

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND
RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND
COMPARATIVE PERSPECTIVES

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Nitish Monebhurrin

Harvey Mpoto Bombaka

Marcelo Dias Varella

Editores convidados:

Carina Oliveira

Teresa Fajardo

Daniela Diz

ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 20	n. 3	p. 1-265	dez	2023
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

A Revista de Direito Internacional (RDI) foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. Na busca pelo desenvolvimento e construção de visões críticas a respeito do Direito Internacional, a RDI possui sua linha editorial dividida em dois eixos:

1. Proteção internacional da pessoa humana: abrange questões referentes ao direito internacional ambiental, direito humanitário, internacionalização do direito, além de pesquisas sobre a evolução do direito dos tratados como forma de expansão do direito internacional contemporâneo.
2. Direito Internacional Econômico: abrange questões referentes aos sistemas regionais de integração, direito internacional econômico e financeiro e solução de controvérsias comerciais e financeiras. A RDI busca incentivar a pesquisa e divulgação de trabalhos relacionados às disciplinas voltadas para o estudo do Direito Internacional publicando artigos, resenhas e ensaios inéditos. A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas impulsionando a divulgação, o estudo e a prática do Direito Internacional.

Editor Gerente

Nitish Monebhurrn, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo
Julia Motte Baumvol, Université d'Evry Val d'Essonne
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Sandrine Maljean-Dubois, Universidade Aix-Marseille, França
Carolina Olarte Bacares, Universidade Javeriana, Colômbia

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

www.rdi.uniceub.br

Circulação

Acesso aberto e gratuito.

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 20, número 3 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Quadrimestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>

Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

1. Direito Internacional. 2. Políticas Públicas. 3. Mundialização. I. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. II. Centro Universitário de Brasília.

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

E-mail: biblioteca@uniceub.br

Sumário

CRÔNICA	12
CRÔNICA: UMA AGENDA DE PESQUISA JURÍDICA EM CONSTRUÇÃO: PROPOSTAS BASEADAS NO WEBINÁRIO “CONTRIBUIÇÕES JURÍDICAS AO ENFRENTAMENTO DO DERRAMAMENTO DE ÓLEO NA COSTA BRASILEIRA	14
Carina Costa de Oliveira, Fernanda Castelo Branco Araujo, Isabella Fernandes, Ricardo Coutinho, André Panno Beirão e Ruy Kenji Papa de Kikichi	
1 Introdução	14
2 As contribuições voltadas ao direito nacional brasileiro	16
2.1 Medidas de integração	16
2.1.1 Maior articulação entre os entes públicos para lidar com problemas e assuntos ligados ao ambiente costeiro-marinho	16
2.1.2 Envolvimento de partes interessadas	17
2.2 Aprimoramento dos mecanismos de prevenção e reparação de danos	18
2.2.1 Propostas quanto às medidas de prevenção de danos ambientais	18
2.2.1.1 Revisão de normas já existentes	19
2.2.2 Discussões com vistas a melhorias na reparação dos danos	19
2.2.2.2 Indenização adequada, mormente de comunidades pesqueiras	20
3 Contribuições ligadas ao direito internacional e comparado.....	21
3.1 Propostas levantadas com base no Direito comparado: metas e medidas concretas em prazos razoáveis	21
3.2 Propostas levantadas com base na responsabilização internacional pelo dano por derramamento de óleo	22
3.2.1 Responsabilização preventiva e repressiva com base no Direito do Mar	22
3.2.1.1 A dificuldade de prevenção no Alto-Mar	22
3.2.1.2 Responsabilização internacional repressiva com base no Direito do Mar	23
3.2.2 Responsabilização repressiva por meio de Cortes e Tribunais Internacionais	23
4 Considerações finais	24
Referências	25

DOSSIÊ: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES.....27

EDITORIAL: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES.....29

Carina Oliveira, Daniela Diz e Teresa Fajardo

1 Brazilian perspective 29

2 International perspective related to the Brazilian 2019 case31

3 Comparative perspectives 33

PLURALISMO DESORDENADO: MAPEAMENTO DE ASPECTOS JURÍDICOS PREVENTIVOS RELACIONADOS AO ENFRENTAMENTO DO DERRAMAMENTO DE ÓLEO NO LITORAL BRASILEIRO.....35

Carina Costa de Oliveira, Isabella Maria Martins Fernandes, Fernanda Figueira Tonetto e Fernanda Castelo Branco Araujo

1 Introdução 36

2 O pluralismo normativo desordenado relacionado ao enfrentamento do derramamento de óleo.. 39

2.1 Pluralidade de normas relacionadas às competências e às obrigações preventivas relacionadas ao derramamento de óleo 40

2.2 Pluralidade de obrigações decorrentes de tratados 41

3 A consequente judicialização decorrente do pluralismo desordenado de competências e obrigações 43

3.1 Ações fundadas em problemas jurídicos relacionados às competências e obrigações gerais previstas nas normas 43

3.2 Ações fundadas em problemas jurídicos penais e administrativos ambientais 44

4 Considerações finais 46

Referências..... 46

WHO MANAGES A SPILL? MULTILEVEL COLLABORATIVE GOVERNANCE OF OFFSHORE OIL SPILLS IN BRAZIL AND THE UNITED STATES54

Elizabeth Nyman, Leandra Goncalves, Jenna Lamphere, Ashley D Ross, Celio Bermann e Pedro Roberto Jacobi

1 Introduction 55

2 Disaster Governance in Federalist Systems..... 56

2.1 Shared Governance of Oil Spill Response..... 57

2.2 Polluter-Pays Principle 58

2.3 Criticisms of Oil Spill Response Efforts 59

3 Methodology Comparative Case Study and Process Tracing 60

4 Case Study: United States 60

4.1 United States 2010 Oil Spill and its Aftermath 61

5 Case Study: Brazil	63
5.1 Post-spill.....	64
6 Analysis	66
7 Conclusion	68
References	69

OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA DE ÓLEO SHIP-TO-SHIP (STS) EM ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA: UMA ANÁLISE DOS PODERES JURISDICIONAIS DO ESTADO COSTEIRO E A POSIÇÃO BRASILEIRA..74

Tiago Vinicius Zanella, Felipe Kern Moreira e Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura

1 Introdução	75
2 O arcabouço jurisdicional aplicável	77
2.1 A competência jurisdicional do Estado costeiro em ZEE para a proteção do meio marinho	79
2.1.1 Execução pelo Estado costeiro	81
2.2 A competência fiscal e aduaneira em ZEE	82
3 A MARPOL e as operações STS	84
4 Caso M/T “San Padre Pio” (Suíça v. Nigéria) e as operações STS em ZEE	85
5 A posição e regulação brasileira	86
6 Jurisdição do estado costeiro sobre transferências de petróleo STS em ZEE	87
7 Considerações finais	89
Referências	90

RISCOS DOS VAZAMENTOS DE ÓLEO NA ZONA COSTEIRA E A RELEVÂNCIA DOS ROYALTIES PETROLÍFEROS.....93

Jorge Amaro Bastos Alves e Marcus Polette

1 Introdução	94
2 Desenvolvimento do setor de P&G na zona costeira brasileira do sudeste brasileiro	96
3 Vazamentos de óleo e impactos ambientais na zona costeira	97
4 Royalties do petróleo e proteção ao meio ambiente	102
5 Considerações finais	104
Referências	105

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO À VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NO PLANEJAMENTO DE ATIVIDADES DE RISCO: UMA CRÍTICA COM BASE NO CASO DO FRATURAMENTO HIDRÁULICO COMO TÉCNICA DE EXPLORAÇÃO DE GÁS NÃO CONVENCIONAL NO BRASIL..... 109

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes e Isabella Maria Martins Fernandes

1 Introdução	110
2 A regulamentação da atividade de fraturamento hidráulico no Brasil como âmbito de criação de	

regras alinhadas ao Princípio da Precaução na etapa de planejamento da atividade	117
3 A inobservância aos estudos técnicos socioambientais, advinda da não aplicação do Princípio da Precaução na primeira rodada de licitação brasileira em fraturamento hidráulico.....	119
4 A necessidade de se firmar o Princípio da Precaução como fundamento vinculante à aplicação da discricionariedade técnica administrativa na tomada de decisão.....	123
4.1 A discricionariedade técnica como limite à discricionariedade administrativa	123
4.2 Estudos técnicos ambientais como instrumento concretizador da discricionariedade técnica.....	124
5 Considerações finais	127
Referências.....	128

MARINE ECODIVERSITY DAMAGE AND LIABILITY: THE CIVIL LIABILITY FOR OIL COMPENSATION CONVENTION LEGAL GAP..... 134

Paula Castro Silveira

1 Introduction	135
2 The role of general international maritime law in protecting the marine environment: historic perspective	136
3 The liability for damage caused by hydrocarbons – The CLC Model Convention	137
3.1 The structure of the CLC/Fund model.....	138
3.2 The scope of application of the CLC.....	140
3.3 Type of responsibility adopted in the CLC.....	141
3.5 Limitation of liability in the CLC	144
3.6 The mandatory insurance at CLC.....	145
4 The “Pollution Damage”	145
5 Final remarks	149
References.....	150

PREVENTION AND REPARATION OF MARINE POLLUTION DUE TO OIL SPILLS CAUSED BY SHIPS UNDER INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW: CASE STUDY OF VIETNAM 154

Thang Toan Nguyen, Yen Thi Hong Nguyen e Thuong Thi Hoai Mac

1 Introduction	155
2 International legal framework on preventing and reparation of marine pollution due to oil spills caused by ships	157
2.1 International treaties on prevention of pollution of the sea by oil.....	157
2.2 Obligations of countries in preventing and providing remedies to marine pollution caused by oil spills in line with international laws.....	161
3 Policies and laws in viet nam on preventing and responding to marine pollution due to oil spills from ships	162
3.1 General regulations on the responsibility for environmental protection	163
3.2 Regulations on technical safety control.....	164

3.2.1 Regulations on control of technical safety of sea transport means	164
3.2.2 Regulations controlling the minimum level of safety of other activities at sea.....	165
3.3 Regulations to ensure the safety of means of transport when operating at sea	166
3.4 Regulations on response to oil spills at sea	166
3.5 Regulations on handling of violations against acts of polluting the marine environment.....	168
4 Challenges and impacts of marine pollution due to oil spills caused by ships on implementing the sdgs goals in Vietnam.....	170
5 Conclusion and recommendations	172
5.1 Continue to fully implement international commitments on prevention and control of marine pollution caused by oil spills.....	173
5.2 Strengthening international cooperation activities on prevention of oil pollution at sea.....	173
5.3 Review, develop and improve the legal system on prevention and control of marine environmental pollution caused by oil spill	174
5.4 Strengthening organisation and enhancing the quality of state management agencies in prevention and response to marine pollution due to oil spills	174
5.5 Awareness raising of protection and responding marine pollution due to oil spills for all people, especially individuals, enterprises engaged in shipping business.....	174
5.6 Enhancing technological knowledge to serve the prevention of marine pollution caused by oil spills	175
5.7 Establishment of a reserve fund to proactively respond to oil spills.....	175
References.....	175
Acknowledge.....	178
ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS	179
A SOLIDARIEDADE E O DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO: DESAFIOS À EMERGÊNCIA DE UM PRINCÍPIO	181
Gabriel Braga Guimarães e William Paiva Marques Júnior	
1 Introdução	182
2 A construção do conteúdo jurídico da solidariedade e suas repercussões no direito internacional contemporâneo	184
3 O status da natureza jurídica da solidariedade: valor, princípio ou regra?	188
4 Considerações finais	193
Referências	194
REFLEXÕES SOBRE A APLICAÇÃO DO DIREITO DA NEUTRALIDADE NO SÉCULO XXI	198
Bernardo Mageste Castelar Campos	
1 Introdução.....	199
2 O que é o direito da neutralidade?.....	199
3 Compatibilidade do direito da neutralidade com o direito internacional contemporâneo	201

4 Obsolência do direito da neutralidade	202
5 Dessuetude do direito da neutralidade.....	204
6 Considerações finais	207
Referências.....	207

SEA-LEVEL RISE IN INTERNATIONAL LAW AND THE IMPACTS ON DETERMINING THE BASELINE OF COASTAL STATES..... 211

Ngan Thi Kim Nguyen

1 Introduction	212
2 Determining the Baseline under the 1982 UN Convention on the Law of the Sea and The Impact of Sea Level Rise	212
2.1. Normal Baseline	212
2.2 Straight Baseline	213
2.3 Archipelagic baselines	214
3 The Practice of Determining the Baselines and the Views of States on the Impact of Sea Level Rise on the Baselines	215
3.1 States of the View of Maintaining the Baselines	215
3.2 States of the View of Modifying the Baselines	216
4 Legal and Practical Solutions to the Impact of Sea Level Rise on the Baselines of the Coastal	219
5 Conclusion	220
References.....	220

ENTRE O ACESSO AO CONHECIMENTO E A PROPRIEDADE INTELECTUAL: COLISÃO DE REGIMES NO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE AUTOR223

Hugo de Oliveira Martins e Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

1 Introdução	224
2 O sistema internacional de proteção aos direitos de autor e o conhecimento como bem público global.....	225
3 A colisão de regimes entre direito privado e direitos humanos quanto ao papel das obras intelectuais na difusão do conhecimento.....	229
4 O papel do direito para a compatibilização de regimes e os mecanismos de limites e exceções aos direitos de autor	233
5 Considerações finais	237
Referências.....	238

O SOFT LAW DE DIREITO INTERNACIONAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: BREVES NOTAS SOBRE AS RECOMENDAÇÕES DA OMS E AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PANDEMIA	242
Daniel Damásio Borges, Thiago Giovani Romero e Ana Cristina Alves de Paula	
1 Introdução	243
2 As fontes tradicionais do direito internacional.....	244
3 Soft law como fonte do direito internacional público	247
4 A coercitividade das normas soft law	249
5 Notas sobre as recomendações da OMS e a Covid-19	251
6 Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a pandemia.....	256
6.1 Supremo Tribunal Federal, medida provisória de 31 de março de 2020 sobre campanha publicitária do governo federal — conhecida como “O Brasil não pode parar” — natureza vinculativa das recomendações de organizações internacionais, soft law, pandemia global.....	257
6.2 Supremo Tribunal Federal, medidas provisórias de 02 e 06 de maio de 2020 — habeas corpus a favor dos diplomatas venezuelanos — expulsão de diplomatas, Convenção de Viena, pandemia global	257
7 Considerações finais	258
Referências.....	260
NORMAS EDITORIAIS.....	263
Envio dos trabalhos:.....	264
www.rdi.uniceub.br.....	265

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

CRÔNICA

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Crônica: uma agenda de pesquisa jurídica em construção: propostas baseadas no webinar "contribuições jurídicas ao enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira"

Carina Costa de Oliveira

Fernanda Castelo Branco Araujo

Isabella Fernandes

Ricardo Coutinho

André Panno Beirão

Ruy Kenji Papa de Kikichi

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

* Recebido em 28/10/2023

Aprovado em 29/10/2023

O Webinário organizado pelo Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (Gern-UnB) e outras instituições pode ser visualizado no seguinte site: Organização do Webinário: https://www.youtube.com/watch?v=dXk_Mfxwebg. A 1ª parte do Webinário abordou a percepção de pesquisadores e gestores de outras áreas do conhecimento (fora do direito) sobre quais podem ser as contribuições do direito ao enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira. A 2ª parte do Webinário contemplou a percepção dos operadores do direito sobre quais podem ser as contribuições da área ao enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira sob uma ótica internacional e nacional.

** Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Colíder do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (Gern-UnB).
Email: carina2318@gmail.com

*** Pós-doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (Gern-UnB).
Email: nandacba@gmail.com

**** Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (Gern-UnB).
Email: isabella.fernandes.m.adv@gmail.com

***** Pesquisador Titular do Instituto de Estudos do Mar Almirante Paulo Moreira (IEAPM). Coordenador do Projeto Desenvolvimento de métodos inovadores para avaliação do derramamento do óleo ocorrido em 2019 nos ecossistemas da costa brasileira (Cnpq – 06/2020).
Email: coutinhosa@yahoo.com

***** Professor do Programa de Pós-Graduação em Estudos Marítimos da Escola de Guerra Naval.
Email: beirao.ap@gmail.com

***** Professor da Universidade Federal da Bahia. INCT AmbTropic.
Email: kikuchi@ufba.br

Dados oficiais disponíveis nas páginas eletrônicas do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Manchas de óleo. Notícias Ibama, 13 dez. 2023. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-localidades-atingidas>. Acesso em: 28 jun. 2023.

Crônica: uma agenda de pesquisa jurídica em construção: propostas baseadas no webinário “contribuições jurídicas ao enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira”*

Carina Costa de Oliveira**

Fernanda Castelo Branco Araujo***

Isabella Fernandes****

Ricardo Coutinho*****

André Panno Beirão*****

Ruy Kenji Papa de Kikichi*****

1 Introdução

O derramamento de óleo que se iniciou no dia 30 de agosto de 2019 no estado da Paraíba, no litoral brasileiro, impactou mais de 3.000 km de costa do Atlântico Sul Ocidental, atingindo, aproximadamente, 130 municípios, 1.009 localidades, em 11 estados do nordeste e do sudeste do país.¹ Expressiva quantidade de óleo pesado produzido nos campos petrolíferos da Venezuela chegou às praias brasileiras. Contudo, até o momento, ainda não foi possível responsabilizar o autor do dano. O petróleo atingiu diversos ecossistemas costeiros e marinhos, como estuários, manguezais, recifes de corais, impactando a biodiversidade costeira e marinha e as comunidades costeiras. Mais de 55 áreas marinhas protegidas foram atingidas no incidente.² Nesse sentido, as consequências do caso serão certamente duradouras quanto aos danos à saúde dos organismos diretamente e indiretamente atingidos.³ Nesse contexto, faz-se relevante construir uma agenda de pesquisa jurídica para o enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira, em consonância com as pesquisas que estão sendo desenvolvidas no âmbito de outras áreas do conhecimento.

A presente crônica é fruto das contribuições de diversos pesquisadores que se engajaram no enfrentamento dos problemas causados pelo derramamento do óleo no litoral brasileiro a partir de 2019, discutidas no webinário “Contribuições jurídicas ao enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira”, organizado pelo Grupo de estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade da UnB (GERN-UnB), o Instituto de Estudos do Mar Almirante Paulo Moreira (IEAPM) e o Instituto Brasileiro de Di-

¹ Dados oficiais disponíveis nas páginas eletrônicas do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Manchas de óleo. *Notícias Ibama*, 13 dez. 2023. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-localidades-atingidas>. Acesso em: 28 jun. 2023.

² SOARES, Marcelo de Oliveira. Oil spill in South Atlantic (Brazil): Environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, v. 115, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2020.103879>. Acesso em: 27 jun. 2023.

³ VENEGAS-LI, R. *et al.* Global assessment of marine biodiversity potentially threatened by offshore hydrocarbon activities. *Global change biology*, v. 25, n. 6, p. 2009-2020, jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/gcb.14616>. Acesso em: 22 jun. 2023.

reito do Mar (IBDMAR),⁴ realizado em 17 de junho de 2021.⁵ O evento foi uma atividade do projeto de pesquisa intitulado “Desenvolvimento de métodos inovadores para avaliação do derramamento de óleo ocorrido em 2019 nos ecossistemas da costa brasileira”, aprovado no âmbito da Chamada Pública n.º 06/2020 do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – “Pesquisa e Desenvolvimento para o Enfrentamento do Derramamento de Óleo na Costa Brasileira”, vinculado ao programa “Ciência no Mar”, do MCTI.⁶ O objetivo principal do evento foi construir uma agenda de pesquisa na área do Direito sobre o caso, a partir de comentários de pesquisadores e gestores de diversos campos do conhecimento.

Como forma de introduzir os debates, apresentaram-se os resultados alcançados, até aquele momento, pelas pesquisas realizadas no âmbito do GERN-UnB.⁷ Além disso, apresentaram-se dados normativos, jurisprudenciais e acadêmicos, bem como relatórios e identificadas lacunas jurídicas relevantes. Há normas direta e indireta-

⁴ O Webinário contou também com o apoio do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações – MCTI. Trata-se de iniciativa conectada ao projeto aprovado no Edital 06/2020 do CNPQ coordenado pelo Prof. Ricardo Coutinho (IEAPM).

