



André de Paiva Toledo

DIREITO INTERNACIONAL
&
RECURSOS BIOLÓGICOS

D'PLÁCIDO
EDITORA

Direito internacional e recursos biológicos

André de Paiva Toledo



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2015, D' Plácido Editora.
Copyright © 2015, André de Paiva Toledo.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Tales Leon de Marco

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D' Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte - MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-002

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

Toledo, André de Paiva.

Direito internacional e recursos biológicos -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

Bibliografia

ISBN: 978-85-67020-56-1

1. Direito 2. Direito Internacional I. Título II. Direito Internacional III. Recursos Biológicos IV. André de Paiva Toledo

CDU349

CDD 342.2

Nacos de nuvem

No céu flutuavam trapos
de nuvem – quatro farrapos:

do primeiro ao terceiro – gente;
o quarto – um camelo errante.

A ele, levado pelo instinto,
no caminho junta-se um quinto.

Do seio azul do céu, pé ante
pé, se desgarra um elefante.

Um sexto salta – parece.
Susto: o grupo desaparece.

E em seu rasto agora se estafa
o sol – amarela girafa.

(Vladimir Maiakóvski, 1917-18, tradução de Augusto de Campos)

A minha querida sobrinha
Maria Luiza Toledo Coelho,
filha de Ana Rita,
neta de Ricardo e Lesa,
bisneta de Petita e Moacir,
trineta de Lulu e Bela,
bisavós de André, seu pai.

Agradecimentos

Este livro é o primeiro resultado de anos de pesquisa sobre temas de direito internacional dos recursos naturais, com ênfase aos aspectos ambientais da utilização econômica dos recursos biológicos, realizada em Paris, quando estive vinculado a Université Panthéon-Assas Paris II, sob a orientação do professor Charles Leben, para a construção e defesa da tese intitulada *Les grands enjeux contemporains du droit international des espaces maritimes et fluviaux et du droit de l'environnement : de la conservation de la nature à la lutte contre la biopiraterie* e fundada em uma discussão acerca dos problemas jurídicos da utilização quantitativa dos recursos biológicos internacionais, notadamente no que concerne aos recursos naturalmente dinâmicos.

Por isso, neste momento, preciso voltar no tempo e relembrar a importância de várias pessoas durante o processo, que vai da definição do tema e o consequente desenvolvimento do projeto de pesquisa até a edição definitiva deste livro. Nesse sentido, em um piscar de olhos, encontro-me na praça Afonso Arinos, em Belo Horizonte, em frente da Faculdade de Direito da UFMG – lugar que tive o privilégio de frequentar de 1998 a 2005, nos tempos de bacharelado e mestrado – para buscar as cartas de recomendação, assinadas pelos professores Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo – então diretor –, Arthur José de Almeida de Diniz e Bruno Wanderley Júnior. Essas cartas foram essenciais para a submissão de minha candidatura à bolsa de estudos do Programa Alban da Comissão Europeia, que me foi enfim concedida em fins de 2006.

Em janeiro de 2007, já em território francês, iniciei de fato o doutorado, levando a cabo pesquisas em diversas bibliotecas, que ao longo dos anos foram se tornando paulatinamente “gente amiga”, presentes nos bons momentos, mas também nas horas difíceis. Por isso, não posso deixar de mencionar as bibliotecas Cujas, Sainte-Geneviève, Centre Pompidou, Cité Universitaire de Paris, Institut des Hautes Études Internationales (IHEI) e Institut de

Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIÉS). No que concerne à gente amiga – sem aspas –, que me brindou com um convívio fundamental ao desenvolvimento da tese, devo agradecer, no âmbito da Sorbonne, além do professor Charles Leben, hoje professor emérito daquela instituição, ao professor Jean-Marc Sorel e à colega Virginie Tassin, quem, com muita honra, me substituiu na *Cérémonie des Docteurs* de 2013, ocorrida no teatro do Châtelet.

Na maior parte do tempo em que vivi em Paris, meu domicílio localizava-se no número 7 do Boulevard Jourdan, mais conhecido como Maison du Brésil de la Cité Universitaire de Paris, administrada à época pela diretora Inez Machado Salim com quem tive um excelente relacionamento, especialmente no período em que ocupei com muita honra a função de presidente do comitê de residentes daquele moradia universitária, no ano escolar de 2007-2008.

Os anos em que fiquei na Maison du Brésil foram essenciais para o desenvolvimento do entendimento de questões importantíssimas para a construção da tese de doutorado, mas, que, por estarem fora dos limites epistemológicos do Direito, não teriam sido facilmente apreendidas por mim. Não fossem os colegas das diversas áreas do conhecimento com os quais tive a satisfação de conviver, as conclusões da tese e, conseqüentemente, deste livro, nunca teriam sido alcançadas. Por este motivo, devo mencionar meus grandes interlocutores parisienses, em sua maioria brasileiros: o historiador Gustavo Alonso, os sociólogos Sara Bachner (nascida Cordeiro), Marco Aurélio Dias de Souza, Cristiano Sales e Flávio Sofiati; os químicos Bruno Leonardo Caetano, Renata Kaminski e Marina Magnani; o biólogo Ricardo Castilho Garcez; o analista de sistemas Óliver Dall’Bello Pessutto; o demógrafo Pery Teixeira; o geólogo Alexandro Rocha Scislewski; as juristas Taysa Schiocchet e Esther Schneider; a linguista Carolina Padilha Fedatto, tendo esta, ainda e por sorte minha, desejado se tornar minha esposa.

Para fechar os agradecimentos em solo gálico, recordando que a vida sempre tem seus momentos de júbilo e inquietação, lembro-me da professora de francês do Boulevard Auguste Blanqui, Jacqueline van de Beuque, quem, além de ensinar muito bem o idioma, mostrou-me como é possível ser alegre e sereno, em meio às grandes dificuldades inerentes ao cotidiano. Também tem papel de destaque a médica do hospital público universitário do Kremlin-Bicêtre, doutora Hafida Hassan, cuja assistência e cuidado com minha saúde são inesquecíveis. Além delas, forçosa é a menção à alegria dos momentos compartilhados com meus *potes* de Ivry-sur-Seine, franceses descendentes de imigrantes econômicos, Ivan Almeida (*in memoriam*) e Jérémy Rodrigues, que me brindaram com a oportunidade de conhecer o riquíssimo universo da periferia parisiense.

Na fase de redação da tese, de volta ao Brasil, trabalhando por vários meses de domingo a domingo, no interior de Minas Gerais, nas serras de

Campos Altos, tive a impagável ajuda da revisora Mélanie Fusaro, cujo trabalho, realizado nas montanhas de Grenoble, foi de tal forma de excelência, que permitiu à redação da tese ser reiteradamente elogiada pelos professores Myriam Benlolo Carabot, Rafaëlle Maison e Josette Beer-Gabel, que, junto com o orientador, compuseram a banca examinadora. Por esta razão, quando da tradução do texto para o português, decidi preservar ao máximo as características estéticas do texto em francês para que o leitor possa se aproximar ao máximo do que foi apresentado em Paris, em 25 de outubro de 2012. Em alguns momentos, o leitor, acostumado com os livros publicados no Brasil, pode estranhar a opção editorial adotada nesta obra. O que desejamos que se tenha em mente é a convicção de que cada palavra foi minuciosamente analisada e que se quer que a origem francesa do trabalho seja mantida dentro do possível. Nada está aqui por acaso.

Como dito, de volta ao Brasil, gostaríamos, por fim, de valorizar a importância de algumas pessoas e instituições, que, deste lado do Atlântico, estiveram na base de minha sustentação. Primeiramente, meus pais, Ricardo Assunção Toledo e Maria Teresa de Paiva, que me ensinaram não somente a importância da realização e defesa da justiça, mas especialmente a necessidade de se tomar posição concreta em vista disso. Depois, meus irmãos Ana Rita de Paiva Toledo e Thiago de Paiva Toledo, que sempre acreditaram no irmão mais velho. Se isso não bastasse, meu irmão tem sido o melhor substituto que o tabelião do 1º Ofício de Notas de Campos Altos poderia ter. *Last but not least*, confesso o quão interessante ficou minha vida depois que minha esposa, Carol, nela entrou para ficar, há quase cinco anos.

