

4 Comércio e Meio Ambiente no Nafta

Um dos desdobramentos da relação entre comércio e meio ambiente são os efeitos gerados pela inserção da questão ambiental nos Acordos Internacionais de Comércio. Seria de se esperar que o efeito desta aproximação fossem maiores graus de proteção ao meio ambiente. Este resultado, entretanto, não parece ser sempre alcançado. Ao contrário de instituições voltadas para a preservação do meio ambiente, os acordos de promoção ao comércio têm caráter estritamente comercial. Sua missão é promover o livre comércio de bens, garantindo mercado para produtores e industriais, e não proteger o meio ambiente. No caso do Nafta e da maioria dos acordos da nova geração¹⁷ um objetivo sempre presente é garantir a liberdade dos fluxos de investimento. Uma série de direitos são concedidos aos investidores como modo de garantir-lhes segurança em seus investimentos. A preservação ao meio ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável são inseridas nesses acordos por demandas de outras forças da sociedade civil, com apoio da opinião pública, que por meio de pressão conseguem inserir alguns dispositivos de proteção ambiental. Ocorre, porém, que a essência da matéria tratada não sofre alteração, o objetivo primordial de toda a movimentação é promover o comércio, os investimentos e criar regras comerciais.

As “leis de comércio”, conforme Mann (2000), condicionam todo o processo de elaboração da regulação ambiental¹⁸. Para elaborar suas regulações ambientais, os Estados signatários devem atentar para as disciplinas comerciais que foram negociadas. De acordo com as regras comerciais, os objetivos ambientais devem ser eleitos à luz da ciência, para não se converterem em

¹⁷ Valls (2001, p.124) define: “ O termo “nova geração” significa que o acordo não se resume a uma liberalização do comércio de mercadorias. Os novos temas são incluídos, assim como uma série de dispositivos referentes a: compras governamentais; serviços financeiros; telecomunicações; políticas de competição; medidas fitossanitárias, por exemplo.”

¹⁸ O autor estabelece uma divisão do processo de regulação ambiental em quatro etapas e analisa os impactos da lei comercial em cada uma delas: identificação dos problemas potenciais; levantamento dos riscos envolvidos; definição de um objetivo para conduzir a questão; e a escolha da ferramenta adequada para alcançar o objetivo traçado.

proteção de mercado. Após escolhidos os objetivos, os procedimentos para alcançá-los também devem obedecer a essa disciplina. A escolha das medidas ambientais a serem tomadas é afetada por praticamente todas as disciplinas de comércio aplicáveis ao meio ambiente. As ferramentas de proteção ambiental devem oferecer o menor impacto possível sobre o comércio e o acesso a mercados.

De acordo com Mann (*Op.cit.*), no tocante ao resultado dos painéis, enquanto a OMC solicita a adaptação da lei pelo governo derrotado no painel, as provisões do Nafta indicam a não-implementação ou a remoção da medida ambiental que tenha sido julgada como prejudicial ao livre comércio.

Para muitos países em desenvolvimento as cláusulas ambientais representam novas formas de protecionismo, fato que contrasta com as previsões de não-proteção geralmente constantes dos acordos. Enquanto seus textos tratam da não-utilização de medidas ambientais com propósitos protecionistas, o maior temor dos PEDs nas negociações ambientais em acordos comerciais é justamente este. Esse temor é fundado em experiências históricas dos PEDs, principalmente, no tocante à instituição dos direitos *anti-dumping*¹⁹. Como ilustra Von Moltke:

Arguably the greatest impediment to dealing with the environment is the deeply engrained perception of developing countries that this is a Northern issue, and their fear that it will —once again— only result in new barriers to their exports toward developed countries. This defensive attitude is justified to some extent by historical experience: Despite the efforts of the GATT/WTO, significant barriers to trade remain in the markets most important to developing countries. At the same time the deterioration of the terms of trade between commodity producers and the manufactures of the developed world appear to worsen inexorably.

Von Moltke, 1999, p. 24.

De fato, os acordos comerciais têm por objetivo a promoção do comércio, dos investimentos, mas não a proteção ambiental. O tema ambiental é tratado no Nafta em quatro capítulos: medidas sanitárias e fitossanitárias, estabelecimento e adoção de padrões comuns (*standard related measures*), investimentos e solução

¹⁹ Criados como forma de atenuar defeitos danosos de práticas desleais de comércio, atualmente são indiscriminadamente utilizados pelos EUA. A esperança de obter um tratamento menos unilateral por parte dos EUA, figura nos primeiros lugares da lista dos interesses que movem seus parceiros comerciais à buscar a integração.

de controvérsias (capítulos 7, 9, 11 e 20). Como visto anteriormente, esse tratamento foi considerado insatisfatório por diversas ONGs. Através de uma grande pressão exercida pelas ONGs, o governo norte-americano foi levado a negociar um acordo paralelo, que não alterasse a estrutura já definida do Nafta, para tratar a questão ambiental. O Acordo para a Cooperação Ambiental da América do Norte – Acaan - é o fruto da movimentação de forças específicas da sociedade civil e reflete, como se demonstrará, o embate entre essas forças.

4.1 Aspectos do desenho institucional do Nafta

Percebe-se no Nafta alto nível de especificidade das regras, o predomínio de instituições governamentais em detrimento de organismos supranacionais e, conseqüentemente, um nível moderado de delegação. Isso leva diversos autores a classificar como fraco o grau de institucionalização do Nafta (Sbragia, 2001; Moltke & Mann, 2001). Enquanto acordo de livre comércio, o Nafta tem um escopo de atuação bastante extenso que ultrapassa a fronteira das questões estritamente comerciais, abrangendo temas como investimentos, prestação de serviços, aspectos trabalhistas e meio ambiente.

O Nafta mostra-se como caso expoente de uma certa limitação do modelo de integração regional normalmente adotado para estudar os processos de integração. Os conceitos de área de preferência tarifária regional, área de livre comércio, união aduaneira, mercado comum e união econômica são, de fato, apenas conceitos. Cada arranjo tem suas características próprias definidas por processos endógenos (algumas vezes ou exógenos), não se prendendo ao formato conceitual das etapas da integração. É viciado também o hábito recorrente de comparar as instituições, tornando a União Européia o grande modelo de integração. Assim, é curiosa a unanimidade em se concluir que o Nafta tem instituições fracas, quando se compara esse arranjo com a União Européia. Há que se considerar, entretanto, que um arranjo regional que já nasce com o objetivo último de constituir uma área de livre comércio não pretende, ao menos inicialmente, aprofundar o processo de integração ou construir instituições. Por outro lado, o Nafta apresenta-se muito além de um simples acordo de livre comércio por tratar de temas que transbordam a essência do estritamente

comercial. Investimentos, serviços, propriedade intelectual, meio ambiente e questões trabalhistas fazem parte da agenda da integração econômica regional e, ao que tudo indica, parecem se incorporar definitivamente à agenda de comércio internacional sempre que os EUA se fizerem presentes.

O Nafta constitui meramente uma área de livre comércio. Esse estágio ou formato de integração regional não gera, necessariamente, um alto grau de institucionalização. Na ausência de políticas comuns a serem adotadas, um mecanismo intergovernamental de decisões pode se mostrar suficiente para a condução do processo. Uma resposta aos autores que apontam para o fraco grau de institucionalização do arranjo pode estar no próprio objetivo do acordo. Se o objetivo das partes fosse por um maior grau de institucionalização eleger-se-iam objetivos outros que fossem além da área de livre comércio em direção a uma união aduaneira ou mesmo um mercado comum, pretensão que não se manifesta no acordo.