⁵ A abertura do evento foi realizada pela Karen Silverwood-Cope (MCTI) e pela Profa. Eliane Gonzalez Rodrigues (Diretora do IEAPM). A mediação do evento ficou por conta da Profa. Carina Oliveira (FD-UnB, GERN-UnB, IBDMAR). Os debatedores foram: Ricardo Coutinho (IEAPM); Cláudia Magalhães (MCTI); Peter May (UFFRJ); Beatrice Padovani (UFPE); Ronaldo Christofolletti (UNIFESP); Marcus Polette (UNIVALI); Marcelo Soares (UFC); Alexander Turra (USP); Ana Paula Prates (JBRJ); Ruy Kukuchi (UFBA); Glauber Piva (Consórcio Nordeste); Fabiana Piassi (IBDMAR); Nelson Cavalcante (Tribunal Marítimo); Tiago Zanella (IBDMAR); André de Paiva Toledo (Dom Helder /IBDMAR); Leonardo de Camargo Subtil (UCS/IBDMAR); André Beirão (EGN); Ana Cláudia Farranha (UnB/GEOPP/GERN); Virgínia Leal (UFPE); Larissa Coutinho (GERN-UnB); Maraluce Custodio (Dom Helder); Fernanda Tonetto (GERN-UnB); Fernanda Salgueiro (UPM). A conclusão final foi feita por Ricardo Coutinho (IEAPM) e Carina Oliveira (GERN-UnB).

⁶ Mais informações sobre a chamada podem ser consultadas em: MCTIC. *Chamada CNPq/MCTI 06/2020: Pesquisa e Desenvolvimento para Enfrentamento de Derramamento de Óleo na Costa Brasileira: Programa Ciência no Mar*. Brasília, 7 jul. 2020. Disponível em: http://ciencianomar.mctic.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/ChamadaPublica06_2020.pdf. Acesso em: 3 set. 2021.

⁷ As pesquisas sobre o tema em desenvolvimento no âmbito do GERN-UnB têm como objetivos iniciais a criação de uma base de dados; elaboração de webinários com atores/setores envolvidos no tema (como foi o caso do evento que deu origem a essa crônica), publicações (acadêmicas, relatórios e notas técnicas) com propostas de alterações, interpretações e inovações normativas e jurisprudenciais (nacionais e internacionais).

mente relacionadas ao derramamento de óleo no Brasil, bem como normas que decorreram da internalização de tratados — sendo trinta e uma normas diretamente e vinte normas indiretamente relacionadas — em que se observa que significativo número de normas foram produzidas entre 1995 e 1999, e após, de 2005 a 2009. Recentemente, o que se busca monitorar é um eventual aumento de produção normativa e de litigância decorrente do caso concreto de derramamento de óleo na costa brasileira.

Quanto à jurisprudência, há nove julgados diretamente relacionados ao incidente na costa brasileira, e treze indiretamente relacionados ao âmbito dos tribunais civis. Como problemas jurídicos mais recorrentes, relacionados diretamente ao derramamento de óleo em 2019, é possível destacar a questão da ampliação do auxílio emergencial aos pescadores e marisqueiros no estado de Pernambuco e Sergipe, e questões com relação ao conflito de competência para julgar o caso, o que restou decidido pela competência da Vara Federal de Sergipe, reunindo as ações do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Indiretamente há casos sobre valoração ambiental, nexos de causalidade de incidentes de vazamento de óleo e prejuízos causados ao meio ambiente.

A produção acadêmica e do terceiro setor, de modo geral, identificaram até o momento algumas lacunas jurídicas relevantes, como: problemas internacionais de ratificação dos tratados, e problemas nacionais quanto à prevenção — fundos nacionais; instrumentos de gestão; integração entre os entes federativos; e instrumentos de participação — e reparação de danos — responsabilidade civil, penal e administrativa; valoração do dano; e reparação às pessoas vulneráveis —, bem como problemas de definições que, ainda, não estão muito claras no ordenamento jurídico brasileiro na área ambiental, como abordagem ecossistêmica e gestão integrada.

Um diferencial da discussão foi a participação de pesquisadores de diversas áreas do conhecimento a qual, como será visto mais adiante, enriqueceu a abordagem, a partir de um ponto de vista interdisciplinar. As exposições foram estruturadas da seguinte forma: na 1ª parte do webinário, colheu-se a percepção de pesquisadores e gestores de outras áreas do conhecimento sobre quais podem ser as contribuições do Direito ao enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira; na 2ª parte, houve a fala de operadores e pesquisadores

da área do direito, sob as perspectivas internacional e nacional.

No intuito de estimular o desenvolvimento de pesquisas jurídicas futuras com base nas discussões promovidas no bojo do referido evento, a presente crônica abordará: (1) as contribuições voltadas ao direito nacional brasileiro e (2) as discussões conectadas ao direito internacional para o enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira

2 As contribuições voltadas ao direito nacional brasileiro

Num primeiro momento, destacam-se as contribuições coletadas com vistas à melhoria do ordenamento jurídico nacional. A partir da elucidação dos variados problemas identificados ao longo do aparecimento das manchas órfãs, relativamente comum na costa brasileira, as discussões convergiram no sentido da necessidade de (2.1) políticas públicas de enfrentamento de desastres ambientais mais integradas e do (2.2) aprimoramento dos mecanismos de prevenção e reparação de danos ambientais.

2.1 Medidas de integração

As propostas com vistas a melhorar a gestão de problemas e assuntos ligados à zona costeira e ao espaço marinho podem ser traduzidas pelo uso da noção de integração sob o ponto de vista da articulação entre os entes públicos competentes (2.1.1) e do envolvimento de partes interessadas (2.1.2).

2.1.1 Maior articulação entre os entes públicos para lidar com problemas e assuntos ligados ao ambiente costeiro-marinho

A falta de interlocução entre os entes públicos para enfrentar o derramamento de óleo foi uma constatação relatada de forma recorrente entre os expositores. A demora do governo em agir, por todas as suas instâncias, revelou, sobretudo, uma falha do âmbito federal na atuação enquanto ponto de coordenação nacional de todos os instrumentos (Plano Nacional de Contingência – PNC, zoneamento ecológico econômico costeiro, licenciamento ambiental, normas de conduta, cartas de

sensibilidade ao óleo etc.), o que implicou o aumento dos danos ambientais, econômicos e sociais sofridos.

Embora, se destaque, por meio da Lei n.º 9.996 de 2000, nos artigos 5º, 7º e 8º, a necessidade de Planos de Contingência Individual (PEI), de Área (PA), Regional (PR), além do nacional, a efetividade dessa norma não foi plenamente cumprida.⁸ Até o momento do ocorrido nenhum Plano Regional havia sido estabelecido, o que implicava a necessidade de ativação do nacional que, por ser mais amplo e envolvendo atores mais dispersos do foco da ação, redundou na referida perda de interlocução e pronta resposta.

Uma forma de estimular uma atuação mais organizada dos entes públicos pode estar no estabelecimento de medidas de integração local e regional. Na região Nordeste, que foi a mais afetada pelo derramamento de óleo, destacam-se algumas iniciativas: o projeto de minuta do plano regional de contingência, elaborado pela Rede Nordeste do Meio Ambiente; o projeto de criação do Sistema Regional de Unidades de Conservação, que visa promover uma atuação conjunta combinada entre as UCs, e a proposta de criação de um observatório da zona costeira e marinha, o que requer um mapeamento de instituições relevantes. Todos esses assuntos estão sendo tratados pela Câmara Temática do Meio Ambiente do Consórcio Interestadual de Desenvolvimento Sustentável do Nordeste (Consórcio Nordeste), uma autarquia federal fundada em 2019 no intuito de atuar como ferramenta de gestão articuladora de assuntos e pactos em torno de políticas públicas que possam promover o desenvolvimento sustentável do Nordeste (Glauber Piva).⁹

Outra ferramenta promissora, desta feita na esfera federal, está na implementação do Sistema de Gerenciamento da Amazônia Azul (SisGAAz), sob a coordenação da Marinha do Brasil. Trata-se de sistema integrado de monitoramento das águas jurisdicionais brasileiras que se propõe a atuar pela interligação de uma série de equipamentos de diferentes setores e políticas públicas nacionais, visando facilitar o planejamento das

⁸ Para mais informações, visitar: POFFO, Iris R. F. Planos de contingência para vazamentos de óleo no mar. *Notícias Cetesb*, maio 2018. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/emergencias-quimicas/tipos-de-acidentes/vazamentos-de-oleo/preparacao-para-resposta/planos-de-contingencia-para-vazamentos-de-oleo-no-mar/>. Acesso em: 19 ago. 2023.

⁹ Para mais informações sobre a iniciativa, visitar: <http://www.consorcionordeste-ne.com.br/institucional/>. Acesso em: 4 set. 2021.

operações, reduzir custos, e mitigar danos com ações de pronta-resposta, inteligência e dissuasão.¹⁰ (Alexander Turra)

Uma terceira iniciativa está nas discussões acerca da nova política marítima nacional. Tal política vigente, datada de 1994, está em vias de alteração por meio dos trabalhos de um GT interministerial que envolve dezessete órgãos públicos. Um dos assuntos que está na agenda deste GT é a possibilidade de criação de uma estrutura maior que cuide dos assuntos marítimos, que possa congrega todos os diferentes sistemas que tratam do mar, de modo a tratar da biodiversidade marinha de maneira mais abrangente (André Beirão). E, por fim, importa destacar a oportunidade criada pelo PL n.º 6969, que visa estabelecer uma política para a conservação marinha, nasceu de uma proposta da sociedade, é complementar à política marítima e pode contribuir bastante com a integração no mar (Carina Oliveira).

Outro ponto esquecido e que pode ser melhor explorado é o do papel do Tribunal Marítimo brasileiro na articulação entre os entes públicos para lidar com problemas e assuntos ligados ao ambiente costeiro-marinho. A corte marítima brasileira é um tribunal administrativo, com jurisdição em todo o território nacional, com competência para analisar e julgar os acidentes de navegação, inclusive aqueles que envolvem poluição proveniente de embarcações, conforme dispõe a Lei n.º 2.180/54. O julgamento desse tribunal aponta responsabilidades e aplica penas administrativas, e, quando há indícios de crime, envia ao Ministério Público (MP) para que este possa propor as ações apropriadas, como nos casos de derramamento de óleo na costa brasileira. Um exemplo de atuação da corte passível de ser replicada foi a construção de procedimentos específicos para tratar do crime da pesca ilegal de lagosta usando compressor de ar para alimentar mergulhadores, que encaminha cópias dos autos do processo administrativo a diversos órgãos de ação relacionados, como o Ministério Público do Trabalho, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e dos Estados onde o fato tenha ocorrido, o IBAMA e o ICMBio, o Ministério da Pesca etc., para que possam também atuar em suas esferas no combate

¹⁰ Mais informações a respeito do SisGAAz estão disponíveis em: LAMPERT, João Alberto de Araujo; COSTA, Edwaldo. SisGAAz: Proteção e Monitoramento das Águas Jurisdicionais Brasileiras. *Notícias Marinha do Brasil*. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sisgaaz-protecao-e-monitoramento-das-aguas-jurisdicionais-brasileiras>. Acesso em: 4 set. 2021.

a esse tipo de crime ambiental. Desse modo, mais entidades podem ser trazidas à discussão, o que levaria a uma mobilização de fato para cessar a prática ilícita e, portanto, evitar a repetição daquela ação, criando, por via de consequência, uma espécie de jurisprudência no assunto, padronizando o entendimento e criando mecanismos de solução (Nelson Cavalcante).

2.1.2 Envolvimento de partes interessadas

Uma outra carência evidenciada pelo incidente do óleo foi a falta de participação adequada da população no planejamento e na execução das políticas públicas ligadas ao mar brasileiro. A título exemplificativo, pessoas que estavam na linha de frente do enfrentamento do desastre, muitas vezes não receberam orientações imediatas, colocando suas vidas em risco para tentar conter a propagação das manchas ou não sabendo quais eram as regras jurídicas aplicáveis à situação.

Um exemplo relevante do envolvimento de cientistas no contexto do caso concreto foi a criação de uma Coordenação científica do Grupo de Acompanhamento e Avaliação (GAA) coordenada pelo Professor Ricardo Coutinho. A ação emergencial dessa coordenação foi mobilizada para reunir cientistas das diversas áreas do conhecimento a fim de refletir em ações de curto, médio e longo prazo para o caso ocorrido¹¹.

Além disso, o envolvimento dos cientistas deve ser contínuo e descentralizado. Há necessidade de descentralização na elaboração de Planos de Contingência Individual (PEI), de Área (PA) e Regionais (PR), aproximando as políticas públicas da realidade local e proporcionando um conhecimento ecossistêmico em escala adequada, como no assessoramento dos gestores na busca da identificação dos responsáveis pelo acidente, incorporando o melhor conhecimento científico para o levantamento e a testagem de hipóteses, bem como simulações de ações, que agilizem sua eficácia, como foram estabelecidas a nível nacional.¹² Um bom exemplo

¹¹ Ver sobre o tema: COUTINHO, Ricardo. *Ação emergencial da Coordenação científica do Grupo de Acompanhamento e Avaliação (GAA) em resposta ao derramamento de óleo e indicativos de ações futuras*. Disponível em: http://ciencianomar.mctic.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/3_Apresentac%CC%A7a%CC%83o-Brasi%CC%81lia.Ricardo-Coutinho-Semina%CC%81rio-Marco-Zero.Cie%CC%82ncias-no-Mar.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

¹² Para mais informações sobre a iniciativa, visitar: <https://www.marinha.mil.br/egn/node/680>. Acesso em: 19 ago. 2023.

nesse sentido, e que pode ser replicado, tem sido dado pelo poder público do estado do Ceará desde 2017, com o Programa Cientista-Chefe¹³ o qual vem sendo igualmente implementado em outros estados, como a Bahia e o Mato Grosso. Como resultado do referido programa, destaca-se a modificação na Resolução COEMA n.º 08 de 2019¹⁴, do estado do Ceará, sobre balneabilidade de critério de qualidade de água e sedimentos, que incluiu os aspectos dos hidrocarbonetos, que são os principais produtos resultantes do derramamento de óleo, ou seja, incluindo o impacto resultante do derramamento de óleo ocorrido na costa brasileira em 2019. Não se sabe, contudo, se houve algum reflexo semelhante no âmbito do CONAMA (Marcelo Soares).

Além da comunidade científica, é preciso dar mais atenção a outros atores nos processos ligados a programas e planos de gestão ambiental no espaço marinho-costeiro. Nesse sentido, oportuno mencionar que a inclusão de membros de comunidades locais se deu, em grande parte, graças a ONGs como a Oceana, Rare e CI, além de institutos de pesquisa (Cláudia Magalhães). Assim, é preciso que o Estado reconheça e estimule a

¹³ O projeto que envolve o Planejamento Costeiro e Marinho do Ceará (PCM) no âmbito do Programa Cientista-Chefe Meio Ambiente FUNCAP/SEMA/SEMACE tem por objetivo principal elaborar e executar o Planejamento e Monitoramento Costeiro e Marinho do estado do Ceará de médio à longo prazo e de forma integrada entre as universidades, órgãos públicos federais, estaduais e municipais, organizações não governamentais, órgãos privados e demais interessados no uso sustentável do sistema costeiro e marinho por meio de três políticas públicas. O PCM permite ao Estado ter uma política de longo prazo visando ao uso adequado e sustentável dos espaços litorâneos e marinhos e que tenha por premissa principal as vocações naturais desses ambientes considerando a produção de alimentos, preservação ambiental, recreação e a melhoria de condição de vida das populações que residem, visitam e vivem do litoral. Atualmente, conta com três planos em andamento: (a) Plano Estadual de Preparação, Contingência e Resposta Rápida a Emergências Ambientais da Zona Costeira; (b) Plano Estadual de Gerenciamento dos Recursos Marinhos Bióticos e Abióticos da Zona Costeira e Plataforma Continental; (c) Plano Estadual de Gerenciamento e Monitoramento Contínuo da Linha de Costa e Marinha. CEARÁ. Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Ceará. *Planejamento Costeiro e Marinho do Ceará*. Disponível em: <https://www.sema.ce.gov.br/89965-2/planejamento-costeiro-e-marinho-do-ceara/>. Acesso em: 25 jun. 2021.

¹⁴ CEARÁ. Resolução COEMA n. 8, 14 de novembro de 2019. Dispõe sobre critérios e valores orientadores de qualidade dos sedimentos praias (solos) e das águas quanto à presença de substâncias químicas e micro-organismos para determinação de balneabilidade, e dá outras providências. *Diário oficial do estado*, Fortaleza, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://www.semace.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/46/2019/11/Resolucao-Coema-08-de-2019.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.

atuação dessas instituições. Ademais, pode-se realizar uma reavaliação das cartas de sensibilidade ambiental, com a incorporação da possibilidade de se trabalhar com as comunidades locais, inclusive com medidas educacionais para que informações técnicas possam ser compreendidas por toda a população. Deve-se ressaltar a importância de se incluir as comunidades tradicionais e pesqueiras que habitam a costa e que estão vulneráveis a eventos de acidentes ambientais. Seus conhecimentos tradicionais e sua presença são ferramentas essenciais para que ações de resposta rápida sejam viáveis. Ademais, é possível estabelecer planos de contingência comunitários, fundamentados em saberes e fazeres que alicerçam uma Pedagogia fundada em comunidades tradicionais que realizam a pesca artesanal, envolvendo, de forma plural e alicerçada, em atos éticos ecológicos. A eficácia desses planos está fundamentada no envolvimento e no pertencimento para com o território que constituem a base destas comunidades¹⁵.

2.2 Aprimoramento dos mecanismos de prevenção e reparação de danos

Um segundo elemento que se destacou entre os problemas enfrentados no evento das manchas de óleo iniciado em 2019 foi a insuficiência dos mecanismos de prevenção e reparação de danos decorrentes de desastres ambientais. O sistema jurídico brasileiro mostrou-se incapaz de, em caso de impossibilidade de identificação da fonte poluidora, acionar mecanismos reparatórios contundentes para compensar os danos ocorridos em espaços de alta relevância ambiental, como as unidades de conservação, tampouco de prestar uma indenização adequada para os grupos sociais afetados, mormente os mais vulneráveis. As elucidaciones apresentadas durante o webinário serão organizadas em torno de medidas de prevenção (2.2.1) e de reparação (2.2.2).

2.2.1 Propostas quanto às medidas de prevenção de danos ambientais

No que tange às medidas que podem ser tomadas para aprimorar a prevenção de danos, alguns benefícios

¹⁵ Ver sobre o tema: VIEIRA, F.; ACCIOLY, M. D. C.; SANTOS, T. L. Mapeamento biorregional em comunidades pesqueiras: pertencimento territorial na costa do Nordeste brasileiro frente à impactos ambientais. *Revista Campo-Território*, v. 17, n. 47, p. 105–129, 4 out. 2022.

na efetividade das ações nacionais podem ser obtidos mediante atuação legislativa. O recurso a essa ferramenta pode se dar não apenas pela revisão de normas já existentes (2.2.1.1) como também pela elaboração de novos diplomas normativos (2.2.1.2).

2.2.1.1 Revisão de normas já existentes

No que se refere às modificações que podem ser realizadas em instrumentos normativos já existentes, cita-se o Código Comercial¹⁶ (Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850), e o PNC¹⁷, instituído pelo Decreto n.º 8.127, de 2013 (em decorrência da citada Lei n.º 9.996/2000). Com relação ao primeiro, a desatualização é evidente, haja vista que seus dispositivos ainda tratam do período em que havia, apenas, embarcações movidas a vela (Nelson Cavalcante). Quanto ao PNC, a revisão se faz premente para que preveja mecanismos aptos a cobrir, adequadamente, casos em que há origem desconhecida, múltiplas origens ou que constituam desastres naturais bem como prever fonte de recursos para custear as ações da União no atendimento a situações de desastres no mar e águas interiores, o que pode ser feito por meio da previsão de fundo monetário próprio ou da possibilidade de utilização do Fundo Nacional de Meio Ambiente. É certo que a captação dos recursos emergenciais para o Plano Nacional de Contingência de Derramamento de Óleo é dificultada pela falta de identificação do poluidor. Mas modificações no referido plano podem ser feitas no intuito de torná-lo mais atual, alinhado com a tendência global de enfrentamento desse tipo de questões em nível nacional¹⁸.

2.2.1.2 Elaboração de novos instrumentos normativos

A via da construção de novos instrumentos normativos também merece ser pormenorizada. O evento do óleo escancarou o fato de que o Brasil não possui instrumentos para a gestão de risco, o que torna inviável uma boa gestão de crises. A fim de mitigar esse pro-

blema, é oportuno mencionar a criação de um plano de gestão de riscos que possa trazer consistência à regulação da atividade petrolífera (produção, exploração, transporte etc.), que é tão marcante no país. Esse plano pode efetuar uma adaptação no procedimento de licenciamento ambiental de atividades de petróleo para que este pudesse ser diferenciado, inclusive com um fundo próprio, diferentemente daquele previsto no art. 36 da Lei do SNUC. Esse fundo poderia ser utilizado para incluir ações de defesa da biodiversidade e prevenção de danos ligados aos riscos das atividades de petróleo, a exemplo do descomissionamento de plataformas de exploração petrolífera (Virgínia Leal). Vale reforçar, ainda, por também ser medida enquadrável como de prevenção, a sugestão de criação de planos de contingência em nível regional, de área e individual de maneira a complementar as possibilidades de atuação estatal com vistas ao planejamento de ações ligadas a desastres ambientais.