Belo Horizonte, 3 de outubro de 2014
84º aniversário da Revolução

Lista de abreviações

ADPIC.....	Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual que tocam o Comércio
BRIC.....	Conjunto formado por Brasil, Rússia, Índia e China
CDB.....	Convenção sobre a Diversidade Biológica
CDI.....	Comissão do Direito Internacional
CEE.....	Comunidade Econômica Europeia
CICOS.....	Comissão Internacional da Bacia do Congo-Oubangui-Sangha
CIJ.....	Corte Internacional de Justiça
CITES.....	Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da fauna e da flora selvagens ameaçadas de Extinção
CMB.....	Convenção de Montego Bay
CNUOI.....	Conferência das Nações Unidas para a Organização Internacional
CPE.....	Comitê para a Proteção do Meio Ambiente
CPJI.....	Corte Permanente de Justiça Internacional
EDF.....	Électricité de France (Eletricidade da França)
FAO.....	Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura
Fémis.....	Fundação Europeia de Ofícios da Imagem e do Som
FMI.....	Fundo Monetário Internacional
GATT.....	Acordo Geral sobre Tarifas aduaneiras e Comércio
IDHEC.....	Instituto de Altos Estudos Cinematográficos
IBRI.....	Instituto Brasileiro de Relações Internacionais
JORF.....	Journal Officiel de la République Française (Diário Oficial da República Francesa)
LRC.....	Leis Revisadas do Canadá

OAU.....	Organização da Unidade Africana
OCDE.....	Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos
OMC.....	Organização Mundial do Comércio
ONU.....	Organização das Nações Unidas
OPANO.....	Organização das Pescas do Atlântico Noroeste
OPEP.....	Organização dos Países Exportadores de Petróleo
OTAN.....	Organização do Tratado do Atlântico Norte
PNUE.....	Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente
RCADI.....	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye (Coleta dos Cursos da Academia de Direito Internacional da Haia)
RGDIP.....	Revue Générale de Droit International Public (Revista Geral de Direito Internacional Público)
RO.....	Recueil officiel du droit fédéral suisse (Coleta oficial do direito federal suíço)
TIGERS.....	Trade Infraction and Global Enforcement Recording System (Sistema de Registro de Aplicação Global e Infração Comercial)
UFMG.....	Universidade Federal de Minas Gerais
UNEP.....	United Nations Environment Programme (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente)
US.....	United States (Estados Unidos)
ZEE.....	Zona Econômica Exclusiva

Sumário

Prefácio à tese	19
Introdução	21
PARTE I: O FATO	41
1. Artificialidade e direito	43
1.1. O homem é o animal racional.....	43
1.2. O homem e a fronteira.....	51
2. Artificialidade e território	63
2.1. O território.....	63
2.2. O território terrestre.....	70
3. Demarcação da fronteira	75
3.1. A plataforma continental.....	75
3.2. A zona econômica exclusiva e o alto mar.....	82
3.3. Os cursos d'água.....	89
4. A naturalidade e o direito	95
4.1. A dinâmica fluvial.....	95
4.2. O ciclo hidrológico.....	104
4.3. A naturalidade não-ilícita.....	109
5. Vizinhança e intolerância	117
5.1. A vizinhança necessária.....	117
5.2. A concepção absolutista da soberania.....	126

6. Vizinhança e tolerância	139
6.1. Os direitos dos ribeirinhos.....	139
6.2. O dever de tolerância.....	146
7. Litígios sobre os recursos	153
7.1. Os litígios da globalização.....	153
7.2. Os litígios em água salgada.....	163
7.3. Os litígios em água doce.....	169
PARTE II: A TESE	177
8. Conservação da natureza	179
8.1. O interesse especial de conservação.....	179
8.2. O direito preferencial de pesca.....	189
9. Unilateralismo marítimo	203
9.1. O unilateralismo do Estado costeiro.....	203
9.2. A tradição canadense de intervenção unilateral.....	212
10. Interesse especial sobre os cursos d'água	223
10.1. O interesse especial de vizinhança.....	223
10.2. Os cursos d'água internacionais.....	229
11. Recursos dinâmicos marinhos	241
11.1. As espécies migratórias marinhas.....	241
11.2. Os catádromos e os anádromos.....	250
12. Cooperação e equidade	259
12.1. A cooperação internacional.....	259
12.2. A cooperação equitativa.....	267
13. Cooperação e recursos dinâmicos	277
13.1. A cooperação em água salgada.....	277
13.2. A cooperação em água doce.....	287
14. Comissões de pesca	293
14.1. Os aspectos formais.....	293
14.2. Os aspectos materiais.....	301

15. A abordagem da prevenção	309
15.1. O princípio da prevenção no direito internacional.....	309
15.2. O princípio da precaução no direito do meio ambiente.....	316
15.3. O princípio da precaução e a soberania.....	323
16. Igualdade limitadora da soberania	333
16.1. A igualdade soberana.....	333
16.2. A autolimitação soberana.....	338
Conclusão	347
Referências bibliográficas	357

Prefácio à tese

Na tese que hoje publica, André de Paiva Toledo se engajou em uma vasta reflexão sobre alguns dos grandes desafios contemporâneos do direito internacional. Trata-se do estatuto dos espaços marítimos e fluviais visto sob o ângulo do direito do meio ambiente. Para isso, ele não se contenta em abordar o assunto de modo técnico, como especialista do direito internacional. Em uma longa introdução, ele oferece uma reflexão geral sobre o direito, sua natureza, sua finalidade e seus desafios nos tempos da mundialização. A sequência da tese é consagrada mais especificamente à biopirataria considerada ao mesmo tempo como um fato ilícito internacional e como “a última sofisticação neocolonialista”. Está aí, para o autor, uma das maiores questões contemporâneas do direito internacional do meio ambiente. Trata-se, com efeito, de uma abordagem jurídica crítica que desenvolve De Paiva Toledo em relação ao estado atual do direito internacional. Este, apesar do papel cada vez mais importante dos Estados em desenvolvimento, e especialmente dos Estados emergentes como o Brasil, está sempre marcado pelos estigmas do neocolonialismo e do imperialismo. Este, por sua vez, sempre responsável por graves desequilíbrios que marcam a exploração, ou melhor, a sobre-exploração, dos recursos naturais e que não apenas perpetuam a desigualdade econômica entre nações soberanas, mas constituem também um grave perigo para a sobrevivência do planeta. O estudo é conduzido segundo uma abordagem dialética na qual o autor apresenta suas proposições para uma solução pacífica dos problemas internacionais. Esta solução passa necessariamente por uma obrigação de cooperação, de boa fé, entre Estados e por uma utilização equitativa de todos os recursos biológicos. Pode-se naturalmente ter opiniões divergentes tanto sobre o diagnóstico geral quanto sobre as propostas apresentadas. Pode-se ficar surpreso por certos conceitos apresentados por De Paiva Toledo, como o de uma abordagem “cinematográfica” da realidade e do direito, ou por seu enfoque crítico da teoria do Patrimônio comum da

humanidade. Mas é esta a função de uma tese: inovar na análise e submeter suas ideias ao exame da comunidade científica.

Charles Leben
Professor emérito da Universidade Panthéon-Assas (Paris 2)
Tradução de Carolina P. Fedatto

Introdução

O trabalho é um dos fatores de produção e uma atividade humana: o homem transforma artificialmente a natureza a fim de satisfazer uma necessidade. O trabalho é a condição específica do homem e está associado a certo nível de desenvolvimento tecnológico e à divisão da atividade de produção entre os diferentes membros de uma sociedade. Desta forma, o trabalho toma as formas particulares dos diversos meios de produção que surgiram durante toda a história da humanidade.

A tecnologia significa o conjunto de conhecimentos aplicados pelo homem sobre os recursos da natureza a fim de alcançar objetivos determinados. Os desenvolvimentos tecnológicos permitem muito frequentemente o aumento da produtividade do trabalho. Apesar da adoção de novas tecnologias no processo de produção – o que pressupõe uma adequação da mão-de-obra –, não há relação direta entre as técnicas utilizadas pela sociedade e o desenvolvimento cultural de seus membros. Muito pelo contrário, as desigualdades sócioeconômicas entre os membros de uma comunidade são obstáculos ao acesso de todos às inovações tecnológicas. O processo de desenvolvimento tecnológico não é um fenômeno contemporâneo, mas é percebido pelos homens, desde a utilização da pedra, como uma ferramenta de trabalho. Entretanto, o progresso da tecnologia é intensificado a partir da Revolução industrial do século XIX, especialmente com o desenvolvimento da mecanização do processo de produção.¹ Esta conjuntura tecnológica é responsável pela organização da estrutura produtiva e dos mecanismos de dominação econômica em nível nacional e internacional.²

¹ KOMLOS, John. Penser la révolution industrielle. *Histoire, économie et société*, 1996, 15^e année, n. 4, p. 623.

