

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

LUAH BATINA TOMAS

**O COSTUME COMO FONTE DE
DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL**

**AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE SUA
IDENTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO**

**São Paulo
2013**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

LUAH BATINA TOMAS

**O COSTUME COMO FONTE DE
DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL**

**AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS DE SUA
IDENTIFICAÇÃO E APLICAÇÃO**

**Monografia apresentada À PUC/COGEAE, como exigência parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' – Especialização em Direito Ambiental
Orientadora: Professora Lúcia Reisewitz**

**São Paulo
2013**

RESUMO

O Direito Ambiental Internacional surgiu na década de 1960 decorrente de um maior entendimento mundial sobre os impactos ambientais negativos do desenvolvimento industrial e de uma maior preocupação com a manutenção dos processos ecossistêmicos para garantir a sustentabilidade das futuras gerações. Este ramo do Direito Internacional encontra-se na difícil situação de tragédia dos comuns, e esta pesquisa busca entender uma pequena parcela das razões pela quais a efetividade do DAI é tão frágil. Avaliar-se-á as fontes de Direito Internacional de acordo com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça—convenções internacionais, costumes e princípios gerais de direito—e a jurisprudência existente até os dias atuais como meio auxiliar, para debater sobre a existência de costumes ambientais internacionais e as implicações disto sobre a implantação do DAI. O estudo se dará pela análise dos elementos essenciais caracterizantes de costumes internacionais aplicados a três princípios dispostos em Declarações-chaves sobre o meio ambiente, a de Estocolmo, de 1972, e a do Rio, de 1992, especialmente por meio da sua manifestação em Cortes internacionais. Os casos relevantes para o meio ambiente já julgados pelos tribunais internacionais acoplam um conjunto de decisões que, de forma geral, defendem a prevenção de danos transfronteiriços, a cooperação na proteção de recursos naturais, a utilização equitativa de recursos comuns e a aplicação de estudos prévios de impacto e atividades de monitoramento. No entanto, as relações de poder na comunidade internacional têm uma forte influência sobre a relevância de um princípio a ponto de fazer o *opinio juris* prevalecer ou não, muitas vezes sendo decidido pela maioria, mas também pelos mais fortes em algumas circunstâncias. Como um ramo novo do Direito Internacional, o DAI encontra grandes resistências na aplicação de seus princípios mais louváveis e tentativas de sabotagem na administração de responsabilidades aos Estados.

ABSTRACT

International Environmental Law emerged in the 1960s as a result of a larger global understanding about negative environmental impacts of industrial development and of a greater awareness about the upkeep of ecosystems' processes to guarantee the sustainability of future generations. This field of International Law finds itself in the difficult situation of a tragedy of the commons, and this research seeks to understand a small part of the reasons for the effectiveness of IEL being so fragile. The sources of International Law will be evaluated, according to the Statute from the International Court of Justice—international conventions, international custom, and general principles of law—and the existing jurisprudence up to this day as subsidiary, to debate on the existence of environmental international customs and its implications to IEL implementation. The study will analyze the essential elements characterizing of international customs applied to three principles listed in key Declarations about the environment, Stockholm, of 1972, and Rio, of 1992, specially through their manifestation in international Courts. Relevant cases for the environment that are already finalized by international tribunals pull together a group of decisions that, generally, defend the prevention of transboundary harm, the cooperation in natural resources protection, equal usage of common resources and the application of previous impact assessments and monitoring activities. Nonetheless, power relations in the international community has a strong influence about a principle's relevance to the point where *opinio juris* might or might not prevail, being decided, many times, by the majority, but also by the strongest, in other times. As a new International Law field, IEL finds great resistance in the application of its most celebrated principles and attempts to sabotage the administration of States' responsibilities.

ABREVIATURAS E SIGLAS

CIJ – Corte Internacional de Justiça

DAI – Direito Ambiental Internacional

GATT – Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (em inglês)

IJC – International Joint Commission

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

RCPD – Responsabilidades Comuns, Porém Diferenciadas

UNFCCC – Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (em inglês)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 BREVE HISTÓRIA DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL	9
2 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL.....	13
2.1 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS (TRATADOS).....	13
2.2 COSTUME INTERNACIONAL	15
2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO.....	16
2.4 MEIOS AUXILIARES – JURISPRUDÊNCIA	17
3 DEBATES SOBRE COSTUMES AMBIENTAIS INTERNACIONAIS	20
3.1 PRINCÍPIO 21, DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO	20
3.2 PRINCÍPIO 15, DECLARAÇÃO DO RIO.....	24
3.3 PRINCÍPIO 7, DECLARAÇÃO DO RIO	28
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS.....	39

INTRODUÇÃO

A teoria da Tragédia dos Comuns, de Garrett Hardin¹, aplicada ao contexto da comunidade internacional, afirma que Estados, ao buscarem maximizar seus ganhos individuais sob a ótica do comportamento de escolha racional, causam danos compartilhados, mas minimamente observados, aos recursos comuns. Interesses individuais de desenvolvimento sem limites em um mundo com recursos finitos não são possíveis e prejudicam o bem comum, conseqüentemente prejudicando a todos no longo prazo. Uma maneira de visualizar esta teoria é por meio de um terreno dividido igualmente por certo número de fazendeiros. Cada pedaço de terra comportaria três ovelhas, mas, se os fazendeiros decidissem, individualmente, aumentar o número de ovelhas em seu território para uma maior produção, não haveria um problema inicial aparente, pois os danos estariam distribuídos, mas, ao final, o pasto de todos estaria prejudicado e inutilizável.

Sabemos, no entanto, que, racionalmente, a conservação de recursos comuns, mas limitados, não é do interesse de Estados individuais buscando seu próprio desenvolvimento; a conservação implica em prejuízo no curto prazo sem garantias tangíveis de longo prazo, mas um comportamento racional individual acaba por deixar o grupo em uma situação pior. A solução para problemas desta natureza, que incluem, sem dúvida, as questões ambientais, requer a criação de instituições que gerenciem os indivíduos de forma cooperativa para a conservação dos recursos finitos. Na sociedade internacional, estas instituições foram estabelecidas ao longo do tempo por meio do Direito Internacional, do surgimento da Organização Nações Unidas (ONU) e, posteriormente, dos respectivos tribunais internacionais. No entanto, com a falta de um governo mundial, as instituições criadas são submissas às vontades dos Estados, que têm o poder de decidir o quanto estão dispostos a abrir mão de sua soberania—de seu interesse individual—a favor da coletividade.

O Direito Ambiental Internacional (DAI) encontra-se, como outros ramos, nesta difícil situação de tragédia dos comuns, e esta pesquisa busca entender uma pequena parcela das razões pela quais a efetividade do DAI é tão frágil. Por meio das fontes de Direito Internacional e da jurisprudência existente, discutiremos sobre a existência de costumes ambientais internacionais e as implicações disto para a implantação do DAI. É importante

¹ HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

² AMARAL JR., A. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 776 p.

³ SOARES, G. F. S. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e*

identificar quais práticas ambientais contam com a obrigatoriedade consuetudinária para analisar o rumo que a proteção do meio ambiente está seguindo, de forma a ajustá-lo. Por meio deste estudo pode verificar-se tendências e definir a melhor forma de agir futuramente para que o DAI seja um instrumento útil de conservação ambiental, evitando-se uma situação irreversível.

A pesquisa se dará pela análise dos elementos essenciais na identificação de costumes internacionais, conforme proposta de Alberto do Amaral Júnior², aplicados a três princípios dispostos em Declarações-chaves sobre o meio ambiente, a de Estocolmo, de 1972, e a do Rio, de 1992. Os Princípios foram escolhidos de acordo com a sua maior manifestação em tratados e atos internacionais, sua frequente ocorrência em casos levantados perante tribunais internacionais e sua maior polêmica nas negociações internacionais. O texto apresenta, inicialmente, uma breve história do Direito Ambiental Internacional, para situar o leitor de sua recente dinâmica internacional, seguida de uma elucidação das fontes de Direito Internacional, todas contextualizadas com o meio ambiente. O Capítulo 4 oferece uma análise detalhada dos três Princípios escolhidos—de não causar danos, da precaução e das responsabilidades comuns, porém diferenciadas—, onde é definido sua identificação como costume internacional e sua importância para o meio ambiente, e, finalmente, na conclusão, inferimos as implicações destes resultados para a efetiva aplicação do DAI.

² AMARAL JR., A. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 776 p.

1 BREVE HISTÓRIA DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

O Direito Ambiental Internacional, apesar de recente, conta com diversos marcos importantes em sua breve existência de cerca de um século. O surgimento deste ramo do Direito Internacional acompanha a evolução dos problemas ambientais, causados após décadas de industrialização e utilização dos recursos naturais pelas nações centrais. A princípio, não havia a necessidade de normas ambientais, pois a civilização ainda não sofrera os efeitos nocivos da poluição, e a natureza era entendida como um meio para o ser humano atingir seus objetivos sociais e econômicos.

As primeiras normas ambientais surgem no âmbito interno dos Estados, com a criação de parques nacionais para proteger biomas nacionais específicos, como é o caso do Parque Nacional de Yellowstone, nos Estados Unidos, que foi inaugurado em 1872. Normas internacionais existentes no fim do século XIX regulavam rios internacionais transfronteiriços e a navegabilidade, normas mais relacionadas com questões de fronteiras e soberania dos Estados do que com o meio ambiente³.

A primeira convenção multilateral a entrar em vigor, em 1902, foi a Convenção para Proteção das Aves Úteis para a Agricultura, demonstrando a preocupação à época com a manutenção da natureza como ferramenta para o homem; a função das aves nos ecossistemas era ignorada e aves predadoras das “aves úteis” eram consideradas nocivas para o meio ambiente⁴.