Em contrapartida, o Nafta constitui o mais abrangente acordo de livre comércio já negociado, tratando de temas como investimentos e meio ambiente. Apesar de ser basicamente um acordo de comércio, um dos principais objetivos do Nafta é encorajar os investimentos em seus países-membros, especialmente os investimentos diretos (plantas e equipamentos). O Acordo consiste de um conjunto de regras que abrangem a liberalização do comércio de bens, a desregulação e a proteção do investimento externo e do comércio de serviços, estrutura institucional e mecanismos de imposição das normas (*enforcement*).

De um modo geral a estrutura institucional do Nafta é conservadora, seguindo o padrão estabelecido no regime multilateral de comércio. Os negociadores envolvidos nas negociações do Nafta foram os mesmos que participaram das negociações da Rodada Uruguai e do Cusfta. No tocante aos investimentos, entretanto, o Nafta é o mais ambicioso dos acordos. O Capítulo 11, que trata dos investimentos é o que contempla o mais rígido mecanismo de *enforcement* e é mais profundo que o Acordo sobre Investimentos da OMC. O mecanismo de solução de controvérsias do Capítulo 11 do Acordo vem sendo utilizado pelos investidores, de maneira não vislumbrada pelos negociadores (*unintended consequences*) trazendo sérias preocupações ambientais, em conseqüência da inadequação institucional do Nafta (Mann & Von Moltke, 2001).

A estrutura jurídica do Nafta, bem como seu escopo de atuação, guardam grande semelhança com a estrutura jurídica e escopo de atuação OMC (Abbot, 2000). Essa segunda característica apresenta-se de forma marcante no Acordo, tendo em vista que o mesmo vai além do estritamente comercial. Em relação à primeira característica, identifica-se no Nafta, assim como na OMC, um alto grau de precisão e obrigação e um grau moderado de delegação (*Op.cit.*).

O objetivo consignado no acordo constitutivo do Nafta é o de se consubstanciar uma área de livre comércio, fato que denota a ausência de intenção de se criar instituições supra-regionais e se aprofundar no processo de integração. Muitos dos estudos sobre o Nafta acabam por incorrer numa comparação pouco eficiente entre este e a União Européia. Isso posto, por ser a União Européia o mais bem-sucedido processo de integração visto no mundo. Deve-se ter em consideração, porém, que os referidos blocos têm proposições distintas e, em consequência, necessariamente terão desenhos institucionais igualmente distintos. O Nafta destaca-se por seu baixo grau de aprofundamento no processo de integração em contraste com seu amplo campo de alcance. Apesar de se constituir uma simples área de livre comércio, que envolve apenas a eliminação gradual de barreiras tarifárias e não-tarifárias com vistas a assegurar a livre circulação de bens, e no caso específico do Nafta, de investimentos, o acordo trata de matérias como meio ambiente, trabalho, serviços, propriedade intelectual, concorrência, etc. O que o insere na qualidade de acordo da nova geração.

Esse amplo alcance justifica uma atenção especial a ser concedida ao Nafta. Soma-se a isso o fato de ser o primeiro acordo de nova geração a envolver países desenvolvidos e em desenvolvimento e o fato de seu modelo ser grande fonte de inspiração para o processo de integração hemisférica hora em curso, a ALCA.

A respeito da estrutura jurídica do Acordo, seu moderado grau de delegação se deve à pouca autoridade delegada aos processos de tomada de decisão, uma vez que esses encontram-se centralizados nos governos. Também é moderado o nível de autoridade concedido aos mecanismos de solução de controvérsias, pois não há suporte político ou institucional para que se constitua, no âmbito do Nafta, um corpo judiciário supranacional. Não há uma autoridade regional dotada de poder vinculatório no tocante à solução de controvérsias.

As principais instituições do Nafta são a Comissão de Livre Comércio (CLC) e o Secretariado²⁰. A Comissão de Livre Comércio age na implementação do Acordo, e no processo de solução de controvérsias do Acordo, fazendo as recomendações às Partes e indicando o corpo de árbitros que comporão o painel de arbitragem. O Nafta conta com três mecanismos distintos de solução de controvérsias, previstos nos Capítulos 11 (investimentos), 19 (medidas compensatórias e anti-*dumping*) e 20 (de aplicação geral).

A Comissão é composta de representantes dos três Estados-membros e se encontra anualmente. Suas funções mais relevantes são a administração e implementação do Acordo e o julgamento das disputas que surgem de falhas na aplicação da norma ambiental e de interpretações do Acordo. Contudo, a Comissão não tem poder para adotar medidas com efeito vinculatório. Suas decisões são tomadas com base no consenso.

O Secretariado do Nafta não constitui um corpo único, sendo dividido em seções nacionais. É assim composto pelas seções canadense, mexicana e norte-americana, que guardam independência entre si. Cada Parte deve estabelecer sua própria seção e responder pelo orçamento da mesma. O Secretariado provê assistência à Comissão e aos painéis estabelecidos sob o Capítulo 19 (medidas compensatórias e *anti-dumping*) e sob o Capítulo 20 (regime geral de solução de controvérsias). O Secretariado não é chamado a prestar assistência ao mecanismo de solução de controvérsias do Capítulo 11, por ser este modelo baseado na arbitragem comercial, não envolvendo a constituição de painéis para solucionar os contenciosos endereçados.

Também é de competência do Secretariado a manutenção da base de dados dos painéis, comitês e tribunais. Observa-se, contudo, que esse organismo apenas acompanha e cataloga os procedimentos relativos aos Capítulos 19 e 20²¹. Pelo motivo exposto anteriormente – a solução de controvérsias via arbitragem comercial –, os casos julgados envolvendo matérias de investimentos, não são arquivados ou colecionados pelo Secretariado. É possível que cada seção

²⁰ A agenda ambiental conta com suporte burocrático específico composto de uma Comissão e um Secretariado próprios, além de outros organismos como os comitês consultivos (nacionais e intergovernamental) e o Comitê consultivo público conjunto.

²¹ Este item será visto com maior riqueza de detalhes a seguir.

colecione os casos de interesse de seu governo, mas há ausência de uma fonte institucional de consultas a esses casos na estrutura do Nafta.

As regras de investimento são o ponto mais crítico e controverso do Nafta. Essas regras baseiam-se nos princípios de tratamento nacional e de nação mais favorecida. O primeiro impede que a um investidor nacional seja dado um tratamento prioritário ou mais benéfico em relação a investidores do Nafta. O segundo estende qualquer benefício concedido a um investidor do Nafta a todos os outros investidores do mundo. Essas regras praticamente proíbem que os governos atribuam condicionantes aos investimentos externos como requerimentos de aumento de emprego, pesquisa, desenvolvimento ou aumento das exportações. O governo não pode condicionar o investimento a essas metas. As regras do Nafta proíbem ainda a interferência nas transferências de capital ou de lucros. A característica mais marcante do Acordo, porém, está no direito de um investidor acionar um governo caso este adote uma política pública que prejudique a rentabilidade de seus investimentos. O investidor tem o direito de abrir um painel arbitral contra um governo junto ao Banco Mundial ou às Nações Unidas, para exigir compensações por parte do governo, pela redução da rentabilidade de seus negócios. Vale notar que as regras de investimento negociadas no Nafta não encontram correspondentes em qualquer outro fórum multilateral. Esse assunto será objeto do item 4.3.

No tocante às regras sobre propriedade intelectual, os governos ficam obrigados a proteger os *copyrights* de programas de informática e direitos autorais por 50 anos, de marcas por 10 anos e de patentes por 20 anos. A licença compulsória, mecanismo que prevê a “quebra de patentes” em casos excepcionais foi proibida no Nafta.

