NAFTA: A experiência da América do Norte, dez anos depois. Relação entre comércio e proteção do meio-ambiente baseada na cooperação, e não na harmonização do direito ambiental

Catherine Tinker*

I. Introdução ao Acordo de Livre Comércio da América do Norte ("North American Free Trade Agreement" - NAFTA)

O Acordo de Livre Comércio da América do Norte ("NAFTA") entrou em vigor em 1994.[1] O NAFTA é uma "área de livre comércio"[2], formada por Canadá, Estados Unidos e México, a qual incentiva a circulação de mercadorias e serviços entre esses três países, sem, entretanto criar tribunais supranacionais ou órgãos

* Drª. Catherine Tinker, J.S.D., Doutora em Direito Internacional pela New York University School of Law. Drª. Tinker é conselheira de organizações não-governamentais sobre Direito Internacional Ambiental e as Nações Unidas; juíza de direito administrativo da Cidade de Nova Iorque; e Professora Adjunta na Pace University de Nova Iorque. Foi palestrante convidada na UFRGS, pela Faculdade de Direito e pelo Programa de Pós-graduação em Direito, em 2001 e 2002; e será professora visitante na UFRGS em 2004-2005. Dr. Tinker é também professora no novo curso de pós-graduação em Direito Internacional Ambiental, na Faculdade de Direito da UFRGS (Setembro 2003-Dezembro 2004). As primeiras partes desse artigo foram apresentadas em seminário sobre o MERCOSUL e a Harmonização do Direito, organizado pelo Ministério Público Federal e a UFRGS, e que ocorreu em Porto Alegre, RS, Brasil, em novembro de 2002. A autora gostaria de agradecer à Drª. Sandra Cureau, Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União em Brasília, e à Profª. Drª. Cláudia Lima Marques, Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS, Porto Alegre. Também à excelente assistência na pesquisa fornecida pela estudante de Direito da UFRGS, Maitê de Souza Schmitz, durante seus estudos nos Estados Unidos, na Pace University em Nova Iorque, com bolsa do Ministério Brasileiro de Educação (CAPES). Maitê de Souza Schmitz traduziu esse artigo do inglês para o português, para a sua publicação no Brasil. As referências citadas nesse artigo consistem primeiramente em livros, periódicos e outros documentos publicados nos Estados Unidos, embora haja, também, material adicional no Canadá e no México.

[1] North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, U.S.-Can.-Mex., 32 I.L.M. 289 (1993). Texto disponível também em www.nafta-sec-alena/nafta e www.mac.doc.gov/nafta/naftatext.html. Último acesso em 3 de Novembro de 2003.

[2] Id., Art. 101, "Estabelecimento de uma área de livre comércio" ("Establishment of the Free Trade Area").

legislativos como ocorre na União Européia, e sem a harmonização das leis verificada na União Européia.[3] O NAFTA não cria um mercado comum, e expressamente reconhece a soberania dos Estados-Membros, e sua legislação interna, rejeitando a harmonização das leis enquanto meta.[4] Todavia, o desenvolvimento jurídico e institucional ocorrido nesses dez anos de existência do NAFTA levou a um aumento da cooperação em muitas áreas.

Como parte do processo político de obtenção de aceitação interna do acordo, os negociadores do governo confrontaram-se com exigências advindas de organizações não governamentais (ONGs) trabalhistas e ambientalistas, que objetivavam a inclusão de mecanismos protetivos ao trabalhador e ao ambiente, similares àqueles já existentes no direito interno, especialmente nos Estados Unidos e no Canadá.[5] O então candidato William Clinton afirmou que, se eleito presidente dos Estados Unidos, ele se recusaria a assinar o NAFTA na ausência de acordos paralelos de proteção ao ambiente e ao trabalhador. Surgia uma cooperação política, em que os grupos trabalhistas e ambientalistas, que antes se opunham ao acordo de livre comércio, passaram a apoiar a sua aprovação com "*fast-track authority*"[6], obtendo em troca a inclusão de dois acordos paralelos, um de proteção aos

[3] O Tratado de Roma da União Européia (assinado em 25 de março de 1957, em vigor desde 1° de janeiro de 1958, *Common Market Law Reports (1992)*), foi expandido pelo "Single European Act (assinado em Fevereiro de 1986 e em vigor desde 1° de julho de 1987) e pelo Tratado de Maastricht da União Européia (assinado em 07 de fevereiro de 1992, e em vigor desde 1° de novembro de 1993). Tais documentos constitutivos criaram o Parlamento Europeu (legislativo), a Corte Européia de Justiça (judicial), e a Comissão Européia (executivo), todos com autoridade supranacional. Para uma maior discussão acerca do desenvolvimento da União Européia e sua evolução histórica enquanto união aduaneira e econômica, veja, e.g. Bermann, Goebls, Davey, Fox, EUROPEAN UNION LAW, 2d ed. (West Publishing, 2002). O NAFTA não tem nenhum dos órgãos da União Européia, nem contém objetivos de leis e políticas comuns, incluindo política externa e padrões ambientais comuns, ou diretivas executáveis através da Corte Européia de Justiça.

[4] Foi sugerido, por muitos comentadores, que os Estados Unidos e o Canadá resistiram em fazer da harmonização das leis um elemento do NAFTA, por causa da disparidade dos padrões ambientais entre os Estados Unidos e o Canadá, de um lado, e o México, de outro, o que poderia resultar em uma harmonização baseada nos padrões mais baixos. Além dos procedimentos do CEC, designados para enfatizar a aplicação das leis ambientais, um acordo especial sobre a fronteira entre Estados Unidos e México foi desenvolvido e assinado, juntamente com um banco especial para o desenvolvimento da área. Para a história de todas essas etapas, veja, e.g., Pierre Marc Johnson e André Beaulieu, THE ENVIRONMENT AND NAFTA: UNDERSTANDING AND IMPLEMENTING THE NEW CONTINENTAL LAW (Island Press, Washington, D.C., 1996).

[5] Veja, e.g., Daniel Magraw, ed., NAFTA AND THE ENVIRONMENT: SUBSTANCE AND PROCESS, American Bar Association, Section on International Law and Practice, 1995. Disponível em www.abanet.org.

[6] "*Fast-track negotiating authority*" é a permissão dada ao poder executivo para concluir acordos comerciais sem devolver o texto final completo para o Congresso dar o seu parecer e consentimento. Os presidentes, incluindo o Presidente George Bush, solicitaram esse poder, para terem liberdade ao negociar acordos comerciais complexos, sem a posterior revisão pelo Congresso. O Presidente Clinton submeteu ao Congresso o NAFTA e o texto da Rodada Final do Uruguai – GATT, com o Acordo da Organização Mundial do Comércio, 33 I.L.M., 1143 (1994) (assinado em 15 de abril de 1994, em vigor desde 1° de janeiro de 1995), com procedimentos "*fast-track*", e, nisso, incluiu os acordos paralelos de meio-ambiente e proteção a trabalho.

trabalhadores,[7] e outro protetivo do meio-ambiente, denominado Acordo Norte-americano de Cooperação Ambiental ("North American Agreement on Environmental Cooperation" – "NAAEC", ou acordo ambiental paralelo).[8] O NAAEC, por sua vez, criou uma Comissão de Cooperação Ambiental ("Comission on Environmental Cooperation"- "CEC")[9], a qual contava com um secretariado, sediado em Montreal, que consistia no ponto central para estudos, cooperações, e reuniões de oficiais do governo e membros da sociedade civil com cientistas, para discutir questões ambientais. A criação da CEC foi amplamente compreendida como uma resposta às preocupações que o governo e as ONGs dos Estados Unidos e Canadá tinham com relação à dificuldade que tinha o México em aplicar as suas já existentes leis protetivas do meio-ambiente.[10]

Através de cooperação técnica, tanto a atuação da CEC, quanto a ameaça implícita de aplicação das regras do NAAEC ajudaram significativamente a elevar o nível de proteção ambiental no México a um patamar mais próximo daquele dos Estados Unidos e Canadá. Destarte, enquanto o verdadeiro efeito da harmonização foi mínimo no que tange ao direito ambiental material, a aplicação das regras do NAAEC provavelmente teve um impacto político e institucional.[11]

Esse capítulo irá examinar como a junção do NAFTA com o acordo ambiental paralelo operou na prática, considerando ambos como entidades paralelas, ainda que relacionadas e contando com mecanismos de implementação unificados e com vínculos para facilitar a acomodação de suas diversas prioridades.