Durante a primeira metade do século XX, verifica-se a existência de regulamentações isoladas, nacionais e internacionais, abordando diferentes formas de poluição e aspectos naturais, sem considerar o meio ambiente como uma unidade de fatores interligados e interdependentes entre si. Essas normas eram também predominantemente de natureza reacionária, ou seja, eram negociadas após a ocorrência de algum dano⁵. Neste mesmo período, houve a primeira manifestação jurídica formal do DAI, por meio do Caso da Fundação Trail, em 1941, uma arbitragem da International Joint Commission (IJC) que defendeu que Estados não poderiam usar seu território para causar danos ao território de outros Estados. A regra estabelecida de não causar dano (“*no harm*”) continua, até os dias

³ SOARES, G. F. S. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2001. 906 p.

⁴ KISS, A.; SHELTON, D. *Guide to International Environmental Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. 313 p.

⁵ MIRANDA, N. M. V. *A Perspectiva da Criação de um Tribunal Internacional do Meio Ambiente*. 2009. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009, p. 78

atuais, como uma âncora conceitual do Direito Ambiental Internacional⁶ e influenciou as principais Declarações sobre o meio ambiente posteriores, como veremos no Capítulo 4 desta pesquisa.

Após a Segunda Guerra Mundial a preocupação da sociedade com o meio ambiente foi generalizada, e eclodiu-se o DAI simultaneamente a diversos aspectos, entre eles: a expansão da comunicação em massa e a abertura de discussões internacionais à opinião pública internacional, devido, também, a uma maior importância atribuída a Organização das Nações Unidas e expansão da atuação de organizações não governamentais; a possibilidade eminente de uma catástrofe nuclear em face da Guerra Fria e a ocorrência de vazamentos e poluições em larga escala; e a busca desenfreada pelo desenvolvimento econômico, gerador de desigualdades sociais, de resíduos em larga escala e de consumismo, como consequências⁷. Adicionalmente, em 1962, Rachel Carson publica um livro chamado Primavera Silenciosa, onde denuncia o uso excessivo de pesticidas na agricultura e seu efeito nocivo à saúde humana e ao equilíbrio dos ecossistemas.

Este conjunto de fatores culminou na realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, em Estocolmo, evento considerado um dos marcos do Direito Ambiental Internacional e codificador de diversos princípios referenciais. A conferência contou com grande participação e demonstrou a tomada de consciência dos atores internacionais sobre problemas relativos ao meio ambiente. A Declaração de Estocolmo definiu 26 princípios, que viriam a guiar o DAI, e codificou o primeiro costume ambiental internacional, decorrente do Caso da Fundação Trail.

A Conferência de Estocolmo também já evidenciava a oposição entre países desenvolvidos e em desenvolvimento em questões ambientais⁸. O debate, que será abordado com profundidade no Capítulo 4, expressa uma preocupação de países em desenvolvimento com a imposição de restrições ambientais ao comércio e a investimentos estrangeiros diretos por parte dos países desenvolvidos, afetando seu crescimento. Essa discussão é representada, atualmente, pelo princípio das responsabilidades comuns porém diferenciadas, cuja aplicação é bastante contestada.

O período que se segue pós-Estocolmo é dos mais produtivos em termos de elaboração de normas ambientais internacionais. Começam a surgir diversos tratados bilaterais e

⁶ BRATSPIES, R. M.; MILLER, R. A. *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 372 p.

⁷ KISS, 2007. SOARES, 2001, p. 42. HUSEK, C. R. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012. 404 p, p. 378.

⁸ KISS, 2007. SOARES, 2001, p. 53.

multilaterais que regulariam os mais variados aspectos do meio ambiente, além de haver uma crescente articulação da ONU com ONGs da sociedade civil. Novamente percebeu-se uma abordagem segmentada e não holística dos problemas ambientais, mas, aos poucos, devido a ocorrência de questões que extrapolavam fronteiras, como a poluição nuclear, a depredação da camada de ozônio, e as mudanças climáticas, o foco passou a voltar-se para a regulamentação das fontes de riscos ambientais⁹.

Em 1987, o Relatório Brundtland¹⁰ defendeu uma abordagem integral, enfatizando que o desenvolvimento econômico poderia ser feito em consonância com a proteção do meio ambiente, onde objetivos de curto e longo prazo seriam equilibrados, no que chamaram de “desenvolvimento sustentável”. Nesse contexto, cada vez mais a proteção do meio ambiente foi vinculada à proteção dos direitos humanos, tendo aquela como instrumento para atingir esta. Assim organizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, no Rio de Janeiro (Rio 92), que consolidou as ideias discutidas até então.

Os documentos resultantes da Rio 92—Declaração do Rio, Agenda 21, Convenção-Quadro sobre Mudanças do Clima, Convenção sobre Diversidade Biológica e Declaração de Princípios sobre as Florestas—representam marcos do Direito Ambiental Internacional, e a Conferência fomentou a adição da temática ambiental em todos os campos do Direito Internacional, sendo que toda norma internacional de grande importância no âmbito de cooperação multilateral, a partir de 1992, inclui a proteção ambiental como objetivo¹¹.

A proteção ao meio ambiente passa a estar diretamente vinculada à garantia de uma vida humana digna, considerando o direito de os países se desenvolverem e erradicarem a pobreza em seu território, sob a concepção de justiça nas relações internacionais. Guido Soares ensina os principais resultados da Rio 92 da seguinte forma:

- a) consagra a filosofia da proteção dos interesses das presentes e futuras gerações;
- b) fixa os princípios básicos para uma política ambiental de abrangência global, em respeito aos postulados de um Direito ao Desenvolvimento, desde há muito reivindicados pelos países em vias de desenvolvimento;
- c) em decorrência dos mencionados princípios básicos, consagra a luta contra a pobreza, e recomendam uma política demográfica; e

⁹ KISS, 2007.

¹⁰ WORLD COMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our Common Future*. New York: Oxford University Press, 1987. 400 p. O documento ficou mundialmente conhecido como Relatório Brundtland devido à ativa atuação de sua pesquisadora-chefe, Gro Brundtland, a primeira mulher a ser Primeira Ministra da Noruega.

¹¹ KISS, 2007, p. 42.

- d) reconhece o fato de a responsabilidade de os países industrializados serem os principais causadores dos danos já ocorridos ao meio ambiente mundial.¹²

Muito se evoluiu no Direito Ambiental Internacional como consequência do evento de 1992, mas as principais discussões atuais ainda são decorrentes das decisões então acordadas, assim como os principais casos apresentados diante das cortes internacionais. Veremos a seguir, à luz da breve história do DAI, como as fontes de Direito Internacional em matéria ambiental foram sendo elaboradas, para depois, analisarmos o impacto específico no surgimento de costumes ambientais internacionais.

¹² SOARES, 2001, p. 79.

2 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

As fontes do Direito Internacional, que são as mesmas do Direito Ambiental Internacional, constituem os modos pelos quais o Direito se manifesta. Elas são produzidas por meio das relações internacionais entre Estados e, normalmente, no âmbito de Organizações Internacionais, e produzem normas jurídicas que vinculam os Estados e definem os direitos e obrigações dos mesmos. Elas estão enumeradas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a seguir:

Artigo 38

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito¹³.

Vamos discuti-las em maior profundidade no que concerne ao Direito Ambiental Internacional.

2.1 CONVENÇÕES INTERNACIONAIS (TRATADOS)

Os tratados internacionais representam todo acordo formal entre sujeitos de Direito Internacional, manifestando a vontade e a mútua concordância das partes em se vincularem juridicamente a respeito de determinado assunto. Ao aceitarem participar de um tratado, as partes comprometem-se a obedecer as regras estabelecidas, proporcionando uma maior segurança e estabilidade nas relações internacionais¹⁴.

¹³ ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. São Francisco, 06 jun. 1945. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justica/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

¹⁴ AMARAL JR, 2012, p. 48-50.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹⁵, define tratados como um “acordo internacional concluído por escrito entre Estados [...], quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”¹⁶. Guido Soares nomeia os atos internacionais que se enquadram nesta definição como *jus scriptum*, já que a característica principal de um tratado é sua representação por escrito¹⁷.

O Direito Ambiental Internacional conta com uma vasta quantidade de tratados, sob as mais diversas denominações, e fornece, inclusive, exemplos de tratados “guarda-chuvas”, ou Convenções-Quadro, que traçam limites gerais de determinado assunto e abrigam outros atos complementares de questões mais detalhadas¹⁸. Esse é o caso da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, na sigla em inglês), que, por meio de seus encontros anuais das partes contratantes, elaboraram, entre outros, o Protocolo de Quioto, um importante passo para frear as emissões de gases de efeito estufa, minimizando os efeitos das mudanças climáticas.

Todos os tratados desta fonte de Direito Internacional são legalmente vinculantes pois os Estados partes expressam sua vontade que assim seja feito. Existe, no entanto, acordos por escritos que não são vinculantes, os chamados “gentlemen’s agreement”, ou acordo de cavalheiros. Estes acordos são procedimentos diplomáticos nos quais os Estados declaram apenas intenções e aspirações para, futuramente, aprofundá-las em obrigações vinculantes. As intenções podem ser variadas e geralmente têm caráter moral ou político, firmando princípios que podem vir a transformar-se em costumes ou tratados internacionais. Exemplos destas declarações incluem a Declaração de Estocolmo e do Rio, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, apesar de não ser, explicitamente, vinculante, é recebida como costume internacional e serve como instrumento em casos jurídicos internacionais¹⁹.

O Direito Ambiental Internacional tem como característica a constante utilização de declarações não vinculantes, pois são mais simples de serem negociadas e emendadas com as novas descobertas científicas e consciência do público. Não cabe a essa pesquisa analisar se essa característica é benéfica ou nociva à aplicação do DAI, mas vale ressaltar que os debates

¹⁵ BRASIL, Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Seção 1, p. 59.