2.2.2 Discussões com vistas a melhorias na reparação dos danos

Quanto à reparação dos diversos danos ocorridos em decorrência do evento do derramamento de óleo que atingiu a costa brasileira, as sugestões que foram tecidas durante o webinar se deram no sentido da priorização das unidades de conservação como locais exemplares de práticas reparadoras (2.2.2.1), e da indenização adequada dos atingidos (2.2.2.2).

2.2.2.1 Priorização de unidades de conservação

O sistema nacional de unidades de conservação, por seu turno, também não dispõe de previsões normativas específicas para esses casos. Considerando-se, também, que é nesses espaços que se encontram os principais exemplares de ecossistemas altamente frágeis como os costeiros. Diante das consequências do óleo vazado, ficou patente que não se sabia que ações específicas deveriam ser feitas nas unidades de conservação. Como agravante, é recente a liberação da exploração de petróleo próximo a unidades de conservação marinhas que conservam a biodiversidade. A fim de mudar o rumo da política de conservação da biodiversidade marinha nacional, seria muito importante existir uma articulação de redes dos estados e científico-acadêmicas, agindo de forma conjunta no intuito de construir políticas públicas. Assim, importa melhorar a legislação aplicável para prever planos específicos de recuperação desses lugares e tornar as UCs não apenas exemplos, mas também nu-

¹⁶ BRASIL. *Lei n. 556, de 25 de junho de 1850*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm.

¹⁷ BRASIL. *Lei n. 12.343, de 2 de dezembro de 2010*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12343.htm.

¹⁸ COUTINHO, Ricardo. *Ação emergencial da Coordenação científica do Grupo de Acompanhamento e Avaliação (GAA) em resposta ao derramamento de óleo e indicativos de ações futuras*. Disponível em: http://ciencianomar.mctic.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/3_Apresentac%CC%83o-Brasi%CC%81lia.Ricardo-Coutinho-Semina%CC%81rio-Marco-Zero.Cie%CC%82ncias-no-Mar-.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

cleadoras de práticas exportáveis para outras localidades no assunto (Beatrice Padovani e Virgínia Leal).

2.2.2.2 Indenização adequada, mormente de comunidades pesqueiras

Ainda sob o prisma da reparação, muitos afetados, especialmente as comunidades de pescadores, que sofreram não apenas privação de acesso aos seus meios de subsistência, mas também foram expostas a graves riscos à saúde, não foram compensadas proporcionalmente aos danos sofridos. Em que pese a pesca artesanal desempenhada nessas comunidades seja uma das atividades mais relevantes em termos econômicos e de segurança alimentar do país, no evento, elas sofreram com a demora na identificação e no cadastramento dos membros atingidos. Aliás, até hoje ainda estão sendo feitas pesquisas para tentar mensurar, adequadamente, os danos suportados e prever meios de monitorar a saúde de representantes desses grupos. Cita-se o projeto da Professora Rita Rêgo (UFBA)¹⁹ que tem como um dos objetos elaborar métodos de monitoramento da saúde dos grupos mencionados. Uma primeira aproximação sobre a vulnerabilidade socioeconômica de áreas de proteção ambiental costeiras²⁰ e uma síntese das ações e estratégias desenvolvidas pelas comunidades pesqueiras diante do episódio foram publicadas recentemente²¹.

Essa indenização é dificultada por uma legislação ambiental nacional que foca na poluição e no poluidor (Larissa Coutinho). Primeiramente, importa ressaltar que a reparação jurídica cível requer que seja demonstrado o nexo de causalidade entre o fato e o dano, o que implica a necessidade de se apontar quem o causou para fins de possibilidade de se propor uma ação civil pública com esse intuito. Além disso, a legislação, focando na poluição, restringe o conceito de dano ambiental, desconsiderando aspectos relevantes como os abalos aos modos de vida das comunidades costeiras, que pode-

riam ser compensados com a ajuda de uma noção já antiga, mas ainda pouco relacionada com esses povos na jurisprudência nacional, a de dano moral ambiental, ou, inclusive, por meio de uma noção mais recente e sem precedentes judiciais, que é a de mudanças climáticas. Isso faz com que se perceba que, mesmo que se chegue a conhecer o causador do derramamento de óleo, ainda se haverá dificuldades para a reparação dos danos ocorridos, especialmente de parcelas relevantes e ao mesmo tempo fragilizadas da sociedade, como os membros de comunidades pesqueiras.

Ligada à limitação do enfoque dado pela legislação nacional à poluição está a da falta de atenção à noção de paisagem (Maraluce Custódio). O tema da paisagem é esquecido pelas normas brasileiras e, na literatura, quando é tratado, geralmente é interpretado de forma restritiva, sendo relacionado à beleza natural. No entanto, quando se compreende que a paisagem diz respeito à percepção acerca de uma localidade vivida, envolvendo, assim, aspectos que vão além do ambiental (natural) e do econômico, fica mais fácil de entender o drama enfrentado pelos pescadores tradicionais no caso do óleo, os quais, mais do que dependentes econômicos do mar, têm uma cultura baseada nele. Consequentemente, essa interpretação de paisagem poderia facilitar a configuração da reparação dos danos ao psicológico e à saúde dessas populações.

Ainda no intuito de buscar melhorar a situação dos pescadores artesanais, especificamente os que habitam Reservas Extrativistas (RESEX), alternativas poderiam ser exploradas. Uma delas se encontra na manutenção do pagamento do seguro defeso por um período mais longo, considerando que suas atividades econômicas foram severamente impactadas e que não houve previsão de outra medida indenizatória na esfera federal. Ademais, poder-se-ia buscar utilizar novos métodos de valoração econômica do dano ambiental, além dos tradicionalmente usados na economia ambiental, tais como valoração relacional e valoração intrínseca (Prof. Peter May).

Por fim, importa destacar o papel do direito penal nesta problemática. As leis penais nacionais permitem uma penalização de crimes ambientais, mas dificuldades de operacionalização têm impedido se chegar aos verdadeiros causadores do crime. O direito penal nacional tem evoluído bastante, caracterizando as condutas criminosas e ampliando os sujeitos que podem ser respon-

¹⁹ ÓLEO no litoral: UFBA reúne pesquisadores de diversas áreas que têm se dedicado ao tema. *Edgar digital UFBA*, 26 nov. 2019. Disponível em: <http://www.edgardigital.ufba.br/?p=15371>. Acesso em: 23 jun. 2021. Ver sobre o tema: <http://www.fameb.ufba.br/content/ppgsat-aprova-mais-um-projeto-para-avaliar-os-impactos-do-derramamento-de-oleo-na-costa>.

²⁰ SILVA, F. R. DA *et al.* Oil Spill and Socioeconomic Vulnerability in Marine Protected Areas. *Frontiers in Marine Science*, v. 9, 2022.

²¹ VIEIRA, F.; ACCIOLY, M. D. C.; SANTOS, T. L. Mapeamento biorregional em comunidades pesqueiras: pertencimento territorial na costa do Nordeste brasileiro frente à impactos ambientais. *Revista Campo-Território*, v. 17, n. 47, p. 105–129, 4 out. 2022.

sabilizados. Mas tanto o direito penal como o processual penal trabalham com a prova da materialidade dos fatos. Em que pese essa prova, no caso do óleo, exista, a investigação da autoria do crime exige que as regras de cooperação entre os Estados sejam aplicadas, o que não se tem alcançado. Essa limitação reforça a importância da tomada de medidas preventivas, tais como a realização do monitoramento de resíduos na zona costeira, como já ressaltado em itens anteriores (Fernanda Tonetto).

3 Contribuições ligadas ao direito internacional e comparado

Num segundo momento, destacam-se as contribuições coletadas com vistas à melhoria do ordenamento jurídico internacional. Frente ao acidente de manchas órfãs, houve propostas levantadas a partir do Direito comparado: metas e medidas concretas em prazos razoáveis (3.1) e propostas levantadas com base na responsabilização internacional pelo dano por derramamento de óleo (3.2).

3.1 Propostas levantadas com base no Direito comparado: metas e medidas concretas em prazos razoáveis

Por meio da perspectiva do direito comparado, destacaram-se dois casos de acidentes que envolveram derramamento de óleo: o do Navio Pallas, na Alemanha, em 1998; e o do Navio Érika, na França, em 1999. Com base no caso do Navio Pallas, acidente de menor proporção, atingindo apenas a costa alemã, alternativas criadas que poderiam ser aplicadas ao Brasil, seriam: (1) a criação de uma entidade centralizada e coordenada para situações de emergência marítima, que articulasse governo federal e estaduais, com funções em tempos de crise e normalidade, realizando recomendações práticas e não apenas debates, ou seja, medidas concretas (auxiliando com informações, avaliação, monitoramento etc.); (2) a colocação de rebocadores em pontos estratégicos ao longo da costa para resposta emergencial a desastres ambientais (Fabiana Piasse).

No acidente do Navio Erika, que teve consequências gravíssimas ao litoral francês, destacou-se que a opinião pública sobre tais acidentes estava desgastada

e já havia críticas à Organização Marítima Internacional (IMO), que deveria rever alguns de seus instrumentos e garantir a implementação e cumprimento. Destacou-se, ainda, a atuação legislativa europeia, que editou três pacotes/conjuntos legislativos (Erika 1: três meses depois do acidente, Erika 2: um ano após o acidente; e Erika 3 – após um segundo acidente denominado Maré Negra do Prestige, em 2002) com medidas de curto e médio prazos para contenção de danos, e, portanto, articular sua legislação. Posteriormente, criou-se uma Agência Europeia de Segurança Marítima (*European Maritime Safety Agency* – EMSA), que acompanha o desenvolvimento dessa legislação — modernização, aplicação, efetivação —, o que pode ser uma lição e exemplo a ser seguido pelo Brasil. Dessa forma, ficou evidenciada a importância de se estabelecerem metas e medidas concretas com prazos razoáveis, para que, quando a legislação, ou as medidas, sejam tomadas, não estejam desatualizadas ou tenham perdido seu objeto (Fabiana Piasse).

Ressaltam-se as grandes diferenças entre as respostas dadas a outros grandes acidentes provenientes de derramamento de óleo em águas internacionais, por exemplo, o derramamento de 750 milhões de litros de petróleo no mar por meio da plataforma Deepwater Horizon da petrolífera British Petroleum (BP), que explodiu há dez anos no Golfo do México, e que também não teve identificação do culpado. Outra diferença é a não adesão do Brasil ao Fundo Internacional de Compensação à Poluição por Óleo, previsto no Protocolo à Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em danos Causados por Óleo, de 1992, que permitiria a indenização internacional necessária ao caso. Esse fato obriga o país a buscar outras formas de indenização pelo dano, o que poderia acontecer, por exemplo, por meio de doações ou ação governamental, já que houve falta de ação adequada quando se tomou conhecimento do derramamento (Prof. Peter May).

Outro exemplo semelhante ao que ocorre no Brasil é o caso recente de derramamento de óleo ocorrido no Mediterrâneo (na costa israelense), no qual também houve dificuldade em identificar o poluidor, para que houvesse ressarcimento dos danos causados. O que demonstra, quanto à legislação internacional, que faltam contribuições jurídicas efetivas (Ricardo Coutinho).

Ademais, como já mencionado, o Brasil não aderiu ao “*International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage*,

1971”, um fundo internacional que se destina a complementar a reparação dos danos causados por poluição por óleo de responsabilidade do armador, estendendo essa responsabilidade civil para os proprietários da carga, que passam a dividir a responsabilidade com os armadores pela mitigação dos danos. Não tendo o Brasil aderido ao fundo, o país fica sem uma solução para o problema da limitação de responsabilidade e, assim, quando não se tem um limite de responsabilidade, o agente causador do dano acaba por não se responsabilizar por nada. O Fundo Internacional seria capaz de estabelecer esse limite de responsabilidade, permitindo que esse valor fosse segurado, além de permitir uma compensação imediata do dano e solucionar demandas socioambientais decorrentes do derramamento de óleo, por meio do simples saque do valor diretamente do fundo (Nelson Cavalcante).

3.2 Propostas levantadas com base na responsabilização internacional pelo dano por derramamento de óleo

Com base no Direito Internacional Ambiental, mais especificamente o Direito do Mar, houve propostas quanto à responsabilização preventiva e repressiva, baseadas no Direito do Mar (3.2.1), e na responsabilização repressiva por meio de Cortes e Tribunais Internacionais (3.2.2).

3.2.1 Responsabilização preventiva e repressiva com base no Direito do Mar

Quanto às contribuições e lacunas do Direito do Mar, no âmbito do Direito Internacional Ambiental, considera-se que, quando se fala de poluição por navios, há duas formas de atuação: a preventiva e a repressiva. A atuação preventiva é a ideal, uma vez que, na maioria dos casos, a reparação do dano ambiental é impossível ou irreparável. Tendo isso em mente, discutiu-se sobre a dificuldade de prevenção no Alto-Mar (3.2.1.1) e a responsabilização internacional repressiva a partir do Direito do Mar (3.2.1.2).

3.2.1.1 A dificuldade de prevenção no Alto-Mar

No caso do derramamento de óleo, há uma lacuna inaceitável no Direito Internacional no que tange ao fato de o caso ter ocorrido, quase certamente, em águas internacionais, no Alto-Mar, onde, preventivamente,

não há o que se fazer por parte do Brasil, como um direito de visita ambiental como há para outras questões. Sendo essa uma lacuna da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, bem como do acordo em discussão para a BBNJ, cuja negociação não entrou nessa discussão.²²

Dessa forma, há duas formas de atuação, uma para acidentes marítimos, à luz do artigo 221, mas que é muito específica para tentar combater a ocorrência de poluição em águas jurisdicionais (o que não foi o caso do derramamento de óleo, já que não foi um abalroamento entre duas embarcações), e outra por meio do artigo 218 da Convenção, que trata sobre a jurisdição pelo Estado do Porto — questão repressiva —, mas que também é muito limitado à entrada voluntária do navio, o que também não foi o caso do derramamento de 2019. Portanto, não há dúvidas de que, à luz do Direito Internacional, há uma lacuna do ponto de vista preventivo, e o Estado Costeiro acaba sem ter o que fazer/sem uma solução quando esses incidentes acontecem em águas internacionais (Tiago Zanella).

Ainda quanto à prevenção, acredita-se haver uma lacuna quanto ao alto-mar. Dificilmente a Organização Marítima Internacional (IMO) ou a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (acrônimo em inglês ISA) serão responsabilizadas. O futuro tratado BBNJ, que foi aberto para assinaturas e passará pelo processo de ratificação, poderá contribuir nesse contexto (Tiago Zanella).

Na realidade, tendo o futuro tratado BBNJ como objeto central a proteção da biodiversidade marinha no Alto Mar, ele teria sido uma ótima oportunidade de — como prevê ‘em complementaridade à Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM)’ — incorporar mais uma possibilidade de exercício jurisdicional além das tradicionais águas sob algum grau de jurisdição do Estado Costeiro. A CNUDM prevê essa possibilidade, não de forma exclusiva, mas ao longo do texto convencional, para crimes de tráfico de escravos (art. 99), pirataria (art. 100), tráfico de drogas (art. 108) e de transmissões (eletromagnéticas) não autorizadas (art. 109). Ou seja, não há previsão expressa de que “somente nessas situações pode ocorrer o exercício jurisdicional no Alto Mar” e a BBNJ teria sido uma ótima oportuni-

²² Acordo no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar para a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica marinha de áreas para além da jurisdição nacional (BBNJ)

dade — dado seu objeto de proteção, a biodiversidade — de incluir uma quinta possibilidade no caso de crime ambiental, tanto com dano específico dele decorrente (portanto passível de arguição pelos Estados afetados e arguentes de jurisdição) quanto por dano coletivo ao meio ambiente global (André Beirão).

3.2.1.2 Responsabilização internacional repressiva com base no Direito do Mar

Após a ocorrência do dano, ou seja, repressivamente, há a responsabilidade civil e penal. Quanto à responsabilidade civil, a Convenção, em seu artigo 229, determina que nada afeta a competência do Estado de responsabilizar civilmente por perdas e danos aquele que causar a poluição ao seu meio marinho. A questão do caso brasileiro é que ainda não se descobriu quem é o responsável, restando três suspeitos. Portanto, ainda não há de se falar em responsabilidade civil; e ainda que se tivesse descoberto, sendo um dos três suspeitos, por nenhum deles ser de um grande armador, não teria condições financeiras para ressarcir os danos socioambientais/socioeconômicos sofridos pelo Brasil. No âmbito penal, à luz do que traz a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, no âmbito do Direito Internacional, não tem é possível responsabilizar, penalmente, os infratores (Tiago Zanella).

Na responsabilidade internacional, presumindo-se que o fato foi originado em espaço internacionalizado, ou seja, para além das águas jurisdicionais brasileiras, em Alto-Mar. No entanto, ao considerar que atingiu o Brasil como sujeito de direito internacional, e que trouxe não somente problemas ambientais, mas também socioeconômicos, especificamente em relação à atividade de pesca, há a possibilidade de uma discussão sobre a responsabilização internacional em razão da violação do direito de pesca do estado costeiro do Brasil, previsto no artigo 56 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que garante direitos soberanos em relação à pesca do estado costeiro em Zona Econômica Exclusiva (ZEE), bem como o artigo 62 que determina uma utilização ótima dos recursos vivos do mar, na perspectiva pesqueira (Prof. André de Paiva Toledo).

Além disso, o artigo 87 combinado com os artigos 91, 92, e 94 garantem uma vinculação jurídica do estado da bandeira com a embarcação, uma questão de responsabilização do estado da bandeira, tentando uma responsabilização entre estados (estado brasileiro vs. es-

tado da bandeira da embarcação). Porém até agora esse estado da bandeira ainda não é conhecido e, portanto, não há a imputabilidade, terceiro elemento da responsabilização internacional.

Sendo o dano resultado de um naufrágio (fonte da poluição) haveria a possibilidade de inserir a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos nessa discussão. Uma vez que, ao se ter indícios que a fonte da poluição não está próxima ao litoral do nordeste, e levando em consideração que a Plataforma Continental brasileira no nordeste coincide com os limites da ZEE, logo os fundos marinhos são patrimônio comum da humanidade gerido pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, autoridade responsável tanto pela gestão e participação quanto pelos naufrágios e objetos arqueológicos e históricos encontrados nos fundos marinhos para além da plataforma continental, nos termos do artigo 149 da Convenção.

Por fim, no âmbito da IMO do *Marine Environment Protection Committee (MEPC)*, observou-se, com base em levantamento das três últimas reuniões da Organização (IMO – 2018, 2019 e 2020), no que tange a acidentes que envolvem derramamento de óleo, que não houve discussões sobre responsabilização de países que estão transportando óleo de forma irregular, evidenciando uma lacuna quanto ao assunto (Cláudia Magalhães). No início de 2020, houve apresentação do incidente na IMO, pelo Prof. Ricardo Coutinho (IEAPM) e pela Fernanda Pirillo (IBAMA), mas nada de concreto foi realizado no que concerne à reparação do dano.

3.2.2 Responsabilização repressiva por meio de Cortes e Tribunais Internacionais

É possível pensar na atuação de Cortes e Tribunais Internacionais que poderiam ser provocados com relação às consequências jurídicas internacionais. Dentre as principais normas de prevenção à poluição por hidrocarbonetos, ressaltou-se a Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, artigo 194, e outros regimes internacionais jurídicos como a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por danos causados por poluição por óleo, de 1969, e a Convenção Internacional sobre preparo, resposta e cooperação em caso de poluição por óleo de 1990 (Prof. Leonardo de Camargo Subtil).

Quanto aos navios suspeitos, de diferentes nacionalidades, a dificuldade na identificação do responsável acarreta também a dificuldade na atribuição da responsabilidade internacional do estado da bandeira por eventuais compensações pelo dano causado pela embarcação. Nesse contexto, esgotadas as tratativas bilaterais do Estado brasileiro com o estado da bandeira do navio declarado responsável pelo derramamento de óleo (ou esgotada a tentativa de negociação em um foro mais amplo, como fazendo uso dos mecanismos da Organização Marítima Internacional), há a possibilidade de recorrer à jurisdição internacional (cortes ou tribunais internacionais).

Quanto a esse ponto, o Estado brasileiro teria duas opções: (1) recorrer à Corte Internacional de Justiça (órgão judiciário das Nações Unidas) para verificar se o estado da bandeira da embarcação responsável pelo derramamento de óleo — que trataria de uma violação geral das normas de direito internacional do mar e do direito internacional do meio ambiente; (2) recorrer ao Mecanismo de Solução de Controvérsias da parte 15 da Convenção Internacional da ONU sobre Direito do Mar, alegando violação a algum dispositivo da própria Convenção para acessar a jurisdição dos órgãos disponíveis a este fim e depois alegar violações a outras convenções como direito aplicável. Nesse último caso, restaria a dúvida sobre qual tribunal ou corte fazer recurso para tratar desta questão, em que as opções são: (a) Corte Internacional de Justiça; (b) Tribunal Internacional de Direito do Mar; ou o (c) Tribunal Arbitral constituído em conformidade ao anexo VII da Convenção.