² BÉZY, Fernand. Hégémonie économique et domination par le commerce extérieur. *Tiers-Monde*, 1971, tome 12, n. 48, p. 814.

A divisão social do trabalho é o segundo aspecto das atividades econômicas do homem. Esta divisão é uma estratégia de produção fundada na distribuição das tarefas entre os membros de uma sociedade humana em relação à sua posição na estrutura social e nas relações de poder. Para os sujeitos de direito internacional, esta divisão do trabalho se faz em referência às desigualdades sócio-econômicas dos diversos Estados e segundo o controle soberano sobre as tecnologias e as matérias-primas. De fato, a divisão internacional do trabalho implica em uma divisão dos Estados em dois grupos: de um lado, os Estados do Norte que controlam a tecnologia sofisticada e os bens de capital; de outro, os Estados do Sul que fornecem as matérias-primas ao mercado internacional. O trabalho depende da materialidade dos recursos naturais. Estes funcionam no processo produtivo como a matéria-prima a partir da qual o homem pode interferir na realidade a fim de satisfazer uma necessidade ou um interesse, alcançando assim o objetivo desejado que era a motivação primeira de sua ação. O contato físico com esta realidade ou o acesso às matérias-primas é então o primeiro passo que homem deve dar para a realização de todo trabalho.

A Revolução industrial é de origem europeia. É o conjunto das transformações tecnológicas, econômicas e sociais que agitaram a Inglaterra a partir de 1750 e que permitiram o estabelecimento do sistema industrial e a difusão dos meios capitalistas de produção. No fim do séc. XIX, a expansão econômica e política do Reino Unido impulsiona-o a procurar novas fontes de matéria-prima e mão-de-obra além de seus limites territoriais. É o período histórico conhecido como a época do Imperialismo: tratava-se de aplicar a política internacional de dominação territorial dos Estados economicamente interessantes para empreender o mecanismo de produção de mercadorias.³ O Imperialismo consistia na associação das exportações de capitais com a conquista de fontes de matéria-prima e mercado.

De fato, entre 1870 e 1914, os Estados europeus repartiram entre si a quase totalidade do continente africano, e uma grande parte da Ásia foi ocupada pelos Estados do Norte, aí incluídos os Estados Unidos e o Japão. O problema é que todos os Estados imperialistas adotavam a mesma estratégia de acesso às matérias-primas dos demais Estados, mas, como o mundo físico é materialmente limitado, a concorrência entre os Estados industrializados, em vista do controle de territórios estrangeiros, causava sem cessar conflitos internacionais. As medidas políticas dos Estados são sempre a consequência da influência econômica do setor capitalista nacional e, no início do séc. XX, esta influência alcançava as esferas mais importantes dos governos. Um

³ KERR, Hamilton. La politique britannique en Extrême-Orient. *Politique étrangère*, n. 3, 1937, 2^e année, p. 248.

século de desenvolvimento econômico industrial foi suficiente para que os responsáveis pela produção nacional provassem a necessidade de ultrapassar os limites territoriais de seu Estado para assegurar o controle de matérias-primas e mercados mundiais.⁴ O planeta é assim repartido entre os Estados imperialistas que controlam suas áreas de influência, sempre preocupados com as ameaças estrangeiras pesando sobre os privilégios de ordem econômica. As relações internacionais fundadas na dominação territorial estrangeira criaram uma conjuntura de competição aberta entre os Estados do Norte, e de dependência dos Estados do Sul em relação àqueles do Norte. A tensão internacional estava elevada e a guerra tornou-se inevitável.

Em 28 de junho de 1914, o assassinato de Francisco Ferdinando da Áustria, em Sarajevo, precipitou os Estados imperialistas na I Guerra Mundial. Esta guerra teve fim em 11 de novembro de 1918, mas as disputas imperialistas estavam ainda longe de serem resolvidas. Alguns anos mais tarde, os mesmos Estados se enfrentaram novamente de 1º de setembro de 1939 a 15 de agosto de 1945, quando o imperador Hirohito anunciou a capitulação do Japão. Durante os trinta anos que separam as duas guerras mundiais, os Estados do Norte decidiram ter acesso aos recursos naturais dos Estados do Sul pela força, por meio da imposição armada de regimes coloniais às nações da América Central, África e Ásia. Este período representou também o momento onde o sistema colonialista tradicional começou a ser contestado por uma grande parte dos Estados do Sul. A Grande depressão econômica dos anos de 1930 mudou completamente as relações entre colônias e metrópoles, pois o preço dos recursos naturais do Sul havia caído ao nível mais baixo do mercado internacional.⁵ Mesmo a classe dirigente nacional dos Estados colonizados, que havia sempre se beneficiado das consequências político-econômicas da dominação imperialista estrangeira, havia mudado de posição política e começado a questionar a estrutura colonial.⁶ Pela primeira vez no séc. XX o colonialismo e a dependência foram rejeitados por um grande número de Estados.

As duas guerras mundiais inseriram os Estados do Norte, com exceção dos Estados Unidos e da União Soviética, numa situação econômica catastrófica: eles se tornaram a partir de então incapazes de manter o sistema cujas origens remontavam ao séc. XVI, quando das primeiras navegações ibéricas no Atlântico. Depois de 1945, a estratégia para obter da natureza as matérias-primas necessárias

⁴ PALLOIX, Christian. Impérialisme et mode d'accumulation international du capital. Essai d'une approche du néo-impérialisme. *Tiers-Monde*, vol. 15, n. 57, 1974, p. 246.

⁵ MAZIER, Jacques; BERTRAND Hughes; PICAUD, Yves; PODEVIN, Gérard. Les deux crises des années 1930 et des années 1970. Une analyse en sections productives dans le cas de l'économie française. *Revue économique*, vol. 33, n. 2, 1982, p. 268.

⁶ MAINIÉ, Philippe; BOULAY, J.; CARAUX, G. et al. Le développement, pour la masse ou pour une élite? *Économie rurale*, n. 99-100, 1974, p. 23.

ao setor capitalista industrial já não podia contar com o sistema colonial clássico. Os Estados Unidos, em particular, desenvolveram uma política externa baseada na liberalização do comércio e da integração dos mercados nacionais.⁷ Esta interdependência econômica entre os Estados foi justificada pela ameaça⁸ do sistema comunista de produção adotado na União Soviética desde 1917 e nos Estados a leste do Muro de Berlim a partir de 1961, após o fim da II Guerra Mundial. A criação da OTAN é um dos resultados da política externa estadunidense para um mundo bipolarizado.

Os novos Estados independentes da África e da Ásia tentaram estabelecer uma nova ordem mundial baseada na igualdade, no respeito e na cooperação internacional. O tempo da desigualdade, da violência, da injustiça, da perseguição arbitrária morrera com Hitler. A prática internacional mostrou que a retórica mudara após a queda do nazismo, mas o sistema de produção se mantivera o mesmo. Era uma estrutura econômica fundada na competição internacional para o acesso aos recursos naturais e aos mercados consumidores. Os Estados do Sul perceberam que o discurso de promoção da democracia dos Estados do Norte não correspondia com a prática internacional. A independência jurídico-política dos Estados da América tropical, da África e da Ásia não correspondeu a sua independência econômica. É essa lacuna entre teoria e prática que explica a existência das grandes questões contemporâneas do direito internacional do meio ambiente. Os interesses políticos dos Estados do Norte impulsionam seus agentes a respeitar juridicamente a soberania dos Estados, mas seus interesses econômicos, fundados na lógica da redução de custos de produção própria do capitalismo, incentivam-nos a violar juridicamente a soberania dos Estados. É esta contradição que alimenta, por exemplo, a sobre-exploração dos recursos naturais e a biopirataria. Esta é uma das bases contemporâneas do sistema das relações econômicas, financeiras e políticas que mantém os Estados do Sul subordinados aos Estados do Norte. Hoje, como desde o início do mercantilismo, o sistema de produção se alimenta da situação de dependência internacional, contrária aos princípios do direito internacional de natureza democrática.