¹⁶ Artigo 2º.

¹⁷ SOARES, 2001, p. 173.

¹⁸ Ibid, p. 176-177. UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *Traininig Manual on International Environmental Law*. Nairobi, 2006. 376 p, p. 3.

¹⁹ SOARES, 2001. UNEP, 2006.

mais calorosos nas negociações internacionais atuais têm como base os princípios definidos justamente nestas declarações e que o costume ambiental internacional, como veremos a seguir, forma-se também a partir delas.

2.2 COSTUME INTERNACIONAL

O costume internacional, definido pelo Estatuto da CIJ “como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito”, incorpora dois elementos essenciais para que seja considerado efetivamente como uma fonte formal do Direito Internacional. Primeiramente, o elemento material constitui-se pela repetição constante e uniforme do uso em determinados atos, por parte de Estados, durante certo período, e, em segundo lugar, o elemento psicológico, que afirma a convicção de que tais atos correspondem a uma obrigação jurídica²⁰. Carlos Husek nomeia estes elementos como objetivos—prática reiterada de atos—e subjetivos—certeza de que estes atos representam a maneira correta de agir²¹ e afirma que “o costume internacional deve refletir o consenso geral dos Estados, ser de aplicação comum, estável, antigo, constante e recíproco”²².

Diz-se que um costume torna-se vinculante a partir do momento em que há atos constantes e uniformes em maior quantidade do que atos discrepantes, e que estes incidam consequências jurídicas ao responsável. Ou seja, o costume existe na soma do *inveterata consuetudo* com o *opinio juris*, ambos elementos complementares e compulsórios²³.

O conceito de *opinio juris* é fundamental ao estudo da formulação do costume internacional, pois introduz a perspectiva interna dos Estados nas relações internacionais. Daniel Bodansky defende que pode ser mais útil, para observar a validade jurídica de um costume, estudar aquilo que os Estados declaram sobre este, ou seja, avaliando como se comunicam entre si, do que observar suas práticas, principalmente no contexto ambiental, onde ações e discursos frequentemente estão em contradição. *Opinio juris*, dessa maneira, representa os padrões de avaliação nos quais os Estados justificam suas ações e criticam as de outros Estados²⁴.

²⁰ AMARAL JR, 2012, p. 132.

²¹ 2012, p. 47.

²² Ibid, p. 48.

²³ UNEP, 2006, p. 7.

²⁴ BODANSKY, D. M. Customary (and Not So Customary) International Environmental Law. *Georgia Law: Scholarly Works*, Paper 514, 1995. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/514>. Acesso em 24 dez. 2012.

No Direito Ambiental Internacional há um consenso de que, apesar de ser um ramo novo do Direito Internacional, já se verifica a emergência de certos costumes, como por exemplo o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo, reiterado na Declaração do Rio pelo princípio 2, que afirma:

Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional (grifo da autora)²⁵.

Este princípio representa a codificação da sentença arbitral no Caso da Fundação Trail e será discutido com maior profundidade no próximo capítulo.

2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Os princípios de Direito são expressões de normas legais fundamentais que orientam a direção que o Direito deve seguir. O caráter abstrato dos princípios ocorre justamente porque eles indicam características essenciais e morais no Direito Internacional, servindo como base para a interpretação de outras fontes e preenchendo lacunas encontradas. A interpretação das fontes de Direito é feita em conjunto, não havendo hierarquia entre elas, apenas complementação e relações, assim, aplica-se os princípios gerais de direito quando tratados e costumes são insuficientes²⁶. Diz-se também que os princípios podem agir, muitas vezes, como regras constitucionais, já que representam uma aceitação via sistemas jurídicos nacionais e a ordem internacional; este é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada em 1948 no âmbito da ONU, documento consagrado na sociedade internacional e base fundamental para a aplicação do Direito Internacional²⁷.

Princípios são usados com maior frequência no Direito Ambiental Internacional do que em qualquer outro ramo do Direito Internacional. Como o DAI trata de temas de enorme complexidade e envoltos em incertezas científicas, os princípios são um importante

²⁵ DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. Estocolmo, 16 jun. 1972. Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

Referenciado como DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO em futuras notas de rodapé.

²⁶ KISS, 2007, p. 89. SOARES, 2001, p. 200.

²⁷ AMARAL JR, 2012, p. 139.

instrumento jurídico para sua aplicação. Regulamentações específicas são de difícil negociação e os princípios atuam por meio de antecipação a problemas ambientais, ao invés de seguir o padrão de elaboração de normas reacionárias após a ocorrência de desastres²⁸.

Os dois principais acordos internacionais que consolidam a base dos princípios do Direito Ambiental Internacional são a Declaração de Estocolmo (1972) e a Declaração do Rio (1992)—esse segundo documento reutilizou muito do que já fora definido no primeiro. A finalidade de ambos foi justamente organizar o pensamento à época sobre o meio ambiente, de forma a evitar a segmentação de temas e favorecer uma abordagem holística e preventiva do meio natural. Guido Soares explica que essa normatização dos princípios que, em geral, se encontram na consciência coletiva, é importante para o reconhecimento desta fonte e para que, aos poucos, ela venha a se afirmar como um costume internacional²⁹. Essa afirmação se dá por meio da manifestação positiva de outras fontes de direito, em particular, da jurisprudência e da doutrina, classificadas como meio auxiliar pelo Estatuto da CIJ. Como veremos no próximo capítulo, diversos princípios presentes nas declarações supracitadas são comumente usados na adoção de outras normas, inclusive como costume internacional, e em casos trazidos perante tribunais internacionais.

2.4 MEIOS AUXILIARES – JURISPRUDÊNCIA

O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça menciona a jurisprudência como um meio auxiliar para a determinação das regras do Direito Internacional. De forma subsidiária, as decisões de tribunais nacionais e internacionais têm uma utilidade instrumental na constatação e na interpretação do Direito. As decisões proferidas, de acordo com o artigo 59 do Estatuto da CIJ, só são obrigatórias para as partes litigantes e a respeito do caso em questão, ou seja, sua decisão é *inter partes* e não *erga omnes*. Com isso, resultados de litígios não criam precedentes vinculantes no âmbito do Direito Internacional e tribunais podem decidir de forma distinta em cada caso. Não obstante, como a jurisprudência atua como um meio auxiliar na aplicação do Direito Internacional, é visível uma tendência entre as cortes de apresentarem pareceres similares e de aceitarem a criação de costumes internacionais por meio de casos julgados³⁰.

²⁸ KISS, 2007, p. 90.

²⁹ SOARES, 2001, p. 200.

³⁰ AMARAL JR, 2012.

No contexto do Direito Ambiental Internacional, as cortes internacionais têm um papel importante no esclarecimento do complexo emaranhado de normas ambientais existentes. Ainda que em pequeno número, casos com viés ambiental já confirmaram a existência de costumes, reforçaram princípios e eliminaram dúvidas em relação a aplicação de outros. A concepção inicial da proteção do meio ambiente pelas cortes internacionais começou com um foco no dano transfronteiriço, promovendo a não intervenção entre Estados, e aos poucos foi-se evoluindo para uma visão mais global dos prejuízos causados pela degradação ambiental³¹. Além dos casos que discutiremos em profundidade no próximo capítulo, um parecer emblemático para o Direito Ambiental Internacional foi o sobre a Legalidade das Armas Nucleares³², de 1996, no qual a Assembleia Geral das Nações Unidas questionou se o uso ou a ameaça de uso de armas nucleares, sob quaisquer circunstâncias, era permitido no Direito Internacional. A Corte Internacional de Justiça reconheceu, pela primeira vez, que Estados devem respeitar o meio ambiente além do controle nacional como um bem comum para a garantia da vida³³, e apresentaram a seguinte resposta:

"The Court recognizes that the environment is under daily threat and that the use of nuclear weapons could constitute a catastrophe for the environment. The Court also recognizes that the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment" (grifo da autora)³⁴.

Infelizmente não se pode dizer que o meio ambiente seja favorecido pelas demais decisões existentes, em particular quando se trata de situações nas quais Estados devem abrir

³¹ VIÑUALES, J. E. *The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment*. Jul. 2008. Disponível em <http://works.bepress.com/jorge_vinuales/2>. Acesso em: 11 jul. 2013.

³² INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*: Advisory opinion of 8 July 1996. Haia, 8 jul. 1996. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013. Será referido como *Legality of Nuclear Weapons* nas próximas notas de rodapé.

³³ VIÑUALES, 2008, p. 12.

³⁴ Tradução nossa: "A Corte reconhece que o meio ambiente está sob ameaça diária e que o uso de armas nucleares pode causar uma catástrofe ao meio ambiente. A Corte também reconhece que o meio ambiente não é uma abstração, mas que representa o espaço vivo, a qualidade de vida e a própria saúde dos seres humanos, inclusive de gerações por nascer. A existência da obrigação geral dos Estados de garantir que atividades dentro de sua jurisdição e controle respeitem o meio ambiente de outro Estados ou de áreas além de seu controle nacional é agora parte do corpo de direito internacional relacionado ao meio ambiente" (*Legality of Nuclear Weapons*, 1996, p. 241, par. 29).

mão de parte de sua soberania ou agir de forma preventiva, levando especialistas e organizações a defenderem a criação de um Tribunal Internacional do Meio Ambiente. Este Tribunal teria o objetivo de implantar a ideia de que a degradação ao meio ambiente prejudica a todos igualmente no longo prazo, e que, dessa forma, o meio ambiente deve ser protegido para o bem comum, mesmo que, por vezes, a proteção confronte com questões internas dos Estados, objetivo análogo ao da Organização Mundial do Comércio, no âmbito do livre comércio³⁵.