As regras de acesso a mercado não são gerais. A determinados setores é garantido um maior acesso a mercados. Outros setores ficam excluídos do acesso preferencial.

A solução das controvérsias cabe à Comissão, que pode estabelecer e delegar responsabilidades a comitês e grupos de trabalho, bem como solicitar a participação de especialistas e organizações não-governamentais.

Quando as disputas têm caráter privado, são incentivados mecanismos alternativos de resolução, como o estabelecimento de comitês consultivos específicos que elaboram relatórios e fazem recomendações à Comissão. É

possível que um contencioso envolvendo empresas de um mesmo país seja direcionado ao Nafta e não a instâncias domésticas necessariamente. Da mesma maneira não é obrigatório que um contencioso envolvendo membros do Nafta seja resolvido no âmbito regional – outra estratégia pode ser adotada, como o recurso à OMC.

As controvérsias são dirigidas à Comissão, mas as suas decisões não são vinculatórias. A Comissão não tem poder de fazer propostas. Para Sbragia (2001), a mesma não existe enquanto organização contínua; é concebida para ajudar na solução de controvérsias, mais do que para propor legislações ou prover o Nafta de capacidade administrativa.

Como mencionado, o Nafta conta com três mecanismos distintos de solução de controvérsias, previstos nos Capítulos 11 (investimentos), 19 (medidas compensatórias e *anti-dumping*) e 20 (de aplicação geral). O capítulo 19 do Acordo prevê um mecanismo distinto para os conflitos comerciais que envolvam a aplicação de medidas *anti-dumping* e compensatórias. No tocante a essas medidas de defesa comercial, o Acordo não prevê regras específicas para os processos de investigação e aplicação das mesmas, mas impõe aos governos a obrigatoriedade de cumprir os dispositivos de sua legislação interna (que já estão adequadas aos dispositivos previstos em acordo específico negociado na Rodada Uruguai do Gatt). Em contraste com o previsto no Capítulo 20, o resultado desses painéis é vinculatório. O mecanismo de solução de controvérsias previsto no Capítulo 11 será tratado no item 4.1.1.

O mecanismo consubstanciado no Capítulo 20 é o de aplicação mais geral, sendo um procedimento intra-estatal acionado pelos governos das Partes. Mecanismos de consulta, bons ofícios, mediação e conciliação são previstos como modo de se tentar resolver os contenciosos antes de se partir para a instauração de um painel.

O primeiro estágio do procedimento de solução de controvérsias envolve as consultas. O procedimento das consultas se inicia quando a Parte reclamante formaliza uma reclamação à sua Seção do Secretariado e às outras Partes. A partir de então, a Parte acusada tem quinze dias para responder à denúncia. As Partes consultadas devem tentar alcançar uma resolução mutuamente satisfatória. A consulta pode ser feita relativamente à matéria vigente ou às matérias que ainda estão sendo propostas, mas que possam vir a ferir os dispositivos do Acordo.

No insucesso das consultas em obter uma resolução satisfatória, a Parte demandante pode solicitar uma reunião da Comissão, para tentar achar uma solução para a disputa com base nos bons ofícios, mediação, conciliação ou recomendações.

Um painel arbitral é estabelecido pela Comissão, caso do impasse persistir. A interessada solicita por escrito o estabelecimento do painel, encaminhando o pedido à sua Seção secretarial e às outras Partes. A Comissão estabelece o painel ao receber a solicitação.

O painel é composto por cinco árbitros, escolhidos mediante acordo entre as Partes. Os árbitros são selecionados a partir de uma relação de trinta indivíduos previamente indicados pelas Partes, por meio de consenso. O mandato do árbitro é de três anos, mas podem ser novamente indicados ao final do período.

O painel deve apresentar um relatório preliminar no prazo de noventa dias contados a partir da escolha do último árbitro. As Partes envolvidas no contencioso podem apresentar suas considerações, por escrito, a partir do décimo quarto dia da apresentação do relatório preliminar. Após todas as considerações, o painel apresenta seu relatório final às Partes, que devem transmiti-lo à Comissão, que tem quinze dias para torná-lo público, a menos que decida contrariamente.

Ao receber o relatório final, as Partes devem entrar em acordo sobre a resolução da disputa, observando as determinações e recomendações do painel e notificando suas Seções secretariais. Pelo Acordo, a resolução deve, sempre que possível, recomendar a não-implementação ou a retirada da medida que o confronto.

O *enforcement* desse mecanismo é garantido pela possibilidade da Parte reclamante suspender os benefícios tarifários caso se esgotem as possibilidades de um acordo sobre a matéria. Mediante solicitação escrita endereçada às outras Partes e à Seção secretarial, a Comissão pode estabelecer um painel para averiguar se o nível dos benefícios suspensos está excessivo.

Em suma, a Comissão tem o poder de determinar a suspensão ou a não aplicação da medida que contraria o Nafta, porém sua decisão não é vinculatória, em função da possibilidade da Parte acusada contestar sua decisão. O relatório final, que traz recomendações e determinações acerca da disputa, também não precisa ser necessariamente respeitado. A acusada pode optar pela suspensão do benefício tarifário negociado.

O fato das decisões não serem vinculatórias, confere à Parte reclamada a possibilidade de escolher a medida retaliativa que melhor lhe convier: cumprir as determinações ou assumir o prejuízo econômico da suspensão do benefício tarifário negociado.

O procedimento para solução de controvérsias, contudo, não é a única via de resolução de contenciosos prevista pelo Nafta. A Parte acionada pode adotar outra estratégia, que não o recurso ao foro regional. Isso porque o Acordo prevê a possibilidade de uma das Partes recorrer à OMC, caso creia que a Comissão do Nafta não lhe será favorável.

4.1.1 O Capítulo sobre investimentos

In addition, Chapter 11 has its own retroactivity: it applies to all foreign investments and investors of the three Parties (...), and its operation can be triggered by any new changes in the law impacting any of these investments. In that the breach of any of these disciplines leads to monetary damages rather than an order to rescind the offending measure, what is emerging is a substantial impact that significantly constrains the opportunities for new environmental law-making or other decisions impacting on industrial sectors with any foreign investors. In addition, this impact would, if continued, overturn the central principle of the polluter pays and establish Chapter 11 as an instrument requiring governments to pay the polluter.

Mann, 2000, p.29.

Os dispositivos do Nafta no tocante aos investimentos, consubstanciados no Capítulo 11 do Acordo, asseguram aos investidores mecanismos judiciais para acionar um governo, caso o mesmo adote políticas públicas que venham a prejudicar seus lucros, através da arbitragem. A ausência de qualquer direito aos governos – só lhes couberam obrigações – é fonte de muitas críticas, uma vez que aos investidores foram concedidos uma série de direitos e aos governos foram contemplados apenas com obrigações (Mann & Von Moltke, 2001).

O Capítulo 11 do Nafta versa sobre os direitos dos investidores e sobre a resolução de conflitos envolvendo um investidor e um Estado. Este Capítulo é dividido em Seção A e Seção B. A Seção A traz dispositivos e regras que disciplinam o tratamento concedido pelos governos aos investimentos

estrangeiros. Prevê obrigações das Partes em relação aos investimentos e investidores. A Seção B prevê o mecanismo de solução de controvérsias, no qual um investidor privado, ou uma empresa, pode acionar judicialmente o governo receptor do investimento. É curioso notar que ambos os componentes se voltam à proteção do investidor.

No tocante às regras, são estabelecidos os princípios de tratamento nacional e de nação mais favorecida e requerimentos de *performance*, como condicionar a recepção de investimentos à percentuais de exportação, são condenados.

