

MUDANÇAS CLIMÁTICAS: OS DESAFIOS DO CONTROLE DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL E DO PROTOCOLO DE KYOTO EM PARTICULAR

Sandrine Maljean Dubois

Ph.D. in Law, cum laude, with honors, University Aix-Marseille.
Professora da Faculty of Law da Aix-Marseille University, França.
E-mail: maljean.dubois@gmail.com

Fabio Costa Morosini

Tradutor do artigo.
Doutor pela University of Texas at Austin, Estado Unidos.
Mestre em Droit et globalisation économique pela Université Paris 1
Pantheon-Sorbonne, França.
Professor da Universidade Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).
Membro da American Society of International Law, Estados Unidos.
E-mail: fabio.morosini@gmail.com

RESUMO

Meios tradicionais de resposta a violações de obrigações internacionais não se coadunam com as necessidades no campo ambiental. Aos olhos do interesse comum perseguido por todas as partes contratantes, é mais apropriado, financeiramente ou tecnicamente, assistir o Estado em dificuldades do que pedir a responsabilidade do Estado. Na maioria dos casos, cooperação e assistência irão substituir com mais eficácia a sanção. É mais importante promover o cumprimento do que punir o descumprimento. Utilizando um método empírico clássico, o objetivo da contribuição é destacar a importância desse problema e demonstrar como o Protocolo de Kyoto sobre as Alterações Climáticas é evidência desse fenômeno. O artigo conclui que o Protocolo fez surgir o mais abrangente procedimento de descumprimento até o momento. O procedimento de monitoramento e controle é bastante coerente e intrusivo. Dividido em dois ramos - um ramo facilitador e um de aplicação -, o Comitê de Cumprimento é quase judicial. Sanções potenciais têm, essencialmente, o objetivo de serem dissuasivas. Não obstante, esse procedimento poderia ser substituído, no regime climático internacional futuro, por um mais suave, o chamado sistema MRV para “Monitoramento, Relatoria, Verificação”, que se aplica aos compromissos assumidos no âmbito da Convenção sobre Mudança do Clima desde o Acordo de Copenhague de 2009.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Mudança climática; Protocolo de Kyoto; Controle de aplicação.

CLIMATE CHANGES: THE CHALLENGES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW CONTROL AND THE KYOTO PROTOCOL, IN PARTICULAR

ABSTRACT

Traditional means for response to violations of international obligations do not fit to the needs in the environmental field. In the eyes of the common interest pursued by all Contracting Parties, it is more appropriate to financially or technically assist the State in difficulties than to ask for State responsibility. In most cases, cooperation and assistance will fruitfully replace sanction. It is more important to promote compliance than to punish non-compliance. Using a classical empirical method, the objective of the contribution is to highlight the importance of this issue and to demonstrate how the Kyoto Protocol on Climate Change is evidence of this phenomenon. The article concludes that the Protocol has given rise to the most comprehensive non-compliance procedure to date. The monitoring and control procedure is very coherent and intrusive. Divided into two branches - a facilitative branch and an enforcement one -, the Compliance Committee is quasi-judicial. Potential sanctions are essentially intended to be dissuasive. However, this procedure could be replaced within the future international climate regime by a softer one, the so-called MRV system for 'Monitoring, Reporting, Verification' that applies to pledges made in the framework of the Climate Change Convention since the 2009 Copenhagen Accord.

Keywords: *Environmental law; Climate changes; Kyoto Protocol; Application control.*

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Ambiental sofre, indiscutivelmente, de falta de efetividade. Para convencer-se disso, basta atentar para dois fenômenos concomitantes: por um lado, o desenvolvimento considerável do Direito Internacional Ambiental; nesse aspecto, vê-se que essa matéria, embora relativamente nova, é abundante: mais de 500 tratados multilaterais, maior número de tratados bilaterais, milhares de resoluções, declarações e programas de ação. Por outro lado, observa-se o rápido agravamento dos problemas ambientais, atestado regularmente por meio de relatórios sobre o meio-ambiente.

Essa consideração leva à conclusão mecânica quanto à inefetividade - ou, ao menos, a uma efetividade muitas vezes insuficiente. Evidentemente, essa conclusão - um tanto rápida - não faz justiça, por sua brutalidade, ao Direito Internacional Ambiental, que pode orgulhar-se de alguns sucessos. Mas, enfim, trata-se do quadro geral: a abundância de regras não tem impedido o aumento dos problemas.