Ao considerar que um dos navios suspeitos tem nacionalidade grega, destaca-se que a Grécia fez uma escolha de procedimento preferencial pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar. Dessa forma, a sugestão seria que o Brasil emitisse uma declaração escrita, conforme previsto no artigo 287 da Convenção da ONU sobre Direito do Mar, fazendo a escolha de procedimento preferencial também pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar. Outra sugestão seria formar recursos técnicos no Brasil em Direito Internacional do Mar que estejam preparados para representar o país em Cortes e Tribunais Internacionais, papel que poderia ser liderado pelas universidades e por institutos como o Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMAR). (Prof. Leonardo de Camargo Subtil).

4 Considerações finais

A presente crônica teve como propósito dar publicidade às principais propostas levantadas no webinar “Contribuições jurídicas ao enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira”. Ao longo do evento, variados aspectos ligados ao incidente que atingiu a costa brasileira em 2019 foram discutidos, desdobrando-se em muitas ideias capazes de serem desenvolvidas em projetos de pesquisas jurídicas que se voltam a construir pontes entre as áreas do conhecimento. A título conclusivo, destacam-se, a seguir, algumas pistas de possíveis perguntas norteadoras e métodos de análise para a concretização de tais projetos.

O desastre articulou impactos em diferentes esferas políticas (municipais, estaduais, regionais, internacionais), além de diferentes setores sociais e ecossistemas. Desse modo, os esforços de juristas no tema podem partir das seguintes indagações: como e qual instituição lida com um processo jurídico complexo, que envolve vários agentes e ecossistemas, como o desastre de 2019? Como respaldar o espaço da sociedade civil nesses processos? Se é um sistema complexo, como podemos avançar na construção de um direito atento às interfaces e sinergias correlatas? (Ricardo Coutinho) O caso brasileiro, tendo sido constatado a partir do Alto Mar — portanto além da jurisdição nacional — permite investigações e propostas de complementação ao Direito Internacional, tanto em termos preventivos quanto repressivos? (André Beirão)

Ademais, uma forma oportuna de organizar os objetivos de pesquisas jurídicas no tema está em buscar incidir nos três momentos de desastres: antes, durante e depois. Na fase que antecede a ocorrência de um desastre, faz-se necessário garantir a implementação de medidas preventivas e que viabilizem respostas imediatas diante dos primeiros sinais do desastre, por meio de um arranjo jurídico que defina com clareza os atores, os recursos financeiros e o sistema de vigilância das condições ambientais e riscos a que o espaço costeiro-marinho brasileiro está exposto. Na ocasião do desastre, o mais importante foi conseguir conter os danos o mais rapidamente possível, a partir da divisão de competências e responsabilidades previamente definidas. E, depois de desencadeado o evento danoso, os textos normativos devem prever medidas compensatórias e reparatórias capazes de cobrir integralmente danos imediatos e que se prolongam no tempo. Assim, em se verificando

impactos sociais, econômicos e ambientais, é preciso existirem medidas compatíveis com cada um dos três citados momentos, reconhecendo-se que danos à natureza requerem prioritariamente vias de recuperação dos ecossistemas danificados (Alexander Turra).

Desse modo, ao fim e ao cabo, espera-se que as reflexões levantadas pela vasta gama de pesquisadores e gestores implicados no acidente do óleo da costa brasileira iniciado em 2019 possam contribuir para que as lições aprendidas sejam incorporadas às legislações e, assim, alcancem-se melhores resultados não somente para os danos que se perpetuam nesse caso, como também diante de necessidades futuras (Carina Oliveira).

Referências

- BRASIL. *Lei n. 12.343, de 2 de dezembro de 2010*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12343.htm.
- BRASIL. *Lei n. 556, de 25 de junho de 1850*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm.
- CEARÁ. Resolução COEMA n. 8, 14 de novembro de 2019. Dispõe sobre critérios e valores orientadores de qualidade dos sedimentos praias (solos) e das águas quanto à presença de substâncias químicas e micro-organismos para determinação de balneabilidade, e dá outras providências. *Diário oficial do estado*, Fortaleza, 27 nov. 2019. Disponível em: <https://www.semace.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/46/2019/11/Resolucao-Coema-08-de-2019.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- CEARÁ. Secretaria de Meio Ambiente do Estado do Ceará. *Planejamento Costeiro e Marinho do Ceará*. Disponível em: <https://www.sema.ce.gov.br/89965-2/planejamento-costeiro-e-marinho-do-ceara/>. Acesso em: 25 jun. 2021.
- COUTINHO, Ricardo. *Ação emergencial da Coordenação científica do Grupo de Acompanhamento e Avaliação (GAA) em resposta ao derramamento de óleo e indicativos de ações futuras*. Disponível em: http://ciencianomar.mctic.gov.br/wp-content/uploads/2020/04/3_Apresentac%CC%A7a%CC%83o-Brasi%CC%81lia.Ricardo-Coutinho-Semina%CC%81rio-Marco-Zero.Cie%CC%82ncias-no-Mar-.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.
- IBAMA. Manchas de óleo. *Notícias Ibama*, 13 dez. 2023. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/manchasde-oleo-localidades-atingidas>. Acesso em: 28 jun. 2023.
- LAMPERT, João Alberto de Araujo; COSTA, Edwaldo. SisGAAZ: Proteção e Monitoramento das Águas Jurisdicionais Brasileiras. *Notícias Marinha do Brasil*. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sisgaaz-protecao-e-monitoramento-das-aguas-jurisdicionais-brasileiras>. Acesso em: 4 set. 2021.
- MCTIC. *Chamada CNPq/MCTI 06/2020: Pesquisa e Desenvolvimento para Enfrentamento de Derramamento de Óleo na Costa Brasileira: Programa Ciência no Mar*. Brasília, 7 jul. 2020. Disponível em: http://ciencianomar.mctic.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/ChamadaPublica06_2020.pdf. Acesso em: 3 set. 2021.
- ÓLEO no litoral: UFBA reúne pesquisadores de diversas áreas que têm se dedicado ao tema. *Edgar digital UFBA*, 26 nov. 2019. Disponível em: <http://www.edgardigital.ufba.br/?p=15371>. Acesso em: 23 jun. 2021.
- POFFO, Iris R. F. Planos de contingência para vazamentos de óleo no mar. *Notícias Cetesb*, maio 2018. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/emergencias-quimicas/tipos-de-acidentes/vazamentos-de-oleo/preparacao-para-resposta/planos-de-contingencia-para-vazamentos-de-oleo-no-mar/>. Acesso em: 19 ago. 2023.
- SILVA, F. R. DA *et al.* Oil Spill and Socioeconomic Vulnerability in Marine Protected Areas. *Frontiers in Marine Science*, v. 9, 2022.
- SOARES, Marcelo de Oliveira. Oil spill in South Atlantic (Brazil): Environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, v. 115, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2020.103879>. Acesso em: 27 jun. 2023.
- TURRA, A; MARGARETH, C.; GONÇALVES, L. Chorar sobre o óleo derramado não reduz os danos à zona costeira. *Estadão*, out. 2019. Disponível em: <https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,chorar-sobre-o-oleo-derramado-nao-reduz-os-danos-a-zona-costeira,70003055031>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- UNIVALI. *Atlas do Derramamento de Óleo no Litoral Brasileiro: 2019 e 2020*. Itajaí-SC: Laboratório de Conservação e Gestão Costeira, 2021.

VENEGAS-LI, R. *et al.* Global assessment of marine biodiversity potentially threatened by offshore hydrocarbon activities. *Global change biology*, v. 25, n. 6, p. 2009-2020, jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/gcb.14616>. Acesso em: 22 jun. 2023.

VIEIRA, F.; ACCIOLY, M. D. C.; SANTOS, T. L. Mapeamento biorregional em comunidades pesqueiras: pertencimento territorial na costa do Nordeste brasileiro frente à impactos ambientais. *Revista Campo-Território*, v. 17, n. 47, p. 105–129, 4 out. 2022.

**DOSSIÊ: OIL SPILL PREVENTION AND
RESPONSE: NATIONAL, INTERNATIONAL,
AND COMPARATIVE PERSPECTIVES**

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editorial:

**Oil spill Prevention and
Response: introductory national,
international, and comparative
perspectives**

Carina Oliveira

Daniela Diz

Teresa Fajardo

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND
RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND
COMPARATIVE PERSPECTIVES

Editorial: Oil spill Prevention and Response: introductory national, international, and comparative perspectives

Carina Oliveira*

Daniela Diz **

Teresa Fajardo***

In 2019, a vast oil spill occurred in sea areas under Brazilian Jurisdiction¹. In 2021, the Brazilian police office identified that a Greek ship was probably responsible for the spill when it was crossing international waters roughly 700 nautical miles away from Brazilian coastal line. So far, no proper individual and/or collective compensation has been made for the affected communities, such as fishermen, tourism companies and municipalities. This catastrophe raised many questions including one related to the prevention and the reparation of damages. In the backdrop of the 2019 Brazilian Oil Spill, this special issue investigates innovative solutions for addressing environmental, social and economic issues caused by accidental oil spills from ships from an international, national and comparative perspective. The important legal issues that were pointed out as examples were: prevention and reparation of vessel-source pollution; safety management of offshore oil and gas operations; assessing economic loss caused by oil spill disasters; ecologic compensation in case of oil spill disasters; Area Based Management Tools (including Marine Protected Areas, other effective area-based conservation measures and Marine spatial planning). As an introduction to this special edition, some background, gaps and prospective solutions are presented under Brazilian, international and comparative law.

1 Brazilian perspective

Vessel-source oil marine incidents are quite frequent in Brazil². There are many institutional, material and procedural limits to the management of this type of accident³. Even in light of several obligations and instruments that address oil spills, prevention and reparation of damages, implementation of such norms is patchy. The 2019 oil spill shows that the sectorial approach adopted in Brazil is not sufficient to deal with oil spills. An ecosystem

* Doutora em Direito pela Universidade Paris II, Panthéon-Assas, França. Professora da Universidade de Brasília.
E-mail: carinaoliveira@unb.br

** Doutora em Direito pela Universidade de Granada, Espanha. Professora da Universidade de Granada.
E-mail: dizdani@gmail.com

*** Doutora em Direito pela Universidade de Edinburgo, Reino Unido. Professora da Universidade Heriot-Watt, Reino Unido.
E-mail: fajardo@ugr.es

¹ See in this special issue: Crônica: uma agenda de pesquisa jurídica em construção: propostas a partir do webinar “contribuições jurídicas ao enfrentamento do derramamento de óleo na costa brasileira”.

² For instance, there were 1509 oil incidents in 2022. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, *Relatório anual de segurança operacional das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural*, 2022, p. 74. Available at: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/seguranca-operacional/arq/raso/2022-relatorio-anual-seguranca-operacional.pdf>. Acesso em: 15 dez 2023.

³ See on this issue: C.C. Oliveira, R.A. Lima, F. Salgueiro, ‘Características do regime jurídico brasileiro de exploração dos recursos minerais marinhos: comparação da integração da variável ambiental nos setores de petróleo e de minério’ in C.C. Oliveira, M.P. Lanfranchi, A.F. Barros-Platiau; G.R.B. Galindo, *A função do direito na gestão sustentável dos recursos minerais marinhos*, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2021, 400 p.

approach,⁴ based on an integrated institutional framework, would help to prevent future oil spills. Moreover, the ratification of some important treaties would also provide for access to international funds to better repair oil spill damages. In this sense, the Brazilian institutional framework to deal with oil spills in national jurisdiction will be presented as well as possible national and international instruments that would fill some gaps.

There are norms directly and indirectly related to oil spills in Brazil as well as norms resulting from the ratification of treaties (thirty-one directly related regulations and twenty indirectly related regulations). A significant number of regulations were produced between 1995 and 1999 and then from 2005 to 2009. Recently, what is being monitored is a potential increase in regulatory production and litigation resulting from the specific case of the oil spill on the Brazilian coast⁵. Regarding jurisprudence, an increasing number of coastal and marine litigation can be identified after the 2019 accident. There are nine important judgments directly related to the incident on the Brazilian coast. The most recurring legal issues directly related to the 2019 oil spill are the following: expanding emergency aid to fishermen and shellfish gatherers in the states of Pernambuco and Sergipe, as well as issues related to the conflict of jurisdiction for the case, which was decided in favor of the jurisdiction of the Federal Court in Sergipe. Some relevant legal gaps can be identified in the Brazilian regulation of the issue: national funds, management instruments, integration between federal entities, participation instruments, damage compensation, damage valuation. There are also issues related to definitions and approaches which are not yet clear in Brazilian environmental law, such as an ecosystem and integrated approach.

The issue in the Brazilian case is that the responsible party has not yet been identified, leaving three suspects still being investigated. Therefore, there is no basis for civil liability at this stage, and even if the responsible party were identified, none of the three suspects, as none of them are major shipowners, would likely have the finan-

cial capacity to compensate for the socio-environmental and socio-economic damages suffered by Brazil.

The 2019 disaster highlighted the importance of the participation of civil society in this type of case. Local and traditional communities were key to contain the oil spill as well as to monitor the accident. Thus, a reassessment of environmental sensitivity maps was carried out, incorporating the possibility of working with local communities, including educational measures to ensure that technical information can be understood by the entire population. It is important to emphasize the inclusion of traditional and fishing communities living along the coast, which are vulnerable to environmental accidents. Their traditional knowledge and presence are essential tools for making rapid response actions viable. Moreover, it is possible to establish community contingency plans based on the knowledge and practices that underlie an education founded in traditional communities engaged in artisanal fishing⁶.

The coastal and marine protected areas should also be seen as important regulatory provisions for such cases. Considering that these areas are the best examples of highly fragile ecosystems, it is evident that management agencies of these areas must be prepared to deal with this type of damage. To redirect the course of national marine biodiversity conservation policy, it is crucial to establish a collaborative network between government, local communities and scientific-academic actors.

As per the lack of institutional integration approach, the establishment of a centralized and coordinated entity for maritime emergency situations, facilitating collaboration between federal, state and local governments, with functions spanning both during crises and in normal times, providing practical recommendations and concrete actions (assisting with information, assessment, monitoring, etc.) would be important. An integrated approach could be better implemented by the Brazilian national commission which is responsible for marine public policies. This Commission is more connected to a safety and defense perspective than to an ecosystem approach. The Navy, via the Executive Secretariat for the Inter-ministerial Commission for

⁴ See UN Convention on Biological Diversity (CBD) decisions V/6 (2000) and VII/11 (2004).

⁵ See on this issue: LEAL, Sara P.; OLIVEIRA, Carina Costa de. Plano nacional de contingência para incidentes de poluição por óleo: análise da alteração legislativa após o incidente de derramamento de óleo de 2019. In: VII Congresso de Direito do Mar, 2023, Rio de Janeiro, RJ.

⁶ Ver sobre o tema: VIEIRA, F.; ACCIOLY, M. D. C.; SANTOS, T. L. Mapeamento biorregional em comunidades pesqueiras: pertencimento territorial na costa do Nordeste brasileiro frente à impactos ambientais. *Revista Campo-Território*, v. 17, n. 47 Out., p. 105–129, 4 out. 2022.

Marine Resources⁷, coordinates an administrative body called CIRM since 1974. CIRM is composed of a coordinator, who is a Navy commander, and 16 representatives from different federal administrative bodies. Some policies have been established since the Commission's creation through the National Policies for the Marine space⁸. However, an integrated perspective is still lacking in Brazil.

Regarding oil exploration and exploitation, the protection of the environment, which should be a central part of the oil regulation, is not integrated to the national natural-resources allocation decision-making process. The oil regulatory agency is responsible for decisions on the allocation of the resources and oftentimes the decision-making process does not consider marine environmental impacts. Consequently, the resource permit is usually granted based on the applicant's assertion that the exploitation of the resource will be profitable to local, regional and national economy. In this sense, this sectoral approach conspicuously results in and aims at a stronger focus on the economic objectives than on the environmental and the social ones.

With respect to obligations on conservation and sustainable use of the marine environment, Brazil has a consistent legal framework to prevent and repair environmental damages. Some principles, such as the precautionary principle, have been embraced by courts and in administrative procedures in cases related to the exploration and exploitation of oil in Brazil. The precautionary principle is entrenched in some norms related to marine resources, but these usually refer only to the coastal zone.⁹ There have been some procedural developments, namely the reversal of the burden of proof.¹⁰ Regarding administrative procedures, one good example of the implementation of the precautionary principle is related to the exploration of oil in the Amazonas river. The company Total E&P was granted a concession area at the Amazonas river after a bidding procedure in 2013. In April 2018, the federal prosecutors issued

a recommendation to the environmental administrative body and asked it to withdraw the environmental permit to the company, based on the precautionary principle.¹¹ The main argument was that the scientific evidence was not sufficient to decide whether there would not be an intolerable impact to the recently discovered coral reef in the region. By now, this argument has been sustained even if there is strong pressure to exploit this area¹².

In this context, there is a key legislative reform initiative specifically related to the ocean underway. The draft statute (PL 6969) was presented in 2013, but it has not been voted by congress representatives yet. It aims at reducing this fragmented institutional framework by proposing a general policy for the integrated management, the conservation and the sustainable use of the coastal and marine environment. It proposes to assemble and harmonize important objectives, definitions, principles and instruments applicable to the marine environment. In this sense, Brazil is still in a prospective perspective to integrate different sectors and actors. From an administrative perspective, the marine spatial planning is also a possible process that will bring more synergy and coherence among different policies in Brazil. It has just started. This summary of the national context will be complemented by the international scenario.

2 International perspective related to the Brazilian 2019 case

In the case of an oil spill, there is a gap in international law concerning the fact that the incident occurred in the High Seas, as was the Brazilian 2019 case, where there is little Brazil can proactively do, such as having a right of environmental visitation as is the case for other matters. Even though the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) does not confer jurisdiction to the coastal state to address marine pollution that takes place in the High Seas, its Part XII on the Protection and preservation of the marine environment provides for flag state obligation to take action against marine pollution. In case of flag state inaction, the coastal state and the port state have very limited possibilities

⁷ Hereinafter 'SECIRM'.

⁸ The first one was published in 1980 and the last one was published in 2005 (decree no. 5.377/2005).

⁹ For instance, Article 1 and Article 5, X, of decree n. 5.300/2004 and statute n. 7.661/1988. Both regulate the coastal zone. The decree 5.377/2005 approves the national policy for the marine resources also presents the principle under article 4.

¹⁰ See on this issue: C.C. Oliveira, G.G.B.Lima, F.R.Ferreira (Orgs), *A interpretação do princípio da precaução pelos tribunais: análise nacional, comparada e internacional*, São Paulo: Pontes Editores, 2019, 400p.

¹¹ Brazil, Ministério Público Federal, *Recomendação nº 69/2018-MPF/PR/AP/GAPRA*.

¹² See on this issue: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2023/10/petrobras-preve-iniciar-exploracao-da-bacia-da-foz-do-amazonas-em-2024-diz-prates.shtml>. Access on the 15 dec 2023.

to take action under its provisions.

There is no doubt that from an international law perspective, there is a significant preventive gap, and the Coastal State is left with no recourse and no solution when these incidents occur in the High Sea. Furthermore, in the event of serious inaction by the flag State, a 'creative' application of existing provisions can be proposed to overcome gaps. US practice has shown that creative application of its legislation to prosecute cases of ship-source discharges is possible. To this end, they have criminalized the falsification of ship's books where spills are not registered.

UNCLOS does allow for the exercise of jurisdiction beyond coastal state waters, albeit not exclusively, for crimes related to slave trafficking (Article 99), piracy (Article 100), drug trafficking (Article 108), and unauthorized transmissions (electromagnetic) (Article 109). In other words, there is no explicit provision stating that jurisdiction can only be exercised on the High Seas in these specific situations. National practice shows very different interpretations. In the case of the Spanish Supreme Court, it considered universal jurisdiction inapplicable to environmental and illegal fishing crimes taking place on the high seas since the principle of double criminality could not be applied.¹³

However, despite the lack of foresight in UNCLOS, there is a pressing need to promote regulatory changes in line with the ever increasing imperative to protect the marine environment from pollution. The destruction of marine protected areas (MPAs) must also be considered from a different perspective now that the Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework has established that States should increase their coverage to 30%,¹⁴ which also requires combating marine pollution,¹⁵ since marine ecosystems are also more vulnerable than terrestrial ecosystems and the cost of inaction is higher, given the difficulty and cost of recovery of those severely affected, when restoration is possible.