O tratamento nacional está presente no Capítulo 11, de modo que as Partes signatárias devem conceder tratamento igualitário aos investimentos e aos investidores independentemente de serem de origem nacional ou estrangeira. Assim, uma Parte não pode conceder condições benéficas a um investimento ou a um investidor nacional, sem estendê-las ao investidor ou investimento de estrangeiro. Em função da cláusula de nação mais favorecida constante do Capítulo, esse tratamento de não discriminação se estende aos investimentos e investidores de terceiros países, ou seja, os não participantes do Acordo.

Os governos ficam impedidos de condicionar a recepção do investimento a determinados requerimentos de *performance*. O capítulo impõe disciplinas a sete requerimentos de *performance*, como impor limitações às vendas externas e demandar um equivalente de exportações como condição para o estabelecimento ou para a operação de uma firma; impor como condição a compra ou a utilização de fornecedores locais ou preferência aos produtos ou serviços domésticos; as importações não podem ser limitadas a um percentual de exportações; e não pode haver exigência em relação à transferência de tecnologia.

Alguns desses requerimentos também não podem ser utilizados como condição para recebimento de alguma vantagem, como um benefício fiscal. Vale salientar que dado ao princípio de nação mais favorecida, esses requerimentos de *performance* aplicam-se a todos os investimentos externos, independentemente de sua origem, alcançando investimentos oriundos de países-membros do Nafta e de países extra-bloco.

No tocante às transferências financeiras decorrentes dos investimentos, acordou-se que os governos devem permitir que as mesmas sejam conduzidas com liberdade. Essa obrigação cobre as transferências de lucros, *royalties*, vendas e

outras contrapartidas relativas aos investimentos. Algumas exceções permitem aos governos limitar transferências sob certas leis de aplicação geral, como no caso da lei de falência.

À luz do exposto, constata-se que regras claras foram estabelecidas com o intuito de garantir um ambiente seguro e de liberdade para os investidores. Os governos ficam proibidos de solicitar alguma compensação para receber o investimento e aos investidores é assegurada a possibilidade de movimentar suas finanças livremente, independentemente do contexto financeiro do Estado receptor do investimento.

O mecanismo de solução de controvérsias previsto no Capítulo 11 permite aos investidores (ou às suas empresas) buscar a arbitragem comercial internacional para solucionar os conflitos que venham a surgir entre o investidor e/ou investimento e o Estado anfitrião. Os dispositivos do Nafta no tocante aos investimentos, asseguram aos investidores mecanismos judiciais para acionar um governo, caso o mesmo adote políticas públicas que venham a prejudicar seus lucros, através da arbitragem.

No mecanismo de solução de controvérsias do Capítulo a Parte acusada também pode optar pela adequação de sua política ou pela saída financeira que envolveria a suspensão do benefício tarifário, mas que nesse caso, implica no pagamento de uma compensação ao investidor que tem seus rendimentos prejudicados ou ameaçados. O Capítulo ‘investimentos’ porém, guarda uma potencial ameaça à capacidade dos governos de legislar, devido alguns fatores. Em primeiro plano cabe mencionar a sensibilidade das áreas envolvidas na disputa, geralmente uma política pública que venha a gerar benefícios à determinada sociedade. Secundariamente, cita-se como fator de sensibilidade o foro eleito para o encaminhamento das disputas, a arbitragem comercial, mecanismo designado especificamente para resolver disputas que envolvem interesses particulares e não interesses públicos. Por fim, consiste também em ameaça à capacidade legislativa, o fato do mecanismo ser acionado por investidores e não por governos.

O Capítulo 11 contempla arbitragem por tribunais que operam sob a *International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention (ICSID)*,

the ICSID *Additional Facility Rules*²² ou pelas regras de arbitragem da UNCITRAL (*UN Commission on International Trade Law*)²³, conforme foram previstas pelo Capítulo.

O investidor interessado em iniciar um procedimento arbitral deve formalizar sua intenção à Parte que será acusada. No caso dos procedimentos com base na Convenção ICSID o processo se inicia com a recepção pelo Secretariado da solicitação ou da notificação. Sob as regras de arbitragem da UNCITRAL o procedimento tem início quando a notificação da arbitragem é recebida pela Parte acionada.

O painel é formado por três árbitros. Cada uma das Partes escolhe um árbitro. O terceiro, que presidirá o painel, é escolhido mediante acordo entre as Partes.

O Tribunal arbitral estabelecido sob a Seção B do Capítulo 11 deve tomar suas decisões com base nas provisões do Acordo e nas regras aplicáveis do direito internacional. As interpretações da Comissão a respeito de alguma provisão do Acordo devem ser vinculatórias nos Tribunais estabelecidos sob esta Seção. A Comissão pode ser solicitada pelo Tribunal a prestar sua interpretação sobre questões relativas à interpretação do Acordo ou de seus Anexos. Caso a Comissão se omita por 60 dias, a decisão recairá sobre o Tribunal.

Pelo texto do Acordo, a sentença final de um Tribunal contrária a uma Parte *deve* contemplar (grifo meu) separadamente ou em combinação, o prejuízo financeiro e o remédio aplicável e a restituição da propriedade.

A decisão do Tribunal arbitral tem caráter vinculatório, mas alcança somente as Partes envolvidas na disputa e o caso envolvido. O Artigo 1136 conclama as Partes a promover o *enforcement* da decisão em seus territórios. Caso isto não ocorra, a Comissão, motivada por solicitação da Parte que representaria o investidor, deve estabelecer um painel de solução de controvérsias com base no Capítulo 20 do Nafta. Assim, nascendo por iniciativa de um investidor, esse processo de resolução de conflitos pode vir a envolver outro governo em uma questão originariamente particular.

No escopo do Capítulo 11, o Nafta obriga as Partes signatárias a tomar as

²² www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm

²³ www.uncitral.org

medidas necessárias para garantir o *enforcement* do resultado do painel. Entretanto, a corte nacional pode se recusar a cumprir com uma determinada decisão, caso não deseje subjugar uma política pública à uma decisão do painel arbitral. Nesse caso, o Capítulo 11 do Acordo assegura ao investidor o direito de exigir uma compensação monetária para compensar suas perdas de lucros. Os governos são obrigados a voltar atrás em projetos de políticas públicas caso afetem o interesse de algum investidor, desde que arquem com o custo do pagamento da compensação. Na hipótese de uma das Partes deixar de observar uma recomendação emanada do painel, o contencioso é encaminhado para o mecanismo previsto no Capítulo 20. Destarte, apesar da parte reclamada não precisar alterar a sua legislação, o *enforcement* da decisão é garantido pelas cortes nacionais e a disputa ainda pode ser encaminhada para o Capítulo 20.

Conforme mencionado, o Capítulo 11 do Nafta guarda séria ameaça à capacidade legislativa dos governos em função de três aspectos: da sensibilidade das áreas envolvidas na disputa, geralmente uma política pública que venha a gerar benefícios à determinada sociedade; o foro eleito para o encaminhamento das disputas, a arbitragem comercial, mecanismo designado especificamente para resolver disputas que envolvem interesses particulares e não interesses públicos; e, o fato do mecanismo ser acionado por investidores e não por governos (Mann & Von Moltke, 2001).

O mecanismo de solução de controvérsias com base na arbitragem comercial fora desenvolvido para lidar com dois atores privados, em que os interesses são estritamente comerciais. Enquanto esse modelo de procedimento é comum para resolver conflitos comerciais, não o é quando nos conflitos endereçados, políticas públicas e o bem-estar de uma sociedade estão no centro da disputa. Mann & Von Moltke (2001) argumentam que esse mecanismo não fora concebido para tratar disputas que envolvessem políticas públicas, alertando para o risco de se apropriar de uma instituição já existente, moldando-se a ela. Esse fato compromete o resultado das disputas e vem gerando grandes debates sobre a inadequação do foro eleito para resolver os conflitos surgidos e sobre a forma como esse mecanismo vem sendo indiscriminadamente utilizado por investidores.