---

[7] O *site* para o NAFTA e a Comissão de Cooperação Trabalhista é www.naalc.org/. Para uma avaliação do acordo paralelo de proteção ao trabalho, veja, e.g., Francisco Brena Garduno, "The Impact of NAFTA on Labor Legislation in Mexico," 1 U.S.-Mexico Law Journal 219 (1993); Jack I. Garvey, "Current Development: Trade Law and Quality of Life-Dispute Resolution Under the NAFTA Side Accords on Labor and the Environment," 91 American Journal of International Law 231 (1997); Laura Okin Pomeroy, "The Labor Side Agreement Under the NAFTA: Analysis of Its Failure to Include Strong Enforcement Provisions and Recommendations for Future Labor Agreements Negotiated with Developing Countries," 29 George Washington Journal of International Law and Economics 769 (1996).

[8] Id. O texto do NAAEC está disponível em www.naaec..gc.ca/eng/index_e.htm, acessado pela última vez em 21 de dezembro de 2003.

[9] O *site* da Comissão de Cooperação Ambiental é www.cec.org., acessado pela última vez em 21 de dezembro de 2003.

[10] O medo dos ambientalistas, preocupados com a possibilidade de o México se tornar um "refúgio" para empresas poluidoras dos Estados Unidos, baseado na falta de aplicação das leis de proteção ao meio-ambiente, por exemplo, não se concretizou. É geralmente aceito que, embora as leis ambientais do México sejam muito boas "no papel", elas não são implementadas ou aplicadas adequadamente. Johnson and Beaulieu, *supra*, nota 4, Cap. 3, "NAFTA and the Ability of Governments to Legislate in Favor of the Environment," pp. 65-110; e Cap. 4, "NAFTA's Downward Pressure on Environmental Norms and Upward Harmonization," pp. 111-118.

[11] Julie Soloway, "NAFTA: Alternative Models of Managing Trade and the Environment," in Richard H. Steinberg, ed., THE GREENING OF TRADE LAW: INTERNATIONAL TRADE ORGANIZATIONS AND ENVIRONMENTAL ISSUES (2002), p. 176.

[12] O estudo mais recente acerca dos efeitos do NAFTA, realizado por uma fonte confiável dos Estados Unidos, não governamental, é: Audley, Papademetriou, Polaski, and Vaughan, NAFTA'S PROMISE AND REALITY: LESSONS FROM MEXICO FOR THE HEMISPHERE (Carnegie Endowment for International Peace, Washington, D.C., November, 2004).

Representando diversos grupos de negociadores de diferentes agências, diversos especialistas e ativistas, diversas comunidades e prioridades, o NAFTA e a CEC estão em atividade há dez anos.[12] Começando com os objetivos fundamentais do NAFTA e do acordo ambiental paralelo,[13] o capítulo aponta os termos do NAFTA relacionados ao meio-ambiente, comparando-os com os mais desenvolvidos painéis de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) que abordem a ligação entre comércio e meio-ambiente. Após, o capítulo irá explorar a organização institucional da Comissão de Cooperação Ambiental ("CEC"), criada pelo NAAEC,[14] e suas regras quanto à participação da sociedade civil, bem como os mecanismos de cooperação na CEC. As regras de solução de controvérsias do NAFTA encontram-se separadas daquelas da CEC, resultando em arbitragens comerciais realizadas sem consultas ou opiniões dos especialistas em regulamentação protetiva do meio-ambiente, nos casos iniciados por investidores, sob o Capítulo XII do NAFTA, os quais buscam indenização dos Estados-Membros do NAFTA. Finalmente, o capítulo fará algumas recomendações para reexaminar as bases teóricas para integrar proteção ambiental e livre comércio dentro de "*regional trade organizations*" como o NAFTA e a CEC.

A base teórica para incluir questões ambientais no âmbito de um acordo de livre comércio foi talvez incentivada, inicialmente, pela agenda política de ONGs e pela política do Congresso, embora atualmente seja aceita como válida a ligação entre comércio e meio-ambiente, tanto por agências governamentais como a Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos ("U.S. Environmental Protection Agency" – "U.S. E.P.A.")[15], quanto pelo Comitê de Comércio e Meio-ambiente da Organização Mundial do Comércio (OMC).[16] Há um interesse crescente na revisão do aspecto ambiental de acordos comerciais, tais como os realizados nos Estados Unidos através do Decreto Executivo N. 13141 (16 de Novembro de

[13] Pierre Marc Johnson and Andre Beaulieu, THE ENVIRONMENT AND NAFTA: UNDERSTANDING AND IMPLEMENTING THE NEW CONTINENTAL LAW (Island Press, 1996).

[14] David L. Markell and John H. Knox, GREENING NAFTA: THE NORTH AMERICAN COMMISSION FOR ENVIRONMENTAL COOPERATION (Stanford Univ. Press, 2003).

[15] "Environment and Trade," do *site* da U.S. E.P.A., www.epa.gov/ola/aboutna.htm, acessado pela última vez em 21 de dezembro de 2003:

Está cada vez mais evidente que os problemas ambientais não estão limitados pelas fronteiras nacionais. Um problema ambiental que ocorre em uma determinada região pode afetar pessoas em qualquer localidade. A cooperação internacional, então, se tornou um fator chave na proteção da saúde pública e do meio-ambiente. Conseqüentemente, cada grande projeto da EPA tem um importante e indispensável componente internacional.

O meio-ambiente e o comércio internacional e investimentos estão inseparavelmente ligados, pois toda a atividade econômica está, inicialmente, baseada na capacidade produtiva do meio-ambiente. Dentro da EPA, o Departamento de Assuntos Internacionais (OIA) participa num processo entre as agências, para promover políticas envolvendo comércio, investimentos e meio-ambiente.

[16] Veja Report of the Committee on Trade and Environment, WT/CTE/1, Nov. 12, 1996, e anos subseqüentes, em www.wto.org. Último acesso em 21 de dezembro de 2003. Para uma crítica desse relatório, veja Steve Charnovitz, *infra*, nota 41.

1999), complementado pelas Diretrizes de Implementação publicadas em 2000; e através da Declaração Ministerial da IV Conferência Ministerial da **OMC**, Realizada em **Doha**, em 2001.[17] De fato, foi realizada uma revisão do aspecto ambiental do próprio NAFTA, chamado "Relatório sobre Questões Ambientais".[18] A CEC organizou uma conferência em 2000: "Compreendendo as Relações entre Comércio e Meio-ambiente".[19]

Como as prioridades divergentes se relacionam, se há ou não uma hierarquia de valores, ou mesmo como um acordo comercial ou instituição pode responder a necessidades urgentes de proteção ambiental, são questões que precisam ser reexaminadas, após uma experiência de dez anos com o NAFTA e o NAAEC. Estudiosos trataram o tema da relação entre comércio e meio-ambiente de várias formas diferentes, sugerindo que:

1. Não há qualquer relação[20] (o modelo do MERCOSUL e muitos outros acordos comerciais bilaterais); ou

2. Há uma relação[21] que precisa ser discutida diretamente em cada política, regulamentação e processo (modelo da União Européia); ou

3. A questão do meio-ambiente pode ser abordada ou em um acordo paralelo a um acordo comercial e instituições com ênfase na cooperação[22] (modelo do NAAEC/CEC, no NAFTA, e novos acordos bilaterais tais como o Acordo de Livre Comércio entre a Jordânia e os Estados Unidos), ou como exceções (para proteção ambiental) dentro de um acordo de livre comércio geral (modelo do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT, Art. XX).[23]

Não há consenso quanto à necessidade de incluir preocupações ambientais em negociações comerciais, nem quanto às melhores práticas para operacionalizar

[17] WTO Ministerial Conference, Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/W/1 (Nov. 14, 2001), disponível em www.wto.org/DDFDocuments/t/WT/min01/DECW1.doc. Último acesso em 21 de dezembro de 2003.