³⁵ MIRANDA, 2009.

3 DEBATES SOBRE COSTUMES AMBIENTAIS INTERNACIONAIS

Neste capítulo, voltamos a discutir os costumes internacionais e apresentamos os principais debates existentes em torno de três princípios do Direito Ambiental Internacional: o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo, de não causar danos (também fortalecido pelo Princípio 2 da Declaração do Rio, com redação bastante semelhante); o Princípio 15 da Declaração do Rio, da precaução; e o Princípio 7, também do Rio, das responsabilidades comuns porém diferenciadas.

Para analisarmos a validade destes três princípios como costumes ambientais internacionais, usamos a teoria de Alberto Amaral Jr para a identificação da manifestação de um costume, que pede a existência de um elemento material e de um elemento psicológico. O elemento material verifica-se por meio de usos reiterados de determinada regra ou ato em tratados internacionais multilaterais e bilaterais, atos unilaterais de Estados e de Organizações Internacionais, onde se incluem declarações oficiais de países sobre o tema e decisões de tribunais internacionais. Já o elemento psicológico infere “que haja o reconhecimento pelos Estados do caráter obrigatório da prática em questão. É o que se chama de *opinio juris sive necessitatis*”³⁶. A convicção de obrigatoriedade do costume, portanto, diferencia-o de mera cortesia internacional—regras de etiqueta e de condutas desejáveis—e confere sua força vinculante, mas também é necessário que não haja manifestações de repúdio em relação ao conteúdo do costume.

Na prática, como veremos a seguir, observa-se que a identificação de um costume internacional decorre, em grande parte, da sua nomeação pelas cortes internacionais, e essa nomeação, por sua vez, se dá por ações de convencimento por parte dos Estados de que uma norma representa atos reiterados e válidos ou não³⁷. As relações de poder na comunidade internacional decidem a relevância de um princípio a ponto de o *opinio juris* prevalecer, muitas vezes decidido pela maioria, mas também pelos mais fortes em algumas circunstâncias.

3.1 PRINCÍPIO 21, DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO

O princípio 21 da Declaração de Estocolmo, de 1972, representa o dever de não causar danos ambientais transfronteiriços e é tido como uma das normas mais firmemente

³⁶ 2012, p. 133.

³⁷ BODANSKY, 1995, p. 14.

estabelecidas do costume internacional no Direito Ambiental Internacional³⁸. Este princípio é resultante de um caso avaliado pela International Joint Commission, em 1941, sobre a poluição causada por uma empresa canadense em território americano, e foi expressado pela primeira vez na Declaração de Estocolmo, após haver sido proferido na resolução de dois outros litígios internacionais, como veremos a seguir.

O princípio afirma:

Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional (grifo da autora)³⁹.

Apesar de fazer parte de um documento não vinculante juridicamente, o princípio encontra-se fortemente estabelecido no DAI e é frequentemente reafirmado em declarações e tratados adotadas no âmbito das Nações Unidas, preenchendo o quesito do elemento material da teoria de Amaral Jr para identificação de costumes internacionais. O princípio está presente na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, na Carta Mundial da Natureza, na Declaração do Rio de 1992⁴⁰ e na Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável de forma explícita. Seu conteúdo também aparece em diversas normas com efeitos jurídicos, ratificados pela maioria dos Estados, como a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a Convenção sobre Diversidade Biológica, a Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima e a Convenção sobre Poluentes Orgânicos Persistentes, entre outros.⁴¹ Além dessas manifestações, o Princípio 21 é apontado no preâmbulo da Convenção sobre Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância, de 1979, como uma “convicção comum” entre os Estados⁴², demonstrando, nesse sentido, a existência do *opinio juris* a respeito do dever de não causar danos.

³⁸ BODANSKY, 1995.

³⁹ DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972.

⁴⁰ Com redação idêntica ao Princípio 21 de Estocolmo: “PRINCÍPIO 2: Os Estados, de acordo com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas de meio ambiente e de desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que atividades sob sua jurisdição ou seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional”

⁴¹ Essas e outras manifestações do Princípio 21 estão detalhadas em UNEP, 2006, p. 53.

⁴² CONVENTION ON LONG-RANGE TRANSBOUNDARY AIR POLLUTION. Genebra, 13 nov. 1979. Disponível em:

O elemento material do costume também inclui decisões de tribunais internacionais e o princípio em questão foi primeiramente estabelecido no caso da Fundição Trail, sendo utilizado, posteriormente, em várias outras decisões e pareceres, como a Arbitragem do Lago Lanoux, entre a França e a Espanha, o Caso do Estreito de Corfu, entre a Albânia e a Grã-Bretonha e o Parecer da Legalidade sobre Armas Nucleares, entre outros.

O Caso da Fundição Trail⁴³ teve o objetivo de resolver um litígio entre os Estados Unidos e o Canadá. Uma fábrica de fundição de minério de chumbo e de zinco na cidade de Trail, na Colúmbia Britânica, província canadense, incrementou a liberação de dióxido de enxofre no final da década de 1920, atingindo o estado de Washington, nos Estados Unidos, e danificando florestas e atividades agropecuárias na região. A reclamação apresentada pelos EUA contra o Canadá a respeito das correntes de ar tóxicas pedia ao tribunal para determinar a) se a empresa causara danos transfronteiriços; b) em caso positivo, se a empresa deveria abster-se de causar danos futuros ao estado de Washington e em que medida; c) quais medidas, se houvessem, deveriam ser adotadas e mantidas para o evitar danos; e d) quais compensações deveriam ser pagas. O tribunal julgou, em 1941, o Canadá responsável pelos danos causados pela empresa de fundição atuante em seu território e impôs uma quantia pecuniária como compensação aos Estados Unidos. Ademais, o tribunal definiu, em resposta ao pedido b) supracitado, que um Estado não pode permitir que o uso do seu território cause danos em território de outro Estado, no trecho que se consolidaria como o Princípio 21 na Declaração de Estocolmo:

The Tribunal, therefore, finds that the above decisions, taken as a whole, constitute an adequate basis for its conclusions, namely, that, under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence (grifo da autora)⁴⁴.

<<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/lrtap/full%20text/1979.CLRTAP.e.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013

⁴³ UNITED NATIONS. Trail Smelter Case (United States, Canada). *Reports of International Arbitral Awards*, v. III, p. 1905-1982, mar. 1941. Disponível em:

<http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_iii/1905-1982.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

Referenciado como Trail Smelter Case em futuras notas de rodapé.

⁴⁴ Tradução nossa: “O Tribunal, portanto, acredita que as decisões acima, tomadas como um todo, constituem um base adequada para suas conclusões, a saber que, sob os princípios do Direito Internacional e também do Direito dos Estados Unidos, nenhum Estado tem o direito de usar ou de permitir o uso de seu território de maneira que cause danos em razão de lançamento de fumaças no, ou ao, território, propriedade ou indivíduos de outrem, quando o caso é de sérias consequências e o dano é estabelecido por evidência clara e convincente” (Ibid).

A regra de não causar danos que é articulada nesse caso da Fundação Trail continua como uma âncora conceitual para o Direito Ambiental Internacional, vinculando-se a proteção do meio ambiente e aplicando-se a impactos ambientais além de poluições atmosféricas, principalmente àqueles impactos além da jurisdição de Estados⁴⁵. A decisão criou precedentes para diversos outros princípios, como o da prevenção e o do poluidor-pagador, conseguindo, ainda, alavancar a noção do Estudo Prévio de Impacto Ambiental; a decisão refletia, porém, o entendimento à época de proteção à soberania dos Estados como condição primária da proteção ao meio ambiente, subjugando este último ao princípio geral da “boa vizinhança”.

No âmbito da Corte Internacional de Justiça—criada em junho de 1945—encontra-se o Caso do Estreito de Corfu⁴⁶, que, apesar de não ter um relacionamento direto com o meio ambiente, fixa novamente a regra de que nenhum Estado pode utilizar seu território para prejudicar outros Estados e ferir o Direito Internacional⁴⁷. Neste caso, a Grã-Bretanha pleiteou contra o Estado da Albânia após a explosão de um navio britânico em águas territoriais do segundo país devido à presença de minas marítimas. A Corte incumbiu à Albânia a obrigação de notificar e de alertar a comunidade internacional sobre a existência das minas e reconheceu “a obrigação de todos os Estados de não permitir, intencionalmente, que seu território seja usado em atos contrários ao direito de outros Estados”⁴⁸. O Caso do Estreito de Corfu é utilizado pelo Direito Ambiental Internacional como base para a aplicação do Princípio 21, de não causar danos a outros Estados, e do princípio da notificação e da informação, que promove o acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas—Princípio 10 da Declaração do Rio.

Outra decisão representante do elemento material do costume internacional articulado pelo Princípio 21 é o da arbitragem sobre o Lago Lanoux⁴⁹, litígio entre Espanha e França sobre o uso das águas do mencionado lago. Uma empresa concessionária francesa iria desviar as águas do Lanoux, em território deste país, afetando a quantidade de água disponível para a

⁴⁵ BRATSPIES; MILLER, 2010.

⁴⁶ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *The Corfu Channel Case*: Judgment of April 9th, 1949. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Haia, 9 abr. 1949. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013. Referenciado como *The Corfu Channel Case* em próximas notas de rodapé.

⁴⁷ SOARES, 2001, p. 210.

⁴⁸ Tradução nossa. *The Corfu Channel Case*, 1949, p. 22.