A consolidação do controle do cumprimento e da sanção do descumprimento são, geralmente, analisadas como fatores que conduzem à melhora da efetividade. Para a doutrina, assim como para os práticos, o controle representa um verdadeiro desafio. Tratando-se do *Protocolo de Kyoto*, não é somente uma simples questão, mas uma questão importantíssima, que, sem dúvida, condiciona a viabilidade do todo.

1 DESAFIO DO CONTROLE DO RESPEITO AO DIREITO INTERNACIONAL

Principal ator de uma sociedade internacional não hierarquizada, dita de “justaposição” de entidades igualmente soberanas, o Estado é, ao mesmo tempo, o autor das normas. Em face da ausência do legislador internacional, o processo legislativo é descentralizado, e o destinatário das normas é o Estado. Quando o Estado se compromete, ele se autolimita de alguma forma, uma vez que ele próprio deve assegurar a implementação das normas. Exercendo uma função executiva, o Estado deve determinar as modalidades de aplicação das normas internacionais de acordo com seus procedimentos internos. Ele deve controlar a execução. Essa identidade de princípio entre o controlador e o controlado não ocorre sem que dela decorram problemas.

Nesse contexto particular, o desenvolvimento do controle internacional exercido pelos Estados sobre a implementação de suas obrigações internacionais representa um verdadeiro desafio. Ora, o controle internacional permanece embrionário, seja no plano jurisdicional, no qual não existe jurisdição internacional obrigatória de competência geral, seja no plano não jurisdicional, no qual não existe autoridade internacional dotada de meios coercitivos próprios para fazer o Estado respeitar seus compromissos internacionais mediante coerção.

No passado, as hipóteses de violação do Direito Internacional eram raramente previstas de forma explícita nos instrumentos internacionais. Os Estados eram, com efeito, pouco inclinados a se autodesignarem como alvo de reações possíveis (COMBACU, 2006, p. 204).

O respeito do Direito pelos sujeitos do Direito Internacional era tradicionalmente presumido (COMBACU, 2006, p. 203). Os engagements que os Estados aceitam - pois são livres para fazê-lo - são, geralmente, em conformidade com seus interesses, e eles não têm motivo para deixar de reconhecê-los.

Historicamente, o controle da implementação do Direito Internacional era, então, confiado ao próprio Estado (autocontrole) e aos outros Estados, como as outras Partes Contratantes, por exemplo, no caso de uma convenção (controle mútuo e recíproco).

No entanto, temos assistido, há mais de um século, a uma evolução. Para objetivá-la e reforçá-la, foram elaborados, em certos setores, mecanismos internacionais de aplicação. O princípio consiste em confiar o controle a terceiros mais ou menos independentes, no caso de procedimentos jurisdicionais, ou, mais frequentemente, não jurisdicionais.

Esses mecanismos têm um papel, *a priori*, preventivo quanto a violações: por isso, aplicam-se as medidas ditas de vigilância e verificação, ou *monitoring*. Mas os mecanismos permitem também constatar e, talvez, reagir, com o objetivo de restabelecer a execução da regra: por isso as medidas de aplicação ou de execução forçada. O objetivo aqui é de dissuadir a violação, mas também de restabelecer a execução.

A paleta desses mecanismos é muito variada. Esfera por esfera, eles se desenvolvem rapidamente e estão cada vez mais avançados: basta julgarmos pelo setor do comércio internacional, que, em menos de 50 anos, passou da ausência de organização ao GATT; e, posteriormente, à OMC, com um sistema de solução de controvérsias hoje extremamente eficaz e ativo. Outras esferas também conheceram um desenvolvimento

considerável quanto às medidas de aplicação, entre as quais o desarmamento, os direitos humanos e a proteção ambiental. Sob esse ponto de vista, cada setor apresenta especificidades.