In the case of marine protected areas, it is interesting to note that a recent Canadian Protection Standard has prohibited a number of activities in new MPAs,

including oil and gas exploration and exploitation, and enhanced restrictions on vessel discharges have been introduced.¹⁶

The BBNJ treaty could have been a great opportunity, given its focus on biodiversity, to introduce a fifth possibility for jurisdiction in the case of environmental crimes, whether resulting in specific damage (and thus subject to claims by affected and

jurisdiction-asserting states) or collective harm to the global environment.

In terms of international responsibility, the discussion of international responsibility can be approached from the perspective that it affected Brazil as a subject of international law and brought not only environmental but also socio-economic problems, specifically in the fishing industry. There is indeed the possibility of discussing international accountability due to the violation of Brazil's fishing rights, as provided in Article 56 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, which grants coastal states sovereign rights over fishing in their Exclusive Economic Zone (EEZ). However, to date, the flag state of the vessel has not been confirmed, and therefore, the third element of international responsibility, imputability, is lacking.

Furthermore, within the International Maritime Organization (IMO) and the Marine Environment Protection Committee (MEPC), there appears to be a gap in discussions about the responsibility of countries involved in irregular oil transportation in cases of oil spill accidents. A presentation on the 2019 incident was made to the IMO by Prof. Ricardo Coutinho (IEAPM) and Fernanda Pirillo (IBAMA), but no concrete actions regarding damage reparation were taken. This highlights a need for further discussions and potential improvements in international cooperation and responsibility for oil spill incidents.

Another gap in Brazil concerning oil spill damages compensation is Brazil's non-adherence to the International Oil Pollution Compensation Fund, as stipulated in the Protocol to the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage of 1992. This fund would have allowed for complementary international

¹³ See T. Fajardo del Castillo. "To Criminalise or Not to Criminalise IUU Fishing: The EU's Choice". *Marine Policy*, Volume 144, October 2022, 105212, available at [https://authors.elsevier.com/sd/article/S0308-597X\(22\)00259-7](https://authors.elsevier.com/sd/article/S0308-597X(22)00259-7)

¹⁴ CBD decision 15/04 (2022), Annex, Target 3.

¹⁵ CBD decision 15/04 (2022), Annex, Target 7.

¹⁶ Government of Canada, *Federal Marine Protected Areas Protection Standard* (2023), Cat. No. Fs23-701/2023E-PDF ISBN 978-0-660-47320-8, available at <https://waves-vagues.dfo-mpo.gc.ca/library-bibliotheque/41110353.pdf>

compensation for the 2019 case.

Hence, international law encounters various limitations in addressing oil spills originating in the High Seas. Regional and national law emerge as the pivotal arena for potential solutions.

3 Comparative perspectives

The Erika shipwreck, which had severe consequences for the French coastline, highlighted the erosion of public opinion regarding such accidents and raised criticisms against the IMO, which was expected to review its instruments and ensure their implementation and compliance. The European legislative response was also noteworthy, with the enactment of three legislative packages (Erika 1, Erika 2, and Erika 3), containing short- and medium-term measures to mitigate damages and harmonize European maritime legislation. Subsequently, the European Maritime Safety Agency (EMSA) was established to oversee the development of this legislation, its modernization, implementation, and enforcement. This European experience underscores the importance of setting clear goals and concrete measures with reasonable timelines, ensuring that legislation and measures do not become outdated or lose their relevance by the time they are implemented. Establishing a robust framework with well-defined objectives and regulatory agility is essential for responding effectively to environmental incidents and preventing their recurrence.

As regards new proposals to combat marine pollution, it should be noted that the European Union is currently amending its Directive 2005/35/EC on ship-source pollution with a view to introducing sanctions, including criminal sanctions, for pollution offences. The reform of Directive 2005/35/EC aims to extend its scope from illegal discharges of oil to include discharges of noxious liquid substances from ships at sea, in accordance with the rules laid down in the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL 73/78). In this way, the Directive transposes the MARPOL rules into EU legislation and aims to ensure that those responsible for illegal discharges of polluting substances are subject to dissuasive, effective and proportionate sanctions, in order to improve maritime safety and better protect the marine environment

from pollution by ships. The proposal is one of the EU's initiatives to reduce shipping pollution on its seas and is part of the Commission's Maritime Safety Package. In its Article 3.2 (h) it says "Member States shall ensure that the following conduct constitutes a criminal offence when it is committed intentionally: the ship-source discharge of polluting substances falling within the scope of Article 3 of Directive 2005/35/EC of the European Parliament and of the Council, into any of the areas referred to in Article 3(1) of that Directive, provided that such ship-source discharge does not satisfy the exceptions set in Article 5 of that Directive, and which causes or is likely to cause deterioration in the quality of water or damage to the marine environment".¹⁷ When adopted, it may become a model for tackling non-accidental marine ship-source pollution.

The national, comparative, and international gaps and solutions underscore the complexity of the issue. This edition endeavors to illuminate diverse perspectives across various regions, potentially fostering a cross-fertilization of state regulations and practices concerning the management of oil ship-source marine pollution. This edition is a result of several projects financed by national funding agencies¹⁸.

¹⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC- Confirmation of the final compromise text with a view to agreement, available at <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-16069-2023-INIT/en/pdf>. Access on the 15 dec 2023.

¹⁸ CNPQ, projeto: A litigância ambiental no contexto da gestão sustentável dos recursos marinhos. Projeto Financiado pelo do CNPQ de 2022 a 2024. Edital Universal – 2021 - 404153/2021-6. Coordenação do projeto: Carina Costa de Oliveira; FAP-DF. Litigância ambiental nacional e internacional como meio para a conservação e o uso sustentável dos recursos ambientais. Coordenação: Carina Costa de Oliveira. Projeto de Pesquisa Científica número 00193.00001489/2021-13. Edital 04/2021, FAP-DF. Brasília, 2022; Desenvolvimento de métodos inovadores para avaliação do derramamento do óleo ocorrido em 2019 nos ecossistemas da costa brasileira. Projeto sob a Coordenação do IEAPM, Prof. Ricardo Coutinho. Financiado pelo Edital CNPQ/MCTI 06-2020.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Pluralismo desordenado:

mapeamento de aspectos jurídicos preventivos relacionados ao enfrentamento do derramamento de óleo no litoral brasileiro

Disordered pluralism: mapping preventive legal aspects related to dealing with oil spills off the Brazilian coast

Carina Costa de Oliveira

Isabella Maria Martins Fernandes

Fernanda Figueira Tonetto

Fernanda Castelo Branco Araujo

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

* Recebido em 09/01/2024

Aprovado em 28/03/2024

Esse artigo foi objeto de pesquisa feita no âmbito do Grupo de estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade. As autoras gostariam de agradecer todas as contribuições dos seguintes alunos e alunas: Sara P. Leal, Larissa Coutinho, Hiarque Oliveira, Nathalia Peres Bernardes e Rogério Gonçalves. Como esses/as alunos/as não puderam fazer parte do artigo, eles farão parte de um segundo artigo relacionado ao tema da reparação ligada ao caso supracitado. As autoras gostariam de agradecer as agências de fomento pelo financiamento conectado a esse tema, quais sejam: CNPQ, projeto: A litigância ambiental no contexto da gestão sustentável dos recursos marinhos. Projeto Financiado pelo do CNPQ de 2022 a 2024. Edital Universal – 2021 – 404153/2021-6. Co-ordenação do projeto: Carina Costa de Oliveira; FAP-DF. Litigância ambiental nacional e internacional como meio para a conservação e o uso sustentável dos recursos ambientais. Coordenação: Carina Costa de Oliveira. Projeto de Pesquisa Científica número 00193.00001489/2021-13. Edital 04/2021, FAP-DF. Brasília, 2022; Desenvolvimento de métodos inovadores para avaliação do derramamento do óleo ocorrido em 2019 nos ecossistemas da costa brasileira. Projeto sob a Coordenação do IEAPM, Prof. Ricardo Coutinho. Financiado pelo Edital CNPQ/MCTI 06-2020.

** Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Colíder do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (Gern-UnB). Bolsista de Produtividade do CNPQ.

Email: carinaoliveira@unb.br

*** Doutoranda na Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB, Cientista Ambiental e Advogada. Pesquisadora do Gern-UnB.

Email: isabella.fernandes.m.adv@gmail.com

**** Pós-doutora em direito (UnB), Doutora em Direito (Université Paris II Panthéon-Assas e UFRGS), Professora universitária (UDF) e Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul nos Tribunais Superiores.

Email: fernandafigueirattonetto@gmail.com

***** Pós-doutoranda em direito (UnB), Doutora em Direito (cotutela entre a Université de Aix-Marseille e UnB). Pesquisadora do Gern-UnB

Email: nandacba@gmail.com

Pluralismo desordenado: mapeamento de aspectos jurídicos preventivos relacionados ao enfrentamento do derramamento de óleo no litoral brasileiro*

Disordered pluralism: mapping preventive legal aspects related to dealing with oil spills off the Brazilian coast

Carina Costa de Oliveira**

Isabella Maria Martins Fernandes***

Fernanda Figueira Tonetto****

Fernanda Castelo Branco Araujo*****

Resumo

O derramamento de óleo de 2019, ocorrido no litoral brasileiro, suscitou debates e dúvidas em diversas áreas do conhecimento, incluindo o direito. Os aspectos preventivos do caso relacionados ao meio ambiente desafiaram o direito nacional e internacional aplicáveis. A fim de avaliar o que deverá ser objeto de alteração ou de nova interpretação no âmbito normativo, em casos semelhantes a esse, é necessário mapear os aspectos normativos e jurisprudenciais direta ou indiretamente relacionados ao caso. Neste artigo pretende-se, portanto, reunir as normas ambientais nacionais e internacionais, aplicáveis ao caso concreto, bem como os problemas jurídicos civis, administrativos e penais envolvidos na prevenção de danos causados pelo derramamento de substâncias perigosas no espaço marinho brasileiro. Identificaram-se desafios preventivos e apresentaram-se algumas soluções interpretativas a fim de garantir melhor amparo jurídico para lidar com casos semelhantes que porventura ocorram no futuro. Conclui-se que o ordenamento jurídico nacional pode ser classificado como um pluralismo desordenado de normas, instrumentos, competências e obrigações que devem ser integrados a fim de garantir melhor prevenção de impactos socioambientais decorrentes de derramamento de óleo.

Palavras-chave: derramamento de óleo; prevenção; pluralismo desordenado; governança do oceano; zona costeira.

Abstract

The 2019 oil spill on the Brazilian coast sparked debates and raised questions across various fields of knowledge, including law. The preventive aspects related to the socio-environmental context of the case challenged both national and international legal frameworks. In order to assess what should be subject to amendment or new interpretation within the regula-

tory framework in similar cases, it is necessary to map out the normative and jurisprudential aspects directly or indirectly linked to the case. This article aims, therefore, to compile the national and international environmental regulations applicable to the specific case, as well as the civil, administrative, and criminal legal issues involved in preventing damage caused by the spillage of hazardous substances in the Brazilian maritime space. Preventive challenges have been identified, and some interpretative solutions have been proposed to ensure better legal support for dealing with similar cases. It is concluded that the national legal system can be classified as a disordered pluralism of norms, instruments, competences, and obligations that must be integrated to better prevent socio-environmental impacts resulting from oil spills.

Keywords: oil spill; prevention; reparation; disordered pluralism; ocean governance; costal zone.

1 Introdução

O derramamento de óleo constatado a partir do dia 30 de agosto de 2019, no estado da Paraíba, impactou uma extensão superior a 700 km da costa brasileira¹, atingindo, aproximadamente, 130 municípios, 1.009 localidades, em 11 estados do nordeste e do sudeste do país². Expressiva quantidade de óleo chegou às praias brasileiras e, até o presente momento, apesar da conclusão do inquérito ter apontado o agente causador, os órgãos competentes não judicializaram o tema. O petróleo atingiu diversos ecossistemas costeiros e marinhos como estuários, manguezais, corais, impactando a biodiversidade costeira e marinha, e as comunidades costeiras. Mais de 55 áreas marinhas protegidas foram atingidas³. Nesse sentido, as consequências do caso serão certamente duradouras para a saúde dos organismos direta e indiretamente afetados⁴.

¹ DERRAMAMENTO de óleo da costa brasileira: atuação do MPF. *MPF*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/oleo-na-costa-brasileira/atuacao-do-mpf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

² LOCALIDADES Atingidas. *IBAMA Gov.br*, 13 dez. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ibama/pt-br/assuntos/fiscalizacao-e-protecao-ambiental/emergencias-ambientais/manchasde-oleo/localidades-atingidas>. Acesso em: 22 mai. 2023.

³ SOARES, Marcelo de Oliveira. Oil spill in South Atlantic (Brazil): environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, v. 115, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2020.103879>. Acesso em: 27 jun. 2021.

⁴ VENEGAS-LI, R. *et al.* Global assessment of marine biodiversity potentially threatened by offshore hydrocarbon activities. *Global*

Diante desse contexto, é relevante apresentar os impactos econômicos e sociais do caso, a atuação dos órgãos competentes e a inovação do presente artigo diante de trabalhos já produzidos, antes de mapear os aspectos jurídicos relacionados ao enfrentamento do caso.

Os principais estados afetados socioeconomicamente foram Bahia, Pernambuco e Ceará.⁵ Houve redução na atividade pesqueira, nas acomodações e nos serviços de alimentação em cidades costeiras de dez estados avaliados.⁶ As atividades da pesca e do turismo estão entre as mais impactadas. Em uma pesquisa realizada no final de 2019 com 381 pescadores e marisqueiros, houve relato de que as vendas diminuíram mais de 50% para todos os tipos de pesca e que houve um aumento de doenças de pele e surtos de diarreia.⁷

Com relação ao aspecto orçamentário, houve publicação de alguns dados relacionados ao custo das operações para combater o derramamento⁸, incluindo os órgãos envolvidos, o valor despendido na contenção do caso bem como o quantitativo de servidores alocados. Esses dados demonstram qual foi o real engajamento do poder público no caso. Segundo o estudo, o montante de recursos foi de 177 milhões de reais, envolvendo 16.848 funcionários de sete órgãos federais: a) 7.000 da Marinha do Brasil (MB), b) 5.000 do Exército; c) 3.873 da Defesa Civil (3.873); d) 400 da Petrobrás; e) 200 do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA); f) 135 na Coordenação Científica das operações; g) 100 da Força Aérea Brasileira (FAB)

Change Biology, v. 25, n. 6, p. 2009-2020, jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/gcb.14616>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁵ CÂMARA, Samuel Façanha *et al.* Socioeconomic vulnerability of communities on the Brazilian coast to the largest oil spill (2019–2020) in tropical oceans. *Ocean & Coastal Management*, v. 202, mar. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ocecoaman.2020.105506>. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁶ RIBEIRO, Luiz Carlos *et al.* *Blue water turns black*: economic impact of oil spill on Brazilian Northeast. Belo Horizonte: UFMG/CEDEPLAR, 2020. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20619.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.

⁷ ESTEVO, Mariana de Oliveira *et al.* Immediate social and economic impacts of a major oil spill on Brazilian coastal fishing communities. *Marine Pollution Bulletin*, v. 164, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2021.111984>. Acesso em: 27 jun. 2021.

⁸ Trata-se de pedido de acesso à informação feito pelo Monitor de Dados Socioambientais, iniciativa do projeto Achados e Pedidos, desenvolvido pela Abraji (Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo), Transparência Brasil e Fiquem Sabendo. Vide: MONITOR de dados socioambientais indica falta de informações atualizadas. *ABRAJI*, 05 jun. 2020. Disponível em: <https://www.abraji.org.br/noticias/monitor-de-dados-socioambientais-indica-falta-de-informacoes-atualizadas>. Acesso em: 22 ago. 2023.

e h) 100 do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMbio)⁹. Assim, Marinha, Exército, Defesa Civil, Petrobrás, Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), IBAMA e ICM-Bio foram as principais instituições envolvidas no caso.

O Governo Federal, por meio do IBAMA, elaborou uma série de documentos técnicos com o intuito de informar e capacitar a população que atuava, diretamente, no combate ao derramamento de óleo, como: uma cartilha informativa sobre a trajetória do acidente¹⁰; orientações sobre as fases do acidente, informando sobre as ações de vistoria e limpeza de ambientes atingidos¹¹; uma série de orientações técnicas de como fazer a remoção do óleo; gestão de resíduos; orientações sobre o uso de equipamentos de proteção individual (EPIs) e noções de recuperação e transporte do óleo recolhido¹²; a publicação de boletins sobre as localidades¹³ e a fauna atingidas.¹⁴

Juntamente ao IBAMA, a MB e a ANP formaram o Grupo de Acompanhamento e Avaliação (GAA), com o auxílio, ainda, das instituições governamentais (federais, estaduais e municipais), das Forças Armadas, comunidade científica, universidades e voluntários, que exerceu uma série de medidas para mitigar os efeitos do acidente¹⁵. Essa organização permitiu recolher mais de 5.000 toneladas de óleo entre os estados do Maranhão e do Rio de Janeiro.¹⁶

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório nº 036.563/2019-6*. Relator(a): Min. André Luiz de Carvalho. Ato originário: Acórdão 3.132/2019-TCU-Plenário (TC 036.563/2019-6).

¹⁰ IBAMA. Cartilha informativa sobre a trajetória do acidente. *IBAMA*, 2020. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/emergenciasambientais/2020/manchasdeoleo/ibama-manchasdeoleo-desmobilizacao-cartilha_v2.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.

¹¹ IBAMA. Orientação técnica: vistoria de acompanhamento e limpeza do litoral. *IBAMA*, 2019. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/emergenciasambientais/2019/manchasdeoleo/10.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.

¹² IBAMA. Orientações técnicas. *IBAMA*, 2019. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-orientacoes>. Acesso em: 22 ago. 2023.

¹³ IBAMA. Localidades atingidas. *IBAMA*, 2019. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-localidades-atingidas>. Acesso em: 22 ago. 2023.

¹⁴ IBAMA. Fauna atingida. *IBAMA*, 2019. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-fauna-atingida>. Acesso em: 22 ago. 2023.

¹⁵ COMBATE às manchas de óleo no litoral do Nordeste. *Marinha do Brasil*, [2019]. Disponível em: https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/nomar_especial_-_combate_as_manchas_de_oleo_no_nordeste.pdf. Acesso em: 25 jun. 2021.

¹⁶ Segundo noticiado em: PADILHA, Luiz. Nota de Esclarecimento da Marinha do Brasil referente a matéria do Jornal O Globo. *Defesa Aérea & Naval*, 19 jul. 2020. Disponível em: [Apesar da importância dessa atuação governamental, houve questionamentos sobre a necessidade de ampliação da participação da sociedade civil nos espaços decisórios. As organizações não governamentais e os grupos da sociedade civil tiveram um papel importante no caso do derramamento de óleo no litoral brasileiro, atuando diretamente na limpeza das praias,¹⁷ ou na elaboração de webinários,¹⁸ de manifestos¹⁹ e de estudos de caso, inclusive com a realização de mapeamento participativo como ferramenta para análise do derramamento de petróleo²⁰ e de estudos acerca dos impactos sobre os ecossistemas marinhos²¹. O caso foi considerado pela sociedade civil, por meio de uma carta aberta, como o pior impacto ambiental na zona costeira brasileira.²² A percepção social foi de que não houve ativação tempestiva do Plano Nacional de Contingência \(PNC\). Ademais, a percepção pública é de que tampouco o governo federal conseguiu coordenar entidades públicas e privadas competentes para lidar com o caso nos âmbitos estaduais e municipais.²³](https://www.defesaaerea-</p></div><div data-bbox=)

naval.com.br/nota-oficial/nota-de-esclarecimento-da-marinha-do-brasil-referente-a-materia-do-jornal-o-globo. Acesso em: 30 set. 2023.

¹⁷ TEIXEIRA, Lucas Borges. Marinha, ONGs e voluntários: como é feito o combate ao óleo nas praias. *UOL*, 30 out. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2019/10/30/organizacoes-e-voluntarios-ajudam-a-limpar-praias-e-salvar-animais-no-ne.htm>. Acesso em: 23 jun. 2021.

¹⁸ WWF. *II Webinar sobre o derramamento de óleo no litoral nordestino*. 2019. Disponível em: https://wwf.zoom.us/rec/play/7sEld7yppm83SIWdsASDVKB-W9W8eKOs0iIM-_UIyUez-VndXNFD3ZbAQYeFP-WTVQqsnPRwkJOGWmjcg?continueM ode=true. Acesso em: 23 jun. 2021.