No que concerne aos recursos naturais, o modelo da subordinação internacional continua a existir: alguns Estados do Sul participam da produção como fornecedores de matérias-primas baratas que os Estados do Norte transformam em manufaturas, que são em seguida exportadas àqueles mesmos Estados do Sul a preços elevados. Esta subordinação internacional

⁷ MARIAN, Nicolas. Nouvelle division internationale du travail et libéralisation des échanges. *Revue d'économie industrielle*, vol. 14, 4^e trimestre 1980. Vers une nouvelle division internationale du travail, p. 72.

⁸ COUTAU-BÉGARIE, Hervé. Christoph Bertram (dir.). La menace soviétique. *Politique étrangère*, 1982, vol. 47, n. 1, pp. 218-219.

mantém as desigualdades econômicas entre os Estados, o que é típico de um sistema colonial.

A desigualdade econômica entre os Estados é, simultaneamente, o fundamento e a consequência inerentes ao sistema capitalista de tipo colonial sobre o qual se funda a biopirataria. A diferença internacional em matéria de tecnologia separa os Estados em dois grupos. De um lado, há os Estados tecnologicamente desenvolvidos capazes de transformar suas matérias-primas em bens econômicos. Do fato de que a maioria dos países desenvolvidos localiza-se no hemisfério Norte do planeta, este grupo é normalmente designado como os Estados do Norte. Por outro lado, no grupo dos Estados do Sul, encontram-se os Estados em desenvolvimento tecnológico que não são capazes de produzir bens econômicos no ritmo ou com a qualidade encontrada no Norte.⁹ É por isso que as mercadorias do primeiro grupo são mais valorizadas e, portanto, os Estados desenvolvidos podem, a cada dia, aumentar os investimentos em sua produção.

O crescimento produtivo encontra, entretanto, limites materiais. A primeira condição para a produção industrial é o acesso às matérias-primas que serão transformadas pela aplicação tecnológica do trabalho em bens econômicos. Essas matérias-primas se encontram, necessariamente, na natureza, que é em si uma realidade material. Portanto, deve-se buscar na natureza os recursos essenciais para a produção econômica.

O problema é que os territórios dos Estados desenvolvidos não são grandes o suficiente para que sejam encontradas ali todas as matérias-primas necessárias ao setor produtivo nacional. Vontade e realidade sendo duas coisas bem diferentes, os Estados do Norte decidiram procurar as matérias-primas independentemente de sua localização. Esta corrida por recursos naturais é a famosa justificação do colonialismo a partir do séc. XVI e, a partir do séc. XIX, do Imperialismo, que levou o mundo às duas Guerras Mundiais.¹⁰

A tragédia humanitária apresentada no palco europeu durante a primeira metade do séc. XX demonstrou a necessidade de recriar as relações internacionais a partir de um discurso mais equitativo e homogêneo, respeitando a heterogeneidade do diálogo entre os Estados. A introdução da Liga das Nações, pelo Tratado de Versalhes¹¹ de 1919 e a criação da ONU, em 1945, são os resultados mais visíveis da tentativa de uniformizar juridicamente as relações internacionais, assegurando o respeito à igualdade e aos

⁹ ASKENAZY, Philippe. Commerce Nord-Sud, inégalités et croissance endogène. *Revue économique*, vol. 48, n. 5, 1997, p. 1.220.

¹⁰ HOBBSBAWN, Eric. *A Era dos Impérios – 1875-1914*. Tradução Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, pp. 88-123.

¹¹ *Traité de paix entre les Alliés et les Puissances associées et l'Allemagne, signé le 28 juin 1919, à Versailles. JORF*, le 11 janvier 1920, p. 458.

direitos soberanos dos Estados. Vê-se, assim, no seio da Assembleia Geral da ONU “la formulation du droit de la décolonisation”¹² que chegará à *Declaração sobre a concessão de independência aos países e povos coloniais*, publicada na resolução 1514 (XV)¹³, de 14 de dezembro de 1960.

Esta nova fase do direito internacional, nascida em resposta às ideologias totalitárias, não era mais possível prever juridicamente a existência de povos sobre os quais a “‘mission sacrée’ de civilisation”¹⁴ dos Estados devia ser implementada. Ao contrário, eles devem respeitar as diferenças culturais para, finalmente, dar origem a uma era de paz e tolerância entre os povos. Para tanto, era necessário agir em favor da igualdade entre as nações do mundo. Porém, no nível econômico, tratava-se de reconhecer “le droit des peuples à disposer de leurs ressources naturelles (lié aux obligations qui découlent de la coopération économique internationale), ‘droit inaliénable à la pleine liberté, à l’exercice de leur souveraineté et à l’intégrité de leur territoire national’.”¹⁵

A ordem jurídica internacional, baseada na liberdade e na igualdade de todas as nações, impôs uma nova dificuldade ao acesso aos recursos naturais no exterior pelos agentes econômicos dos Estados desenvolvidos, isto é, a obrigação de ter em conta os interesses do Estado onde a matéria-prima encontra-se naturalmente. Deve-se então dar lugar a uma negociação que, por natureza, deve beneficiar todas as partes. A fim de não ser obrigado a estabelecer a comunicação com os Estados de origem, no que concerne aos recursos biológicos, alguns Estados recorrem a práticas ilegais de transferência transfronteiriça artificial dessas matérias-primas do Sul para o Norte. A transferência transfronteiriça artificial dos recursos biológicos em violação dos direitos soberanos do Estado de origem é o que se chama de *biopirataria*.

A biopirataria é assim um mecanismo colonial dos mais perversos porque se encontra à margem do direito. Esta é uma estratégia colonialista, na medida em que os Estados desenvolvidos desejam ter acesso às riquezas biológicas dos Estados em desenvolvimento, sem permitir contrapartidas. A falta de vontade em repartir os benefícios da exploração econômica da natureza entre todos

¹² VIRALLY, Michel. Droit international et décolonisation devant les Nations Unies. *Annuaire français de droit international*, vol. 9, 1963, p. 512. “A formulação do direito à descolonização” (tradução nossa)

¹³ Assemblée Générale des Nations Unies. *Déclaration sur l’octroi de l’indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*. Résolution 1514 (XV), le 14 décembre 1960.

¹⁴ VIRALLY, Michel. Droit international et décolonisation devant les Nations Unies. *Annuaire français de droit international*, vol. 9, 1963, p. 513. “‘missão sagrada’ de civilização” (tradução nossa)

¹⁵ VIRALLY, Michel. *Op. cit.*, p. 519. “o direito dos povos a dispor de seus recursos naturais (vinculado às obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional), ‘direito inalienável à liberdade plena, ao exercício de sua soberania e à integridade de seu território nacional.’” (tradução nossa)

os Estados juridicamente envolvidos prova que o objetivo do setor produtivo internacional é seguir as regras do mercado liberal, minimizando ao máximo os custos de produção. No entanto, a implementação dos mecanismos colonialistas de acesso aos recursos naturais tem como consequência a manutenção das desigualdades entre os Estados e, assim, a heterogeneidade e a assimetria do sistema econômico atual. A biopirataria é assim uma estratégia de acesso clandestino que permite aos Estados interessados ter o controle dos recursos naturais, sem a obrigação de partilhar os benefícios da exploração com os outros Estados envolvidos.

Os principais temas contemporâneos do direito internacional econômico do meio ambiente estão, desta forma, intimamente ligados à escassez de recursos naturais. O planeta não é infinito e, portanto, a natureza e os seus recursos também não o são. Se, em hipótese, eles fossem materialmente ilimitados, não haveria litígios sobre isso. É a necessidade que cria o conflito.

O crescimento produtivo encontra, assim, inexoravelmente, os limites materiais na natureza. Embora os sujeitos econômicos disputem espaço no mercado mundial em vista de um lucro imaterial cada dia maior, a quantidade de recursos naturais disponível permanece sempre a mesma, em razão de sua essência material. A incompatibilidade absoluta entre o crescimento econômico ilimitado e a quantidade limitada de matérias-primas é a razão pela qual o sistema de produção industrial contemporânea pressiona a natureza à exaustão.