2 O DESAFIO DO CONTROLE DO RESPEITO AO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

É, evidentemente, difícil elaborar regras em um “setor como o ambiental, no qual existe um interesse geral, mas cuja implementação implicaria a aceitação de restrições superiores à soma de interesses individuais” (RUIZ FABRI, 2000, p. 666). Com efeito, vários elementos complicam a efetivação de regras ambientais. São eles relacionados:

- ao conteúdo das regras em si: geralmente “*soft*”, porque gerais, flexíveis, não quantificadas, atenuadas, não autoexecutórias, etc.;

- às características das regras: não recíprocas, os compromissos são engajamentos unilaterais, não refletindo o tradicional do *ut des*. Portanto, os mecanismos clássicos de reação ao descumprimento - tais como a suspensão total ou parcial da execução de um tratado - mostram-se relativamente inadaptados (KISS, 1991, p. 53);

- à dificuldade de implementar as regras: a violação de uma obrigação convencional raramente resulta de um ato deliberado e premeditado, mas mais comumente de um problema de interpretação, de uma incoerência com outras obrigações ou, ainda, da incapacidade material de conformar-se às obrigações internacionais cuja aplicação, geralmente, tem um custo econômico e social muito importante.

Cumprir adicionar a esses aspectos o fato de, no âmbito do meio ambiente, os Estados, geralmente, não obterem vantagem direta da adesão a uma convenção. Essa adesão é realizada para o bem comum ou para as gerações futuras e pode mesmo prejudicar seus interesses. Os procedimentos para a adesão se defrontam com dificuldades ainda maiores para a implementação dessa. A problemática é, então, invertida em comparação com o exemplo de um tratado comercial, no qual os compromissos aceitos são, geralmente, alinhados aos interesses do Estado que se engaja; e este não tem, então, razão para não observar tais compromissos.

As dificuldades específicas de implementação levaram, em uma busca de adaptação do Direito e dos procedimentos em risco, ao desenvolvimento progressivo de mecanismos internacionais de execução. De fato, os procedimentos internacionais de monitoramento e verificação

(*implementation review mechanisms* ou *monitoring mechanisms*) têm, essencialmente, uma finalidade de promoção do direito. Mais precisamente, eles permitem:

- avaliar os comportamentos das Partes Contratantes, sabendo que a apreciação pode ser geral e não visar a indagar sobre o comportamento de uma Parte Contratante determinada, ou visar, de maneira precisa, aos comportamentos individuais, para conhecê-los ou corrigi-los; por isso as medidas devem, idealmente, permitir a prevenção de casos de inconformidade pela cooperação, assegurar a conformidade, fornecer uma assistência em casos de inconformidade, um mecanismo de solução de controvérsia se medidas de execução forçada (LANG, 1996);

- avaliar a efetividade das normas contratadas, o que pode, eventualmente, conduzir à sua adaptação, precisão, concretização. Como tal, elas favorecem uma aprendizagem coletiva (*learning by doing*);

Enfim, o aumento da transparência permite, igualmente, consolidar a confiança e limitar os comportamentos de “passageiro clandestino” (*freeriding*).

As primeiras convenções internacionais de proteção ao meio ambiente não previam técnicas de controle específicas e internalizadas; tampouco institucionalizavam a cooperação entre as Partes Contratantes, condição *sine qua non* desse tipo de controle. Essas convenções eram muito pouco efetivas.

A partir da metade dos anos 70, a cooperação institucionaliza-se, e diversas técnicas de controle são experimentadas, inspirando-se em alguns aspectos do setor de direitos humanos. A mais utilizada dessas técnicas é, sem dúvida, o “sistema de relatórios”. Não desprovida de interesse, ela não figura, porém, entre os meios mais avançados de controle do Direito Internacional, e encontra limites importantes. A pesquisa, igualmente, se desenvolve.

A partir dos anos 90, os mecanismos são sistematizados e reforçados, graças ao desenvolvimento dos procedimentos ditos “de descumprimento”. O primeiro é elaborado em 1992, no âmbito do *Protocolo de Montreal*, sobre as substâncias que destroem a camada de ozônio, e constitui o modelo inicial¹. Esse modelo foi largamente copiado desde então, como se observa principalmente com os procedimentos instituídos

¹ Os procedimentos de descumprimento das disposições do *Protocolo de Montreal* foram adotados durante a quarta COP/MOP a este Protocolo e tornaram-se emendas na décima reunião, conforme a Decisão X/10. Revisão do procedimento aplicável em caso de descumprimento, Relatório da décima COP/MOP ao *Protocolo de Montreal* relativo às substâncias que empobrecem a camada de ozônio, UNEP/OzL.Pro10/9, 3 de dezembro de 1998.