[18] Fevereiro, 1993, Report on Environmental Issues in NAFTA, realizado por U.S. Trade Representative, U.S. Department of Commerce, texto disponível em www.ustr.gov/environment/naftacontents/pdf. Revisões do aspecto ambiental de acordos bilaterais de livre comércio podem ser obtidos em www.ustr.gov/environmetn/environmental.shtml. Último acesso (de ambos *sites)* em 21 de dezembro de 2003.

[19] Outubro, 2000, Conference on "Understanding the Linkages between Trade and Environment," www.cec.org. Último acesso em 21 de dezembro de 2003.

[20] Jeffrey Dunoff, "Resolving Trade-Environment Conflicts: The Case for Trading Institutions," 27 Cornell International Law Journal 607 (1994); e "Rethinking International Trade," 19 University of Pennsylvania Journal International Economic Law 347 (1998).

[21] Rio Declaration on Environment and Development, U.N. GAOR, 47 Sess., Annex 1, Agenda 21, U.N. Doc. A/CONF. 151/26, reprinted in 31 I.L.M. 874 (1992); Johannesburg Declarationon Sustainable Development, U.N. Doc. A/Conf. 199/L.6/Rev.2, (2002).

[22] Esse modelo é analisado ao longo do capítulo, com uma ênfase na relação (ou na falta dela) do NAFTA com o NAAEC, e uma comparação com a interpretação do Art. XX pelos painéis de solução de controvérsias da OMC.

[23] Andrew L. Strauss, "From Gattzilla to the Green Giant: Winning the Environmental Battle for the Soul of the World Trade Organization," 19 University of Pennsylvania International Economic Law 769 (1998).

a relação entre comércio e meio-ambiente. Entretanto, talvez seja esse o momento para reavivar o debate na matéria, haja vista suas implicações na OMC, no NAFTA, no MERCOSUL e em futuros acordos comerciais bilaterais ou regionais. Tal exame poderia abordar diversas questões, tais como:

1. Qual a definição de "livre comércio"[24], e se tal definição necessariamente incorpora o conceito de "desenvolvimento sustentável";[25]

2. Como os efeitos danosos ao meio-ambiente, resultantes do crescimento econômico estimulado, e resultante do livre comércio, pode ser reconhecido e calculado como um custo[26]; e

3. Se a relação fundamental segundo a qual "o meio-ambiente e o comércio internacional e investimentos estão inseparavelmente relacionados, pois toda a atividade econômica está baseada inicialmente na capacidade produtiva do meio-ambiente", reconhecida pela U.S. EPA é aplicável globalmente, e como essa reação funciona na estrutura do NAFTA e do NAAEC.

II. PROVISÕES AMBIENTAIS DO NAFTA E COMPARAÇÃO COM O GATT

O preâmbulo do NAFTA requer que os signatários "PROMOVAM o desenvolvimento sustentável; e FORTALEÇAM o desenvolvimento e a efetivação das leis e regulamentações ambientais." O preâmbulo faz referência ao desenvolvimento sustentável e ao fortalecimento do desenvolvimento da legislação ambiental pelos signatários; isso, porém, não cria uma obrigação aos Estados, uma vez que está mencionado no preâmbulo, e não no artigo específico dos Objetivos" (Art. 102). Os objetivos do NAFTA tais como definidos nesse artigo consistem em eliminar barreiras ao comércio de produtos e serviços; promover a concorrência na área de livre comércio; aumentar as oportunidades de investimentos; proteger os direitos de propriedade intelectual; disponibilizar resolução de conflitos;

[24] Steve Charnovitz, "Free Trade, Fair Trade, Green Trade: Defogging the Debate," 27 Cornell International Law Journal 459 (1994).

[25] Edith Brown Weiss, "Environment and Trade as Partners in Sustainable Development: A Commentary," 86 American Journal of International Law 728 (1992).

[26] Michael W. Dunleavy, "The Limits of Free Trade: Sovereignty, Environmental Protection, and NAFTA," in Seymour J. Rubin, Dean C. Alexander, eds., NAFTA AND THE ENVIRONMENT (Kluwer, The Hague, 1996) pp. 265-320, at 305-6: Se o tribunal preferiu aceitar as decisões das partes nesses casos, talvez o uso de um instrumento como o de análise custo-benefício causaria menor preocupação. Com certa freqüência, porém, os tribunais parecem não dar grande relevância aos valores envolvendo as decisões ambientais... Na medida em que decisões de tribunais comerciais em matérias ambientais se baseiam numa *abordagem estritamente econômica* para auferir os valores – os custos e benefícios envolvidos na proteção ambiental, normalmente incalculáveis, bem como outros valores permeando decisões ambientais, correm o risco de serem esquecidos, ignorados, ou subestimados.

e expandir o acordo regional e multilateralmente. A linguagem mais significativa no NAFTA quanto à proteção ambiental situa-se no capítulo "Medidas Sanitárias e Fitossanitárias", o qual inclui padrões comuns baseados em dados científicos confiáveis. O tema desse capítulo se refere a "qualquer medida de uma Parte que possa, direta ou indiretamente, afetar o comércio entre as partes" (Art. 709). O Art. 712 destaca as obrigações e os direitos básicos das partes, e o Art. 724 define medidas sanitárias e fitossanitárias.

A prevalência de um tratado ou de uma lei sobre a outra é uma questão corrente no direito internacional.[27] Surgem algumas discussões, no âmbito do NAFTA, quando a questão atine à existência ou não de interferência na operação do mercado num sistema de livre comércio causada por uma regulamentação destinada a proteger o meio-ambiente ou a saúde e segurança pública. Decisões arbitrais descritas abaixo, tanto dos Painéis de Solução de Controvérsias da OMC interpretando o Art. XX do GATT (que permite exceções às regras de livre comércio para casos de proteção ambiental), quanto dos Painéis de proteção dos investidores em face da regulamentações ambientais (Capítulo XI do NAFTA) promulgadas por Estados-Membros, abordam essa questão básica: *A regulamentação ambiental é permitida, ou é uma medida protecionista para favorecer os produtos domésticos, constituindo-se, assim, numa barreira ao livre comércio, que deve ser destruída?* Enquanto as decisões referidas reconhecem os valores concorrentes da proteção ao meio-ambiente e do livre comércio em absoluto, a abordagem geral tem constituído na avaliação da lisura das regulamentações ambientais e da maneira pela qual elas foram adotadas, julgando a legitimidade das regulamentações ambientais como ameaças a uma visão limitada sobre livre comércio. "Debates de especialistas sobre as tensões entre o livre comércio e políticas concorrentes a ele geralmente tratam o conceito e o conteúdo do livre comércio como (...). Muito do debate (sobre as exceções a serem toleradas a fim de acomodar as políticas concorrentes) toma a forma de argumentos sobre o adequado conteúdo e a apropriada interpretação das... exceções."[28] Como sugerido na conclusão, abaixo, uma reavaliação da questão da relação entre comércio e meio-ambiente pode auxiliar a esclarecer as questões jurídicas a serem abordadas em futuras decisões de painéis arbitrais.

O Art. 103 do NAFTA aborda a relação do NAFTA com o GATT e com os acordos internacionais para a proteção do meio-ambiente.[29] O GATT é reconhecido

[27] Convenção de Viena sobre Tratados, 13 de Maio de1969, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679. A regra do tratado mais recente se aplica a menos que haja previsão específica em contrário no tratado mais recente abordando a questão, como o Art. 103 do NAFTA faz em relação com o GATT.

[28] David M. Driesen, "What is Free Trade?: The Real Issue Lurking Behind the Trade and Environment Debate," 41 Virginia Journal of International Law 279 (Winter 2001) at 337.