⁴⁹ UNITED NATIONS. *Affair du Lac Lanoux (Espagne, France)*. Reports of International Arbitral Awards, v. XII, p. 281-317, 16 nov. 1957. Disponível em: <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XII/281-317_Lanoux.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013. Referenciado como *Affair du Lac Lanoux* em próximas notas de rodapé.

utilização pela Espanha de um de seus afluentes. A Espanha alegou que seus interesses e direitos não estavam sendo considerados, mas o tribunal arbitral discordou e afirmou que a França havia tomado as devidas precauções e obrigações. A decisão é importante pois reforça a existência do princípio de não causar danos, na seguinte frase: “there is a principle prohibiting the upstream State from altering the water of a river in such a way as to seriously harm the downstream State”⁵⁰; além de impulsionar a ideia do consentimento prévio das partes envolvidas e da necessidade de realização de um Estudo Prévio de Impacto Ambiental com a participação e a atenção aos interesses das partes interessadas.

Finalmente, existe o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a Legalidade das Armas Nucleares, em 1996, o qual colocamos anteriormente, que sinaliza o princípio de não causar dano a áreas além do controle nacional de Estados como parte integrante do corpo do Direito Ambiental Internacional. Este parecer foi inovador em relação aos demais apresentados uma vez que obrigou os Estados não só a evitar o dano a territórios fora de sua jurisdição, como também a áreas fora de controle nacional de todos os Estados, como o ar atmosférico, as regiões glaciais, etc.

Pode-se inferir, assim, que o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo, reforçado de formas diferentes no âmbito jurídico internacional, é um costume internacional consolidado no DAI, estimulando o lançamento de outros variados princípios, como o da prevenção e do controle a poluição, o do poluidor-pagador, o da notificação e informação, o da participação e da cooperação internacional na mitigação de riscos e emergências ambientais. A Corte Internacional de Justiça deixa claro a obrigação de Estados não permitirem, intencionalmente, que seu território cause danos ou fira o direito de outros Estados, e mesmo que tal obrigação não seja explicitamente associada ao dano ambiental em certas ocasiões, a combinação dos casos apresentados indicam a relevância dessa obrigação ao Direito Ambiental Internacional⁵¹.

3.2 PRINCÍPIO 15, DECLARAÇÃO DO RIO

O Princípio 15 da Declaração do Rio, de 1992, institui em um documento internacional o princípio da precaução, que favorece a identificação de riscos ambientais antes que possam

⁵⁰ Tradução nossa: “existe um princípio proibindo Estados localizados no início de um rio de alterar as águas de um rio de maneira que prejudique seriamente o Estado localizado ao fim do rio” (Affair du Lac Lanoux, 1957, p. 308)

⁵¹ VIÑUALES, 2008.

tornar-se problemas, independentemente de ter-se ou não certeza científica dos perigos envolvidos. O Princípio diz:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (grifo da autora)⁵².

A aplicação do princípio da precaução ocorre quando as consequências de uma ação podem ser sérias ou irreversíveis. É importante a avaliação dos riscos, e não somente dos perigos, pois a proteção contra o risco garante que a degradação ambiental seja combatida desde o início. Paulo Affonso Leme Machado explica que o princípio da precaução requer a redução da incerteza do dano e dos perigos projetados no futuro, visando “à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta”⁵³. O objetivo da precaução não tem como fim somente a proteção ao meio ambiente, ela deve auxiliar a tomada de decisões em casos em que não haja informações científicas plenamente corretas e conhecidas, de maneira a não inviabilizar atividades humanas enquanto se protege a sustentabilidade ambiental. A “precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar no futuro”⁵⁴ os prejuízos ambientais decorrentes da postergação de uma cautela preventiva.

A precaução também foi utilizada nas duas outras convenções desenvolvidas durante a Rio 92, diga-se a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas. Na primeira, a precaução deve ser exigida quando houver uma ameaça “sensível” de redução ou perda de biodiversidade, ou seja, abrange uma percepção mais cuidadosa de proteção; já a segunda refere-se à ameaça sérias e irreversíveis, assim como o texto do Princípio 15, considerando um risco de maior importância ou gravidade, de notável perigo, que impeça a volta à condição original após o dano.

O caso jurídico emblemático envolvendo o princípio da precaução é, na realidade, o primeiro caso ambiental submetido a Corte Internacional de Justiça, tendo sua decisão finalizada em 1997, que se chama Caso Gabcikovo-Nagymaros e trata da exploração de

⁵² DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Rio de Janeiro, 14 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2013. Referenciado como DECLARAÇÃO DO RIO em futuras notas.

⁵³ MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 1177 p, p. 72.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 83.

recursos naturais no Rio Danúbio, em trecho fronteiro entre a Hungria e a Eslováquia⁵⁵. O litígio parte de um Tratado bilateral entre os dois países, assinado em Budapeste em 1977, que regulamentava as atividades de ambos os países no rio, incluindo um projeto de construção de dois sistemas de eclusas, próximas às cidades de Gabčíkovo (Eslováquia) e de Nagymaros (Hungria). Em 1989, após a realização de estudos prévios de impactos ambientais, a Hungria decidiu abdicar o projeto, visto que tinha dúvidas sobre os possíveis riscos ambientais e preferindo suspender o Tratado de Budapeste como um todo. Com a dissolução da Tchecoslováquia em 1993, o novo país resultante, a Eslováquia, decide pleitear junto à CIJ a ilegalidade do fim do Tratado imposto pela Hungria. As partes litigantes pedem a resolução de três questões: a) se a Hungria possuía o direito de suspender os trabalhos que estavam previstos no Tratado; b) se a Eslováquia teria o direito de prosseguir com os trabalhos em seu território; e c) quais seriam os efeitos legais da abdicção do Tratado, por parte da Hungria.

O governo húngaro, como defesa, alegou “estado de necessidade ecológica” para a suspensão do projeto, em decorrência da averiguação de possíveis impactos ambientais, como a redução do fluxo de água do Rio Danúbio, degradação da flora, impacto possível na fauna local, acumulação excessiva de sedimentos, etc. A Eslováquia, por outro lado, não considerou o argumento de necessidade ecológica como suficiente para a suspensão do Tratado de Budapeste, alegando que os impactos identificados poderiam ser mitigados com ações conjuntas entre os países. A Corte Internacional de Justiça decidiu da seguinte forma:

The Hungarian argument on the state of necessity could not convince the Court, unless it was at least proven that a real, "grave" and "imminent" peril existed in 1989 and that the measures taken by Hungary were the only possible response to it.⁵⁶

A CIJ concluiu que os impactos ambientais identificados pelo governo húngaro não eram suficientemente comprovados nem iminentes à época para que todo o projeto necessitasse ser abandonado. Infere-se que a Corte esperava um alto nível de certeza científica por parte da Hungria para justificar suas ações, e, como este não existia, o governo poderia ter adotado medidas de mitigação em parceria com a Eslováquia, como previsto no Tratado de

⁵⁵ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Haia, 25 set. 1997. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013. Referenciado como *Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project*, em notas futuras.

⁵⁶ Tradução nossa: “O argumento húngaro de estado de necessidade não pode convencer a Corte, a não ser que esteja provado que um risco real, “grave” e “iminente” existia in 1989 e que as medidas tomadas pela Hungria era a única reação possível ao risco” (Ibid, p. 42).

Budapeste. Esta abordagem da CIJ efetivamente excluiu a aplicação do princípio da precaução e suprimiu a possibilidade de torná-lo um costume internacional naquele momento.

Felizmente, o resultado da decisão do Caso Gabčíkovo-Nagymaros não foi totalmente negativo para o Direito Ambiental Internacional, tendo a Corte assegurado que tratados internacionais pudessem ser atualizados com base em novas normas do DAI, como neste caso em que a Declaração do Rio e outros tratados foram utilizados⁵⁷. Com isso, tratados não ficam solidificados no tempo e acompanham a evolução desse ramo do Direito com tamanho potencial.

Um segundo caso ainda em tramitação na CIJ, que discute o Estatuto do Rio Uruguai, de 1975, assinado por Argentina e Uruguai, parece seguir por um caminho semelhante ao do Rio Danúbio. A Argentina alega, neste caso intitulado Caso da Fábrica de Celulose⁵⁸, que a construção de tais fábricas no lado uruguaio do rio fronteiro seria ilegal e em desacordo com o Tratado de 1975, contribuindo para a poluição do rio e causando danos ao ecossistema e prejuízos aos pescadores da região, à indústria de turismo e à saúde humana. Os possíveis riscos futuros também não estão sendo considerados como argumentos suficientes para suspender as permissões de instalação das fábricas no Uruguai, mais uma vez reafirmando o precedente de que o princípio da precaução não é identificado como um costume internacional.

O documento final da Rio 92, em seu texto original em inglês, também não favorece o princípio da precaução, pois ele utiliza o termo “precautionary approach”, ou abordagem precaucionária, que implica uma menor importância à precaução do que se tivesse sido acordado, logo no início, de que seria um princípio e não simples abordagem. Com isso, verifica-se que diversos países de língua inglesa, em especial os Estados Unidos, jamais utilizam o conceito da precaução como um princípio e não o prestam o devido *opinio juris* consuetudinário. Nesse sentido, além de o “princípio” da precaução não contar com um elemento material sólido na sua identificação como um costume, devido às manifestações

⁵⁷ O texto original em inglês diz: “the Court wishes to point out that newly developed norms of environmental law are relevant for the implementation of the Treaty and that the parties could, by agreement, incorporate them”. A tradução seria: “a Corte deseja esclarecer que normas de direito ambiental desenvolvidas recentemente são relevantes para a implantação do Tratado e que as partes podem, em consentimento, incorporá-las” (*Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project*, 1997, p. 41).

⁵⁸ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*: Summary of the Judgment of 20 April 2010. Haia, 20 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15895.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013. Referenciado como *Pulp Mills on the River Uruguay*, em futuras referências.

negativas de tribunais internacionais, o elemento psicológico internacional também se mostra contrário a atribuição da precaução como costume.