Outro fator crítico diz respeito ao acionamento do mecanismo por parte de investidores externos. Diferentemente de governos, investidores não têm interesse em considerar fatores outros, que não os relativos a seus lucros e operações. Esses

atores são movidos exclusivamente por interesses comerciais, não se preocupando com o bem público de uma sociedade que questiona judicialmente. Cabe salientar a questão dos custos envolvidos para o acionamento do painel. Enquanto o custo para a instauração de um Tribunal arbitral é baixo para o investidor, os governos são confrontados com custos potencialmente altos: a retirada de uma política ou o pagamento de uma compensação para poder sustentá-la. Ainda em relação ao investidor enquanto motivador da instauração da arbitragem ressalta-se a ausência de um envolvimento diplomático, o que gera uma larga escala na utilização desse mecanismo. Governos, diferentemente de investidores, devem preocupar-se com os constrangimentos diplomáticos decorrentes de um conflito levado a instâncias superiores, preocupação inexistente para investidores.

Araya & Mann (2001) ilustram a potencialidade de utilização indiscriminada deste mecanismo por parte dos investidores, sugerindo que os ABI negociados anteriormente ao Nafta eram utilizados como escudos para investidores, que recorriam aos painéis de arbitragem apenas em último caso, mas que atualmente o Capítulo 11 vem servido como uma espada, uma ferramenta de primeira escolha no *lobby* contra regulações ambientais ou medidas governamentais que impactem a rentabilidade dos investidores.

Mann & Von Moltke (2001) afirmam que esses fatores tornam as disputas investidor-Estado potencialmente impactantes às políticas públicas. Para políticas que visem à proteção ao meio ambiente a consequência desse formato de instauração e condução do processo pode ser o congelamento de regulações e legislações ambientais. A possibilidade de um governo ter pagar compensações a investidores externos pode inibir ou mesmo impedir a atualização ou modernização de políticas ou medidas ambientais, pelo custo que acarretaria à adoção de tais medidas. Essa situação, vale lembrar, vai de encontro a um dos objetivos do NAFTA, o de operar num contexto de promoção do desenvolvimento sustentável.

Esses autores observam ainda que o processo de solução de controvérsias com base na arbitragem comercial carece de imparcialidade e transparência para lidar com questões que envolvem governos, sociedades e políticas públicas, uma vez que foi desenhado para solucionar conflitos estritamente privados. As etapas do processo não são tornadas públicas. Na prática, torna-se complicado acompanhar o andamento de um procedimento arbitral instaurado por dois fatores.

Por um lado, pelo fato de ter sido concebido para tratar de imbróglios comerciais que diriam respeito exclusivamente a dois entes privados, o modelo da arbitragem comercial não apresenta um mecanismo de acompanhamento do processo de acesso público. Por outro lado, o Secretariado do Nafta que poderia exercer a função de acompanhar e publicizar esses processos, não é um órgão único. O registro das disputas deveria ser mantido pelo Secretariado, mas esse órgão é fragmentado, o que leva o encaminhamento dessas obrigações para seções nacionais de cada um dos Estados-membros. Essa obrigação, entretanto, transcende a jurisdição nacional quando a disputa envolve os outros dois membros, uma vez que nenhuma das seções nacionais tem acesso direto a todas as fases envolvendo a disputa. Assim, os acompanhamentos das disputas são compromissos voluntários de cada país-membro.

A imparcialidade na arbitragem comercial é alcançada pela igual representatividade das partes. Porém, enquanto os interesses envolvidos numa disputa comercial são mensuráveis, os interesses envolvidos numa disputa entre investidor e Estado são praticamente incomensuráveis. Os mecanismos importados não contemplam a diferença dos interesses envolvidos, até por serem de difícil mensuração. Nas disputas comerciais os interesses em jogo são os das partes envolvidas, que não demandam transparência. O quadro muda, entretanto, quando bens públicos estão em jogo, situação em que a transparência se torna fundamental. O processo de solução de controvérsias do Nafta é privado de qualquer estrutura de transparência. A arbitragem comercial tradicional não demanda transparência, não havendo, por conseguinte, fontes públicas que divulguem informações confiáveis sobre o estágio de um processo de resolução de uma disputa investidor-Estado.

Kurtz (2002) sugere que o resultado de alguns painéis arbitrais extrapola a cobertura do Capítulo 11 para além das medidas discriminatórias para abrangem regulações legítimas com pouco impacto sobre investimentos estrangeiros. O autor se preocupa com a proliferação, nos anos recentes, de casos amparados pelo Capítulo 11 e com a jurisprudência que emerge desses casos ultrapassando a cobertura do Acordo. Para o autor, esses eventos vêm comprometendo a autonomia regulatória dos Estados-membros do Nafta.

Argumentou-se que um dos efeitos não-intencionais do Capítulo 11 é o comprometimento das regulações ambientais e da capacidade regulatória dos

governos na área ambiental. Esse quadro de constrangimento à regulação ambiental contrasta com disposto no artigo 1114 do Capítulo 11 do Nafta, que elimina a habilidade das Partes de reduzir seus padrões de ambientais, de segurança ou de saúde como modo de atrair investimentos externos. O embasamento para este dispositivo é o temor de que o uso desse tipo de incentivo à atração de investimento leve a uma pressão competitiva sobre os níveis de proteção, diminuindo-os. Kurtz (Op. Cit.) sugere que esse tópico só teria sido inserido no texto do AMI, por pressão de ONGs.

No Capítulo de investimentos do Nafta, nota-se ainda que não há penalidade para um investidor cujos negócios tragam danos ao meio ambiente, como salientam Araya & Mann, 2001. Apenas os governos pagam por prejudicar condições de investimento ao emitir regulações ambientais. Os investidores não são solicitados a compensar sociedades por danos ambientais causados por seus investimentos.

A proibição dos requerimentos de *performance* possibilita aos investidores desafiar a imposição de qualquer medida comercial que impacte seus negócios, através do uso da arbitragem comercial. Araya & Mann (Op. Cit.) compartilham a suspeita de utilização indiscriminada das ferramentas do Capítulo 11, sugerindo que casos isolados indicam que esses requerimentos de *performance* podem ser utilizados para desafiar qualquer medida ambiental, à medida que impactem os retornos do investidor protegido, mesmo quando tomada de maneira não-discriminatória.

No tocante ao conceito de expropriação os autores ilustram que o mesmo não vem considerando o poder de polícia do Estado, nem as motivações que orientam a sua ação, mas apenas a escala do impacto econômico da medida.

Araya & Mann (*Op.cit.*) afirmam que o aspecto mais problemático do debate sobre comércio e meio ambiente tem sido a busca dos Países Desenvolvidos (PD) em impor padrões ambientais aos Países em Desenvolvimento (PED). O que se vê, entretanto, é o risco dos acordos de investimento inibirem os PEDs de tomar os passos necessários à proteção de seu próprio meio ambiente e de seus cidadãos, para o benefício dos homens de negócios dos PDs.

4.2

O Acordo para Cooperação Ambiental da América do Norte: desenho institucional e a participação da sociedade civil

4.2.1

Desenho Institucional

O Acordo para a Cooperação Ambiental da América do Norte (Acaan) apresenta dois objetivos: encorajar o aprimoramento das condições ambientais na América do Norte através de iniciativas cooperativas e prover um mecanismo para mediar disputas ambientais. O Acaan apresenta uma estrutura institucional melhor estabelecida do que o Nafta, contando com uma Comissão - a Comissão para a Cooperação Ambiental (CCA) – para implementar estes objetivos ambientais.

