	X	- 6%
Cape Verde	X	X	
Chade	X	X	
Chile	X	X	

China	X	X	
Chipre	X	X	
Colômbia	X	X	
Congo	X	X	
Coréia, República da	X	X	
Costa do Marfim	X	X	
Costa Rica	X	X	
Croácia	X	X	- 5%
Cuba	X	X	
Dinamarca	X	X	- 8%
Djibuti	X	X	
Dominica	X	X	
Egito	X	X	
El Salvador	X	X	
Emirados Árabes Unidos	X	X	
Equador	X	X	
Eslovênia	X	X	- 8%
Espanha	X	X	- 8%
Estados Unidos da América	X	X**	- 7%
Estônia	X	X	- 8%
Fiji	X	X	
Filipinas	X	X	
Finlândia	X	X	- 8%
França	X	X	- 8%
Gabão	X	X	
Gâmbia	X	X	
Gana	X	X	
Geórgia	X	X	
Granada	X	X	
Grécia	X	X	- 8%
Guatemala	X	X	
Guiana	X	X	
Guiné	X	X	
Guiné-Bissau	X	X	
Haiti	X	X	
Holanda	X	X	- 8%
Honduras	X	X	
Hong Kong, China			

Hungria	X	X	- 6%
Ilhas Salomão	X	X	
Índia	X	X	
Indonésia	X	X	
Irlanda	X	X	- 8%
Islândia	X	X	+ 10%
Israel	X	X	
Itália	X	X	- 8%
Jamaica	X	X	
Japão	X	X	- 6%
Jordan	X	X	
Kuwait	X	X	
Lesoto	X	X	
Letônia	X	X	- 8%
Liechtenstein	X	X	- 8%
Lituânia	X	X	- 8%
Luxemburgo	X	X	- 8%
Macau, China			
Madagascar	X	X	
Malásia	X	X	
Maláui	X	X	
Maldivas	X	X	
Mali	X	X	
Malta	X	X	
Marrocos	X	X	
Maurício	X	X	
Mauritânia	X	X	
México	X	X	
Mianmar	X	X	
Moçambique	X	X	
Moldova	X	X	
Mongólia	X	X	
Namíbia	X	X	
Nepal	X	X	
Nicarágua	X	X	
Níger	X	X	
Nigéria	X	X	
Noruega	X	X	+ 1%

Nova Zelândia	X	X	0%
Omã	X	X	
Panamá	X	X	
Papua - Nova Guiné	X	X	
Paquistão	X	X	
Paraguai	X	X	
Peru	X	X	
Polônia	X	X	- 6%
Portugal	X	X	- 8%
Qatar	X	X	
Quênia	X	X	
Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte	X	X	- 8%
República Centro-Africana	X	X	
República Democrática do Congo	X	X	
República Dominicana	X	X	
República Eslovaca	X	X	- 8%
República Quirguiz	X	X	
República Tcheca	X	X	- 8%
Romênia	X	X	- 8%
Ruanda	X	X	
Saint Lucia	X	X	
São Cristóvão e Neves	X	X	
São Vicente e Granadinas	X	X	
Senegal	X	X	
Serra Leoa	X	X	
Singapura	X	X	
Sri Lanka	X	X	
Suazilândia	X	X	
Suécia	X	X	- 8%
Suíça	X	X	- 8%
Suriname	X	X	
Tailândia	X	X	
Taipei Chinesa			
Tanzânia	X	X	
Togo	X	X	
Tonga	X	X	
Trinidad e Tobago	X	X	
Tunísia	X	X	

Turquia	X	X	
Ucrânia	X	X	0%
Uganda	X	X	
União Europeia	X	X	- 8%
Uruguai	X	X	
Venezuela	X	X	
Vietnam	X	X	
Zâmbia	X	X	
Zimbábue	X	X	
Número total de membros da OMC partes da UNFCCC ou do Protocolo de Kyoto	150	148	
<i>Não - Membros da OMC</i>			
Afganistão	X		
Andorra			
Argélia	X	X	
Azerbaijão	X	X	
Bahamas	X	X	
Bielorrússia	X	X	
Bósnia e Herzegovina	X	X	
Butão	X	X	
Cazaquistão	X	X	
Comores	X	X	
Eritreia	X	X	
Etiópia	X	X	
Federação Russa	X	X	0%
Guiné Equatorial	X	X	
Iêmen	X	X	
Ilhas Cook	X	X	
Ilhas Marshall	X	X	
Iran	X	X	
Iraque	X	X	
Kiribati	X	X	
Líbano	X	X	
Libéria	X	X	
Líbia	X	X	
Micronésia	X	X	
Mônaco	X	X	- 8%

**

Montenegro	X	X	
Nauru	X	X	
Niue	X	X	
Palau	X	X	
República Árabe da Síria	X	X	
República Democrática Popular da Coreia	X	X	
República Democrática Popular do Laos	X	X	
Samoa	X	X	
San Marino	X	X	
São Tomé e Príncipe	X	X	
Sérvia	X	X	
Seychelles	X	X	
Somália	X	X	
Sudão	X	X	
Tadjiquistão	X	X	
Timor-Leste	X	X	
Turcomenistão	X	X	
Tuvalu	X	X	
Uzbequistão	X	X	
Vanuatu	X	X	
Número total de partes da UNFCCC ou do Protocolo de Kyoto	194	193	

Os

Estados Unidos da América é signatário do protocolo de Kyoto mas não o ratificou