[29] NAFTA, Preâmbulo e Art. 104, *supra*, nota 1. Referência adicional à proteção ambiental no NAFTA é encontrada nos capítulos sobre medidas sanitárias e fitossanitárias (Cap. 7B); barreiras técnicas ao comércio (Cap. 9); investimentos (Cap. 11); anti-dumping (Cap. 19) e mecanismos de solução de controvérsias (Cap. 20).

como norma vinculante aos Estados-Partes do NAFTA, juntamente com outros acordos entre as partes (Art. 103 (1)). Quaisquer incompatibilidades entre tais acordos e o NAFTA devem ser resolvidos conforme a linguagem do NAFTA (Art. 103 (2)).

Art. 103: Relação com Outros Acordos

1. As Partes afirmam os direitos e obrigações existentes entre elas, conforme o *Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio* e demais acordos dos quais sejam partes.

2. No caso de haver alguma incompatibilidade entre tais acordos e o presente Tratado, este deverá prevalecer na medida da incompatibilidade, salvo disposição em contrário.

Conforme o Art. 104 do NAFTA, determinados tratados internacionais mencionados no texto têm prioridade sobre as obrigações do NAFTA para as partes. Estes três são grandes acordos ambientais internacionais dos quais os Estados-Partes do NAFTA fazem parte: Convenção da Basiléia sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos,[30] Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies *de Flora e Fauna Selvagens* em Perigo de Extinção (CITES),[31] Protocolo de Montreal para a Proteção da Camada de Ozônio,[32] além de dois acordos bilaterais de comércio mencionados em um anexo.[33] Há a possibilidade de adicionar mais tratados ao anexo no futuro.[34]

Art. 104: Relação com Acordos sobre Meio-ambiente e Conservação

1. Em caso de incompatibilidade entre esse Acordo e as obrigações específicas em matéria comercial contidas:

(a) Na *Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies de Flora e Fauna Ameaçadas de Extinção*, realizada em Washington em 03 de março de 1973, com suas emendas de 22 de junho de 1979;

(b) No *Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Esgotam a Camada de Ozônio*, de 16 de setembro de 1987, com suas emendas de 29 de junho de 1990;

[30] Convenção da Basiléia sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, 28 I.L.M. 657 (1989).

[31] Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies de Flora e Fauna Ameaçadas de Extinção (CITES), aberta para assinaturas em 03 de março de 1973, 993 U.N.T.S. 243.

[32] Protocolo de Montreal sobre as Substâncias que Esgotam a Camada de Ozônio, novembro de 1992 (texto completo, com as emendas, 21 International Environmental Reporter (BNA) 3151 (May 1993).

[33] O Anexo 104.1 lista diversos tratados bilaterais: os acordos de livre comércio entre Estados Unidos e Canadá, entre Estados Unidos e México.

[34] O procedimento para adicionar tratados a esse Anexo está previsto no Anexo 104.1.

(c) Na *Convenção da Basiléia sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação*, de 22 de março de 1989, na sua entrada em vigor para México, Canadá e Estados Unidos; ou

(d) Os tratados mencionados no Anexo 104.1, tais obrigações prevalecerão na medida da incompatibilidade, desde que a Parte, diante de meios igualmente eficazes e razoavelmente disponíveis para cumprir com tais obrigações, escolha o que apresente o menor grau de incompatibilidade com as demais disposições do Acordo.

2. As Partes podem acordar, por escrito, a modificação do Anexo 104.1, para incluir em qualquer emenda a um dos acordos a que se refere o parágrafo 1, e qualquer outro acordo em matéria de meio-ambiente ou conservação.

O NAFTA não contém um artigo explícito equivalente ao Art. XX do GATT,[35] que prevê exceções às regras de livre comércio para os casos de proteção governamental do meio-ambiente e da saúde pública.[36] O Art. X do GATT prevê, *inter alia*:

Art. XX
Exceções gerais

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

(...)

b) necessárias á proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e á preservação dos vegetais;

[35] Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, B.I.S.D. Vol. IV (1947), foi um tratado cujo acrônimo "GATT" também se transformou no nome da organização interina que o administrou por aproximadamente cinqüenta anos. A Rodada Final do Uruguai e o Acordo da Organização Mundial do Comércio de 1994, *supra*, nota 5, estabeleceram a organização internacional conhecida como a Organização Mundial do Comércio ("OMC"), com início em 1º de janeiro de 1995, para implementar o GATT. Os Estados Unidos aprovaram a legislação interna necessária em 1994, a qual incluiu algumas limitações no "Final Act", garantindo a soberania da lei norte-americana em qualquer procedimento de solução de controvérsias da OMC. Veja Letter from the U.S. Trade Representative Michael Kantor to Senator Bob Dole, Senate Minority Leader, dated Nov. 26, 1994, reprinted in Carter and Trimble, *International Law, Selected Documents* (Little, Brown and Co., 1995) at 205-207.

[36] Grande parte da doutrina explora o significado do *chapeau* e seus efeitos em cada subparágrafo do Art. XX do GATT. Restrições ao comércio para proteger recursos não renováveis, espécies em ameaça de extinção, a saúde e a segurança da população devem se basear em dados científicos confiáveis, e não podem ser aplicadas de modo arbitrário ou discriminatório. Veja, *e.g.*, Anne O. Krueger, ed., THE WTO AS AN INTERNATIONAL ORGANIZATION (1998) and Philip Raworth and Linda C. Reif, ed., THE PRACTITIONER'S DESK BOOK SERIES: THE LAW OF THE WTO (1995).

(...)

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

A história dos painéis arbitrais do GATT (e, subseqüentemente, dos painéis da OMC), constituiu-se numa transformação de uma simples proibição contra quaisquer medidas que interferissem no comércio para um gradual reconhecimento da aplicação das considerações do Art. XX em disputas comerciais para a proteção de recursos naturais finitos.[37] Os painéis do GATT/OMC consideraram as regulamentações e as políticas de governo para determinar se estas se constituem em medidas legítimas de proteção ao meio-ambiente ou à saúde pública, ou se são simplesmente medidas, disfarçadas, protecionistas dos produtos e indústrias domésticos. Os resultados normalmente invalidam as regulamentações ambientais, e se baseiam em vários princípios de livre comércio, tais como a não discriminação ou o tratamento nacional; o famoso caso "Atum-Golfinho"[38] é um exemplo baseado na regra contra medidas comerciais extraterriroriais.[39] As decisões mais recentes dos painéis arbitrais da OMC enfrentando essa questão confirmam a legitimidade das medidas de proteção ambiental através da aplicação de testes de balanço de interesses.[40]

Nos últimos quinze anos, as ONGs pressionaram para haver uma maior transparência, levando a debates sobre questões como o direito das ONGs de participar em audiências dos processos arbitrais como testemunhas, terceiros, ou observadores, ou de submeter *amicus* memorandos em casos perante os painéis arbitrais da OMC, além de outras formas de participação nas instituições do GATT, tais como o Comitê de Comércio e Meio-ambiente da OMC.[41] Após uma oposição

[38] United States—Restrictions on Imports of Tuna, Aug. 16, 1991, GATT B.I.S.D. (39th Supp.) at 155 (1993) (unadopted Panel Report), reprinted in 30 International Legal Materials 1594 (1991) ("Tuna I"); and United States—Restrictions on Imports of Tuna, June 1994, P 5.5, reprinted in 33 I.L.M. 839 (Tuna II"). Caso também disponível em www.wto.org/wto/dispute/. Último acesso em 21 de dezembro de 2003.

[39] Patricia Isela Hansen, "Transparency, Standards of Review, and the Use of Trade Measures to Protect the Global Environment," 39 Virginia Journal of International Law 1017 (Summer 1999).