¹⁹ MANIFESTO Mar de Luta: Justiça Social para os Povos das Águas atingidos pelo Petróleo. *CPP*, 30 ago. 2020. Disponível em: http://cppnacional.org.br/sites/default/files/publicacoes/Manifesto%20Campanha%20Mar%20de%20Luta%20-%20final_0.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

²⁰ SOUTO, R. D. Estudo de caso - Aplicação do mapeamento participativo como ferramenta para análise do derrame de petróleo na costa brasileira em 2019-2020. In: GERHARDINGER, Leopoldo Cavaleri; GUARDA, Adayse Bossolani da (org.). *I Volume Horizonte Oceânico Brasileiro: ampliando o horizonte da governança inclusiva para o desenvolvimento sustentável do oceano brasileiro*. Brasil: HOB, 2020. v. 1. p. 201-232.

²¹ ESCOBAR, Herton. Mystery oil spill threatens marine sanctuary in Brazil. *Science*, 4 nov. 2019. Disponível em: <https://www.sciencemag.org/news/2019/11/mysterious-oil-spill-threatens-marine-biodiversity-haven-brazil>. Acesso em: 23 jun. 2021.

²² TERRAZUL. Carta aberta sobre ocorrência de óleo no nordeste brasileiro. *Alternativa Terra Azul*. Disponível em: <http://www.alternativaterrazul.org.br/publicacoes/carta-aberta-oleo-no-nordeste/>. Acesso em: 22 ago. 2023.

²³ TURRA, A.; MARGARETH, C.; GONÇALVES, L. Chorar sobre o óleo derramado não reduz os danos à zona costeira. *Estadão*, 18 out. 2019. Disponível em: [OLIVEIRA, Carina Costa de; FERNANDES, Isabella Maria Martins; TONETTO, Fernanda Figueri; ARAUJO, Fernanda Castelo Branco. Pluralismo desordenado: mapeamento de aspectos jurídicos preventivos relacionados ao enfrentamento do derramamento de óleo no litoral brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 20, n. 3, p. 34-52, 2023.](https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,chorar-sobre-o-oleo-derramado-nao-reduz-</p></div><div data-bbox=)

As universidades também tiveram um papel importante por meio do desenvolvimento de pesquisas sobre a composição e o percurso do óleo²⁴ e sobre o impacto dos ambientes e características demográficas e socioeconômicas dos municípios afetados pelo desastre²⁵. Além da elaboração de artigos que abordaram o derramamento de óleo por diversas áreas do conhecimento, como química²⁶, biologia²⁷, economia²⁸, geografia²⁹ e

os-danos-a-zona-costeira,70003055031. Acesso em: 30 jun. 2021.; BRUMBY, H. D.; CAMPOS-SILVA, J. V.; OLIVEIRA, E. G. Brazil oil spill response: government inaction. *Science*, v. 367, n. 6474, p. 155-156, jan. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.aba0369>. Acesso em: 27 jun. 2021.

²⁴ ÓLEO no litoral: UFBA reúne pesquisadores de diversas áreas que têm se dedicado ao tema. *Edgardigital UFBA*, 26 nov. 2019. Disponível em: <http://www.edgardigital.ufba.br/?p=15371>. Acesso em: 23 jun. 2021.

²⁵ UNIVALI. *Atlas do Derramamento de Óleo no Litoral Brasileiro*. 2019 e 2020. Itajaí, SC: Laboratório de Conservação e Gestão Costeira, 2021.

²⁶ Alguns exemplos podem ser citados: OLIVEIRA, Olívia M. C. *et al.* Environmental disaster in the northeast coast of Brazil: forensic geochemistry in the identification of the source of the oily material. *Marine Pollution Bulletin*, v. 160, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2020.111597>. Acesso em: 27 jun. 2021.; ARAÚJO, Kelvin C. *et al.* Oil spill in northeastern Brazil: application of fluorescence spectroscopy and PARAFAC in the analysis of oil-related compounds. *Chemosphere*, v. 267, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.chemosphere.2020.129154>. Acesso em: 27 jun. 2021.

²⁷ CRAVEIRO, Nykon *et al.* Immediate effects of the 2019 oil spill on the macrobenthic fauna associated with macroalgae on the tropical coast of Brazil. *Marine Pollution Bulletin*, v. 165, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2021.112107>. Acesso em: 27 jun. 2021.; CERQUEIRA, W. R. P. *et al.* Registro de petróleo em poríferos e cnidários durante o impacto agudo de derramamento no Nordeste brasileiro em 2019. *Scientia Plena*, v. 16, n. 8, ago. 2020.; OLIVEIRA, R. E. M. *et al.* Successful rehabilitation of an oiled sea turtle (*Lepidochelys olivacea*) affected by the biggest oil spill disaster in Brazil. *Veterinarni Medicine*, v. 66, n. 07, p. 313-319, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17221/81/2020-VETMED>. Acesso em: 27 jun. 2021.

²⁸ RIBEIRO, Luiz Carlos *et al.* Blue water turns black: economic impact of oil spill on Brazilian Northeast. Belo Horizonte: UFMG/CEDEPLAR, 2020. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20619.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.; CÂMARA, Samuel Façanha *et al.* Socioeconomic vulnerability of communities on the Brazilian coast to the largest oil spill (2019-2020) in tropical oceans. *Ocean & Coastal Management*, v. 202, mar. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ocecoaman.2020.105506>. Acesso em: 28 jun. 2021.; CÂMARA, S. F.; SILVA, F. R.; PINTO, F. R. Vulnerabilidade socioeconômica do litoral cearense: mapeamento das localidades atingidas pelo maior derramamento de petróleo (2019-2020) na costa Sul-Americana. *Caderno de Geografia*, v. 30, n. 62, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-2962.2020v30n62p817>. Acesso em: 29 jun. 2021.

²⁹ ZIGLIO, Luciana A. I. Comércio internacional de resíduos sólidos urbanos e a Convenção de Basileia: contribuições sobre a poluição por óleo no litoral brasileiro. *Ambientes*, v. 2, n. 1, p. 270-289, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.48075/amb.v2i1.25280>.

direito³⁰, a interdisciplinaridade revelou-se como o caminho para a reflexão sobre o tema.³¹

Acesso em: 27 jun. 2021.

³⁰ LEAL, Sara P.; TAKARA, N. C. A responsabilidade civil nos casos de dano ambiental provocado por derramamento de óleo: a importância da instituição de fundos no Brasil após o caso de 2019. *In: CONGRESSO DE DIREITO DO MAR*, 6., Rio de Janeiro, 2022. *Anais [...]*. No prelo.; ALMEIDA, Ramiro R. S. M. T. O derramamento de óleo na costa nordestina e a responsabilização civil pelos danos existenciais causados aos povos das águas. *In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 635-659.; ALMEIDA, R. E. *et al.* A responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais com ênfase no derramamento de óleo. *Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública*, v. 8, n. 3, p. 645-660, 29 jun. 2020.; LAWAND JUNIOR, Antônio *et al.* Derramamento de óleo no Nordeste brasileiro: responsabilização e desdobramentos. *Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy*, v. 1, n. 1, p. 84-113, jan./jun. 2021.

³¹ Seguem alguns exemplos: SCHERER, Martinez E. G.; ASMUS, Milton L. Modeling to evaluate coastal governance in Brazil. *Marine Policy*, v. 129, jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2021.104501>. Acesso em: 27 jun. 2021.; ZACHARIAS, Daniel Constantino; GAMA, Carine Malagolini; FORNARO, Adalgiza. Mysterious oil spill on Brazilian coast: analysis and estimates. *Marine Pollution Bulletin*, v. 165, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2021.112125>. Acesso em: 27 jun. 2021.; PENA, Paulo Gilvane Lopes *et al.* Derramamento de óleo bruto na costa brasileira em 2019: emergência em saúde pública em questão. *Cadernos de Saúde Pública* [online], v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00231019>. Acesso em: 27 jun. 2021.; CARMO, Eduardo Hage; TEIXEIRA, Maria Gloria. Desastres tecnológicos e emergências de saúde pública: o caso do derramamento de óleo no litoral do Brasil. *Cadernos de Saúde Pública* [online], v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00234419>. Acesso em: 27 jun. 2021.; ESTEVO, Mariana de Oliveira *et al.* Immediate social and economic impacts of a major oil spill on Brazilian coastal fishing communities. *Marine Pollution Bulletin*, v. 164, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2021.111984>. Acesso em: 27 jun. 2021.; MAGRIS, Rafael Almeida; GIARRIZZO, Tommaso. Mysterious oil spill in the Atlantic Ocean threatens marine biodiversity and local people in Brazil. *Marine Pollution Bulletin*, v. 153, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2020.110961>. Acesso em: 27 jun. 2021.; SOARES, M. O. *et al.* Brazil oil spill response: time for coordination. *Science*, v. 367, n. 6474, p. 155, jan. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.aaz9993>. Acesso em: 27 jun. 2021.; SISSINI, M. Nasri *et al.* Brazil oil spill response: protect rhodolith beds. *Science*, v. 367, n. 6474, p. 156, jan. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.aba2582>. Acesso em: 27 jun. 2021.; SOARES, Marcelo de Oliveira. Oil spill in South Atlantic (Brazil): environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, v. 115, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2020.103879>. Acesso em: 27 jun. 2021.; MAGALHÃES, Karine Matos *et al.* Oil spill + COVID-19: a disastrous year for Brazilian seagrass conservation. *Science of The Total Environment*, v. 764, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.142872>. Acesso em: 27 jun. 2021.; GONÇALVES, Leandra R. *et al.* The Brazilian Blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long? *Ambiente & Sociedade* [online], v. 23, 2020. Disponível em:

Em complemento aos textos das outras áreas do conhecimento, este artigo inova na identificação da pluralidade desordenada representativa do arcabouço jurídico nacional brasileiro tanto normativo quanto jurisprudencial. Realizou-se a pesquisa por meio de uma revisão bibliográfica, utilizando bases de dados com as seguintes palavras-chave: “óleo 2019”, “derramamento de óleo”, “óleo na costa brasileira”, “oil spill”, “oil brazilian coast” entre 2019 e 2023. Além disso, consultou-se a base de dados do Grupo de Estudos em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (Gern-UnB) no que concerne às normas aplicadas à conservação e ao uso sustentável do ambiente marinho principalmente no setor do petróleo e da navegação. Normas socioambientais nacionais e internacionais também foram objeto de uma ampla pesquisa feita por pesquisadores e pesquisadoras a fim de selecionar as fontes primárias conectadas direta ou indiretamente ao caso de 2019. Além disso, realizou-se um acompanhamento jurisprudencial do caso concreto a fim de identificar as ações judiciais propostas diante dos tribunais federais e estaduais no intuito de analisar quais foram os problemas jurídicos mais recorrentes no que tange aos aspectos constitucionais, civis, administrativos e penais.

Destarte, pretende-se analisar o arcabouço jurídico nacional existente para lidar com os problemas jurídicos surgidos com o caso concreto, tendo como base as normas aplicáveis (2), bem como os casos emblemáticos relacionados ao derramamento de óleo (3). Por meio desse mapeamento inicial, será possível demonstrar, ao longo da análise, o pluralismo desordenado de normas que evidencia lacunas relevantes que devem ser superadas no intuito de prevenir danos similares que poderão ocorrer no espaço marinho.

<https://doi.org/10.1590/1809-4422asoc20200077vu2020L5ID>. Acesso em: 27 jun. 2021.; ARAÚJO, Maria Elisabeth de; RAMALHO, Cristiano Wellington Noberto; MELO, Paulo Wanderley de. Artisanal fishers, consumers and the environment: immediate consequences of the oil spill in Pernambuco, Northeast Brazil. *Cadernos de Saúde Pública* [online], v. 36, n. 1, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00230319>. Acesso em: 27 jun. 2021.; VIEIRA, F.; ACCIOLY, M. D. C.; SANTOS, T. L. Mapeamento bi-orregional em comunidades pesqueiras: pertencimento territorial na costa do Nordeste brasileiro frente a impactos ambientais. *Revista Campo-Território*, v. 17, n. 47, p. 105–129, 4 out. 2022.; SILVA, F. R. da et al. Oil Spill and Socioeconomic Vulnerability in Marine Protected Areas. *Frontiers in Marine Science*, v. 9, 2022.

2 O pluralismo normativo desordenado relacionado ao enfrentamento do derramamento de óleo

Atividade com elevado grau de potencial de poluição,³² a exploração de petróleo e derivados é, no Brasil, uma atividade econômica vultosa e em expansão, sobretudo após a descoberta de petróleo na camada pré-sal em 2006.³³ Conforme dados da ANP, em 2018, as reservas provadas³⁴ no país totalizaram 13,4 bilhões de barris, das quais 495,3 milhões estão localizadas em terra e 12,9 bilhões em mar (equivalente a mais de 96% do total de barris).³⁵

Diante desse contexto, serão mapeadas as normas relacionadas à prevenção de danos ambientais decorrentes do derramamento de óleo. Logo após, serão apresentados os tratados internalizados no Brasil que regulam o tema. A fim de organizar as normas pertinentes, serão indicadas abaixo as normas direta e indiretamente relacionadas ao caso. As normas diretamente ligadas ao caso foram objeto de busca por meio das seguintes palavras-chave: “petróleo”, “óleo”, “derramamento”, “mar” e “marinho”. As normas indiretamente ligadas são as que não possuem conexão direta com esses termos.

³² BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 22 ago. 2023. anexo VIII, cód. 18.

³³ PRÉ-SAL produz 800 mil barris por dia e bate novo recorde. *Casa Civil Gov.br*, 13 maio 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2015/maio/pre-sal-produz-800-mil-barris-por-dia-e-bate-novo-recorde>. Acesso em: 26 jun. 2021.

³⁴ Conforme o Anuário Estatístico 2019 da ANP, reservas provadas são definidas como aquelas que, baseadas em análise geológicas e de engenharia, pretendem-se recuperar comercialmente dos reservatórios descobertos e avaliados, desde que haja elevado grau de certeza. Em sua estimativa, é necessário considerar condições econômicas vigentes, métodos operacionais viáveis, além dos regulamentos locais estabelecidos pela legislação petrolífera e tributária.

³⁵ ANP. Anuário Estatístico 2019: dados abertos. ANP, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/dados-abertos/anuario-estatistico-2019-dados-abertos>. Acesso em: 26 jun. 2021.

2.1 Pluralidade de normas relacionadas às competências e às obrigações preventivas relacionadas ao derramamento de óleo

Em âmbito federal, o Brasil possui diversas normas preventivas sobre o tema produzidas pelo legislativo e pelo executivo, notadamente, ANP, CONAMA, IBAMA e MB. As normas são tanto ambientais quanto de setores como os de petróleo e navegação. Dentre as normas preventivas, destacam-se as que preveem instrumentos de gestão e de diligência relacionados ao tema. Citam-se: a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n.º 6.938/81); a Lei do Óleo (Lei n.º 9.966/00); o Decreto n.º 4.136/02 (sanções aplicáveis às infrações às regras de prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo); o Decreto n.º 4.871/03 (instituição dos Planos de Áreas); o Decreto n.º 10.950/22, que substituiu o texto do Decreto n.º 8.127/13 (Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo). Administrativamente, deve-se observar ainda as Normas da Autoridade Marítima (NORMAN), especialmente as de número 01, 02, 04, 07 e 08; além de portarias da ANP (n.º 44, 170 e 811) e da ANTAQ (n.º 2.239 e 3.274); e resoluções do CONAMA (n.º 23, 237, 274, 357, 398, 463 e 472) e IBAMA (n.º 422/11, 01/18 e 25/19). Observa-se que há um pluralismo normativo que não está necessariamente ordenado.

Entre as normas indicadas, destaca-se a Lei n.º 9.966/2000 (Lei do Óleo), que, em caráter complementar à Convenção MARPOL 73/78, incluiu definições e classificações de substâncias nocivas ou perigosas, além de instituir sistemas de prevenção, controle e combate da poluição, do transporte de óleo e de substâncias nocivas ou perigosas (carregamento, descarregamento, transferência e transporte).³⁶ No art. 27, por exemplo, há previsão de que a Autoridade Marítima é responsável por levantar dados e informações e apurar responsabilidades sobre os incidentes com navios, plataformas e suas instalações de apoio que tenham provocado danos ambientais (I, *b*). Ao órgão federal de meio ambiente, é prevista a atribuição de: avaliar os danos ambientais causados por incidentes nos portos organizados, dutos, instalações portuárias, navios, plataformas e suas instala-

ções de apoio (II, *b*); definir outras competências aos órgãos estaduais e municipais de meio ambiente. A lei prevê, ainda, a atuação coordenada dos órgãos ambientais (art. 29), da Autoridade Marítima, da Autoridade Portuária e da ANP, e os Planos de Contingência definirão os níveis de coordenação entre tais autoridades. Por fim, destaca-se que a “negligência ou omissão dos órgãos públicos na apuração de responsabilidades pelos incidentes e na aplicação das respectivas sanções legais implicará crime de responsabilidade de seus agentes” (art. 27, §2º). O texto parece distribuir de modo previsível as competências entre os órgãos competentes. Contudo, essa lógica não foi observada no contexto do caso de 2019.

O instrumento central previsto na lei é o Plano Nacional de Contingência (PNC).³⁷ Instituiu-se este, inicialmente, pelo Decreto n.º 8.127/13, substituído, após o desastre de 2019, pelo Decreto n.º 10.950/22.³⁸ Tanto o decreto anterior como o vigente estabelecem a estrutura organizacional, as responsabilidades, as diretrizes, os procedimentos e as ações para atuação coordenada de órgãos e entidades públicas e privadas na resposta em incidentes de poluição por óleo que possam afetar as águas sob jurisdição nacional. Segundo o PNC do Decreto n.º 8.127/13, o Comitê-Executivo — responsável, entre outras funções, por estabelecer as diretrizes para a implementação do PNC (art.7, I) — deveria ser coordenado pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), que também deveria exercer a função de Autoridade Nacional do PNC (art. 5º, parágrafo único). No desastre de 2019, observou-se, em dissonância com o PNC vigente à época, que o MMA atuou timidamente no caso. Inclusive, não exercendo a liderança do Grupo de Acompanhamento e Avaliação (GAA), função exercida pela Marinha do Brasil.³⁹ Segundo nota do IBAMA, o Coordenador Operacional do PNC desmobilizou, for-

³⁶ SILVA, Ana Carolina Corberi Famá Ayoub. *Dano por derramamento de óleo no mar: responsabilidade e reparação*. 2019. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. p. 162.

³⁷ BRASIL. *Decreto nº 8.127, de 22 de outubro de 2013*. Institui o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional, altera o Decreto n.º 4.871, de 6 de novembro de 2003, e o Decreto n.º 4.136, de 20 de fevereiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8127.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

³⁸ BRASIL. *Decreto nº 10.950, de 27 de janeiro de 2022*. Dispõe sobre o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10950.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

³⁹ NOTAS à Imprensa - Inquéritos. *Marinha do Brasil*, [2021]. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/manchasdeoleo/notas-inqueritos>. Acesso em: 28 jun. 2021.

malmente, no dia 20 de março de 2020, a coordenação unificada das equipes envolvidas nas ações de resposta e monitoramento do Governo Federal.⁴⁰ Ressalta-se, ainda, que os custos referentes à requisição dos bens e serviços devem ser ressarcidos, integralmente, pelo poluidor, de acordo com previsão tanto do Decreto n.º 8.127/13 como no Decreto n.º 10.950/22.

Observa-se, portanto, que há competências federais, estaduais e locais que estão presentes em diversas normas, assim como obrigações e instrumentos que precisam, ainda, de implementação. Adiciona-se a falta de previsão da transparência e da participação da sociedade civil como elementos fundamentais no ordenamento do pluralismo normativo. Essa articulação precisará de ajustes caso ocorram casos semelhantes no futuro. Seguem abaixo os aspectos internacionais relacionados à prevenção.