na esfera da *Convenção de Genebra de 1979* sobre a poluição atmosférica transfronteiriça;² o mecanismo visando a favorecer a execução e o respeito das obrigações da *Convenção de Bali* sobre o controle dos movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e sua eliminação³; os procedimentos e mecanismos de respeito às obrigações do *Protocolo de Cartagena* sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos⁴; os procedimentos de exame do respeito das obrigações da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, à participação do público no processo decisório e sobre o acesso à justiça em matéria ambiental⁵ o procedimento de desrespeito à *Convenção de Espoo* sobre a avaliação do impacto sobre o meio ambiente em um contexto transfronteiriço⁶; o projeto de procedimentos e mecanismos institucionais para o tratamento de casos de desrespeito à Convenção sobre o procedimento de consentimento prévio, com conhecimento de causa aplicável a certos produtos químicos e pesticidas perigosos que sejam objeto de comércio internacional⁷.

Pelo seu nível de sofisticação e de complexidade, a *observância* não é senão o último avatar desses procedimentos, que se caracterizam pelo fato de que o controle é, ao mesmo tempo, institucionalizado, sistemático e organizado.

2.1 Um controle institucionalizado

2 Decisão 1997/2, The Implementation Committee, its structures and functions and procedures for review of compliance (ECE/EB.AIR/53, anexo III) Disponível em: http://www.unece.org/env/lrtap/conv/report/eb53_a3.htm. Acesso em: 19 set. 2006; ver os extratos reproduzidos nos Anexos II e III.

3 Relatório da *Conferência das Partes da Convenção de Bali* sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e sua eliminação. Sexta reunião, Genebra, 9 - 13 de dezembro de 2002, Decisão VI/12. Criação de um mecanismo para favorecer a execução e o respeito das obrigações.

4 Decisão MOB BS-I-7. Implementação de procedimentos e mecanismos de respeito às obrigações atinentes ao Protocolo de Cartagena sobre a prevenção de riscos biotecnológicos, Primeira Reunião das Partes ao Protocolo. Disponível em: <http://www.biodiv.org/biosafety/cop-mob/result.aspx?id=8289&lg=2>. Acesso em: 19 set. 2006.

5 Relatório da Primeira Reunião das Partes, Decisão I/7 Exame do respeito das disposições, 21 - 23 de outubro de 2002. Disponível em: <http://unece.org/env/pp/documents/mop1/ece.mp.pp.2.add.8.f.pdf>. Acesso em: 19 set. 2006.

6 Relatório da Segunda Reunião das Partes, Sofia, 26-27 de fevereiro de 2001, Decisão II/4, Exame do respeito das obrigações. Disponível em: <http://www.unece.org/env/documents/2001/eia/ece.mp.eia.4.f.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2007.

7 Relatório da *Conferência das Partes Contratantes da Convenção de Rotterdam* sobre o procedimento de consentimento prévio com conhecimento de causa aplicável a certos produtos químicos e pesticidas perigosos que sejam objeto de comércio internacional sobre os trabalhos de sua segunda reunião (Roma, 27-30 set. 2005), Decisão RC-2/3: Descumprimento. Disponível em: <http://www.pic.int/cops/reports/z34/French/COP%202-19%20F.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2007.

Inicialmente, os procedimentos são institucionalizados. Coletivizado e multilateralizado, o controle perde sua característica recíproca tradicional: ele é confiado aos órgãos *ad hoc* criados pelas diferentes convenções de proteção ao meio ambiente - *Conferências das Partes*, comitês e secretariados, que desempenham aí um papel fundamental (CHURCHILL et R. R. ULFSTEIN, 2000).

Ademais, essa evolução ou essa modificação contribui para uma melhor aceitação pelos Estados. A institucionalização permite, ao mesmo tempo, a implementação e a objetivação do controle. E quanto a essas, as medidas de execução coercitivas coletivas serão, simultaneamente, mais facilmente adotadas e toleradas e, *a priori*, menos discricionárias.