[40] Id., p. 1048, analisando o Reformulated Gasoline case, United States—Standards for Reformulated and conventional Gasoline, WT/DS2/R, Jan. 29, 1996, reprinted in 35 I.L.M. 274, modified by Appellate Body Report, WT/DS2/9, May 20, 1996, reprinted in 35 I.L.M. 603; and the Shrimp-Turtle case, United States—Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58R, May 15, 1998, modified by Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, Oct. 12, 1998. Casos também disponíveis em www.wto.org/wto/dispute/. Último acesso em 21 de dezembro de 2003.

[41] Veja, *e.g.*, Steve Charnovitz, "Opening the WTO to Nongovernmental Interests," 24 Fordham International Law Journal 173 (November-December 2000); Andrea Kupfer Schneider, "Unfriendly Actions: The Amicus Brief Battle at the WTO," 7 Widener Law Symposium Journal 87 (Spring, 2001); David A.Wirth, "Public Participation in International Processes: Environmental Case Studies at the National and International Levels," 7 Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 1 (Winter, 1996); and Jacqueline Peel, "Giving the Public a Voice in the Protection of the Global Environment: Avenues for Participation by NGOs in Dispute Resolution at the European Court of Justice and World Trade Organization," 12 Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 47 (Winter 2001).

inicial ao GATT/OMC como instituição que promove uma maior globalização, atualmente algumas ONGs ambientalistas internacionais têm uma presença direta na OMC,[42] atuando ativamente no levantamento de questões e na exigência de que as exceções do Art. XX sejam seriamente avaliadas e aplicadas. Através dessas atividades das ONGs, dos interesses de outros participantes não-governamentais e da sociedade civil, e dos esforços de alguns governos,[43] parece haver um movimento no sentido de abrir a participação na OMC e de lentamente desenvolver um *rapproachement* entre os objetivos do GATT de remover as barreiras ao livre comércio e a necessidade de reconhecer e legitimar as medidas governamentais de proteção ao meio-ambiente e à saúde pública.[44] Entretanto, tal visão não é unânime. Como um autor notou:

A comunidade ambientalista do Norte e os Estados soberanos do Sul ainda discordam sobre a participação pública na OMC. Particularmente, a situação e o tratamento indefinidos para os memorandos *amicus curiae* submetidos por organizações não-governamentais ("ONGs") [6] criam uma insatisfação entre as ONGs do Norte e os Estados do Sul. ONGs do Norte defenderam a participação pública direta através da submissão de *amicus curiae*, enquanto os Estados do Sul

[42] Para uma lista das ONGs com papel ativo na OMC, seja www.wto.org/english/forums_e/ngo_e.htm (último acesso em 21 de dezembro de 2003).

[43] O governo dos Estados Unidos submeteu alguns dos memorandos *amicus curiae* no caso "Sea Turtle", estes tendo sido preparados por determinadas ONGs nacionais e internacionais; outros memorandos foram submetidos diretamente. Dentre as ONGs envolvidas no caso, incluem-se: Sierra Club, Earth Island Institute, and the Humane Society of the U.S.; the Center for International Environmental Law (CIEL); the World Wide Fund for Nature; and the Foundation for International Environmental Law and Development (FIELD).
É importante notar que grupos da indústria e do comércio, bem como sindicatos, são também considerados, hoje, parte da sociedade civil, e participam das conferências da ONU, tais como a Comissão de Desenvolvimento Sustentável. Veja também Kal Raustiala, Note, "The 'Participatory Revolution' in Internaitonal Environmental Law," 21 Harvard Environmental Law Review 537 (1997). Não surpreendentemente, memorandos *amicus curiae* foram submetidos por grupos da indústria, dentre outros grupos, em diversos painéis da OMC. . WTO Panel Report on United States—Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada, WT/DS236R, (Sept. 27, 2002). Em casos anteriores, memorandos *amicus* foram rejeitados e devolvidos pelos painéis arbitrais, como em United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline and EC—Measures Concerning Meat and Meat Products. Tais casos são discutidos em Schneider, *supra,* nota 31, e Maki Tanaka, "Bridging the Gap Between Northern NGOs and Southern Sovereigns in the Trade-Environment Debate: The Pursuit of Democratic Dispute Settlements in the WTO under the Rio Principles," 30 Ecology Law Quarterly 113 (2003). Veja também Daniel C. Esty, "Linkages and Governance: NGOs at the World Trade Organization," 19 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 709, 726 (1998).

[44] A doutrina a favor da relação entre comércio e meio-ambiente está dividida entre ou abordar questões de comércio e meio-ambiente através de reformas no procedimento de solução de controvérsias, veja, *e.g.,* Daniel Esty [cite] and Gregory C. Shaffer, "The World Trade Organization under Challenge: Democracy and the Law and Politics of the WTO's Treatment of Trade and Environment Matters," 25 Harvard Environmental Law Review 1 (2001); ou buscar soluções políticas, veja, *e.g.,* Thomas Schoenbaum, "International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation," 91 American Journal of International Law 268 (1997). Veja também John H. Jackson, "World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?" 49 Washington and Lee Law Review 1227 (1992) e John H. Jackson, THE WORLD TRADING SYSTEM: LAW AND POLICY OF INTERNATIONAL ECONOMIC RELATIONS (1989).

defenderam a representação nacional, rejeitando a submissão de *amicus curiae* não-governamentais. Os membros da OMC concordaram em esclarecer e melhorar os mecanismos de solução de controvérsias na Conferência de Doha, mas a Declaração Ministerial não se refere explicitamente a procedimentos *amicus*. [7] Contudo, a submissão de *amicus* surgiu como uma silenciosa questão entre Norte-Sul através da discussão entre a União Européia e a Índia nas negociações pós-Doha sobre a reforma dos mecanismos de solução de controvérsias.[8][45]

Há poucos exemplos de decisões de painéis arbitrais incluindo as submissões de *amicus* pelas ONGs, e mesmo as que consideraram o assunto, preferiram os memorandos submetidos pelos Estados, ainda que tal Estado não tenha sido parte na disputa.[46] Enquanto discussões envolvendo transparência são importantes em qualquer organismo internacional, a questão decisiva para futuros painéis arbitrais da OMC pode bem ser a transparência da ação legislativa e regulamentadora nacional, criando regras de proteção ambiental a serem balanceadas contra princípios de livre comércio, incluindo-se aí até mesmo o grau de consulta a governos estrangeiros realizada pelo Estado regulamentador, antes de promulgar a regulamentação ou adotar a legislação.[47] Talvez examinar a experiência da OMC seja um bom começo para analisar o discurso acerca de comércio e meio-ambiente,[48] proporcionando um ponto de comparação aos organismos regionais como o NAFTA.

---

[45] Tanaka, *supra*, nota 43, p. 116.

[46] Id., p. 117: "The WTO first addressed the issue of nongovernmental amicus submissions in dispute panel proceedings in United States—Import Prohibitions of Certain Shrimp and Shrimp Products ("Shrimp-Turtle"), commenced in 1997. [FN9] India, Malaysia, Pakistan, and Thailand brought this case against the United States to challenge a unilateral import ban imposed on shrimp and shrimp products that failed to satisfy U.S. domestic environmental regulations. [FN10] Northern environmentalists submitted amicus briefs to the panel to support the domestic environmental regulation that sought to effectuate the transboundary conservation of sea turtle species. [FN11] In response, the Southern sovereigns requested that the panel disregard the NGOs' submissions because there were no explicit procedural rules covering unsolicited amicus briefs. [FN12] The *118 panel concluded that it lacked authority to accept unsolicited nongovernmental amicus briefs. [FN13] The Appellate Body ultimately reversed the panel's ruling on this issue and held that the NGOs' amicus briefs were acceptable in panel proceedings, although it upheld the panel's conclusion that the U.S. import ban was unjustifiable. [FN14]

In 2000, Malaysia sought recourse against the United States alleging that the United State's modified environmental regulation did not conform to the panel's rulings and recommendations in Shrimp-Turtle because it failed to lift the unilateral import ban immediately. [FN15] India and Thailand actively intervened in the recourse panel as third parties, generally supporting Malaysia's contentions. [FN16] Northern NGOs led several transnational coalitions in submitting amicus briefs to prevent the complete invalidation of the sea-turtle conservation measure. [FN17] In reaction, Malaysia, together with Mexico participating as a third party, argued against the panel's acceptance of NGOs' amicus briefs despite the Appellate Body's previous holding. [FN18]"

[47] Hansen, *supra*, nota 37, p. 1067.