2.2 Pluralidade de obrigações decorrentes de tratados

A respeito do arcabouço jurídico aplicável aos problemas relacionados ao derramamento de óleo, deve-se observar, também, um outro importante conjunto de normas: as normas internacionais. O Brasil, como um sujeito de direito internacional, assinou e ratificou uma série de tratados que abordam — direta e indiretamente — o tema deste trabalho, portanto, encontra-se legalmente obrigado no plano externo. Todavia, essa não é a única esfera de obrigatoriedade das normas internacionais. Após passarem pelo mecanismo da internalização, com a publicação dos respectivos decretos executivos, os tratados que discutem temas ligados ao derramamento de óleo passam a compor o ordenamento jurídico nacional e devem ser plenamente aplicados também em todo o território nacional.⁴¹

Entre os tratados que estão diretamente ligados às manchas de óleo encontradas no litoral brasileiro em 2019, e que foram assinados e ratificados pelo Brasil, destacam-se: a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982;⁴² a Convenção Internacional

sobre a Responsabilidade Civil de Danos Causados por Poluição por Óleo (CLC 69), de 1969;⁴³ a Convenção Internacional relativa à Intervenção em Alto-Mar em Casos de Acidentes com Poluição por Óleo e seu Protocolo de 1973;⁴⁴ a Convenção Internacional para Prevenção da Poluição Causada por Navios (MARPOL 73);⁴⁵ e a Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo (OPRC), de 1990.⁴⁶

Esse número aumenta ainda mais ao se examinarem as normas internacionais assinadas e ratificadas pelo Brasil que se articulam ao caso de forma indireta. Sendo assim, relacionam-se, indiretamente, com o fato a Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras Concernentes às Imunidades dos Navios de Estado, de 1926;⁴⁷ a Convenção relativa à criação da Organização

22 de junho de 1995. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1995/decreto-1530-22-junho-1995-435606-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 79.437, de 23 de março de 1977*. Promulga a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por óleo, 1969. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79437-28-marco-1977-428295-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴⁴ BRASIL. *Decreto Executivo nº 6.478, de 9 de junho de 2008*. Promulga a Convenção Internacional relativa à Intervenção em Alto-Mar em Casos de Acidentes com Poluição por Óleo, feita em Bruxelas, em 29 de novembro de 1969, e o Protocolo relativo à Intervenção em Alto-Mar em Casos de Poluição por Substâncias Outras que não Óleo, feito em Londres, em 2 de novembro de 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6478.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴⁵ BRASIL. *Decreto Executivo nº 2.508, de 4 de março de 2008*. Promulga o Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, concluída em Londres, em 2 de novembro de 1973, seu Protocolo, concluído em Londres, em 17 de fevereiro de 1978, suas Emendas de 1984 e seus Anexos Opcionais III, IV e V. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2508.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 2.870, de 10 de dezembro de 1998*. Promulga a Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo, assinada em Londres, em 30 de novembro de 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1998/decreto-2870-10-dezembro-1998-397914-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 1.126, de 29 de setembro de 1936*. Promulga a Convenção Internacional para a unificação de certas regras concernentes às imunidades dos navios de Estado, firmada em Bruxelas, a 10 de abril de 1926, por ocasião da Conferência Internacional de Direito Marítimo, completada posteriormente por um Protocolo Adicional, firmado na mesma cidade, a 24 de maio de 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1936/decreto-1126-29-setembro-1936-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴⁰ DESMOBILIZAÇÃO. *IBAMA Gov.br*, 2020. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-desmobilizacao>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴¹ Sobre o procedimento de internalização de tratados internacionais no Brasil, ver: MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Editora Forense, 2023.

⁴² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 1.530, de*

Marítima Internacional, de 1948;⁴⁸ a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional (Convenção de Ramsar), de 1971;⁴⁹ a Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS) e seus Protocolos de 1978 e 1988⁵⁰; a Convenção Internacional Sobre Busca e Salvamento Marítimo (SAR), de 1979;⁵¹ a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, de 1979;⁵² a Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 1989;⁵³ e a Convenção Internacional sobre Salvamento Marítimo (SALVAGE-89), de 1989.⁵⁴

leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1126-29-setembro-1936-450665-norma-pe.html. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 52.493, de 23 de setembro de 1973*. Promulga a Convenção sobre a Organização Marítima Consultiva Internacional, assinada em Genebra, a 06 de março de 1948. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52493-23-setembro-1963-392522-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 1.905, de 16 de maio de 1996*. Promulga a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat de Aves Aquáticas, conhecida como Convenção de Ramsar, de 02 de fevereiro de 1971. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-1905-16-maio-1996-431673-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁵⁰ BRASIL. *Decreto Executivo nº 87.186, de 20 de maio de 1982*. Promulga o texto atualizado da Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9988.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.; e BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 9.988, de 26 de agosto de 2019*. Promulga o texto atualizado da Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2019/decreto-9988-26-agosto-2019-789018-publicacaooriginal-158954-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁵¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 85, de 11 de abril de 1991*. Promulga a Convenção Internacional sobre Busca e Salvamento Marítimos (SAR). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1991/decreto-85-11-abril-1991-342828-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁵² BRASIL. *Decreto Executivo nº 9.080, de 16 de junho de 2017*. Promulga a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, de 23 de junho de 1979. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9080-16-junho-2017-785052-publicacaooriginal-153081-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁵³ BRASIL. *Decreto Executivo nº 875, de 19 de julho de 1993*. Promulga o texto da Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0875.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁵⁴ BRASIL. *Decreto Executivo nº 8.814, de 18 de julho de 2016*. Prom-

Ao analisar esse conjunto de normas, direta e indiretamente relacionadas aos derramamentos ocorridos, pode-se afirmar que o Brasil aderiu a um número considerável de tratados. E, em razão dessa internalização de normas internacionais, atualmente, há uma variedade interessante de normas aplicáveis no Brasil sobre o tema. É relevante indicar que a maioria dos tratados internalizados estão mais relacionados à prevenção do que à reparação de danos decorrentes de derramamento de óleo.

Há tratados relacionados à responsabilidade civil por derramamento de óleo não ratificados, tais como: os Protocolos de 1976 e 1992 da Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil de Danos Causados por Poluição por Óleo; a Convenção Internacional sobre a Limitação de Responsabilidade Relativa às Reclamações Marítimas de 1976 e seu Protocolo de 1996; a Convenção Internacional para o Estabelecimento de um Fundo para Compensação de Danos Causados por Poluição por Óleo (IOPC Funds); a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados pela Poluição por Combustíveis de Navios (BUNKER 2001); a Convenção Internacional sobre Responsabilidade e Compensação por Danos Relativos ao Transporte por Mar de Substâncias Potencialmente Perigosas e Nocivas (HNS), de 1996, e seu Protocolo de 2010; o Protocolo de 1996 da Convenção sobre Prevenção da Poluição Marinha por Alijamento de Resíduos e Outras Matérias; a Convenção sobre Remoção de Destroços (Nairobi WRC), de 2007; e, ainda, o Protocolo de 1993 da Convenção Internacional sobre Segurança de Embarcações de Pesca (SFV).

Em relação a todos esses tratados, destaca-se, principalmente, a ausência de assinatura e ratificação daqueles que tratam sobre a responsabilidade e a reparação relacionada à poluição por óleo. O Brasil, ainda, está vinculado ao chamado regime antigo da CLC 69⁵⁵ e ao fundo por compensação que foi extinto, definitivamente.

ulga a Convenção Internacional sobre Salvamento Marítimo – SALVAGE-89, firmada pela República Federativa do Brasil, em Londres, em 28 de abril de 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8814-18-julho-2016-783380-publicacaooriginal-150802-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁵⁵ Ver sobre o tema: BATISTA, Mariana da Mota. *A responsabilidade por dano ambiental causado por poluição por óleo no Brasil: a interface entre a Convenção Internacional sobre responsabilidade civil (CLC/69) e o direito ambiental brasileiro*. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

te, em dezembro de 2014. Assim, apesar de existir um quantitativo representativo de normas preventivas no ordenamento nacional, decorrente de previsão originária nacional ou internacional, as instituições nacionais não foram capazes de integrar as instituições competentes, as obrigações preventivas, tampouco os instrumentos aplicáveis ao derramamento de óleo de 2019. Essa falta de integração entre as instituições se materializou na judicialização do tema.

3 A consequente judicialização decorrente do pluralismo desordenado de competências e obrigações

Há uma diversidade de casos no judiciário brasileiro relacionados a danos causados por petróleo.⁵⁶ Indicam-se, abaixo, os casos diretamente ligados ao derramamento de óleo de 2019, bem como alguns casos emblemáticos indiretamente ligados ao caso. A falta de precisão e clareza nas normas supracitadas suscitam a litigância na temática. Os principais problemas relacionados à prevenção estão relacionados a questões de competência, administrativas e penais. Neste artigo não será detalhado o tema da responsabilidade civil, pois enfoca-se a análise da perspectiva preventiva.

3.1 Ações fundadas em problemas jurídicos relacionados às competências e obrigações gerais previstas nas normas

Diversos problemas substanciais, procedimentais e institucionais foram objeto de judicialização com relação ao derramamento de 2019. Por exemplo, os dispositivos jurídicos que preveem a ativação do Plano Nacional de Contingência (Lei n.º 9.966/2000) não foram precisamente implementados assim como o órgão federal competente para lidar com o caso demorou para

⁵⁶ Ver sobre o tema: LEAL, Sara Pereira. *A responsabilidade civil por poluição causada por derramamento de petróleo em conformidade com a jurisprudência ambiental brasileira*. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2023.; BATISTA, Mariana da Mota. *A responsabilidade por dano ambiental causado por poluição por óleo no Brasil: a interface entre a Convenção Internacional sobre responsabilidade civil (CLC/69) e o direito ambiental brasileiro*. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

se estruturar. Também será demonstrado que houve problemas de coordenação entre os diferentes entes federativos competentes (federal, estadual e municipal). Portanto, no que concerne aos atores demandados no caso concreto, em razão do desconhecimento do poluidor, houve ações contra os órgãos governamentais federais, estaduais e municipais fundadas em omissões na realização de ações de prevenção e de reparação de danos socioambientais.

Nesse sentido, interpuseram-se ações pelo Ministério Público a fim de garantir a limpeza das praias e a compensação a pescadores. Representantes do MPF de Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe reuniram-se e ajuizaram a Ação Civil Pública n.º 0805679-16.2019.4.05.8500, pedindo a adoção imediata do PNC pela União. A ação destacava a gravidade do desastre, além da caracterização de incidente de significância nacional⁵⁷ — requisitos essenciais para o acionamento do PNC (art. 9º, III e IV).⁵⁸ Em primeira e segunda instâncias, os argumentos elencados pelo MPF não foram acolhidos⁵⁹ e, ainda que não houvesse nenhum ato formal pelo poder público de acionamento do PNC e seus mecanismos, o acionamento do Plano ocorreu no dia 11 de outubro de 2019, data em que se designou a Marinha oficialmente, pelo MMA, como Coordenador Operacional do PNC.⁶⁰ A decisão em conflito de competência, CC n.º 170.307 – SE, suscitada pelo juízo federal de Sergipe em ação popular de responsabilização do Ministro do Meio Ambiente e do Presidente da República e que objetivou a extinção dos comitês Executivo e de Suporte do PNC, obteve decisão por parte do Superior

⁵⁷ ALMEIDA, Ramiro R. S. M. T. O derramamento de óleo na costa nordestina e a responsabilização civil pelos danos existenciais causados aos povos das águas. *In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 635-659.

⁵⁸ ALMEIDA, Ramiro R. S. M. T. O derramamento de óleo na costa nordestina e a responsabilização civil pelos danos existenciais causados aos povos das águas. *In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 635-659.

⁵⁹ Ver: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (4. Turma). *AI 0814134-56.2019.4.05.0000 SE*. Relator(a): Desembargador Federal Rubens Canuto. 26 de outubro de 2020.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório nº 036.563/2019-6*. Relator(a): Min. André Luiz de Carvalho. Ato originário: Acórdão 3.132/2019-TCU-Plenário (TC 036.563/2019-6).

Tribunal de Justiça indicando a justiça federal daquele estado como competente para seguir no processo.

Nesse caso, o conflito de competência surgiu, após o ajuizamento de ações análogas, na 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe e na 14ª Vara Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal. Esse conflito despontou no contexto de uma ação popular movida por membros do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) contra o Ministro do Meio Ambiente e o Presidente da República. A ação buscava a extinção dos comitês Executivo e de Suporte do Plano Nacional de Contingência (PNC), criado para lidar com o derramamento de óleo no litoral brasileiro. Inicialmente, apresentou-se a ação perante o Juízo Federal do Distrito Federal, que, considerando uma decisão liminar proferida em um caso semelhante (CC n.º 169.151/DF), decidiu que não era competente para julgar o caso. O Juízo Federal do Distrito Federal encaminhou o processo para o Juízo Federal de Sergipe, que gerou o conflito de competência. A União e o IBAMA interpuseram o conflito, buscando a união de várias ações civis públicas abertas nos Juízos Federais de Sergipe, Alagoas, Pernambuco e Bahia, todas relacionadas ao derramamento de óleo nas águas do Nordeste brasileiro em 2019. Um dos argumentos apresentados pelos solicitantes era que o PNC já havia sido implementado, o que seria o cerne da controvérsia na ação original. Nesse contexto, foi decidido que o Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe era competente para prosseguir com o processo.⁶¹

É relevante mencionar que houve algumas ações relacionadas à atividade pesqueira.⁶² Cita-se, por exemplo, um caso na justiça federal do Ceará que acatou ação civil pública ajuizada em fevereiro de 2020 pela Defensoria Pública da União no Ceará e determinou uma indenização a todos os pescadores profissionais artesanais e marisqueiras atingidos pelo derramamento de óleo no litoral cearense, e não apenas àqueles que possuíam Registro Geral de Pesca (RGP) ativo, como previa a Medida Provisória n.º 908, de 28 de novembro de 2019.⁶³

⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 170.307-SE. 10 de novembro de 2021. *DJe*, 16 nov. 2021.

⁶² Estima-se que, aproximadamente, 159.000 pescadores tiveram os seus meios de subsistência paralisados por meses em função do derramamento. SOARES, Marcelo de Oliveira. Oil spill in South Atlantic (Brazil): environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, v. 115, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2020.103879>. Acesso em: 27 jun. 2021.

⁶³ JUSTIÇA do Ceará determina indenização para todos os pescadores atingidos por derramamento de óleo. 2020. *Diário do nordeste*,

Na segunda instância, há diversos casos relacionados ao auxílio emergencial aos pescadores.⁶⁴ Observa-se, com isso, o grande potencial de um dano ambiental em impactar diversas atividades e atores.

As previsões normativas com relação às competências e às obrigações preventivas conectadas às normas constitucionais e infraconstitucionais não foram suficientes para enfrentar o caso do derramamento de óleo de 2019. O pluralismo normativo, pouco integrado, abriu espaço para uma judicialização que, no caso concreto, foi capaz, em alguma medida, de esclarecer pontos controversos e imprecisos de competência e de obrigações. Caso existisse uma previsibilidade mais clara e precisa das competências e das obrigações, a litigância poderia ser reduzida. Observa-se o mesmo contexto nos problemas penais e administrativos enfrentados pelo judiciário no que concerne ao caso concreto.

3.2 Ações fundadas em problemas jurídicos penais e administrativos ambientais

A judicialização de problemas jurídicos decorrentes de danos ambientais nem sempre se limita à busca pela reparação civil. Em um número considerável de casos, especialmente os mais graves, surge a necessidade de punição dos responsáveis, tanto na esfera administrativa quanto na esfera criminal.

Na tentativa de responsabilização penal dos culpados por um dano ambiental, o primeiro subsídio que se pode buscar são as regras de territorialidade e extraterritorialidade previstas no Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848/40).

Nesse sentido, no caso específico do derramamento de óleo no litoral brasileiro, uma combinação entre os artigos 5º e 6º do Código Penal atrairia a incidência da

15 set. 2020. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/regiao/justica-do-ceara-determina-indenizacao-para-todos-os-pescadores-atingidos-por-derramamento-de-oleo-1.2988877>. Acesso em: 22 ago. 2023.

⁶⁴ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 1319342/CE*. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 24 de maio de 2021. *DJe*, 25 maio 2021.; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (2. Turma). *AI 0805219-81.2020.4.05.0000*. Relator(a): Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. 24 de novembro de 2020.; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *AI 0816374-18.2019.4.05.0000*. Relator(a): Desembargador Federal Alexandre Luna Freire. 06 de dezembro de 2020.; BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (1. Turma). *AI 0800221-70.20204.05.0000*. Relator(a): Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho. 23 de abril de 2020.

lei brasileira para o caso: em matéria de lugar do crime, o legislador adotou a Teoria da Ubiquidade, permitindo a *persecutio criminis* tanto para as hipóteses em que o crime seja cometido no território brasileiro, quanto para as hipóteses em que os efeitos do crime se produzem no Brasil. Assim, mesmo que o crime tenha sido cometido em alto mar, como fazem crer as investigações, suas consequências se produziram em território brasileiro, de modo a ensejar a incidência da lei penal.

Mas, não obstante a existência de normas jurídicas que permitam, pelo menos em tese, a punição dos responsáveis por um dano ambiental como o ocorrido com o derramamento de petróleo no litoral brasileiro em 2019, o fato é que a operacionalização da incidência da lei penal encontra dificuldades aparentemente insuperáveis.

No caso concreto, segundo a investigação realizada pela Marinha do Brasil,⁶⁵ essa foi uma tragédia sem precedentes, causadora de sérios impactos ao meio ambiente, provocada pelo derramamento de petróleo proveniente de um navio que se deslocava muito provavelmente em alto mar. Em um curto espaço de tempo, a substância se alastrou por mais da metade da costa brasileira. Ainda segundo o relatório, foram inúmeras as dificuldades enfrentadas na investigação. Citam-se, inicialmente, os obstáculos para a identificação da origem do óleo: o vazamento teria ocorrido, aproximadamente, trinta dias antes de a substância atingir a costa, o navio causador do dano teria se deslocado por águas internacionais e, nesse período, mil e sessenta navios realizaram rota no local.

Feitos todos os cruzamentos de dados possíveis, ao final, o relatório elaborado pela Polícia Federal concluiu pela existência de indícios de autoria do navio NM Bou-boulina, de bandeira grega.⁶⁶ O fato de o possível causador do dano não mais se encontrar em território brasileiro traz à tona uma importante deficiência do direito penal nacional, que é a falibilidade dos mecanismos de cooperação penal internacional. Estes se restringem,

⁶⁵ DERRAMAMENTO de Óleo no Nordeste - Andamento da investigação - 10/06/2021. TV Câmara. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. 1 vídeo (2 h 31 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5Lqttn0X7TE&t=2302s>. Acesso em: 24 jun. 2021.

⁶⁶ Embora o inteiro teor do relatório não tenha sido disponibilizado para acesso público, excertos de suas conclusões foram amplamente noticiados. Nesse sentido: PF calcula dano mínimo de R\$ 188 milhões por vazamento de óleo e indícia gregos. *LEPETRO*, 15 dez. 2021. Disponível em: <http://lepetro.ufba.br/index.php/node/145>.

atualmente, a alguns instrumentos multilaterais, voltados à persecução de delitos como o tráfico internacional de drogas e de pessoas, o crime organizado e a lavagem de dinheiro, além de outros instrumentos restritos ao âmbito latino-americano ou a alguns acordos bilaterais⁶⁷ que não alcançam os extensos espaços territoriais por onde se deslocam os navios tipos como suspeitos.

No que diz respeito à punição administrativa pelos fatos que decorrem de um derramamento de óleo da magnitude do ocorrido no litoral brasileiro em 2019, os entraves para a responsabilização dos culpados são da mesma ordem. A Lei n.º 9.605/98 dedicou um capítulo para sistematizar as infrações administrativas contra o meio ambiente, assim consideradas toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

No caso em comento, o comando legal que determina a instauração de processo administrativo foi devidamente cumprido e, em tese, seriam cabíveis penalidades como a imposição de multa e poder-se-ia pensar na possibilidade de imposição de interdição de atividades ao navio causador do dano. Ainda, conforme previsão legal, a imposição da multa poderia, inclusive, ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

O entrave a que mais uma vez se chega é a impossibilidade de cumprir as sanções previstas, na medida em que as investigações apontam para indícios de autoria, sem a necessária precisão, o que naturalmente decorre da complexidade do fato cometido. Apesar do trabalho de investigação, voltado à responsabilização dos culpados pelo dano, a forma de execução e a própria natureza do desastre ambiental parecem tornar inexecutável a solução legal.

Por fim, a Lei n.º 9.605/98 também previu um sistema de cooperação internacional para a preservação do meio ambiente. Por meio desse sistema, o governo brasileiro se comprometeu a cooperar em matéria de produção de prova, exame de objetos e lugares, informações sobre pessoas e coisas, e outras formas de assistência. Mas, apesar da previsão de reciprocidade

⁶⁷ Para consultas acerca dos acordos de cooperação penal firmados pelo Brasil, consultar: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>. Acesso em: 22 ago. 2023.

contida na legislação, prejudicaram-se as investigações por ausência de cooperação de parte dos comandos dos navios envolvidos, conforme apontado no relatório finalizado pela Polícia Federal.

São esses os principais aspectos que apontam para uma visão pessimista no que toca à possibilidade de responsabilização penal e administrativa dos culpados por um desastre ambiental sem precedentes e de difícil reparação.

4 Considerações finais

O derramamento de óleo no litoral brasileiro e os consequentes impactos ambientais, sociais e econômicos mobilizaram a integração de atores governamentais e não governamentais, incluindo diferentes entes federativos, setores e atores da sociedade civil. Uma parte dessa integração decorreu de obrigações previstas em normas e outra parte se consolidou de modo informal. Diante desse cenário, a função do direito na regulação ambiental se desdobra em duas: 1) o direito pode ser o maestro da orquestra; 2) o direito pode ser o repressor.