No Acordo, estabelecido paralelamente ao Nafta, as Partes contratantes (EUA, Canadá e México) comprometem-se a não utilizar medidas ambientais como barreiras não-tarifárias e a fazer cumprir em seus territórios suas respectivas legislações ambientais. No âmbito do Acaan, foi criada a Comissão para a Cooperação Ambiental (CCA).

Percebe-se que o Acordo não se preocupou em estabelecer níveis de proteção ambiental. Uma das características mais marcantes do Acordo é o enfoque no cumprimento dos padrões existentes. Ao invés de estabelecer padrões ambientais a serem seguidos, o Acordo enfatiza o cumprimento da legislação já existente em termos de proteção ambiental.

O Acaan prevê que para atingir altos níveis de proteção ambiental e aquiescência com suas regulamentações e legislações ambientais, cada Parte deve impor sua regulação ambiental através de ações governamentais. As ações não somente são recomendadas, como especificadas no Acordo. São sugeridas ações como: a capacitação de inspetores, o monitoramento do cumprimento e investigação de violações suspeitas, a promoção de auditorias ambientais, a publicação de boletins sobre os procedimentos de imposição, entre outros.

O Acaan tem como objetivo geral o estabelecimento de um aparato que permita a conservação, preservação e melhoria das condições ambientais por meio da cooperação e aplicação efetiva da legislação ambiental. Como mencionado, o Acordo não define padrões a serem seguidos, mas monitora e impõe o cumprimento dos padrões nacionais. A pretensão é de assegurar autonomia às Partes para definir como sua meta ambiental será alcançada e para alterar sua

legislação ambiental. Na prática, porém, a autonomia de legislar em prol da proteção ao meio ambiente vem encontrando restrições.

Embora constitua um acordo paralelo ao Nafta o Acaan não pode contrariar as diretrizes do primeiro. Logo o que se vê não é uma relação de independência entre os dois acordos, mas uma de subordinação do Acaan ao Nafta (Couto, 2003).

A Comissão para a Cooperação Ambiental (CCA), estabelecida no âmbito do Acaan, regula a cooperação ambiental e a resolução das disputas que envolvem questões ambientais e atua estimulando a pesquisa, promovendo a transparência e cuidando da aplicação da lei.

Reunindo-se anualmente, a CCA é composta por um Conselho, por Secretariado independente e por um comitê adicional, o Comitê Consultivo Público Conjunto (CCPC). A CCA tem como principais características uma grande participação de ONGs em suas negociações e o CCPC, enquanto comitê adicional, um corpo não governamental composto por cientistas especialistas ou outros ativistas em questões ambientais.

Composto por ministros representantes do meio ambiente dos três Estados membros, o Conselho é órgão executivo. Suas decisões são tomadas por maioria de dois terços e uma de suas atribuições é tratar dos contenciosos e controvérsias entre os Estados em relação à interpretação ou aplicação do Acaan. Os três ministros reúnem-se anualmente, normalmente no mês de junho, quando acontecem as reuniões da CCA²⁴. O Conselho é assistido pelo Secretariado, que se encontra baseado em Montreal, no Canadá.

O Acaan prevê a criação de órgãos consultivos nos três Estados para dar suporte aos membros do Conselho. Os Comitês Consultivos Nacionais (CCN) são integrados por cidadãos de cada Estado, que prestam assessoria aos governos nacionais no que diz respeito à aplicação do Acordo. Cada Estado determina o número de membros do Comitê, bem como os critérios utilizados para a seleção dos mesmos. Além dos CCN estão previstos Comitês Consultivos Governamentais (CCG) compostos exclusivamente por representantes do governo federal / estadual que também fornecem apoio para a aplicação das normas e

24 Estas reuniões podem ser realizadas em outros períodos, com nível alternativo de representatividade.

desenvolvimento do Acordo, embora não haja relação de subordinação entre os dois Comitês.

O Secretariado, com sede em Montreal no Canadá, é quem processa as denúncias submetidas pelos cidadãos, as petições cidadãs (*citizen submissions*). O Secretariado é liderado por um Diretor Executivo, apontado pelo Conselho, para um mandato de três anos, renovável por igual período. A liderança deve ser rotativa e o Conselho tem poder de remover um Diretor em casos justificados. Os demais membros do Secretariado são indicados pelo Diretor, a partir de uma lista de candidatos elaborada pelas Partes e pelo CCPC. O Diretor supervisiona as atividades da equipe e define obrigações, remunerações e os níveis de poder.

O Secretariado está encarregado de operacionalizar as atividades de trabalho e pesquisa de programas que abrangem ecologia, normas ambientais e aspectos que envolvem a relação entre meio ambiente e comércio na América do Norte, além de fornecer apoio técnico e administrativo. Representa uma interface entre as forças da sociedade civil e a Comissão.

Tanto o Conselho quanto o Secretariado são aconselhados e abastecidos de informações pelo CCPC, que é constituído por quinze membros. Composto por cinco membros de cada Estado, nomeados pelos respectivos governos, o CCPC orienta o Conselho acerca dos diversos temas abordados pelo Acaan, através de recomendações, informes ou cartas. As decisões são tomadas com base no consenso, ou por voto majoritário. Com uma Presidência rotativa anual, seu objetivo principal é assegurar a participação ativa dos cidadãos e a transparência das atividades da Comissão. Pode estabelecer grupos de trabalho *ad hoc* e realizar consultas públicas, garantindo a diversidade de opiniões e pontos de vista. Isso garante, de certa maneira, a participação de comunidades epistêmicas e grupos de interesse na constituição das políticas propostas pelo Comitê e, em última análise, pela própria CCA. Essa possibilidade de participação da sociedade civil representa importante precedente estabelecido pelo Acaan.

O Acordo conta com três mecanismos para resolver conflitos ambientais: investigações conduzidas pelo Secretariado, petições processadas e publicadas pela Comissão e o *enforcement* previsto na Parte V, acionável apenas pelos governos.

O Secretariado investiga e faz recomendações a respeito de conflitos ambientais que são importantes para a região, ao amparo do Artigo 13. Esse

Artigo, contudo não permite a investigação de questões que envolvam o não-cumprimento de legislações domésticas.

Pelo Artigo 14, ONGs ou qualquer indivíduo pode encaminhar denúncias à CCA através de petições, caso suspeite que um governo do Nafta não esteja impondo efetivamente o cumprimento de suas regulações. Se a denúncia é considerada válida pelo Secretariado, este solicita uma resposta do governo acusado. Após o exame das considerações da Parte acusada, o Secretariado decide se um *'factual record'* deve ser elaborado. O Conselho deve ser informado da decisão e, por maioria de dois terços, aprova ou rejeita a elaboração do relatório. Na aprovação do Conselho o *'factual record'* é preparado pelo Secretariado. O relatório não estabelece determinações legais, mas tem efeitos por tornar públicos os fatos relativos à disputa. Todavia, o Conselho tem poder de decidir pela não-publicação, também por maioria de dois terços. O processo consignado no Artigo 13 encerra-se com a publicação do relatório.

A Parte V do Acaan trata das disputas entre governos, enfatizando o *enforcement*. Um governo do Nafta pode acionar outro governo membro caso creia que este venha mostrando um padrão recorrente de não-imposição de sua lei ambiental.

Conforme o Acordo, qualquer uma das Partes pode pedir esclarecimentos às outras acerca do cumprimento de legislações ambientais, em qualquer tempo.