Esta urgência ecológica torna-se ainda mais significativa quando se verifica que uma grande parte da população mundial ainda não tem sido capaz de garantir o acesso a bens e serviços mais elementares, como água potável, alimentação, cuidados de saúde e educação. A Assembleia Geral da ONU reconheceu, por exemplo, em 2000, a gravidade das desigualdades sócio-econômicas entre os Estados, quando decidiu através da *Declaração do Milênio*¹⁶ reduzir pela metade, até 2015, “la proportion de la population mondiale dont le revenu est inférieur à un dollar par jour et celle des personnes qui souffrent de la faim et de réduire de moitié [...] la proportion des personnes qui n’ont pas accès à l’eau potable”¹⁷. A miséria está aí e os recursos naturais se esgotam mesmo assim, o que demonstra bem a evidente má distribuição dos bens econômicos no mundo. Embora uma grande parte da humanidade esteja em vias de começar a desfrutar dos direitos sociais,

¹⁶ Assemblée Générale des Nations Unies. *Déclaration du Millénaire*. Résolution 55/2, le 8 septembre 2000.

¹⁷ Assemblée Générale des Nations Unies. *Op. cit.*, principe 19. “a proporção da população cujo rendimento é inferior a um dólar por dia e aquela de pessoas que passam fome e reduzir pela metade [...] a proporção de pessoas que não têm acesso à água potável”. (tradução nossa)

políticos e econômicos mais fundamentais, a materialidade sobre a qual o homem trabalha já se esgota devido à sobre-exploração dos recursos naturais.

Está-se diante de uma problemática jurídica de ordem quantitativa, isto é, a conservação da natureza e a luta contra a biopirataria são grandes desafios contemporâneos do direito internacional do meio ambiente em matéria de gestão quantitativa dos recursos naturais, apesar de que, em relação à conservação, o aspecto qualitativo seja também muito importante, como o demonstram os debates sobre a poluição.

O reforço do cumprimento das normas jurídicas internacionais em vigor sobre o meio ambiente faz com que os Estados possam colocar em uso os recursos naturais de forma a proteger a natureza e respeitar os interesses de todos os membros da comunidade internacional. “Ainsi une ressource limitée sera inévitablement épuisée si une règle autre que celle de la libre volonté des parties n’est pas édictée et mise en œuvre.”¹⁸ Está então de acordo com o direito internacional a ação dos Estados de forma a garantir que a natureza possa continuar a ser a matéria-prima do homem e que a igualdade soberana dos Estados possa ser assegurada.

Queremos aqui discutir precisamente a questão da gestão quantitativa dos recursos biológicos na prática de membros da comunidade internacional cada vez mais globalizada após a queda da União Soviética, em 1991, e analisar, do ponto de vista jurídico, seus elementos constitutivos. O objetivo é dar uma visão geral do que esta prática, conhecida há certo tempo, mas ainda não abordada pelos autores do direito internacional no que concerne ao sistema que integra a sobre-exploração e a biopirataria, significa para o direito internacional do meio ambiente. É por isso que decidimos estudar todas as formas de acesso internacional aos recursos biológicos, notadamente os recursos naturais dinâmicos¹⁹ que fazem parte simultaneamente do território de vários Estados.

O direito é um fenômeno objetivo em constante mutação, que se realiza na história por desdobramentos dialéticos. Diante do fato histórico, o homem tenta assegurar o futuro, prevendo hipoteticamente normas que devem ser respeitadas pela generalidade dos membros de uma sociedade. Entretanto, o indivíduo permanece livre para escolher agir antiteticamente ao que diz a norma. Neste caso, o homem em sociedade reagirá à ação antitética individual respondendo juridicamente à violação de uma obrigação pelo indivíduo.

¹⁸ FALQUE, Max. Protéger l’environnement: gestion patrimoniale et/ou nouvelle économique des ressources. *Politiques et management public*, vol. 10, n. 1, 1992, p. 13. “Assim um recurso limitado será inevitavelmente esgotado se uma regra diferente da livre vontade das partes não for editada e implementada.” (tradução nossa)

¹⁹ Os recursos biológicos naturalmente dinâmicos são aqueles que por sua constituição física podem realizar movimentos espontâneos, em oposição àqueles que são por natureza estáticos.

Diante deste novo fato histórico, o homem tenta adaptar hipoteticamente a norma para que o indivíduo escolha agir como deve.

Os sujeitos de direito agem sempre para satisfazer suas necessidades e desejos, mas eles devem conformar a ação individual à vontade socialmente positivada na norma jurídica pertinente. O direito internacional, assim como os ordenamentos jurídicos nacionais, possui uma característica instrumental segundo a qual os sujeitos de direito podem coletivamente encorajar ou inibir a ocorrência de fatos, de acordo com seus valores. A norma jurídica contém um comando do que deve ser feito e do que não deve ser realizado pelos sujeitos de direito.

No que se refere mais particularmente ao direito internacional, os Estados criam normas jurídicas onde se encontram declarações de vontade coletivamente tomadas, vinculando juridicamente os Estado em vista da realização de relações internacionais ideais. A norma jurídica internacional determina que, na ocorrência de um fato hipotético, na medida em que se torna um fato histórico, dá-se origem à incidência normativa, conforme a teoria da *subsunção*²⁰ de Ataliba. Desta incidência normativa, o fato histórico torna-se um fato jurídico suscetível de produzir uma consequência jurídica, hipoteticamente prevista na norma jurídica.

A realidade jurídica internacional é então composta por quatro facetas distintas. A primeira diz respeito à materialidade histórica onde os Estados estabelecem as relações de fato entre si e a natureza que os rodeia. Os Estados, representados por homens, querem interferir pelo trabalho na realidade natural, causando implicações históricas. Estas são a causa de vários problemas práticos cuja resolução é uma prioridade para os membros da comunidade internacional.

Ao se basear no fato, o primeiro momento da experiência jurídica, os Estados formulam normas jurídicas que indicam geralmente e abstratamente o que eles desejam que seja o futuro histórico da comunidade internacional. A história constitui o fato sobre o qual a norma é sempre formulada, seja no âmbito interno, seja no âmbito internacional. Os Estados buscam fornecer uma orientação jurídica para a realização de um fato individual hipoteticamente previsto, dentro dos limites coletivamente impostos.

Trata-se da segunda faceta da realidade jurídica internacional, quando os Estados formulam, na forma de teoria, as normas capazes de conformar hipoteticamente os fatos históricos àquilo que eles desejam para o seu futuro. É a etapa da tese da experiência jurídica onde os Estados imaginam soluções a fim de atender a seus desafios quotidianos. O desenvolvimento de estruturas normativas é suficiente para o controle da realidade histórica, se, teoricamente,

²⁰ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, 209 p.

todos os Estados decidirem respeitar o direito internacional. Neste caso, o *ser* corresponderá, *ipsis litteris*, ao *dever-ser*. O fato corresponderá à norma.

Chega-se então à etapa da criação pelos Estados de padrões obrigatórios de uma realidade histórica ideal, fundada na noção do justo (“*fin de la loi*”²¹), do bom, da equidade (“*âme de la loi*”²²) e da felicidade. Se o sujeito de direito internacional age de acordo com a hipótese normativa, o fato jurídico encontra-se então, objetivamente, de acordo com o direito, isto é, ele é então internacionalmente lícito.

A aplicação de uma norma jurídica internacional, quando ela é materializada em um fato histórico, pode produzir várias consequências no que concerne a sua extensão. Deve-se sempre definir *in concreto* as consequências jurídicas abstratamente previstas quando da realização de um fato hipoteticamente descrito na norma. As particularidades concretas de cada fato histórico são condições para a compreensão do fenômeno jurídico.

A liberdade de escolha caracteriza a ação humana. O Estado deve obedecer às teses formuladas expressamente nas normas jurídicas elaboradas coletivamente, mas é sempre livre para escolher, em função do que ele considera ser um valor, o conteúdo de sua ação. Esta pode inclusive ser contrária à norma jurídica internacional, o que é, por consequência, um fato contrário ao direito internacional ou de um fato internacionalmente ilícito, suscetível de comprometer a responsabilidade do Estado. É o momento antitético da experiência jurídica. A antítese é a terceira faceta da realidade do direito.