A forte institucionalização da cooperação é uma característica marcante do Direito Internacional Ambiental. Com efeito, assistimos, nessa esfera, a uma abundância, a uma verdadeira proliferação institucional. Essa tendência à institucionalização é observada pela criação de órgãos políticos, administrativos e científicos encarregados de contribuir para uma melhor aplicação das convenções, sendo indispensável para assegurar uma vigilância constante, coletar dados científicos para avaliar os efeitos das disposições convencionais sobre o meio, para revisar e atualizar os padrões, para interpretar os textos originais de conteúdo, geralmente, muito vagos, para facilitar o intercâmbio de informações, etc. As atividades de controle quanto à efetivação figuram no topo do *ranking* de suas atribuições principais.

Se o exercício varia em função dos sistemas convencionais, ele realça, geralmente, uma pluralidade de atores e é dividido, ainda que desigualmente, entre as *Conferências das Partes* e os secretariados. As estruturas administrativas ou os organismos independentes - órgãos *experts* ou ONGs - veem confiados a si ou exercem informalmente as atribuições em matéria de controle no sentido estrito, e principalmente, as de coleta de informação e de seu tratamento. Mas geralmente, somente o órgão político domina o encaminhamento a ser dado ao controle, ou seja, tem o poder de recomendação e de sanção, em caso de constatação de uma falha. Se podemos censurar a falta de objetividade desse órgão político, sua intervenção apresenta vantagens inegáveis em termos de realismo e de autoridade. O *peer-review* é uma escolha assumida no âmbito de vários espaços convencionais, como a convenção sobre a segurança nuclear de 1994.

As ONGs fornecem constantemente um apoio importante. O

status de observador durante as sessões dos órgãos políticos é acordado com elas de maneira livre, e elas participam mais e mais massivamente, mas não têm direito a voto; e sua participação, geralmente, não é admitida em sessões de trabalho informais ou restritas, mas, no entanto, decisivas (MALJEAN-DUBOIS, 2005).

Essa pluralidade de interventores permite que se fale em verdadeiras “etapas de controle”; para retomar uma expressão de Jean Charpentier. Faz-se a intervenção sucessiva ou paralela de vários órgãos, por vezes independentes, por vezes políticos, finalmente minorando os inconvenientes, majorando as vantagens inerentes a cada uma das modalidades de controle, e contribuindo, assim, para reforçar a eficácia (CHARPENTIER, 1983).

2.2 Um controle sistemático

A característica essencialmente *preventiva* do controle remete a várias razões, entre as quais podemos citar a natureza das obrigações controladas: o fato de que os danos ao meio ambiente são, frequentemente, irreversíveis e que, nessas condições, é melhor preveni-los. Podemos pensar também que a matéria é relativamente recente e, portanto, em plena evolução; e que, sendo “sensíveis”, os Estados dão preferência aos procedimentos políticos de controle, mais sutis e que eles dominam melhor.

Por ser preventivo, o controle não é exercido como reação à violação de uma obrigação; ele não apresenta uma característica sequencial. Ao contrário, tem uma tendência a ser *contínuo*. Pode-se falar, então, em controle *sistemático*, que se exerce, na maior parte dos casos, *a priori*, e não *a posteriori*. O controle se vincula não somente às violações de obrigações, mas à ameaça de tais violações. Ele mistura tão bem os aspectos de reação e de sanção, de incitação ou promoção, que é difícil distinguir essas diferentes facetas. Preferimos utilizar a incitação em vez da sanção. É por essa razão que são tão raros os meios de sanção ao desrespeito ou ao descumprimento propriamente dito. Quando esses meios existem, eles têm um valor dissuasivo e são destinados, em verdade, a prevenir as falhas. É uma das razões pelas quais as cláusulas de solução pacífica de controvérsias que as convenções ambientais preveem muito frequentemente não são jamais utilizadas, ainda que, teoricamente, elas ofereçam um suporte para a implementação da responsabilidade estatal por

violação de obrigações convencionadas e possam permitir a submissão da questão à Corte Internacional de Justiça ou o uso de um tribunal arbitral.