3.3 PRINCÍPIO 7, DECLARAÇÃO DO RIO

O conceito das responsabilidades comuns, porém diferenciadas (RCPD) criado pelo Princípio 7 da Declaração do Rio, em 1992, é debatido extensivamente nos dias atuais, principalmente devido a sua utilização no âmbito das mudanças climáticas, e coloca países desenvolvidos e em desenvolvimento em lados opostos da discussão ambiental.

O Princípio 7 diz:

Os Estados irão cooperar, em espírito de parceria global, para a conservação, proteção e restauração da saúde e da integridade do ecossistema terrestre. Considerando as diversas contribuições para a degradação do meio ambiente global, os Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões exercidas por suas sociedades sobre o meio ambiente global e as tecnologias e recursos financeiros que controlam (grifo da autora)⁵⁹.

O texto tem o objetivo de apontar dois tipos de responsabilidades em relação ao meio ambiente. Primeiramente, a responsabilidade comum de todos os Estados de proteger um bem comum, em nível nacional, regional e internacional, por meio de uma parceria global, já que riscos ambientais afetam todas as nações. Segundo, a responsabilidade diferenciada entre Estados considera as distintas contribuições de cada país à degradação ambiental—“pressões exercidas”—e as diferentes capacidades de prevenir e reduzir riscos presentes e futuros—“tecnologias e recursos financeiros que controlam”⁶⁰. O princípio da RCPD impõe direitos e obrigações assimétricos no Direito Ambiental Internacional a atores diferenciados, em sintonia com o princípio da igualdade, no qual um tratamento desigual é justificável com o intuito de igualar os desiguais.

A atribuição de responsabilidades comuns, porém diferenciadas geralmente se aplica a questões ambientais globais e comuns a todos os países, como as emissões de gases de efeito

⁵⁹ DECLARAÇÃO DO RIO, 1992.

⁶⁰ CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT LAW (CISDL). *The Principle of Common But Differentiated Responsibilities: Origins and Scope*. Disponível em: <http://cisdl.org/public/docs/news/brief_common.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2013.

STONE, C. D. Common but Differentiated Responsibilities in International Law. *The American Journal of International Law*, v. 98, n. 2, p. 276-301, abr. 2004.

estufa, o impacto nocivo na mudança de temperaturas do globo, a camada de ozônio, o direito do mar, etc. A declaração deste princípio é justamente utilizada com maior frequência em acordos internacionais relacionados às mudanças climáticas, como a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, que conta com duas referências diretas e três indiretas a RCPD, sendo uma delas no início do preâmbulo:

Reconhecendo que a natureza global da mudança do clima requer a maior cooperação possível de todos os países e a sua participação em uma resposta internacional efetiva e apropriada, conforme suas responsabilidades comuns mas diferenciadas e respectivas capacidades e condições sociais e econômicas (...) (grifo da autora)⁶¹.

O Protocolo de Quioto, um dos acordos ambientais internacionais mais polêmicos e conhecidos, assinado em 1997, representa a aplicação concreta do princípio da RCPD, visto que tem como objetivo a reversão da tendência iniciada há cerca de 150 anos de emissões de gases de efeito estufa pelos países industrializados. O Protocolo, legalmente vinculante entre os Estados signatários, demanda a redução em pelo menos 5% das emissões até 2012, em relação aos níveis de 1990 dos países listados no Anexo I, considerados como os “países industrializados”. O Artigo 10 reforça a responsabilização diferenciada entre os países da seguinte forma:

Todas as Partes, levando em conta suas responsabilidades comuns mas diferenciadas e suas prioridades de desenvolvimento, objetivos e circunstâncias específicos, nacionais e regionais, sem a introdução de qualquer novo compromisso para as Partes não incluídas no Anexo I, mas reafirmando os compromissos existentes [...], devem: (...) (grifo da autora)⁶²

O teor do Protocolo de Quioto como um todo gerou consequências negativas para o processo de negociação e implantação do Direito Ambiental Internacional. É certo que, pelo Artigo 10 acima, os países em desenvolvimento e não incluídos no Anexo I ficaram eximidos de qualquer obrigação de redução de emissão e acomodaram-se na confortável posição de elaboração de planos nacionais e de cooperação internacional, deveres estes muito menos rígidos do que os exigidos dos países do Anexo I—desenvolvidos.

⁶¹ BRASIL, Decreto n. 2.652, de 01 de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 01 jul. 1998. Seção 1, p. 79.

⁶² PROTOCOLO DE QUIOTO. Tradução por: Ministério da Ciência e Tecnologia. Brasília, [2005]. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0012/12425.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2013.

O elemento material na identificação da RCPD como costume internacional verifica-se muito fortalecido quando se trata de sua ocorrência e relevância em normas internacionais, como visto acima. O princípio também se manifesta positivamente em um caso da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre camarões e tartarugas, no qual o Órgão de Solução de Controvérsias da organização reconhece que os Estados Unidos deveriam considerar as situações diferenciadas que podem existir nos países em desenvolvimento exportadores de produtos com certo impacto ambiental. O escopo do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT, na sigla em inglês, originário da OMC) é viabilizar um comércio internacional sem discriminação entre parceiros econômicos e entre produtos nacionais e internacionais, de forma que o meio ambiente é continuamente inferiorizado em relação aos fatores de mercado. No entanto, o artigo XX do GATT cria uma exceção aos recursos naturais esgotáveis, conforme abaixo:

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

(g) relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais (...)⁶³

Com isso, medidas relacionadas à conservação dos recursos naturais esgotáveis, se não discriminatórias arbitrária e injustificadamente, entre países com as mesmas condições, podem ser aplicáveis ao comércio internacional. No caso Camarão-Tartaruga⁶⁴, de 2001, os Estados Unidos haviam proibido a importação de camarões provenientes de países que não fizessem uso de um método específico de pesca que não causa danos a tartarugas em extinção.

⁶³ Texto original em inglês: “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:

(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption”.

(GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE (GATT). [1948]. Genebra, jul. 1986. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.)

⁶⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. Doc. WT/DS58/RW. Genebra, 15 jun. 2001. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia apelaram conjuntamente contra essa decisão e saíram favorecidos. O órgão apelativo da OMC reconheceu as tartarugas como um recurso natural esgotável e a sua necessidade de proteção—concordou, inclusive, que as medidas impostas pelos americanos garantiriam isso—, em acordo com o disposto no Artigo XX; não aceitou, todavia, que essa barreira ao comércio fosse vista dentro do rol de exceções, pois era uma discriminação arbitrária—devida a sua rigidez, à falta de transparência e a não existência de algo equivalente no âmbito interno do país—e injustificável—uma vez que os Estados Unidos e os demais países não apresentavam as mesmas condições. A OMC definiu que as medidas impostas a outros Estados não consideravam a peculiaridade dos países e suas capacidades em cumprir com as demandas; ou seja, na visão do órgão, os Estados Unidos fizeram um mau uso do Artigo XX⁶⁵. Adicionalmente, foi proferida a seguinte sentença:

7.1 The Panel reaffirms its concluding remarks in the Original Panel Report: "The best way for the parties to this dispute to contribute effectively to the protection of sea turtles in a manner consistent with WTO objectives, including sustainable development, would be to reach cooperative agreements on integrated conservation strategies covering, inter alia, the design, implementation and use of TEDs while taking into account the specific conditions in the different geographical areas concerned."

7.2 The Panel urges Malaysia and the United States to cooperate fully in order to conclude as soon as possible an agreement which will permit the protection and conservation of sea turtles to the satisfaction of all interests involved and taking into account the principle that States have common but differentiated responsibilities to conserve and protect the environment (grifo da autora)⁶⁶

Por conseguinte, avalia-se que, reconhecendo a existência de um princípio de responsabilidades comuns, porém diferenciadas, Estados devem levar em conta as diferentes

⁶⁵ GUPTA, J.; SANCHEZ, N. *Elaborating the Common but Differentiated Responsibilities Principle: Experiences in the WTO*. Disponível em: <<http://www.idlo.int/Documents/Rio/05.%20CBDR%20Experiences%20in%20the%20WTO.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

⁶⁶ Tradução nossa: "7.1 O Painel reafirma seu comentário conclusivo do Relatório Original do Painel: 'A melhor forma para as partes desta disputa de contribuir efetivamente para a proteção de tartarugas marítimas de maneira consistente com os objetivos da OMC, incluindo o desenvolvimento sustentável, seria por acordo cooperativos sobre estratégias integradas de conservação cobrindo, inter alia, o desenvolvimento, implantação e uso de Dispositivos de Exclusão de Tartarugas (TEDs), enquanto considera as condições específicas nas diferentes áreas geográficas de interesse'. 7.2 O Painel insiste que a Malásia e os Estados Unidos cooperem plenamente para concluírem, o mais breve possível, um acordo que permitirá a proteção e a conservação das tartarugas marítimas em satisfação de todos os interesses envolvidos e considerando o princípio que Estados têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas em conservar e proteger o meio ambiente" (WORLD TRADE ORGANIZATION, 2001)

condições entre nações ao aplicar medidas que favoreçam o meio ambiente, supondo que nem todos os países tem capacidades financeiras e técnicas de garantir uma proteção a nível de países industrializados. A decisão da OMC implica na necessidade de construção conjunta de estratégias de conservação, viabilizada pelos países com maiores capacidades de satisfazer todos os interesses envolvidos. O resultado do Caso Camarão-Tartaruga não é favorável ao meio ambiente, apesar de prescrever a importância da cooperação internacional, pois impede que a proteção do meio ambiente seja feita por meio de medidas comerciais, julgando-as como discriminatórias aos países com menos recursos.