Uma vez que há um fato histórico, ele pode se tornar por *subsunção* um fato jurídico lícito ou ilícito. Independentemente de seu caráter, isso implicará em uma consequência normativa, que é a síntese da dialética tridimensional do direito, em conformidade com a teoria jusfilosófica de Reale²³. A síntese é a quarta e última faceta da realidade jurídica.

Quando de sua objetivação na realidade, a síntese jurídica torna-se também e simultaneamente um fato histórico suscetível de ser tomado como o primeiro momento de uma nova experiência dialética de formação e aplicação do direito internacional. A síntese de uma experiência jurídica é o fato histórico da experiência seguinte. Mas, uma vez que a realidade jurídica torna-se um conjunto uniforme de diferentes experiências jurídicas, ela implica que haja em si a consubstanciação axiológica do fato e da norma.

A conservação da natureza e o respeito aos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos biológicos são objetivos dos Estados, que criam as normas jurídicas internacionais, cuja incidência sobre um fato histórico antitético

²¹ KRYNEN, Jacques. *L'emprise contemporaine des juges*. L'État de Justice: France, XIII^e- XX^e siècle, vol. 2. Paris: Gallimard, 2012, p. 41. “fim da lei”. (tradução nossa)

²² KRYNEN, Jacques. *Op. cit.*, *passim*. “alma da lei”. (tradução nossa)

²³ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, 161 p.

ao que garante hipoteticamente o ordenamento jurídico contemporâneo acerca do mecanismo de acesso, utilização e transferência transfronteiriça artificial²⁴ dos recursos naturais, causam, em síntese, sua ilicitude. Enquanto que a sobre-exploração dos recursos biológicos é relativa à conservação de quantidades de bens naturais suficientes para a realização do trabalho das próximas gerações humanas, a biopirataria diz respeito à violação do princípio da soberania territorial do Estado, graças ao acesso clandestino de quantidades de um recurso biológico que se encontram no seu território. São assim a síntese jurídica da dialética abstrata existente entre a tese normativa e a antítese histórica fundada sobre um fato material.

Convém aqui fazer uma observação sobre a natureza jurídica da transferência transfronteiriça ilícita. A biopirataria é o resultado de um movimento sempre artificial em oposição aos vários movimentos espontâneos realizados naturalmente nos ecossistemas, que não podem jamais ser considerados como fatos ilícitos. Na medida em que, no planeta, existem recursos biológicos que, em razão de suas características físicas intrínsecas, podem realizar movimentos transfronteiriços espontâneos sem a intervenção voluntária do homem, também conhecidos como transferências transfronteiriças naturais, que em nada se assemelham à biopirataria, o direito internacional do meio ambiente deve ser desenvolvido de modo a verificar o caráter artificial do fato histórico para encontrar sua ilegalidade. É por isso que a análise prévia do caráter artificial do fato concernente é indispensável à discussão sobre a utilização irregular dos elementos da natureza.

Como é necessário definir previamente a natureza artificial de uma ação de transferência transfronteiriça de recursos biológicos, nossa reflexão começa com uma discussão filosófica²⁵ sobre o papel do homem na natureza, que permite definir o ser humano como sujeito de direito e agente racional, mas também e ao mesmo tempo, como componente da natureza, comportando-se por instinto. Quando o homem age racionalmente, visando um propósito consciente para satisfazer uma necessidade de ordem cultural, o resultado é artificial. Ao agir para responder a uma necessidade instintiva irracional, ele faz parte da natureza e se comporta como um animal. Assim, o homem é o

²⁴ A transferência transfronteiriça artificial tem lugar quando um bem natural muda de coordenadas geográficas territoriais em seguida a uma ação humana voluntária. A transferência natural tem lugar, por sua vez, quando um bem natural muda de coordenadas geográficas territoriais em seguida a uma ação humana involuntária ou a um movimento espontâneo do próprio recurso natural.

²⁵ Esta discussão filosófica prévia sobre o papel do homem na natureza é necessária porque ela pode diferenciar a ação artificial do comportamento natural que o ser humano é capaz de praticar. A biopirataria é o resultado da transferência transfronteiriça artificial de recursos biológicos. Logo, é necessário que a intervenção humana seja consciente, o que é uma exclusividade das ações e não dos comportamentos.

animal racional capaz de ocupar um espaço existencial híbrido onde pode compreender a realidade material de forma abstrata através da aplicação da noção exclusivamente humana de espaço-tempo. O homem observa de fora da natureza os desdobramentos da história, o que lhe permite agir conscientemente sobre os objetos naturais para alcançar um resultado futuro. A ação de transformação consciente da natureza pelo homem é um dos fatores de produção, a saber, o trabalho. Os outros animais se comportam exclusivamente por instinto. A vontade de agir é uma faculdade racional. Exceto o homem, os animais não agem por vontade. Logo, eles têm tampouco consciência das implicações dos fatos de que participam.

O direito também é uma criação da racionalidade humana. O ordenamento jurídico é um objeto da consciência do homem: o direito é artificial. Os Estados também são objetos criados a partir de uma construção jurídica. Eles são tão artificiais quanto o direito. Os Estados não existem na realidade natural, eles existem apenas na racionalidade humana. O território do Estado é, por sua vez, o espaço natural sobre o qual se pode exercer seu poder soberano exclusivo, que também é uma noção de direito. Assim, o território é o espaço natural artificializado pelo direito que, por sua vez, é um resultado da consciência racional do homem.

O território de um Estado é formado pelo espaço terrestre, aéreo e marítimo. As águas doces podem fazer parte do espaço terrestre enquanto objeto natural no estado líquido ou sólido, enquanto que constituem parte do espaço aéreo, quando em estado gasoso. O espaço marítimo é, por exemplo, dividido em diversas áreas jurídicas autônomas, como o mar territorial, a zona econômica exclusiva, a plataforma continental e o alto mar. Cada uma dessas áreas marítimas está sujeita a um regime de gestão específico que lhe garante uma individualidade jurídica. O território é, portanto, um resultado do direito obtido a partir da incidência da hipótese normativa sobre um fato formado por um conjunto de objetos naturais.

A noção jurídica de território dependente da configuração natural dos espaços físicos, a ordem normativa criada pelo homem deve prever a existência dos fenômenos dinâmicos da natureza para ser capaz de prever soluções jurídicas que levem em consideração a realidade dos comportamentos do bens naturalmente moventes, suscetíveis de interferir na ordem jurídica internacional artificialmente concebida. A natureza, ao contrário dos objetos artificiais, está essencialmente e constantemente em movimento – em particular os cursos d'água e as espécies migratórias de animais. As águas e os animais podem atravessar naturalmente vários territórios. Isso significa que esses recursos biológicos estabelecem um movimento juridicamente importante sem ter consciência de seu comportamento. Esses recursos reagem inconscientemente aos estímulos da natureza sem medir as implicações

históricas (espaço-tempo) e políticas (poder) de seu comportamento.²⁶ Por esta razão, os fatos da natureza não são jamais antijurídicos.

A comunidade internacional é composta de vários Estados, que são sujeitos de direito internacional. Cada Estado é uma pessoa de direito internacional e sua individualidade lhe permite agir historicamente. Isso significa que cada Estado da comunidade internacional é um indivíduo histórico capaz de estabelecer relações com outros Estados e causar repercussões sobre a natureza quando da realização de um trabalho humano. Como os Estados são formados materialmente pelos territórios, existe uma vizinhança natural, própria à existência material do corpo territorial dos Estados. O território é uma noção jurídica derivada da divisão normativa dos espaços físicos, realizada por diferentes sujeitos de direito internacional público. Os Estados são, portanto, indivíduos obrigados a levar em consideração a existência material dos outros Estados antes de empreender uma ação de caráter nacional.