Reação, sanção, incitação, promoção: esses diferentes aspectos são estreitamente misturados. Os processos são dinâmicos, e os mesmos fatos podem dar lugar, com o tempo, a toda a uma coleção de medidas (BROWN WEISS, 1997). Tendo em mente o fato de que as convenções foram adotadas em prol do “bem-comum”, sem que os Estados extraíam benefícios delas a curto ou médio prazo, importa mais promover as obrigações que elas contêm do que sancionar seu desrespeito. A utilização de sanções arriscaria, além disso, desservir o objeto da convenção e, principalmente, desencorajar a participação dos Estados. Então, não falamos mais em “violação”, mas em “situação” de desconformidade ou de “dossiê”. Os termos de uma controvérsia, os Estados Partes de um conflito, os defensores, os demandantes ou requerentes cedem lugar às “Partes concernidas” ou “interessadas” por uma “situação” ou, simplesmente à formulação das “Partes contratantes”. A escolha desse vocabulário testemunha a vontade de desvencilhar-se de procedimentos contenciosos tradicionais, mesmo quando se refere a um mecanismo de reação ao ilícito (DUPUY, 1997). Os meios de sanção a violação propriamente dita são inexpressivos. Quando eles existem, têm um valor dissuasivo e são destinados, em realidade, a prevenir as falhas.

2.3 Um controle organizado

A análise revela uma grande pluralidade de situações e de procedimentos de controle: a escala passa de um nível zero a um nível alto, onde os órgãos de controle assumem funções bem avançadas, conforme procedimentos extremamente invasivos. As reações ao desrespeito - elas mesmas - combinam um *mix* de reações, aliando *carrots and sticks* (N.T. - recompensas e punições). Os processos são dinâmicos, e os mesmos fatos podem dar lugar a toda uma coleção de medidas (BROWN WEISS, 1997): medidas incitativas, geralmente limitadas pela precariedade dos meios (fundos convencionados, FEM - *Fonds pour l'Environnement Mondial*), sanções raras e igualmente limitadas a uma esfera não contenciosa (sanções morais, disciplinares, econômicas) e, geralmente, contraprodutiva.

O recurso ao juiz internacional ou ao árbitro, teoricamente possível, permanece como uma hipótese teórica. Ora um controle jurisdicional é suscetível de ser implementado antes, depois ou paralelamente a esses

procedimentos. Isso seria ainda mais necessário, já que as sanções decididas em um âmbito não jurisdicional nem sempre são suficientes para modificar o comportamento dos Estados:

[...] quando a escolha de um Estado deu-se entre a perda do benefício de fazer parte da organização internacional e o resguardo de suas próprias escolhas, ainda que elas fossem ilegais, isso sempre foi exercido em proveito da manutenção das prioridades nacionais (CARREAU, 1994, p. 557).

No momento, o contencioso ainda é pouco desenvolvido, mas o juiz internacional ou o árbitro estão sendo solicitados de maneira crescente nesses últimos anos, tratando-se de questões ambientais⁸.

Se o controle da implementação representa um desafio ou um risco particularmente forte para as convenções internacionais de proteção ao meio-ambiente, o que se dirá quanto ao *Protocolo de Kyoto*? Sua forma e seu conteúdo - extremamente específicos e originais - permitem uma melhora do controle ou, pelo menos, não tornam esse risco ainda mais determinante?

3 O DESAFIO DO CONTROLE DO RESPEITO AO PROTOCOLO DE KYOTO

À medida que o funcionamento dos mecanismos de flexibilidade instituídos pelo *Protocolo de Kyoto* repousa sobre a confiança e a credibilidade, o controle e a eventual sanção pelo descumprimento tornam-se uma ameaça maior, para garantir seu bom andamento e “impedir o sistema de produzir a “falsa moeda” inoperante (DRON, 2001).

A implementação dos mecanismos de compensação previstos pelo Protocolo é, em seu princípio, diferente dos instrumentos clássicos baseados na perspectiva *command and control*. Mas, ainda que seja uma perspectiva normativa ou econômica, em ambos os casos o controle da implementação é uma questão fundamental. Um controle eficaz da lealdade das trocas e a sanção às fraudes são condições imperativas para o bom funcionamento do Protocolo. Ele é mesmo particularmente justificado pelas razões de concorrência econômica, tendo em vista os riscos de comportamento de “passageiro clandestino”.