Verifica-se, então, que o princípio da RCPD conta com um forte elemento material para que seja identificado como costume ambiental internacional; mas, por outro lado, seu elemento psicológico, o *opinio juris*, coloca um peso bastante negativo na balança dos elementos. O argumento das responsabilidades comuns, porém diferenciadas é extremamente criticado pelos países industrializados e usado em abundância pelos em desenvolvimento, especialmente no âmbito das mudanças do clima. Ambos os grupos usam esta versão do princípio da igualdade para satisfazer seus próprios interesses; enquanto o segundo grupo protege seu direito ao desenvolvimento econômico com poucas obrigações ambientais, o grupo do Anexo I do Protocolo de Quioto demanda a participação de todos os principais poluentes para que o combate às mudanças climáticas seja eficiente⁶⁷.

A proteção ao meio ambiente aparece como um dos campos mais férteis para as obrigações não uniformes entre os Estados, já que exige que países em desenvolvimento criem um processo de crescimento diferenciado daquele utilizado pelos países há muito industrializados. Provou-se que o método empregado até o presente momento não é sustentável ao longo prazo, mas impor aos Estados mais pobres que cresçam de uma forma diferente é muito custoso e demanda processos inovadores. Sem a possibilidade de exigir responsabilidades diferenciadas entre as nações, as negociações sobre o tema temem atingir somente o mínimo denominador comum, no qual todos se nivelam por baixo, enquanto alguns têm condições de comprometer-se com maiores obrigações⁶⁸. O debate do princípio da RCPD é justamente sobre quem seria responsabilizado diferencialmente e quais seriam suas obrigações.

⁶⁷ HONKONEN, T. The Principle of Common But Differentiated Responsibility in Post-2012 Climate Negotiations. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Oxford, v. 18, n. 3, p. 257-267, 2009.

⁶⁸ STONE, 2004.

A crítica contra a RCPD julga que o princípio é perverso e não ajuda à causa ambiental⁶⁹. Existe uma indefinição na comunidade internacional sobre se os países desenvolvidos são culpados pelos danos causados e por isso devem agir pioneiramente, ou se têm de agir primeiro porque são os mais capacitados para fazê-lo. O princípio não é útil, segundo Susan Biniáz, negociadora dos Estados Unidos para as convenções climáticas, pois não se sabe o que ele significa e quando e como deve ser aplicado, sendo usado para frear discussões ou para terminá-las sem definir pormenores e especificidades⁷⁰. As responsabilidades comuns, porém diferenciadas não devem significar a ausência de responsabilidade de certos países, e o reconhecimento deste princípio sob esta perspectiva não ajudaria a endereçar a seriedade dos problemas ambientais e a desenvolver soluções apropriadas⁷¹.

Felizmente para o Direito Ambiental Internacional, o posicionamento e o status do princípio da RCPD não é sujeito de discussões e não demonstra um *opinio juris* suficientemente consolidado para ser identificado como costume internacional. O que se discute são as formas concretas de diferenciação e os critérios de sua execução⁷², como observado na declaração unilateral dos Estados Unidos, explicando seu entendimento do Princípio 7 da Declaração do Rio:

The United States understands and accepts that principle 7 highlights the special leadership role of the developed countries, based on our industrial development, our experience with environmental protection policies and actions, and our wealth, technical expertise and capabilities. The United States does not accept any interpretation of principle 7 that would imply a recognition or acceptance by the United States of any international obligations or liabilities, or any diminution in the responsibilities of developing countries (grifo da autora)⁷³.

⁶⁹ STONE, 2004.

⁷⁰ JOYNER, C. C.; BINIAZ, S.; DI LEVASOURCE, C. E. Introduction. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 96, p. 358-366, mar. 2002.

⁷¹ GUPTA; SANCHEZ.

⁷² HONKONEN, 2009, p. 267.

⁷³ Tradução nossa: “Os Estados Unidos entendem e aceitam que o Princípio 7 reforça o papel especial de liderança dos países desenvolvidos, baseado em nosso desenvolvimento industrial, nossa experiência com políticas e ações de proteção ambiental e em nossa riqueza, especialidade técnicas e capacidades. Os Estados Unidos não aceitam nenhuma interpretação do Princípio 7 que implicaria o reconhecimento ou a aceitação, por parte dos Estados Unidos, de qualquer obrigação internacional ou de qualquer diminuição das responsabilidades dos países em desenvolvimento” (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Report of the United Nations Conference on Environment and Development: A/CONF.151/26 (Vol. IV). New York, 28 set. 1992. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-4.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2013).

O Princípio 7, para ser justificado e garantir uma maior participação dos Estados em acordos ambientais, deve basear-se em critérios claros, deve ser empregado de forma temporária considerando a natureza dinâmica do desenvolvimento dos países, não deve ser permitido como um incentivo perverso de prolongar o uso de tecnologias obsoletas, nem como uma isenção de responsabilidades por parte de países em desenvolvimento e, finalmente, o princípio deve ser fomentado por meio da troca de recursos e tecnologias para incentivar a participação de todos⁷⁴.

O Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, de 1987, parte da Convenção para a Proteção da Camada de Ozônio, é um exemplo positivo da aplicação do princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas. O Artigo 5º do Protocolo define a situação especial dos países em desenvolvimento, precisamente indicados como aqueles que emitissem menos de 0.3 quilogramas per capita das substâncias controladas, permitindo que adiassem sua obrigação de implantar medidas de controle em 10 anos e promovendo o acesso a alternativas ambientalmente seguras com a ajuda de países mais avançados⁷⁵. Este é um exemplo de uma articulação sofisticada da RCPD, que pode ser utilizado como um instrumento de proteção ao meio ambiente e de garantia de participação ampla, sem ser identificado como um costume.

É fato que não apenas os países industrializados causam danos ao meio ambiente, uma vez que entre os 10 maiores emissores de dióxido de carbono, quatro são países em desenvolvimento—China, o maior emissor, Rússia, Índia e Irã⁷⁶—, mas não se discute abertamente as enormes possibilidades de inovação capazes de surgir nos países em desenvolvimento para lidar com problemas ambientais. A aplicação atual do princípio da RCPD favorece um desenvolvimento nocivo do meio ambiente e minam o surgimento de soluções adequadas e adaptadas aos países mais necessitados. O documento da Assembleia Geral das Nações Unidas que aprovou a Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, talvez apresente o melhor conceito de responsabilidades comuns, porém diferenciadas, pois não diferencia entre países industrializados e em

⁷⁴ GUPTA; SANCHEZ.

⁷⁵ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*. Montreal, 16 set. 1987. Disponível em: <http://ozone.unep.org/new_site/en/Treaties/treaties_decisions-hb.php?sec_id=342>. Acesso em: 17 jul. 2013.

⁷⁶ UNION OF CONCERNED SCIENTISTS (UCS). *Each Country's Share of CO2 Emissions*. 20 ago. 2010. Disponível em: <http://www.ucsusa.org/global_warming/science_and_impacts/science/each-countrys-share-of-co2.html>. Acesso em 18 jul. 2013.

desenvolvimento, dispondo apenas que qualquer país causador de danos ambientais tem responsabilidade em eliminá-los, de acordo com sua capacidade, conforme abaixo:

Affirming that the responsibility for containing, reducing and eliminating global environmental damage must be borne by the countries causing such damage, must be in relation to the damage caused and must be in accordance with their respective capabilities and responsibilities⁷⁷

⁷⁷ Tradução nossa: “Afirmando que a responsabilidade em conter, reduzir e eliminar danos ambientais globais deve ser suportada pelos países causadores de tais danos, deve estar relacionada aos danos causados e deve estar de acordo com suas respectivas capacidades e responsabilidades” (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *United Nations Conference on Environment and Development*: A/RES/44/228. New York, 22 dez. 1989. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/44/ares44-228.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2013).

CONCLUSÃO

O Direito Ambiental Internacional surgiu na década de 1960 decorrente de um maior entendimento mundial sobre os impactos ambientais negativos do desenvolvimento industrial e de uma maior preocupação com a manutenção dos processos ecossistêmicos para garantir a sustentabilidade das futuras gerações. Como um ramo novo do Direito Internacional, o DAI encontra grandes resistências na aplicação de seus princípios mais louváveis e tentativas de sabotagem na administração de obrigações aos Estados.

Avaliando as fontes do Direito Internacional dispostas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça—convenções internacionais, costumes e princípios gerais de direito—e a jurisprudência existente até os dias atuais como meio auxiliar, esta pesquisa discutiu sobre a existência de costumes ambientais internacionais e as implicações disto sobre a implantação do DAI. Ao escrever seu artigo em 1995, Daniel Bodansky afirmava que não havia suficiente jurisprudência para garantir a efetividade de normas ambientais e muito menos para identificar um costume ambiental internacional⁷⁸. Há quase 20 anos, a única certeza que se tinha era que o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo, proibindo que um Estado utilizasse o seu território para causar danos a áreas além de seu controle nacional, já contava com os elementos essenciais de formação de um costume, graças a sua manifestação em dois casos emblemáticos, o da Fundação Trail (1941) e o do Estreito de Corfu (1949).

O costume, todavia, não pode ser identificado como tal somente baseado em seu elemento material—aquele que caracteriza o uso frequente em tratados, atos internacionais, declarações e decisões de tribunais internacionais—, é preciso também um importante fator psicológico, no qual uma maioria suficiente de Estados reconhece o caráter obrigatório da prática em questão e não manifesta-se contrariamente ao conteúdo dela. Observou-se, nesse sentido, que o Princípio 7 da Declaração do Rio, a respeito das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, conta com um forte repúdio dos países afetados em maior escala pelas obrigações decorrentes das normas criadas sob a égide deste princípio.