[48] Susan Tiefenbrun, "Free Trade and Protectionism: The Semiotics of Seattle," 17 Arizona Journal of International and Comparative Law 257 (Spring, 2000); e Sara Dillon, "A Farewell to 'Linkage': International Trade Law and Global Sustainability Indicators," 55 Rutgers Law Review 87 (Fall 2002).

III. O Acordo Norte-americano de Cooperação Ambiental ("North American Agreement on Environmental Cooperation" – "NAAEC") e a criação da Comissão de Cooperação Ambiental ("Comission on Environmental Cooperation"- "CEC")

Alguns dispositivos do NAAEC abordam diretamente a questão da proteção ambiental e do livre comércio, embora a abordagem adotada no NAAEC e no NAFTA difira daquela usada na OMC. A harmonização das leis ambientais não é exigida no NAFTA ou no Acordo Paralelo de Meio-ambiente; entretanto, padrões de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, além do modelo jurídico e institucional do NAAEC e da CEC, oferecem meios de atingir os objetivos de harmonização no sentido de antecipação e níveis comuns de proteção ambiental. Como um relatório do Instituto de Economia Internacional apontou,

Níveis diversos de desenvolvimento econômico nos três países do NAFTA significam diferentes níveis de alocação de recursos para o meio-ambiente, bem como diferentes prioridades com relação ao meio-ambiente. Em 1999, os Estados Unidos gastou o equivalente a $30 per capita em meio-ambiente, enquanto o Canadá gastou $13.5, e o México, $9. Outrossim, em áreas menos desenvolvidas, as prioridades ambientais são água potável para beber e infra-estrutura básica que garanta padrões mínimos de vida para seres humanos. Em regiões mais prósperas, em que todos esses serviços já são oferecidos, as iniciativas ambientalistas concentram-se em salvar borboletas, pássaros e árvores.[49]

Os dispositivos para a apresentação de casos ao Secretariado da Comissão de Cooperação Ambiental ("CEC"), organização estabelecida pelo NAAEC e com base em Montreal (Canadá), estão listados no NAAEC, mas não foram ainda usados intensamente. A maior parte do trabalho da CEC é promover a cooperação através de pesquisa, conferências e publicações, ilustrando o trabalho desse sistema.

A Comissão de Cooperação Ambiental inclui um Secretariado, um Comitê Conjunto de Consulta Pública, e um Conselho formado pelos Ministros do Meio-ambiente dos três Estados-Partes do NAFTA. A CEC não obteve sucesso na introdução de uma agenda ambientalista nos procedimentos do NAFTA, nem na criação de uma relação entre a Comissão de Livre Comércio do NAFTA (os Ministros do Comércio dos três Estados-Partes),[50] mas, no seu próprio âmbito, contribuiu para o funcionamento cooperativo e o acesso à informação através dos três Estados-Partes do NAFTA. Por exemplo, o programa de Direito e Política da CEC está terminando um relatório comparativo acerca de padrões ambientais, a CEC sediou uma reunião em Janeiro de 2002, intitulada "Avaliando os Efeitos no

[49] Gary Clyde Hufbauer, Daniel C. Esty, Diana Orejas, Luis Rubio, Jeffrey J. Schott, NAFTA AND THE ENVIRONMENT: SEVEN YEARS LATER (Washington, D.C., October 2000), p. 49.

[50] Markell and Knox, *supra,* nota 14, p. 301, referindo-se à falta de implementação do Art. 10(6) do NAAEC, defendendo a cooperação entre o Conselho da CEC e a Comissão de Livre Comércio do NAFTA.

[51] Veja www.cec.org. Último acesso em 21 de dezembro de 2003.

Meio-ambiente causados pela Liberalização do Comércio: Lições Aprendidas e Futuros Desafios", e um painel está conduzindo uma revisão dos dez anos do NAAEC, com publicação prevista para o primeiro semestre de 2004.[51]

O mecanismo disponibilizado para a reclamação a partir do cidadão é uma das mais peculiares características do NAAEC, a qual dá credibilidade à CEC como um centro de proteção ambiental através dos Estados-Partes do NAFTA. Indivíduos ou grupos podem submeter casos conforme os Artigos 14 e 15 do NAAEC quando um Estado-Parte está falhando na aplicação efetiva das leis ambientais internas. A partir da avaliação do Secretariado, o Estado-Parte pode ser solicitado para responder em 30 dias. Dependendo do recebimento, o Secretariado recomenda ao Conselho se uma investigação dos fatos se faz necessária. Uma votação de dois terços do Conselho é necessária para solicitar um relatório dos fatos pelo Secretariado, baseado em informações oferecidas pelo Estado-Parte, pelo demandante e pelo público. Um relatório não é judicialmente vinculante, mas resultará em pressão diplomática sobre o Estado para que este cumpra a sua própria legislação interna. O relatório somente será público se tal for aprovado por uma votação de dois terços do Conselho. O volume do terceiro trimestre de 2000 das "Determinações do Secretariado conforme os Artigos 14 e 15 do NAAEC", cobrindo o período de 31 de Agosto de 1997 a Agosto de 2000, contém vinte casos; e o Relatório Anual, de 2001, da CEC lista dezenove casos submetidos conforme os Artigos 14 e 15.[52] Tais submissões foram realizadas por México, Canadá e Estados Unidos, e incluem indivíduos, fundações e ONGs ambientalistas interessadas na aplicação, pelos Estados-Partes, da legislação e da regulamentação referente à proteção ambiental e à saúde e segurança públicas.

A abordagem do NAFTA difere do modelo da OMC dada a existência do NAAEC, negociado separadamente, mas em vigor a partir da mesma data que o NAFTA, justamente com a CEC. O Acordo Paralelo de Meio-ambiente, juntamente com o acordo paralelo trabalhista, criou um sistema jurídico e institucional para abordar a "integração social" sem requerer a harmonização das leis dos diferentes Estados e sociedades. De nada adiantaria, porém, que um estudo da U.S. E.P.A. sobre as leis ambientais do México concluísse que houve realmente pouca diferença nas leis dos Estados-Partes do NAFTA, embora variasse o nível de aplicação das mesmas.[53]

Através da criação de um mecanismo de solução de controvérsias dentro da CEC, incluindo um mecanismo de reclamação pelo próprio cidadão feito ao Secretariado, o NAAEC tem o potencial para uma abordagem balanceada de assuntos de comércio e meio-ambiente. O mecanismo de solução de controvérsias

[52] O Relatório Anual do Secretariado da CEC de 2001 está disponível em www.cec.org/files/PDF/PUBLICATION/AR2001_em.pdf. Último acesso em 21 de dezembro de 2003.
[53] Veja www.epa.gov. Último acesso em 21 de dezembro de 2003.

depende dos governos envolvidos, obviamente, e, considerando a jurisprudência do Conselho em poucos casos analisados até a presente data, a situação é pouco satisfatória para os ativistas ambientalistas.