As consultas são a primeira tentativa de resolver o impasse. Caso não consigam solucionar, uma seção extraordinária pode ser solicitada ao Conselho, que pode convocar assessores técnicos, criar grupos de trabalho, atuar como mediador ou formular recomendações. Em cada seção o Conselho determina o grau de acesso ao público, fato que pode comprometer a transparência do processo.

Se a questão continuar sem uma resolução, por solicitação da Parte interessada, o Conselho pode determinar a convocação de um painel arbitral, se assim for decidido pela maioria de dois terços. O painel é composto por cinco árbitros e suas decisões requerem maioria de dois terços. É dotado de uma presidência determinada pelas Partes ou pelo Conselho.

O Conselho define um rol de quarenta e cinco árbitros passíveis de serem requisitados para compor os painéis arbitrais. Estes árbitros são nomeados por consenso para um mandato de três anos e devem possuir conhecimentos

específicos ou experiência em direito ambiental e suas aplicações. Os árbitros não podem receber instruções dos governos ou mesmo possuir vínculo com estes ou com a CCA.

O painel tem prazo de cento e oitenta dias a partir da data de início das atividades para elaborar um relatório preliminar que contemple suas conclusões e recomendações. O painel examina se há omissão no *enforcement* da legislação ambiental por parte do governo acusado. Se for atestado que o governo vem falhando na imposição de seus regulamentos, o painel fará recomendações, normalmente na forma de planos de ação. A partir de então as Partes conflitantes têm trinta dias para formalizar seus comentários sobre o relatório e o painel deve emitir um relatório final. Os governos podem recorrer do painel solicitando sua reconsideração.

Na hipótese do relatório final reconhecer que de fato houve omissão no cumprimento da legislação ambiental por parte de um ou mais Estados, as Partes conflitantes devem estabelecer um plano de ação conjunta com base nas recomendações e determinações do painel. Caso não seja possível chegar a um acordo, a reabertura do painel pode ser solicitada pela interessada. Esse novo painel pode estabelecer outro plano inspirado na legislação da Parte demandada ou pode impor o pagamento de uma multa pecuniária, que pode se converter na suspensão dos benefícios negociados. Em momento posterior, o painel pode ser novamente convocado pelo Estado reclamante para verificar o cumprimento da aplicação recomendada.

Se esse painel constatar que o plano de ação não vem sendo integralmente implementado, pode impor o pagamento da multa à reclamada. Essa sanção pecuniária pode chegar até a 0,007% do volume total de comércio registrado entre as Partes no ano anterior. As sanções levam em conta a natureza e a extensão do dano ambiental, a condição econômica da Parte que violou o Acordo e possíveis ganhos econômicos obtidos com a prática. A penalidade monetária deve ser recolhida na moeda da Parte reclamada, em favor de um Fundo estabelecido pelo Conselho, em nome da Comissão. O Fundo é dirigido pelo Conselho, que o direciona ao incremento da capacidade de *enforcement* das Partes reclamadas.

O Artigo 36 do Acaan prevê que no caso da reclamada não efetuar o pagamento da multa em cento e oitenta dias da decisão do painel, a Parte acusadora pode suspender benefícios tarifários em montante equivalente ao valor

da multa. Essa flexibilidade permite à acusada optar por pagar ou negociar internamente alguma compensação para o setor que vai sair prejudicado pela interrupção da liberdade do seu fluxo comercial. A suspensão do benefício tarifário é aplicável somente aos EUA e ao México. Esse tipo de sanção comercial não é aplicável ao Canadá, pois esse governo se comprometeu no Acordo a conceder *status* de vinculatórias às determinações dos painéis.

Curiosamente, a suspensão não acompanha o setor beneficiado com o afrouxamento da lei, mas pode ser aplicada a qualquer setor que a reclamante entender surtir efeito. O que poderia funcionar como mecanismo equalizador das condições competitivas, levando-se em conta as diferenças nos custos de produção que acompanham os níveis de proteção ambiental, torna-se uma porta para ações protecionistas. A possibilidade de utilizar esse dispositivo enquanto proteção de mercado pode ser tão motivadora quanto as preocupações ambientais.

Apesar de diversas organizações ambientais considerarem o mecanismo de solução de controvérsias o componente mais importante do Acordo Ambiental, Blair (2003) afirma que os governos do México e do Canadá se opunham a qualquer mecanismo que pudesse ser utilizado para reverter algum dos benefícios comerciais do Nafta. O resultado é que o dispositivo não se concretizou na prática por falta de consenso das Partes acerca das diretrizes para a condução do processo.

De acordo com Blair (*Op.cit.*), esta resistência tem persistido com os anos, de modo que as Partes ainda não entraram em acordo sobre as regras procedimentais que detalhariam a forma como o processo seria conduzido. Na falta de um mecanismo ativo de solução de controvérsias, o processo das petições cidadãs tornou-se a atividade primária da CCA na área do *enforcement*.

4.2.2

As Petições Cidadãs e a participação da sociedade civil

Constituindo um importante canal de ação da sociedade civil, as petições cidadãs consistem de um mecanismo de apresentação de denúncias que visa a aplicação efetiva da legislação ambiental. Através deste mecanismo a sociedade civil pode denunciar qualquer governo, apresentando uma petição ao Secretariado da CCA, expondo a omissão de qualquer um dos três membros. A petição é

analisada pela CCA que também determina a realização de investigações ou solicita esclarecimentos ao governo implicado.

As petições cidadãs permitem que qualquer indivíduo ou ONG dos Estados-membros enderece reclamações quando suspeitarem que um dos governos esteja sendo omissos em relação ao cumprimento de sua legislação ambiental. Essas reclamações podem vir a resultar na publicação de um relatório versando sobre os fatos relativos ao caso em questão. O processo das petições cidadãs não envolve imposição de penalidades contra a Parte reclamada. O efeito esperado é que a publicidade resultante do relatório possa embarçar o governo acusado e motivá-lo a tomar a ação corretiva e fortalecer seu compromisso com o *enforcement* da legislação ambiental.

O Secretariado checa as petições para determinar se as mesmas encontram os critérios preestabelecidos no Acordo. Dentre esses critérios está o requisito que a petição conte com informações suficientes sobre a acusação, apresentando evidências documentais. Pelo texto do Acordo, a petição é descartada pelo Secretariado caso não encontre os critérios previstos. Contudo, as *Guidelines Submissions on Enforcement Matters*, diretrizes que estabelecem rotinas e procedimentos, prevêem um prazo de trinta dias, a partir da notificação do Secretariado de não cumprimento dos critérios, para que a interessada encaminhe nova petição. O processo se encerra no decurso desse prazo.

Quando a petição cumpre com os critérios previstos, o Secretariado solicita uma resposta da Parte reclamada. Ao receber a resposta o Secretariado deve decidir pela preparação ou não, de um *'factual record'*. O Secretariado é o responsável pela elaboração do documento, contudo é o Conselho quem decide ao final do processo, se o documento será tornado público ou não. Diferentemente do processo previsto na Parte V do Acordo, não há previsão para imposição de multa ou de sanções comerciais. Os critérios dos dois modelos de solução de controvérsias são diferentes ainda em outros aspectos: as petições cidadãs não precisam demonstrar que as falhas nos padrões de *enforcement* geram efeitos no comércio e não têm que demonstrar uma falha persistente na imposição da lei ambiental.