Ao analisar por que o Princípio 21, de Estocolmo, teria se efetivado como costume enquanto os Princípios 15 (da precaução) e 7, do Rio, não atingiram esse feito, verifica-se que aquele tem um grau de especificidade maior do que os dois últimos. Sendo assim, normas consuetudinárias exigem um caráter específico, restrito e especial, para exercer uma influência

⁷⁸ BODANSKY, 1995.

sólida aos países⁷⁹. O que implica, por exemplo, a demanda de aplicar o princípio da precaução, sendo que a precaução tenta evitar riscos que não apresentam uma certeza científica absoluta? Vimos no debate sobre as responsabilidades comuns, porém diferenciadas que justamente a definição do que são as “responsabilidades diferenciadas” é onde se encontra a maior divergência.

Há, no Direito Ambiental Internacional, uma grande quantidade de tratados, muitos deles não vinculantes legalmente, abrangendo diversos princípios abstratos e acordos de cavalheiros inconclusivos, o que cria uma enorme indefinição e insegurança jurídica. Seria necessário ao DAI a criação de normas mais específicas e vinculantes, a exemplo do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio, inflando ainda mais o arcabouço jurídico, ou uma ação maior junto aos tribunais internacionais seria suficiente para decodificar a abstração do DAI?

Os tribunais internacionais que já julgaram casos relevantes para o meio ambiente, como a Corte Internacional de Justiça, o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial de Comércio e o Tribunal Internacional do Direito do Mar, acoplam um conjunto de decisões que, de forma geral, defendem a prevenção de danos transfronteiriços, a cooperação na proteção de recursos naturais, a utilização equitativa de recursos comuns e a aplicação de estudos prévios e atividades de monitoramento. Mesmo assim, o sistema judiciário internacional não tem abrangido os princípios ambientais de forma satisfatória e tem fracassado na proteção ao meio ambiente⁸⁰, conclusão que também verificamos durante esta pesquisa.

Pela necessidade de uma maior segurança jurídica no âmbito do Direito Ambiental Internacional, diversos doutrinadores, em consonância com organizações internacionais não governamentais, defendem a criação de um Tribunal Internacional do Meio Ambiente com o objetivo de interpretar e aplicar exclusivamente o DAI. Natasha Miranda explica que:

a existência de um Tribunal com essa finalidade [de julgar e condenar] poderia facilitar o processo como um todo, visto que traria a unificação de entendimento da legislação internacional ambiental, bem como a certeza de que a sua violação viria acompanhada de sanções⁸¹.

⁷⁹ BODANSKY, 1995, p. 15.

⁸⁰ ATAPATTU, S. *Emerging Principles of International Environmental Law*. New York: Transnational, 2006. 350 p.

⁸¹ MIRANDA, 2009, p. 86. A tese de Miranda é uma excelente defesa em favor da criação do TIMA, com ampla discussão sobre os argumentos existentes na doutrina.

Resta a dúvida, entretanto, se Estados atuariam de forma ativa junto ao Tribunal. A Corte Internacional de Justiça criou em 1993, pós-Rio 92, uma Câmara Ambiental para lidar com casos específicos do meio ambiente, mas nunca foi requisitada, sendo fechada em 2006 com zero decisões⁸². Os Estados também não se têm mostrado muito empenhados em acusar nações quando seus interesses diretos não são afetados. O Canadá, por exemplo, retirou sua ratificação ao Protocolo de Quioto em 2011, logo após a reunião climática em Durban, na África do Sul, decidir que um novo acordo internacional vinculante seria assinado em 2015⁸³. Esta retirada foi justificada pelo motivo de que o Protocolo não representava uma solução global para as mudanças climáticas e de que o Canadá não conseguiria cumprir com as obrigações acordadas. A comunidade internacional reagiu de formas variadas, algumas nações apoiaram a decisão e também manifestaram descontentamento com o acordo, e outras repudiaram a falta de comprometimento do Canadá; não obstante, nenhum Estado tomou a iniciativa de acionar a Corte Internacional de Justiça pela ação de abdicação a um tratado já ratificado. Vimos no Caso Gabčíkovo-Nagymaros que a Eslováquia não hesitou em entrar com uma ação contra a Hungria por suspender um tratado bilateral que previa a construção de eclusas no Rio Danúbio, pois isso afetava diretamente seus interesses; no caso de Quioto, não houve disposição, até o presente momento, de julgar as ações canadenses, talvez por representarem interesses difusos de difícil absorção.

⁸²INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). The Court: Chambers and Committees. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=4>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

⁸³VAUGHAN, A. What does Canada's Withdrawal from Kyoto Protocol Mean? The Guardian, Londres, 13 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/environment/2011/dec/13/canada-withdrawal-kyoto-protocol>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

REFERÊNCIAS

AMARAL JR., A. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 776 p.

ATAPATTU, S. *Emerging Principles of International Environmental Law*. New York: Transnational, 2006. 350 p.

BRASIL, Decreto n. 2.652, de 01 de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 01 jul. 1998. Seção 1, p. 79.

BRASIL, Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Seção 1, p. 59.

BRATSPIES, R. M.; MILLER, R. A. *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. 372 p.

BODANSKY, D. M. Customary (and Not So Customary) International Environmental Law. *Georgia Law: Scholarly Works*, Paper 514, 1995. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/514>. Acesso em 24 dez. 2012.

CENTRE FOR INTERNATIONAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT LAW (CISDL). *The Principle of Common But Differentiated Responsibilities: Origins and Scope*. Disponível em: <http://cisdl.org/public/docs/news/brief_common.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2013.

CONVENTION ON LONG-RANGE TRANSBOUNDARY AIR POLLUTION. Genebra, 13 nov. 1979. Disponível em: <<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/lrtap/full%20text/1979.CLRTAP.e.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2013

DECLARAÇÃO DA CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. Estocolmo, 16 jun. 1972. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Rio de Janeiro, 14 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. São Francisco, 06 jun. 1945. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justiça/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE (GATT). (1948). Genebra, jul. 1986. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2013.

GUPTA, J.; SANCHEZ, N. *Elaborating the Common but Differentiated Responsibilities Principle: Experiences in the WTO*. Disponível em: <<http://www.idlo.int/Documents/Rio/05.%20CBDR%20Experiences%20in%20the%20WTO.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

HARDIN, G. The Tragedy of the Commons. *Science*, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, 1968.

HONKONEN, T. The Principle of Common But Differentiated Responsibility in Post-2012 Climate Negotiations. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Oxford, v. 18, n. 3, p. 257-267, 2009.

HUSEK, C. R. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012. 404 p.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ). *Case Concerning The Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Haia, 25 set. 1997. Disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

_____. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*: Advisory opinion of 8 July 1996. Haia, 8 jul. 1996. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

_____. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*: Summary of the Judgment of 20 April 2010. Haia, 20 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15895.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

_____. *The Corfu Channel Case*: Judgment of April 9th, 1949. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders. Haia, 9 abr. 1949. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

_____. The Court: Chambers and Committees. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/court/index.php?p1=1&p2=4>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

JOYNER, C. C.; BINIAZ, S.; DI LEVASOURCE, C. E. Introduction. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, v. 96, p. 358-366, mar. 2002.

KISS, A.; SHELTON, D. *Guide to International Environmental Law*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2007. 313 p.

MIRANDA, N. M. V. *A Perspectiva da Criação de um Tribunal Internacional do Meio Ambiente*. 2009. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2009.

MACHADO, P. A. L. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 1177 p.

PROTOCOLO DE QUIOTO. Tradução por: Ministério da Ciência e Tecnologia. Brasília, [2005]. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0012/12425.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2013.

SOARES, G. F. S. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2001. 906 p.

STONE, C. D. Common but Differentiated Responsibilities in International Law. *The American Journal of International Law*, v. 98, n. 2, p. 276-301, abr. 2004.

VAUGHAN, A. What does Canada's Withdrawal from Kyoto Protocol Mean? *The Guardian*, Londres, 13 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/environment/2011/dec/13/canada-withdrawal-kyoto-protocol>>. Acesso em: 29 jul. 2013.

VIÑUALES, J. E. *The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law: A Contemporary Assessment*. Jul. 2008. Disponível em <http://works.bepress.com/jorge_vinuales/2>. Acesso em: 11 jul. 2013.

UNION OF CONCERNED SCIENTISTS (UCS). *Each Country's Share of CO2 Emissions*. 20 ago. 2010. Disponível em: <http://www.ucsusa.org/global_warming/science_and_impacts/science/each-countrys-share-of-co2.html>. Acesso em 18 jul. 2013.

UNITED NATIONS. *Affair du Lac Lanoux (Espagne, France)*. Reports of International Arbitral Awards, v. XII, p. 281-317, 16 nov. 1957. Disponível em: <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XII/281-317_Lanoux.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

UNITED NATIONS. *Trail Smelter Case (United States, Canada)*. *Reports of International Arbitral Awards*, v. III, p. 1905-1982, mar. 1941. Disponível em: <http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_iii/1905-1982.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. Report of the United Nations Conference on Environment and Development: A/CONF.151/26 (Vol. IV). New York, 28 set. 1992. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-4.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

_____. *United Nations Conference on Environment and Development: A/RES/44/228*. New York, 22 dez. 1989. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/44/ares44-228.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP). *The Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*. Montreal, 16 set. 1987. Disponível em: <http://ozone.unep.org/new_site/en/Treaties/treaties_decisions-hb.php?sec_id=342>. Acesso em: 17 jul. 2013.

_____. *Traininig Manual on International Environmental Law*. Nairobi, 2006. 376 p.

WORLD COMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT. *Our Common Future*. New York: Oxford University Press, 1987. 400 p.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. Doc. WT/DS58/RW. Genebra, 15 jun. 2001. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.