Até Março de 2000, apenas uma submissão baseada no Artigo 14 resultou na publicação de um relatório factual pela CEC – a submissão envolvendo danos aos recifes de corais em Cozumel, México. Todas as outras submissões baseadas no Artigo 14 foram terminadas ou retiradas, ou foram revisadas e processadas pela CEC.[54]

No fundo, porém, a existência da CEC e a linguagem do NAAEC requerem uma consideração dos interesses ambientais dentro da região do NAFTA, mais do que uma total dedicação ao livre comércio, sem qualquer limite. É provavelmente muito cedo para julgar o sucesso dessa iniciativa, após somente seis anos das determinações do Secretariado em casos submetidos com base nos Artigos 14 e 15 do NAAEC. Concentrar-se nos aspectos de solução de controvérsias do NAAEC pode, todavia, resultar na perda do grande ponto sobre o potencial da CEC, o qual consiste na sua habilidade de coordenar estudos, educar e aprofundar o diálogo entre Estados, ONGs, indústrias, e especialistas. "A função administrativa supranacional da agência é imensamente superior ao seu papel como tribunal."[55]

Outra característica peculiar da CEC, promissora para o futuro, é o Comitê Consultivo Público (JPAC). "O JPAC da CEC pode ser o modelo ideal para a colaboração e a obtenção de consenso."[56] É formado por cidadãos particulares em todos os três Estados-Partes, profissionais livres de obrigações políticas, para "promover uma cooperação continental na proteção do ecossistema e no desenvolvimento econômico sustentável, além de assegurar uma participação pública ativa e transparência nas ações da Comissão." (Art. 16(4), NAAEC). As reuniões anuais do JPAC são abertas ao público, dependendo do espaço disponível.[57]

IV. Proteção dos Investidores (Arbitragem do Capítulo 11 do NAFTA) e Proteção Ambiental (Cooperação e Participação Pública na CEC)

A Comissão de Cooperação Ambiental tem dispositivos de solução de controvérsias possibilitando a arbitragem. Todavia, até a presente data, nenhum caso foi levado à arbitragem dentro da CEC, e não houve nenhuma decisão arbitral. Talvez nenhuma venha a ser conduzida, já que os objetivos da CEC parecem ser obtidos pelas várias formas de cooperação, participação pública, educação, pesquisa e estudos desenvolvidos pelo Secretariado. Com ênfase na aplicação das leis

[54] Paul Stanton Kibel, "The Paper Tiger Awakens: North American Environmental Law After the Cozumel Reef Case," 39 Columbia Journal of Transnational Law 395 (2001) at 447.
[55] Laura C. Bickel, "Baby Teeth: An Argument in Defense of the Commission for Environmetnal Cooperation," 37 New England Law Review 815 (Spring 2003) at 815, 845-863.
[56] Id., p. 850.
[57] A agenda de encontros pode ser encontrada no site www.cec.org. Último acesso em 21 de dezembro de 2003.

ambientais, a CEC foi criada com a idéia de fortalecer o cumprimento e a implementação da legislação ambiental já existente no México, cujas excelentes leis não eram aplicadas na prática. Em dez anos de operações do CEC, os produtos mais notáveis foram os mecanismos de reclamação do cidadão, as reuniões públicas organizadas pelo JPAC, e a participação de oficiais de alto-escalão da área de meio-ambiente, advindos de cada um dos três Estados-Partes. Em cada uma dessas reuniões, a possibilidade aumenta de cooperação quanto à informação, ao invés de disputas judiciais e arbitragem quanto às diferenças.

A história é diferente no âmbito do NAFTA, em que a sociedade civil não tem a oportunidade de participar nos mais de doze casos que foram levados a painéis arbitrais, ou de ter acesso a informações sobre as decisões arbitrais ratificando o livre comércio, decisões essas com base no Capítulo 11 ou Proteção de Investidores.[58] A maioria dos casos baseados no Capítulo 11 ainda está em curso, ou as decisões não foram divulgadas; os poucos que foram completados tiveram sua decisão favorável ao investidor, com indenizações atingindo milhares de dólares.[59] Um outro fator é a escolha das regras de arbitragem disponibilizadas no Capítulo 11, em que o investidor / autor pode escolher realizar a arbitragem pelas regras da UNCITRAL[60] ou da ICSID.[61]

Para o presente artigo, a importância dos casos sob o Capítulo 11 não precisa ser enfatizada em demasia, já que o caso Metalclad não necessariamente será seguido pelos painéis arbitrais subseqüentes, podendo ter sido simplesmente um caso "ruim" para se tirar quaisquer regras ou conclusões. Entretanto, Metalclad e outras decisões arbitrais no âmbito do Capítulo 11 podem servir como avisos, destacando a ausência da obrigação de consultar com a CEC, uma falha institucional na falta de uma forte ligação entre o NAFTA e o acordo ambiental paralelo (NAAEC). Apesar de uma indignação inicial das ONGs com o fato da decisão do caso Metalclad se preocupar somente em determinar as perdas do investidor e estabelecer uma indenização que sairia de fundos públicos para um investidor privado, parece que o efeito da decisão pode ter sido superestimado, consoante alguns estudiosos, tais como Sanford Gaines. O desenvolvimento desses casos enfatizando a proteção do investidor pode levantar uma questão a ser considerada por aqueles que avaliam as propostas de expansão do NAFTA no hemisfério ou bilateralmente.

[58] Veja o site do NAFTA, em www.naftaclaims.org, ou o site de uma ONG especializada em proteção do consumidor, chamada Ralph Nader's Public Citizen, em www.publicitizen.org.
[59] Id. Por exemplo, o painel arbitral conceceu perdas e danos à Metalclad no valor equivalente a U.S.$15,6 milhões, no caso que esta movia contra o México (13 de janeiro de 1997).
[60] UNCITRAL é a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional.
[61] ICSID é o Centro Internacional de Resolução de Conflitos sobre Investimentos.

V. CONCLUSÃO

O potencial para desenvolver a questão da relação entre comércio e meio-ambiente, bem como as metodologias para abordar os valores às vezes conflitantes dos dois sistemas, pode ser maior em um pequeno bloco comercial regional como o NAFTA, o qual foi criado juntamente com o sistema jurídico e institucional específico do NAAEC para a proteção do meio-ambiente através da CEC, do que na OMC, com maiores problemas e uma associação global. Nesse sentido, há também o fato de que dois dos três membros do NAFTA detêm o mesmo sistema jurídico e o mesmo nível de desenvolvimento econômico, e ambos estão cada vez mais coordenando programas com o terceiro membro. Enquanto os painéis de solução de controvérsias da OMC se tornaram mais sofisticados na abordagem de questões ambientais dentro de um acordo comercial, e começaram a abrir suas portas à participação pública em certa medida,[62] a abordagem do NAFTA/NAAEC pode atingir mais resultados em termos de qualidade ambiental através da obtenção de consenso e de participação pública genuína na CEC, e não tanto através de imposição das obrigações.

A união entre o comércio e o meio-ambiente foi consolidada ao final de uma grande pressão política na América do norte, com a aprovação do acordo comercial do NAFTA dependendo da simultânea adoção dos acordos paralelos. O NAAEC enfatiza o cumprimento da legislação ambiental através de cooperação e educação, o que consiste numa resposta àqueles que temiam que indústrias canadenses e norte-americanas fugissem para "refúgios para poluidores" no México, onde a fraca aplicação das leis ambientais diminui os custos para os produtores e os transportadores de mercadorias, ou que houvesse uma harmonização do direito ambiental baseada no nível mais baixo de proteção ao meio-ambiente dentre os três Estados-Membros. Os textos finais do NAFTA e da NAAEC dependeram de compromissos assumidos pelos três governos nacionais, da vontade dos mesmo de ceder soberania no grau que se fizesse necessário, e das condições impostas para a associação.

Em dez anos de operacionalização do NAFTA[63] e de estabelecimento do trabalho da CEC, diversos conceitos emergiram como de fundamental importância. Um, é que os membros, individualmente, mantêm as suas próprias leis ambientais internas, com a exceção da lista de tratados de direito ambiental contida no Artigo 104 do NAFTA. A lei de um Estado pode criar padrões mais elevados do que os nacionais. Essa escolha é o oposto da harmonização. Outra questão importante é que, conforme o NAAEC, o ônus da prova de que uma medida é uma restrição

[62] Claude R. Barfield, "Free Trade, Sovereignty, Democracy: The Future of the World Trade Organization," 2 Chicago Journal of International Law 403 (2001).
[63] Veja, *inter alia*, Carolyn L. Deere and Daniel C. Esty, GREENING THE AMERICAS: NAFTA'S LESSONS FOR HEMISPHERIC TRADE (MIT Press, 2002).

injustificada ao comércio recai no Estado que está discutindo a validade da prática do outro Estado, e não do Estado que está promovendo a aplicação das suas leis e regulamentações para proteção ambiental e saúde e segurança públicas. Provavelmente outro fator importante nesse sentido resida no fato da CEC ser coordenada por representantes de alto escalão das agências governamentais de cada Estado-Membro com especialidade em políticas e leis ambientais, o que aumenta o número de medidas transfronteiriças de proteção ambiental.