O direito, ao contrário da natureza, é um objeto artificial estático. Isso quer dizer que, como o direito existe, ele tende a permanecer estático em relação à fluidez da realidade material sensível. O direito é a tentativa do homem de compreender a realidade através de um olhar exterior ao fato que lhe é importante. Este olhar se caracteriza pela análise racional temporalmente segmentada dos fenômenos reais. É por esta razão que o intérprete, do ponto de vista jurídico, não leva em conta a unidade fluida da história, mas um instante distante da vida, que deve ser minuciosamente descrito. Esta segmentação leva necessariamente a uma visão estática dos fenômenos da natureza. Definir-se-á então o fenômeno normativo como um mecanismo de imobilização artificial da realidade dinâmica da natureza. As noções próprias ao direito são, assim, substancialmente estáticas. A soberania enquanto conceito político-jurídico possui também a essência estática sujeita a observar a realidade histórica por um viés igualmente estático. O território ou espaço natural artificializado pelo direito é a base física sobre a qual o Estado pode exercer livremente sua soberania, que deve ser exclusiva. Não se pode ter uma sociedade de pessoas livres, se um membro se confunde com os outros, criando um contexto onde existências jurídicas individuais encontram-se, simultaneamente, sobre a mesma base territorial. A individualidade pressupõe assim a exclusividade da soberania do Estado.

A exclusividade da soberania do Estado sobre seu território em associação com a imobilidade essencial da incidência da norma jurídica sobre o fato da natureza implica necessariamente em uma interpretação jurídica da realidade histórica de tipo instantâneo²⁷, isto é, uma visão estática do meio

²⁶ RICHARD, Gaston. Espace, temps, comportements. *Communications*, vol. 41, 1985, p. 147.

²⁷ Esta ideia do caráter instantâneo do fenômeno normativo será melhor tratada durante o desenvolvimento da discussão teórica.

ambiente. A incompatibilidade fundamental entre a dinâmica da natureza e a imobilidade do direito é a fonte de problemas e controvérsias entre os Estados, fundadas na gestão nacional dos recursos biológicos internacionais. Os conflitos internacionais sobre a utilização dos objetos da natureza têm motivado a criação de um conjunto de normas jurídicas suscetíveis de assegurar a equidade internacional e a preservação da natureza.

Durante os anos de 1990, os Estados desenvolveram conjuntamente normas do direito internacional do meio ambiente mais bem adaptadas aos valores compartilhados pelos Estados que compõem a ideia de comunidade internacional. Essas normas adaptaram o sistema jurídico clássico, em vigor até então, aos desafios ambientais de um mundo globalizado unipolar, com o intuito de garantir o respeito aos direitos de cada sujeito jurídico e a conservação da natureza. Nesse contexto, o conceito jurídico de interesse especial de gestão e conservação pôde ser criado. Também o princípio da cooperação foi reforçado, tornando-se uma obrigação jurídica internacional universalmente válida.²⁸ Os Estados devem assim cooperar a fim de alcançar os objetivos comuns expressamente estabelecidos no direito internacional. No que concerne aos recursos biológicos dinâmicos internacionais, o direito internacional reconhece um conjunto de normas consuetudinárias pelas quais os Estados comprometem-se a se comunicar em espírito de cooperação e boa-fé para determinar os direitos e as obrigações nacionais acerca da gestão e da conservação dos recursos naturais que fazem parte do território de dois ou mais Estados.²⁹

O fundamento do princípio da cooperação é o dever de cada Estado de não permitir que seu território seja fonte de repercussões sensíveis sobre os direitos soberanos de outros Estados. A utilização de seu território por um Estado é, portanto, limitada pela existência dos direitos de seus vizinhos. Os direitos de outros sujeitos jurídicos delimitam o exercício do direito individual por um indivíduo. O Estado deve então exercer sua soberania de modo a não violar a obrigação de respeitar as soberanias dos Estados vizinhos. Ele deve prever as consequências de suas ações para evitar a ocorrência de repercussões sensíveis sobre os direitos soberanos dos outros Estados. O princípio jurídico da prevenção existe para proteger os Estados do exercício abusivo dos direitos por parte de um Estado vizinho. Por consequência, o princípio da prevenção pôde ser juridicamente desenvolvido e é atualmente uma das principais normas do direito internacional

²⁸ KISS, Alexandre-Charles. La coopération paneuropéenne dans le domaine de l'environnement. *Annuaire français de droit international*, vol. 25, 1979, pp. 719-720.

²⁹ McCAFFREY, S. C. Troisième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation. *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1987, p. 47.

do meio ambiente.³⁰ Mas, em associação com a prevenção, também se desenvolveu o princípio da precaução, segundo o qual, em caso de incerteza sobre a importância da repercussão transfronteiriça de uma ação nacional, o Estado que detém a competência funcional para gerir o exercício desta ação, deve abandonar ou impedir a execução do projeto. A mera possibilidade de causar um prejuízo aos direitos do vizinho é suficiente para obrigar o Estado de origem do projeto a adaptá-lo ou não o realizar.

A prática demonstra, contudo, que, no que diz respeito à utilização nacional dos recursos biológicos internacionais, os Estados não levam em conta os interesses dos Estados vizinhos em caso de recursos internacionalmente compartilhados. Em regra, eles recorrem à interpretação estrita e instantânea típica dos fenômenos jurídicos para justificar o abuso de direito. Isso significa que um Estado exerce seus direitos soberanos sobre o recurso biológico internacionalmente compartilhado para além dos limites estabelecidos juridicamente pela incidência normativa do princípio da soberania em uma coletividade de Estados juridicamente iguais. Esta utilização ilimitada e absolutista da soberania sobre um território, sem levar em conta a importância das repercussões sobre a soberania de outros Estados, é o que se chama de abuso de direito – uma prática justificada juridicamente pela interpretação de que os fenômenos de natureza são, como o próprio direito, objetos juridicamente estáticos no momento da ação.

Sustentamos que se deve interpretar juridicamente os fenômenos dinâmicos da natureza por uma abordagem mais ampla, suscetível de ultrapassar os limites estritos do imediatismo jurídico do qual decorre o abuso de direito. Isso significa que se deve, juridicamente, levar em consideração o fato de que os recursos biológicos internacionais são materialmente interdependentes para que seja captada a integralidade do objeto.

A necessidade de uma abordagem mais distante dos fenômenos naturais pelo direito depende essencialmente da cooperação internacional, pois todos os Estados ribeirinhos da área de repartição de um recurso biológico possuem direitos soberanos sobre uma porção da unidade física do bem da natureza. Os direitos soberanos de cada Estado ribeirinho são em si limites aos direitos soberanos dos outros Estados ribeirinhos, em uma espécie de autolimitação recíproca da soberania territorial. O costume, amplamente aceito pelos Estados, prevê que eles apliquem os princípios da prevenção e da precaução em suas ações nacionais, de modo a não causar prejuízo a outros Estados – pois isso corresponderia a uma repercussão sensível sobre os direitos soberanos

³⁰ YASTREBKOVA, Olga. Le droit de l'environnement dans la Russie postsoviétique: responsabilité et prévention des dommages. *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 38, 2007, n. 2. *Les mutations du droit et de la justice en Russie*, p. 131.

desses Estados – e seus ecossistemas. A conservação da natureza e a igualdade internacional são os fundamentos dos princípios da prevenção e da precaução, assim como da obrigação de não causar repercussão prejudicial ao meio ambiente de outros Estados. A autolimitação soberana implica assim o respeito dos direitos do outro e, portanto, a partilha de benefícios da utilização de um recurso internacionalmente compartilhado. Esse compromisso com o respeito à soberania alheia e a partilha de benefícios provenientes da exploração de um recurso biológico internacionalmente compartilhado infelizmente não faz parte do *modus operandi* dos Estados do Norte, onde o setor capitalista internacional é mais desenvolvido, ao ponto de poder empreender iniciativas juridicamente inconsequentes, sem se preocupar com as eventuais represálias, situação a que os Estados do Sul não podem se permitir.

O setor capitalista deseja obter os maiores lucros, minimizando os custos. Além disso, a divisão internacional da produção é fundamental para a manutenção do sistema neocolonista e, para tanto, é necessário que alguns sujeitos permaneçam economicamente dependentes de outros. A igualdade significa o fim das dependências recíprocas entre os sujeitos de direito, o que implica a supressão do sistema econômico no qual uma falta não é satisfeita que pela aquisição de um excedente detido por outro Estado. A igualdade significa o fim das necessidades. A igualdade econômica corresponderia ao fim das necessidades materiais não satisfeitas soberanamente. Enquanto o propósito do direito é a igualdade dos Estados, o objetivo do capitalismo é a desigualdade dos Estados por meio da indução da demanda. É por isso que, para que o sistema de produção capitalista possa existir, a igualdade jurídica não pode corresponder à igualdade econômica.