Como diz Paul Reuter,

⁸ Ver *infra* a contribuição de Stéphanie Bellier.

a matéria (dos atos convencionais) ordena-se em torno de dois polos de influência: o universo do contrato, concebido em função de vontades antagônicas, ajustadas em um ponto de equilíbrio [...] e fundado sobre a equivalência, a reciprocidade e a execução trato por trato; e o universo da lei, construída juridicamente sobre a hipótese da defesa de um interesse comum, cujas vontades presentes são os instrumentos e cujo fundamento é mais uma vontade coletiva que um equilíbrio das vontades individuais (REUTER, 1961, p. 562-563)

Essa distinção dá conta de uma realidade. As convenções internacionais de proteção ao meio-ambiente agregam-se ao segundo polo. Ademais, os mecanismos clássicos, em Direito Internacional, do controle da implementação e da sanção pelo descumprimento foram mais estabelecidos pelo primeiro do que pelo segundo polo, para o qual são relativamente inadaptados. O desenvolvimento de procedimentos de descumprimento responde a uma real exigência para reforçar a implementação de convenções internacionais de proteção ao meio-ambiente. A *observância* inscreve-se nessa filiação.

Mas em relação à distinção estabelecida por Paul Reuter, o *Protocolo de Kyoto* revela uma especificidade: ele não pertence nem ao primeiro nem ao segundo polo, mas aporta tanto de um como de outro. Consequentemente, certos mecanismos de controle tanto inadaptados como inutilizados pelas convenções mais clássicas de proteção ao meio-ambiente poderiam revelar-se pertinentes e ser efetivamente utilizados.

Onde a maioria das convenções ambientais não contém senão engajamentos não recíprocos, os engajamentos pelo “bem-comum”, os recursos aos mecanismos de flexibilidade no Protocolo reintroduzem, com efeito, elementos de reciprocidade. Disso decorrem diferentes consequências:

A possibilidade de sanções econômicas pesadas (penalidades, exclusão de mecanismos de flexibilidade) que não podemos aplicar, por exemplo, em uma convenção de proteção da natureza;

A eventualidade de controvérsias bilaterais que, embasadas em desafios econômicos, poderiam conduzir uma ou outra das Partes a buscar um recurso jurisdicional (juiz, árbitro), mesmo fora dos mecanismos do Protocolo (Organização Mundial do Comércio - OMC, Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos - CIRDJ). São então os recursos automáticos que serão mais

suscetíveis de serem utilizados, isto é, os recursos que não precisam do acordo das duas Partes da controvérsia: a OMC ou o CIRDI afirmam aí sua força, face à Corte Internacional de Justiça ou à arbitragem internacional. Compreendamos bem, não se trata de buscar reparação por um dano ambiental (os egoísmos nacionais são raramente inclinados a isso), mas mais precisamente por um dano econômico (a hipótese se torna então mais verossímil) (Itálico no original).

Além do mais, entende-se que somar uma outra fase da *observância* - a da facilitação/acompanhamento dos Estados em dificuldade - sem ser tão necessária quanto a parte de *execução*, poderia ser muito útil. Do mesmo modo, o objetivo do procedimento é de facilitar, favorecer e garantir o respeito aos compromissos decorrentes do *Protocolo de Kyoto*. Trata-se sobretudo, de prevenir as falhas, identificando as dificuldades o mais cedo possível, ou seja, muito mais que solucionar as controvérsias.

As sanções eventuais têm, essencialmente, uma visão dissuasiva; elas não serão utilizadas, em princípio, senão como último recurso.

Todas essas razões convidariam para superar uma etapa, e elas explicam o nível de sofisticação dos procedimentos adotados (WERKSMAN, 1998).

O desafio é tão forte que, sem dúvida, ele condiciona a viabilidade do Protocolo. Os negociadores do Protocolo tinham isso em mente desde sua adoção em 1997, mas não foi possível, na *Conferência de Kyoto*, chegar a um acordo sobre o conteúdo concreto de um procedimento quanto ao descumprimento. O artigo 18 do *Protocolo de Kyoto*, tal qual foi adotado em 1997, remete a questão espinhosa para a primeira Reunião das Partes (COP/MOP), encarregada da adoção de tal procedimento.

As negociações são lançadas a partir do ano seguinte. Um grupo de trabalho (o JWG) foi criado sob a autoridade de órgãos subsidiários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, o órgão subsidiário pela implementação e o órgão subsidiário do conselho científico e técnico. Ele terá várias reuniões antes de chegar ao *design* do procedimento de descumprimento. Particularmente controversa, a questão da *observância* foi objeto do *package deal* que representa os *Acordos de Bonn-Marrakesh*, adotados pela sexta e sétima COP, em 2001⁹. Em dezembro de 2005, em Montreal, a Primeira COP/MOP não reabriu a discussão sobre seu conteúdo e adotou, *mutatis mutandis*, o texto proposto

9 Decisão 24/CP.7, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/CP/2001/13/add.3, p.68.

para adoção pela COP¹⁰. O Comitê foi estabelecido no início de 2006.