Isso não significa dizer que a CEC atua perfeitamente. Por exemplo, os cidadãos e as ONGs não podem apresentar diretamente um caso contra um governo. O procedimento de uma reclamação do cidadão requer que o Secretariado da CEC faça uma determinação se deve ser feito um relatório ou estabelecida uma disputa. Nos casos em que se discute a legitimidade de grupos de cidadãos ou a necessidade de demonstrar um dano em particular, tal abordagem é de uma disponibilidade limitada. Na prática, nenhum caso ainda atingiu a fase de decisão por um painel arbitral no âmbito da CEC, uma vez que os Estados-Membros podem estar relutantes em ter controvérsias uns com os outros. Outra dificuldade é a falta de conexão direta entre o NAFTA e o NAAEC, levando a decisões arbitrais e políticas dentro do NAFTA desprovidas de qualquer opinião por parte de especialistas em meio-ambiente e do público participante ativo na CEC.

A integração dos interesses ambientais e dos de livre comércio dentro do NAFTA e da CEC é um desafio ainda não abordado diretamente por instrumentos legais. Uma sugestão é estabelecer um mecanismo de consultas com a CEC, para auxiliar os árbitros dos casos sob o Capítulo 11 de proteção aos investidores na avaliação da legitimidade das políticas e regulamentações de proteção ambiental ou na análise de questões técnicas de ciência. Outra sugestão é desenvolver procedimentos detalhados com critérios científicos para julgar a legitimidade de medidas de proteção ambiental, similarmente aos procedimentos da Convenção de Estocolmo sobre POPs para a listagem de produtos químicos dentro do tratado, ou das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias dentro do próprio NAFTA, as quais se baseiam em dados científicos e reconhecidos padrões técnicos. Presumidamente, através dessa abordagem, qualquer regulamentação governamental que seja analisada nesses procedimentos, especialmente se estabelecidos com transparência, será considerada legítima, e não uma medida protecionista da indústria e dos produtos nacionais. Nesse caso, então, a medida não seria classificada como uma barreira não-tarifária ao comércio, e seria reconhecida como uma exceção ao livre comércio. Essa abordagem é consistente com o princípio da precaução[64], baseado em etapas

[64] Veja, *e.g.*, Catherine Tinker, "State Responsibility and the Precautionary Principle," in David Freestone and Ellen Hey, eds., The Precautionary Principle and Changes in International Environmental Law and Policy (Kluwer, 1996), pp. 53-71, considerando o princípio da precaução como uma questão de ônus probatório. Christopher D. Stone, "Is There a Precautionary Principle?" XXXI Environmental Law Reporter (July, 2001) defende que sejam feitas análises de impacto ambiental e de custo-benefício, para tornar mais rigoroso esse vago conceito; e Mark Geistfeld, "Implementing the Precautionary Principle," XXXI Environmental Law Reporter (November, 2001),

procedimentais e cautelosos dados científicos.[65] Uma sugestão final é atingir os mesmos objetivos de uma harmonização das leis e regulamentações de proteção ambiental através do aumento da cooperação entre os Estados-Partes, as ONGs e outros elementos da sociedade civil. Assim, qualquer regulamentação do governo consistente com ou baseada em princípios que foram reconhecidos através de estudos e conferências conjuntas seria aceito como baseado em consenso.

Questões acerca de Federalismo e do desenvolvimento da política atual terão um papel fundamental numa futura avaliação da questão da harmonização das leis ambientais, e as implicações para o NAFTA, especialmente com a crescente devolução de autoridade ou responsabilidade para estados individuais dentro dos Estados Unidos para levar a efeito medidas de proteção ambiental, incluindo regulamentos Federais ou leis ambientais federais. O risco é de que estas sejam "mandatos injustificados" que trazem responsabilidades para aplicação, sem fundos para pessoal e infra-estrutura ou outros recursos necessários para investigar e processar as violações das leis. O dispositivo para um Estado apresentar um caso contra outro Estado face à falha na aplicação das suas próprias leis ambientais não exige a completa harmonização do direito ambiental, mas apresenta um incentivo a cada Estado para cumprir e implementar sua própria legislação protetiva do meio-ambiente. Também coloca uma maior importância no conteúdo da legislação nacional, além de mais transparência e confiabilidade científica no processo levando a sua aprovação.

Talvez seja o momento de estabelecer um procedimento para consultas dentro da CEC para auxiliar os árbitros "comercialistas" dos casos do Capítulo 11 de proteção dos investidores, e também dos casos do Capítulo 19 de medidas "antidumping", na avaliação da legitimidade das políticas e regulamentações de proteção ambiental, ou na abordagem de questões técnicas científicas sobre meio-ambiente. Talvez também seja o momento de reconhecer as contribuições da CEC como modelo de cooperação transfronteiriça na busca de soluções para proteger os ecossistemas e espécies dentro de uma região.[66] E, finalmente, talvez seja o momento de reavivar a questão da relação entre comércio e meio-ambiente, a partir de um ponto teórico, para auxiliar no crescimento de instituições e exigências

recomenda fortemente a aceitação do princípio da precaução como uma decisão regulamentadora para tornar a implementação possível.

[65] Veja, *e.g.*, Jeffery Atik and David A. Wirth, "Science and International Trade-Third Generation Scholarship," 26 Boston College International and Comparative Law Review 171 (2003).

[66] "The idea of a hemispheric CEC attached to the FTAA may be attractive, but the connection to the FTAA seems unnecessary; a freestanding environmental agreement along the lines of the NAAEC would appear likely to provide the same kinds of benefits to other regions that the CEC has provided to North America." Knox and Markell, *supra*, nota 14, p. 311.

procedimentais flexíveis em futuros acordos projetados para atingir o desenvolvimento sustentável.[67]

Finalmente, uma reavaliação da relação entre comércio e meio-ambiente é oportuna, para operacionalizar a cooperação institucional e para esclarecer questões jurídicas em futuras decisões de painéis arbitrais, seja sob o NAFTA, a OMC, ou alguma forma de ALCA. Tal reavaliação requer um claro entendimento dos objetivos dos acordos de livre comércio, e dos interesses de investidores que eles protegem. Ao mesmo tempo, a possibilidade de haver um "comércio sustentável" pode oferecer uma perspectiva de ganhos, em longo prazo, econômicos, sociais e ambientais, através de um amplo campo de interesses.

[67] Sanford E. Gaines, "The Free Trade Area of the Americas: Lessons from North America," in Steinberg, *supra*, nota 11, p. 189-220, descrevendo os argumentos a favor ou contra a relação entre o meio-ambiente e o comércio, do seguinte modo: A FAVOR: 1. Reconhecimento das conseqüências ao meio-ambiente causadas pelo aumento e pela redistribuição da produção; 2. evitação de desequilíbrio na concorrência devido a diferenças de padrões de proteção ambiental entre parceiros comerciais; e 3. realização da meta do desenvolvimento sustentável; CONTRA: 1. proteção ambiental é uma questão de direito e política domésticos, e padrões nacionais diferentes são "baseados legitimamente"em "variações nas condições e preferências ambientais entre os países;"e 2. restrições ao comércio ou ao acesso ao mercado baseadas na proteção ambiental ameaçam os elementos jurídicos fundamentais dos regimes de livre comércio, p. 192-194. Gaines alerta contra o uso unilateral de sanções comerciais diante de ações ou omissões quanto ao meio-ambiente, onde "conditionality of trade is perilous in a realm such as environmental policy where multiple scientific, social, and political factors determine each country's or region's choice of environmental standards," p. 207.