Para manter esta estrutura de produção fundada na dependência, no neocolonialismo e no subdesenvolvimento dos Estados do Sul, os agentes econômicos têm desenvolvido iniciativas nacionais e internacionais que não respeitam os direitos soberanos de diversos Estados. Entretanto, eles devem igualmente justificar em termos jurídicos suas ações. É assim que a teoria do patrimônio comum da humanidade torna-se, no contexto do acesso aos recursos biológicos, que se encontram naturalmente sob a jurisdição nacional de um Estado, a resposta às atividades de prospecção, que não levam em consideração os interesses dos Estados de origem do referido recurso – embora esta teoria seja muito importante para determinar o regime jurídico do fundo do mar, que é uma zona internacionalizada. Não se pode esquecer de mencionar também a existência de outras zonas internacionalizadas que, embora não sejam regidas estritamente pela ideia de patrimônio comum da humanidade, não deixam de ter com ela certa afinidade, como é o caso do alto mar e da Antártica.

A soberania permanece, apesar de tudo, sendo a norma fundamental do direito. Todos os Estados a possuem e estão, assim, legitimados a se envolver

juridicamente na ordem nacional e na ordem internacional. Esta possibilidade jurídica de engajamento jurídico está bem presente, por exemplo, no direito internacional do mar, que prevê a responsabilidade do Estado do pavilhão quando seus cidadãos exercem atividades econômicas em alto mar ou na zona econômica exclusiva de outro Estado costeiro. Trata-se de um tipo de compromisso do Estado, estabelecido por meio do direito internacional, em função da soberania reconhecida sobre os navios de pesca que se encontram em setores fora de seu espaço de jurisdição nacional. Além disso, os Estados são internacionalmente responsáveis pelas repercussões transfronteiriças das atividades implementadas no interior de seu espaço de jurisdição nacional, notadamente no que concerne à utilização dos cursos d'água internacionais e à poluição atmosférica. Essas atividades nacionais podem de alguma forma usurpar os direitos soberanos de outros Estados, tornando imediatamente tal utilização injusta³¹, prejudicial e ilícita.

A cooperação internacional é assim fundamental para criar compromissos entre os membros da comunidade internacional, que envolvem o respeito mútuo dos direitos soberanos de cada Estado ribeirinho de um recurso biológico internacionalmente compartilhado. Esses compromissos jurídicos são estabelecidos de boa-fé por parte dos Estados interessados em vista de uma utilização equitativa do bem coletivo. Mas os Estados ribeirinhos também devem concordar com os mecanismos jurídicos de conservação dos ecossistemas. Esses mecanismos de conservação devem ser estabelecidos por normas jurídicas, cujo descumprimento ameaçaria de extinção o recurso, em desfavor do interesse das gerações presentes e futuras.

A utilização contrária às normas jurídicas internacionais de conservação da natureza e respeito aos direitos soberanos de um Estado ribeirinho corresponde ao abuso de direito e à violação ao direito do Estado vizinho – um ato contrário ao direito internacional. A utilização abusiva por um Estado ribeirinho de uma quantidade do recurso biológico internacionalmente compartilhado é uma utilização ilícita (sobre-exploração ou biopirataria) em seu espaço de jurisdição. Apesar de estarem fisicamente sob a jurisdição do Estado, esses recursos biológicos compartilhados são, nos termos de direito, objetos que interessam os demais Estados ribeirinhos. A única maneira de

³¹ No direito internacional geral, prevê-se que a utilização lícita do recurso natural deve ser razoável e equitativa, conforme, por exemplo, o art. 5º, § 1º da Convenção sobre o direito relativo às utilizações dos cursos d'água internacionais para fins outros que a navegação, adotada em Nova York, em 21 de maio de 1997, que diz que “os Estados do curso d'água utilizam sobre os territórios respectivos o curso d'água internacional de maneira equitativa e razoável [...] levando-se em conta os interesses dos respectivos Estados do curso d'água, compatíveis com as exigências de uma proteção adequada do curso d'água.” (tradução nossa)

excluir desta ação seu caráter de ilicitude é agir em razão do direito internacional, dentro dos limites em que essa possibilidade é hipoteticamente prevista.

Ao analisar as fontes universais de direito internacional do meio ambiente, é possível definir um regime comum de utilização soberana dos recursos biológicos internacionalmente compartilhados, fundado na cooperação internacional. Os Estados ribeirinhos devem estabelecer um diálogo sobre os trabalhos nacionais realizados em uma porção jurídica nacional da integridade natural do bem internacional. Tal cooperação é regida pela boa-fé e pelo cumprimento dos princípios gerais do direito internacional. O Estado de origem do projeto deve então comunicar previamente os resultados do estudo de impacto ambiental ao Estado suscetível de sofrer as repercussões sensíveis para que este possa verificar soberanamente se o projeto é, para si, equitativo ou, ao contrário, se é contrário ao que determinam as normas jurídicas internacionalmente relevantes. Se a resposta dada de boa fé e que o projeto está em conformidade com o direito internacional do meio ambiente, o projeto é, portanto, internacionalmente lícito e trata-se evidentemente de uma utilização equitativa. A equidade é sempre em favor do direito.

Por sua vez, se o Estado considera que o projeto atenta contra o direito internacional, o projeto, de acordo com sua opinião individual, violaria as obrigações jurídicas soberanamente aceitas pelo Estado de origem do projeto e, portanto, poderia se tratar de uma utilização ilícita e iníqua. Diante disso, os Estados devem continuar a se comunicar para fixar *in concreto* os limites dos direitos soberanos pertinentes e os limites de conservação dos recursos naturais. No final desta fase bilateral, os Estados podem chegar a um acordo internacional para determinar o regime específico de utilização – a comunicação internacional, tornando assim lícito e equitativo o projeto do Estado de origem do empreendimento. Se os Estados não chegarem a um acordo, eles devem resolver esta controvérsia por intermédio de um órgão jurisdicional internacional qualquer.³²

No caso em que o Estado utiliza quantidades do recurso biológico internacional naturalmente dinâmico para além dos limites jurídicos internacionais, sem estabelecer uma comunicação com os demais Estados interessados, ele realiza uma espécie de transferência transfronteiriça artificial ilegal do recurso biológico, que pode ser representada pela sobre-exploração ou pela biopirataria. Da mesma forma, quando ele realiza a transferência transfronteiriça artificial do recurso biológico nacional estático que se encontra naturalmente sob a jurisdição do Estado vizinho, é isso também um caso de irregularidade,

³² McCAFFREY, S. C. Quatrième rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation. Doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2; *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, 1988, 1^e partie, paragraphes 15-26.

pois o recurso biológico deveria estar *naturalmente* sob a jurisdição nacional deste último. O recurso biológico deveria estar sob uma ordem jurídica diferente, mas não está. Esta não-correspondência entre o *ser* e o *dever-ser* é o cerne do fato ilícito internacional.

O trabalho é um dos fatores de produção e uma atividade humana: o homem transforma artificialmente a natureza a fim de satisfazer uma necessidade. O trabalho é a condição específica do homem e está associado a certo nível de desenvolvimento tecnológico e à divisão da atividade de produção entre os diferentes membros de uma sociedade. Desta forma, o trabalho toma as formas particulares dos diversos meios de produção que surgiram durante toda a história da humanidade.

[...]

No caso em que o Estado utiliza quantidades do recurso biológico internacional naturalmente dinâmico para além dos limites jurídicos internacionais, sem estabelecer uma comunicação com os demais Estados interessados, ele realiza uma espécie de transferência transfronteiriça artificial ilegal do recurso biológico, que pode ser representada pela sobre-exploração ou pela biopirataria. Da mesma forma, quando ele realiza a transferência transfronteiriça artificial do recurso biológico nacional estático que se encontra naturalmente sob a jurisdição do Estado vizinho, é isso também um caso de irregularidade, pois o recurso biológico deveria estar naturalmente sob a jurisdição nacional deste último. O recurso biológico deveria estar sob uma ordem jurídica diferente, mas não está. Esta não-correspondência entre o ser e o dever-ser é o cerne do fato ilícito internacional.

ISBN 978-85-67020-56-3



9 788567 020563



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br