CONCLUSÃO

De fato, o *Protocolo de Kyoto* originou o procedimento de descumprimento mais bem-sucedido até o presente momento. Ele se inspira nos procedimentos já testados em outros problemas ambientais, ao mesmo tempo que os supera ainda mais: ele é, em verdade, mais inovador e mais elaborado. O comitê de controle do respeito às disposições figura entre os mais poderosos e mais independentes desse tipo entre os instituídos pelas convenções ambientais (VOINOV KOHLER, 2004). Até o momento, a aplicação da *observância* em sua integralidade, sem levar em conta o seu teor coercitivo, tão original e tão necessário, não foi obtido. São levantadas todas as incertezas quanto à efetividade ou à perenidade do regime.

Esse procedimento inovador e elaborado da *observância* representa, indiscutivelmente, um salto qualitativo em comparação com as técnicas experimentadas pela implementação do Direito Internacional do meio-ambiente. A sociedade internacional está pronta para dar esse salto? De outra maneira, o procedimento é pertinente em uma sociedade internacional ainda precariamente hierarquizada e organizada? Esse questionamento é fundamental porque, no instante em que admitimos que um controle avançado e eficaz condiciona a viabilidade dos mecanismos de flexibilidade, duvidar da confiança e da força do controle seria duvidar da pertinência do próprio *Protocolo de Kyoto* para enfrentar a problemática ou os desafios das mudanças climáticas. A transposição, em escala internacional, das experiências nacionais de permissão de emissão representa um desafio enorme, na medida do risco ambiental das mudanças climáticas.

REFERÊNCIAS

BROWN WEISS, E. *Strengthening National Compliance with International Environmental Agreements*. Environmental Policy and Law, nº 4, 1997, p. 297.

CARREAU, D. *Droit International Public*. Paris: Pedone, 1994.

10 Decisão 27/CMP1, *Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto*, FCCC/KP/CMP/2005/L.1.

CHARPENTIER, J. Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des États. *RCADI*, 1983, tomo IV, v. 182, p. 193 e 195.

CHURCHILL, R. RULFSTEIN, G. Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements: A Little-Noticed Phenomenon in International Law. *American Journal of International Law*, v. 94, 2000, p. 623.

COMBACAU, J. SUR, C. *Droit International Public*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2006, p. 203 e 204.

DUPUY, P. – M. Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle? *RGDIP*, n° 4, 1997, p. 886.

DRON, D. Environnement: les enjeux du prochain siècle. *RAMSES*, 2001, p. 101.

KISS, A. Un nouveau défi pour le droit international. *Projet*, v. 226, 1991, p. 53.

L.; MEHDI R. (dir). *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?* Bruylant: Bruxelles, 2005, p. 86 - 103.

LANG, W. Compliance Control in International Law, in International Environmental Law: Institutional Necessities. *Zao RV*, 56/1996, p. 685.

MALJEAN-DUBOIS, S. *La gouvernance internationale des questions environnementales. Les ONG dans le fonctionnement institutionnel des conventions internationales de protection de l'environnement*, In : BOISSON DE CHAZOURNES.

REUTER, P. *Principes de Droit International Public*. *RCADI*, II, v. 103, 1961.

RUIZ FABRI, H. Le droit dans les relations internationales. In : *Politique étrangère*, n° 3-4/2000.

VOINOV KOHLER, J. *Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit*. Tese de Direito, Université de Genève, 2004, p. 139.

WERKSMAN, J. Compliance and the Kyoto Protocol: Building a Backbone into a “Flexible” Regime. *YIEL*, v. 9, 1998, p. 65.

Artigo recebido em: 28/09/2015.

Artigo aceito em: 16/03/2016.

Como citar este artigo (ABNT):

DUBOIS, Sandrine Maljean; MOROSINI, Fabio Costa (Trad.). Mudanças climáticas: os desafios do controle do direito internacional ambiental e do Protocolo de Kyoto em particular. *Revista Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, p. 195-210, mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/650>>. Acesso em: dia mês. ano.