Muitos grupos ambientalistas consideram desapontador o resultado do modelo de solução de controvérsias baseado nas petições cidadãs, conforme Blair (2003, p:303). O autor avalia que, para um instrumento que é aberto aos cidadãos,

poucas petições têm sido concluídas dentro da CCA. Ele sugere que evidências parecem indicar que a experiência das ONGs ambientalistas com petições passadas tenha criado um grau de ceticismo sobre a utilidade e o impacto do processo das petições (*Op.cit.*). A morosidade da condução dos processos também é apontada pelo autor para o ceticismo que pairava em torno do processo das petições cidadãs.

Das vinte e uma petições concluídas até o final de 2001, apenas duas resultaram na preparação de um *'factual record'*. Alguns peticionários reclamavam que as razões para o descarte de suas petições não foram adequadamente esclarecidas pelo Secretariado. Esse quadro foi encaminhado ao Conselho em 1999, quando o mesmo decidiu que o Secretariado deveria prover explicações mais claras sobre o motivo pelo qual as petições não alcançavam os critérios previstos no Artigo 14 (Ver tabela 'Petições Cidadãs Encaminhadas' e seus resultados, no Anexo).

Para Blair (*Op.cit.*), o papel da CCA na área do *enforcement* tem sido desafiado de várias formas. Um dos fatos que aponta é a dificuldade de se identificar quando há omissão do governo, em virtude da flexibilidade do desenho de muitas leis ambientais. No caso do Canadá, exemplifica, o governo não tem como agir de forma vigorosa por estar entrando em disciplinas relativas às jurisdições de suas províncias. O autor sugere que o Artigo 45 do Acaan abre uma brecha para o não cumprimento do *enforcement* das regulações ambientais, ao contemplar uma válvula de escape para governos que não queiram impor suas legislações. Essa brecha reside na flexibilidade do desenho de suas leis ou em função de incertezas jurisdicionais.

For the purposes of this Agreement: A Party has not failed to "effectively enforce its environmental law" or to comply with Article 5(1) in a particular case where the action or inaction in question by agencies or officials of that Party: (a) reflects a reasonable exercise of their discretion in respect of investigatory, prosecutorial, regulatory or compliance matters; or (b) results from bona fide decisions to allocate resources to enforcement in respect of other environmental matters determined to have higher priorities.

Acaan, Artigo 45.

No contexto das petições cidadãs, a Comissão não tem poder para impor penalidades ou recomendar ação corretiva, mesmo que os membros do Secretariado não acreditem na prudência invocada pelo governo. A publicidade decorrente dos “*factual record*” pode aumentar a pressão pública sobre governos para que alterem suas práticas de *enforcement*. A publicação desse relatório todavia, não é capaz de evitar que o *enforcement* se dê de forma flexível.

Ao mesmo tempo em que as ONGs se desapontam com a estrutura criada para a participação da sociedade civil, evidências apontadas por Blair (*Op.cit.*) parecem sugerir que esse mecanismo tem verdadeiro impacto sobre os governos. O autor relata uma tentativa de manobra por parte dos membros do Nafta de se alterar as diretrizes que conduzem o processo das petições cidadãs. O evento que se relata a seguir contribui para demonstrar que, mesmo sem dispor de um mecanismo de *enforcement*, o processo das petições cidadãs é capaz de surtir efeitos.

Em paralelo aos Artigos 14 e 15, foi estabelecido um conjunto de regras e procedimentos, mais detalhados que os referidos artigos, para se conduzir as petições cidadãs. Trata-se das ‘*Guidelines for submissions on enforcement matters*’ (CCA, 1999b). Esse conjunto de regras veio a se tornar objeto de controvérsias acerca do processo das petições cidadãs. Uma revisão dessas diretrizes foi iniciada em 1997, como resultado das diretrizes traçadas em 1995. Em junho de 1998, o CCPC foi solicitado a conduzir uma revisão pública das revisões propostas. Após o período de consultas públicas, constatou-se que a maior parte do público que se manifestou não acreditava que as diretrizes devessem ser revisadas naquela ocasião. O CCPC então argumentou que uma maior experiência se fazia necessária em relação às diretrizes vigentes, concluindo que as mesmas não deveriam ser revisadas. O Conselho também chegou à mesma conclusão, quando em novembro de 1997 estabeleceu um Comitê Independente de Revisão (CIR) para concluir uma revisão das operações e da efetividade da CCA durante seus quatro primeiros anos. Em seu relatório, o CIR expressou sua visão que o processo das petições deveria prosseguir como tal e que uma revisão das diretrizes procedimentais não deveria ser conduzida antes que mais petições fossem concluídas.

No encontro anual de junho de 1999, realizado em Banff, Canadá, o Conselho anunciou que decidira revisar as diretrizes. A proposta de mudança mais

controversa de acordo com Blair (*Op.cit.*) era o estabelecimento de um período de 30 dias entre a notificação ao Conselho pelo Secretariado que estaria preparando de um *'factual record'* e o anúncio público da notificação. Ademais, as razões que motivavam o Secretariado a recomendar a elaboração de um *'factual record'* só poderiam ser tornadas públicas pelo Secretariado após a decisão do Conselho pelo *'factual record'*. O CCPC respondeu que essa atitude limitaria o acesso público ao processo, minava a autoridade do Secretariado, tenderia a minar a confiança pública no processo, argumentando ainda que isso poderia tornar os processos ainda mais morosos, burocráticos e menos transparentes.

Após a reunião anual, o Conselho iniciou as discussões com vistas às modificações das diretrizes. Ao serem descobertas pelo CCPC e por membros de algumas ONGs essas discussões foram imediatamente classificadas como negociações secretas. Os três governos negaram a acusação argumentando que as discussões ainda estavam em curso. Entre as propostas objeto de consideração estava uma que estipulava que as Partes não seriam solicitadas a explicar como exerciam sua prudência na alocação dos recursos ambientais. Ao descobrirem que as conversações vinham sendo mantidas já há 10 meses, mais de 100 ONGs e grupos de cidadãos dos EUA, do Canadá e do México assinaram uma carta aos ministros do meio ambiente demandando uma pausa nas conversações até que o público fosse consultado. Essa carta foi assinada não somente pelas ONGs que se opunham ao Nafta, mas incluía assinaturas de algumas ONGs que apoiaram o Nafta em 1993 (incluindo *Wildlife Federation*, *The World Wildlife Fund* e *The Natural Resources Defense Council*). Algumas destas ONGs lançaram ainda uma campanha junto à mídia, anteriormente ao encontro anual do Conselho em junho, que compreendeu conferências, *press releases* e um encontro com o corpo editorial do jornal norte-americano "*Washington Post*", que resultou num editorial criticando as iniciativas para alterar a diretrizes e alarmando para a possibilidade desse evento incitar mais um protesto anti-comércio. A repercussão foi tanta que poucos dias depois, em seu encontro anual, o Conselho solicitou as sugestões do CCPC. Dentre outras decisões, acordou-se que o período entre a notificação ao Conselho da preparação do *'factual record'* e a notificação pública caiu de trinta para cinco dias e que os processos deveriam ser concluídos dentro de dois anos a partir da sua recepção pelo secretariado.

Blair (*Op.cit.*) argumenta que apesar das diretrizes não terem sido alteradas, eventos ocorridos nos meses que se seguiram à reunião anual sugerem que os governos não desistiram de suas propostas de alteração. O autor elenca diversos casos em que o Conselho vetou o prosseguimento de petições pelo Secretariado. Sugere uma persistência dos três governos na intenção de exercer um maior controle sobre o processo de petições cidadãos. Corrobora com essa suspeita a afirmação de Esty (1999), segundo o qual a CCA também é objeto de pressões para não buscar seus objetivos ambientais tão agressivamente, tendo inclusive que voltar atrás em alguns estudos que vinha conduzindo.