No primeiro caso, a prevenção e a reparação são de fato implementadas se os princípios, as competências, as definições, as obrigações e os instrumentos estiverem alinhados e integrados a fim de conectar todos os elementos relevantes para que seja obtida uma solução adequada para o caso concreto. No caso concreto, apesar das previsões normativas existentes, prejudicou-se a implementação das obrigações civis sobretudo por motivos políticos e administrativos do que propriamente normativos. Contudo, na seara administrativa, penal e internacional, há diversas lacunas relevantes que devem ser superadas.

No segundo caso, diante das deficiências institucionais, o direito age repressivamente, por meio dos tribunais, que podem atestar segurança ou insegurança, dependendo do arcabouço jurídico existente. As soluções jurídicas para o caso concreto auxiliaram o esclarecimento das competências dos órgãos envolvidos. Contudo, as lacunas normativas relacionadas ao tema da pesca artesanal evidenciam que esse setor pode estar mais desamparado do que outros em situações emergenciais.

Verifica-se, portanto, que há lacunas no ordenamento jurídico nacional que precisam ser supridas, a fim de

garantir a integração necessária para soluções mais orquestradas e seguras.

Nesse sentido, o presente artigo, por meio de um mapeamento inicial de normas, tentou evidenciar as ações necessárias para que o direito possa ser, de fato, o maestro que conduzirá futuros casos semelhantes de uma forma integrada, participativa e transparente, de maneira a exercer a segunda função com maior previsibilidade e segurança. Necessita-se, portanto, de um pluralismo ordenado de normas no Brasil.

Referências

- ALMEIDA, R. E. *et al.* A responsabilização penal da pessoa jurídica em crimes ambientais com ênfase no derramamento de óleo. *Revista Brasileira de Direito e Gestão Pública*, v. 8, n. 3, p. 645-660, 29 jun. 2020.
- ALMEIDA, Ramiro R. S. M. T. O derramamento de óleo na costa nordestina e a responsabilização civil pelos danos existenciais causados aos povos das águas. *In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. Direitos fundamentais em processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília: ESMPU, 2020. p. 635-659.
- ANÁLISES do Lepetro/Igeo indicam correlação entre óleo encontrado nas praias do Nordeste e petróleo venezuelano. *UFBA*, 10 out. 2019. Disponível em: https://ufba.br/ufba_em_pauta/analises-do-lepetroigeo-indicam-correlacao-entre-oleo-encontrado-nas-praias-do. Acesso em: 27 jun. 2021.
- ANP. Anuário Estatístico 2019: dados abertos. *ANP*, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/dados-abertos/anuario-estatistico-2019-dados-abertos>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- ARAÚJO, Kelvin C. *et al.* Oil spill in northeastern Brazil: application of fluorescence spectroscopy and PARAFAC in the analysis of oil-related compounds. *Chemosphere*, v. 267, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.chemosphere.2020.129154>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- ARAÚJO, Maria Elisabeth de; RAMALHO, Cristiano Wellington Noberto; MELO, Paulo Wanderley de. Artisanal fishers, consumers and the environment: immediate consequences of the oil spill in Pernambuco, Northeast Brazil. *Cadernos de Saúde Pública* [online], v.

36, n. 1, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00230319>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BANCO DO NORDESTE. Informe ETENE-MPE. Perspectivas para o setor de serviços 2018/2019. BNB, jan. 2019. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/documents/80223/4079612/INFORME+MPE+A-no+II+-+01-JAN19.pdf/80ea8852-e540-7a98-0faf-9b7812c0972b>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BATISTA, Mariana da Mota. *A responsabilidade por dano ambiental causado por poluição por óleo no Brasil: a interface entre a Convenção Internacional sobre responsabilidade civil (CLC/69) e o direito ambiental brasileiro*. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

BRASIL. *Decreto nº 8.127, de 22 de outubro de 2013*. Institui o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional, altera o Decreto n.º 4.871, de 6 de novembro de 2003, e o Decreto n.º 4.136, de 20 de fevereiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8127.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 10.950, de 27 de janeiro de 2022*. Dispõe sobre o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10950.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto Executivo nº 1.905, de 16 de maio de 1996*. Promulga a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat de Aves Aquáticas, conhecida como Convenção de Ramsar, de 02 de fevereiro de 1971. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-1905-16-maio-1996-431673-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto Executivo nº 2.508, de 4 de março de 2008*. Promulga o Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios, concluída em Londres, em 2 de novembro de 1973, seu Protocolo, concluído em Londres, em 17 de fevereiro de 1978, suas Emendas de 1984 e seus Anexos Opcionais III, IV e V. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2508.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto Executivo nº 6.478, de 9 de junho de 2008*. Promulga a Convenção Internacional relativa à Inter-

venção em Alto-Mar em Casos de Acidentes com Poluição por Óleo, feita em Bruxelas, em 29 de novembro de 1969, e o Protocolo relativo à Intervenção em Alto-Mar em Casos de Poluição por Substâncias Outras que não Óleo, feito em Londres, em 2 de novembro de 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6478.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto Executivo nº 8.814, de 18 de julho de 2016*. Promulga a Convenção Internacional sobre Salvamento Marítimo – SALVAGE-89, firmada pela República Federativa do Brasil, em Londres, em 28 de abril de 1989. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2016/decreto-8814-18-julho-2016-783380-publicacaooriginal-150802-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto Executivo nº 87.186, de 20 de maio de 1982*. Promulga o texto atualizado da Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9988.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto Executivo nº 875, de 19 de julho de 1993*. Promulga o texto da Convenção sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0875.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. *Decreto Executivo nº 9.080, de 16 de junho de 2017*. Promulga a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, de 23 de junho de 1979. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2017/decreto-9080-16-junho-2017-785052-publicacaooriginal-153081-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 1.126, de 29 de setembro de 1936*. Promulga a Convenção Internacional para a unificação de certas regras concernentes às imunidades dos navios de Estado, firmada em Bruxelas, a 10 de abril de 1926, por ocasião da Conferência Internacional de Direito Marítimo, completada posteriormente por um Protocolo Adicional, firmado na mesma cidade, a 24 de maio de 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1126-29-setembro-1936-450665-norma-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 1.530, de 22 de junho de 1995*. Declara a entrada em vi-

gor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1995/decreto-1530-22-junho-1995-435606-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 2.870, de 10 de dezembro de 1998*. Promulga a Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo, assinada em Londres, em 30 de novembro de 1990. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1998/decreto-2870-10-dezembro-1998-397914-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 52.493, de 23 de setembro de 1973*. Promulga a Convenção sobre a Organização Marítima Consultiva Internacional, assinada em Genebra, a 06 de março de 1948. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52493-23-setembro-1963-392522-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 79.437, de 23 de março de 1977*. Promulga a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por óleo, 1969. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79437-28-marco-1977-428295-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 85, de 11 de abril de 1991*. Promulga a Convenção Internacional sobre Busca e Salvamento Marítimos (SAR). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1991/decreto-85-11-abril-1991-342828-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Executivo nº 9.988, de 26 de agosto de 2019*. Promulga o texto atualizado da Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar. Promulga o texto atualizado da Convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2019/decreto-9988-26-agosto-2019-789018-publicacaooriginal-158954-pe.html>. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e

mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 22 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 170.307-SE. 10 de novembro de 2021. *DJe*, 16 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1319342/CE. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, 24 de maio de 2021. *DJe*, 25 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório nº 036.563/2019-6*. Relator(a): Min. André Luiz de Carvalho. Ato originário: Acórdão 3.132/2019-TCU-Plenário (TC 036.563/2019-6).

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (1. Turma). *AI 0800221-70.20204.05.0000*. Relator(a): Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho. 23 de abril de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (2. Turma). *AI 0805219-81.2020.4.05.0000*. Relator(a): Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. 24 de novembro de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (4. Turma). *AI 0814134-56.2019.4.05.0000 SE*. Relator(a): Desembargador Federal Rubens Canuto. 26 de outubro de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *AI 0816374-18.2019.4.05.0000*. Relator(a): Desembargador Federal Alexandre Luna Freire. 06 de dezembro de 2020.

BRUM BY, H. D.; CAMPOS-SILVA, J. V.; OLIVEIRA, E. G. Brazil oil spill response: government inaction. *Science*, v. 367, n. 6474, p. 155-156, jan. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.aba0369>. Acesso em: 27 jun. 2021.

CÂMARA, S. F.; SILVA, F. R.; PINTO, F. R. Vulnerabilidade socioeconômica do litoral cearense: mapeamento das localidades atingidas pelo maior derramamento de petróleo (2019-2020) na costa Sul-Americana. *Caderno de Geografia*, v. 30, n. 62, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-2962.2020v30n62p817>. Acesso em: 29 jun. 2021.

CÂMARA, Samuel Façanha *et al.* Socioeconomic vulnerability of communities on the Brazilian coast to the largest oil spill (2019–2020) in tropical oceans. *Ocean &*

- Coastal Management*, v. 202, mar. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.ocecoaman.2020.105506>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- CAMPELO, Renata Polyana de Santana *et al.* Oil spills: the invisible impact on the base of tropical marine food webs. *Marine Pollution Bulletin*, v. 167, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2021.112281>. Acesso em: 27 jun 2021.
- CARMO, Eduardo Hage; TEIXEIRA, Maria Gloria. Desastres tecnológicos e emergências de saúde pública: o caso do derramamento de óleo no litoral do Brasil. *Cadernos de Saúde Pública* [online], v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00234419>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- CERQUEIRA, W. R. P. *et al.* Registro de petróleo em poríferos e cnidários durante o impacto agudo de derramamento no Nordeste brasileiro em 2019. *Scientia Plena*, v. 16, n. 8, ago. 2020.
- COMBATE às manchas de óleo no litoral do Nordeste. *Marinha do Brasil*, [2019]. Disponível em: https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/nomar_especial_-_combate_as_manchas_de_oleo_no_nordeste.pdf. Acesso em: 25 jun. 2021.
- CPRH. Agência Estadual de Meio Ambiente. Informativo da baneabilidade das praias de Pernambuco: Período: 13/09/2019 a 19/09/2019. *CPRH*, 13 set. 2019. Disponível em: http://www.cprh.pe.gov.br/ARQUIVOS_ANEXO/INFORMATIVO_DA_BANEABILIDADE_DAS_PRAIAS_DE_PERNAMBUCO_35_19;4803010101;20190912.pdf. Acesso em: 29 jun. 2021.
- CPRH. Agência Estadual de Meio Ambiente. Informativo da baneabilidade das praias de Pernambuco: Período: 04/01/2019 a 10/01/2019. *CPRH*, 04 jan. 2019. Disponível em: http://www.cprh.pe.gov.br/ARQUIVOS_ANEXO/Informativo%20Baneabilidade%2001-2019;4803010103;20190104.pdf. Acesso em: 29 jun. 2021.
- CRAVEIRO, Nykon *et al.* Immediate effects of the 2019 oil spill on the macrobenthic fauna associated with macroalgae on the tropical coast of Brazil. *Marine Pollution Bulletin*, v. 165, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2021.112107>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- DERRAMAMENTO de óleo da costa brasileira: atuação do MPF. *MPF*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/oleo-na-costa-brasileira/atua-cao-do-mpf>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- DERRAMAMENTO de Óleo no Nordeste - Andamento da investigação - 10/06/2021. TV Câmara. Brasília: Câmara dos Deputados, 2021. 1 vídeo (2 h 31 min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5Lqttn0X7TE&t=2302s>. Acesso em: 24 jun. 2021.
- DESMOBILIZAÇÃO. *IBAMA Gov.br*, 2020. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-desmobilizacao>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- ESCOBAR, Herton. Mystery oil spill threatens marine sanctuary in Brazil. *Science*, 4 nov. 2019. Disponível em: <https://www.sciencemag.org/news/2019/11/mysterious-oil-spill-threatens-marine-biodiversity-haven-brazil>. Acesso em: 23 jun. 2021.
- ESTEVO, Mariana de Oliveira *et al.* Immediate social and economic impacts of a major oil spill on Brazilian coastal fishing communities. *Marine Pollution Bulletin*, v. 164, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2021.111984>. Acesso em 27 jun. 2021.
- GONÇALVES, Leandra R. *et al.* The Brazilian Blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long? *Ambiente & Sociedade* [online], v. 23, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1809-4422asoc-20200077vu2020L5ID>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- IBAMA. Cartilha informativa sobre a trajetória do acidente. *IBAMA*, 2020. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/emergenciasambientais/2020/manchasdeoleo/ibama-manchasdeoleo-desmobilizacao-cartilha_v2.pdf. Acesso em: 21 jun. 2021.
- IBAMA. Fauna atingida. *IBAMA*, 2019. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-fauna-atingida>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- IBAMA. Localidades atingidas. *IBAMA*, 2019. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-localidades-atingidas>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- IBAMA. Orientação técnica: vistoria de acompanhamento e limpeza do litoral. *IBAMA*, 2019. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/emergenciasambientais/2019/manchasdeoleo/10.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- IBAMA. Orientações técnicas. *IBAMA*, 2019. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo-orientacoes>. Acesso em: 22 ago. 2023.

- LAWAND JUNIOR, Antônio *et al.* Derramamento de óleo no Nordeste brasileiro: responsabilização e desdobramentos. *Revista de Direito e Negócios Internacionais da Maritime Law Academy*, v. 1, n. 1, p. 84-113, jan./jun. 2021.
- LEAL, Sara P.; TAKARA, N. C. A responsabilidade civil nos casos de dano ambiental provocado por derramamento de óleo: a importância da instituição de fundos no Brasil após o caso de 2019. In: CONGRESSO DE DIREITO DO MAR, 6., Rio de Janeiro, 2022. *Anais [...]*. No prelo.
- LEAL, Sara Pereira. *A responsabilidade civil por poluição causada por derramamento de petróleo em conformidade com a jurisprudência ambiental brasileira*. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2023.
- LOCALIDADES Atingidas. *IBAMA Gov.br*, 13 dez. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/ibama/pt-br/assuntos/fiscalizacao-e-protecao-ambiental/emergencias-ambientais/manchasdeoleo/localidades-atingidas>. Acesso em: 22 mai. 2023.
- LOURENÇO, Rafael André *et al.* Mysterious oil spill along Brazil's northeast and southeast seaboard (2019–2020): trying to find answers and filling data gaps. *Marine Pollution Bulletin*, v. 156, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2020.111219>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- MAGALHÃES, Karine Matos *et al.* Oil spill + COVID-19: a disastrous year for brazilian seagrass conservation. *Science of The Total Environment*, v. 764, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2020.142872>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- MAGRIS, Rafael Almeida; GIARRIZZO, Tommaso. Mysterious oil spill in the Atlantic Ocean threatens marine biodiversity and local people in Brazil. *Marine Pollution Bulletin*, v. 153, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2020.110961>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- MANCHAS de óleo. *IBAMA Gov.br*, 13 dez. 2022. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/manchasdeoleo>. Acesso em: 22 jun. 2021.
- MANIFESTO Mar de Luta: Justiça Social para os Povos das Águas atingidos pelo Petróleo. *CPP*, 30 ago. 2020. Disponível em: http://cppnacional.org.br/sites/default/files/publicacoes/Manifesto%20Campanha%20Mar%20de%20Luta%20-%20final_0.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.
- MARTINS, Renata. Cidades que vivem do turismo sofrem as consequências do vazamento de óleo. *Agência Brasil EBC*, 29 out. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/meio-ambiente/audio/2019-10/cidades-que-vivem-do-turismo-sofrem-consequencias>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Editora Forense, 2023.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- MONITOR de dados socioambientais indica falta de informações atualizadas. *ABRAJI*, 05 jun. 2020. Disponível em: <https://www.abraji.org.br/noticias/monitor-de-dados-socioambientais-indica-falta-de-informacoes-atualizadas>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- NEGREIROS, Ramoni Reus Barros *et al.* Oil Identification on Beaches Using Deep Learning Techniques. In: WORKSHOP DE TRABALHOS DA GRADUAÇÃO - CONFERENCE ON GRAPHICS, PATTERNS AND IMAGES (SIBGRAPI), 33., 2020, [Evento Online]. *Anais [...]*. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2020. p. 167-170. Disponível em: <https://doi.org/10.5753/sibgrapi.est.2020.13003>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- NOTAS à Imprensa - Inquéritos. *Marinha do Brasil*, [2021]. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/manchasdeoleo/notas-inqueritos>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- ÓLEO no litoral: UFBA reúne pesquisadores de diversas áreas que têm se dedicado ao tema. *Edgardigital UFBA*, 26 nov. 2019. Disponível em: <http://www.edgardigital.ufba.br/?p=15371>. Acesso em: 23 jun. 2021.
- OLIVEIRA, Olívia M. C. *et al.* Environmental disaster in the northeast coast of Brazil: forensic geochemistry in the identification of the source of the oily material. *Marine Pollution Bulletin*, v. 160, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2020.111597>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- OLIVEIRA, R. E. M. *et al.* Successful rehabilitation of an oiled sea turtle (*Lepidochelys olivacea*) affected by the biggest oil spill disaster in Brazil. *Veterinarni Medicina*, v. 66, n. 07, p. 313–319, 2021. Disponível em: <https://>

- doi.org/10.17221/81/2020-VETMED. Acesso em: 27 jun. 2021.
- PADILHA, Luiz. Nota de Esclarecimento da Marinha do Brasil referente a matéria do Jornal O Globo. *Defesa Aérea & Naval*, 19 jul. 2020. Disponível em: <https://www.defesaereanaval.com.br/nota-oficial/nota-de-esclarecimento-da-marinha-do-brasil-referente-a-materia-do-jornal-o-globo>. Acesso em: 30 set. 2023.
- PENA, Paulo Gilvane Lopes *et al.* Derramamento de óleo bruto na costa brasileira em 2019: emergência em saúde pública em questão. *Cadernos de Saúde Pública* [online], v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00231019>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- PERDIGÃO, Alberto. Plano Emergencial de Balneabilidade começará por sete praias. *SEMACE*, 14 nov. 2019. Disponível em: <https://www.semace.ce.gov.br/2019/11/14/plano-emergencial-de-balneabilidade-comecara-por-sete-praias/>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- PERDIGÃO, Alberto. Sobem para 20 as praias próprias para banho em Fortaleza. *SEMACE*, 29 nov. 2019. Disponível em: <https://www.semace.ce.gov.br/2019/11/29/sobem-para-20-as-praias-proprias-para-banho-em-fortaleza/>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- PF calcula dano mínimo de R\$ 188 milhões por vazamento de óleo e indicia gregos. *LEPETRO*, 15 dez. 2021. Disponível em: <http://lepetro.ufba.br/index.php/node/145>. Acesso em: 29 jun. 2021.
- PRÉ-SAL produz 800 mil barris por dia e bate novo recorde. *Casa Civil Gov.br*, 13 maio 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2015/maio/pre-sal-produz-800-mil-barris-por-dia-e-bate-novo-recorde>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- RIBEIRO, Luiz Carlos *et al.* *Blue water turns black: economic impact of oil spill on Brazilian Northeast*. Belo Horizonte: UFMG/CEDEPLAR, 2020. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%20619.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- RIBEIRO, Luiz Carlos S. *et al.* Blue water turns black: economic impact of oil spill on tourism and fishing in Brazilian Northeast. *Current Issues in Tourism*, v. 24, n. 8, p. 1042-1047, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13683500.2020.1760222>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- SCHERER, Marinez E. G.; ASMUS, Milton L. Modeling to evaluate coastal governance in Brazil. *Marine Policy*, v. 129, jul. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2021.104501>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- SILVA, Ana Carolina Corberi Famá Ayoub. *Dano por derramamento de óleo no mar: responsabilidade e reparação*. 2019. Tese (Doutorado em Ciências Ambientais) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- SILVA, F. R. da *et al.* Oil Spill and Socioeconomic Vulnerability in Marine Protected Areas. *Frontiers in Marine Science*, v. 9, 2022.
- SISSINI, M. Nasri *et al.* Brazil oil spill response: protect rhodolith beds. *Science*, v. 367, n. 6474, p. 156, jan. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.aba2582>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- SOARES, M. O. *et al.* Brazil oil spill response: time for coordination. *Science*, v. 367, n. 6474, p. 155, jan. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1126/science.aaz9993>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- SOARES, Marcelo de Oliveira. Oil spill in South Atlantic (Brazil): environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, v. 115, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpol.2020.103879>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- SOUTO, R. D. Estudo de caso - Aplicação do mapeamento participativo como ferramenta para análise do derrame de petróleo na costa brasileira em 2019-2020. In: GERHARDINGER, Leopoldo Cavaleri; GUARDA, Adayse Bossolani da (org.). *I Volume Horizonte Oceânico Brasileiro: ampliando o horizonte da governança inclusiva para o desenvolvimento sustentável do oceano brasileiro*. Brasil: HOB, 2020. v. 1. p. 201-232.
- TEIXEIRA, Lucas Borges. Marinha, ONGs e voluntários: como é feito o combate ao óleo nas praias. *UOL*, 30 out. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/confere/ultimas-noticias/2019/10/30/organizacoes-e-voluntarios-ajudam-a-limpar-praias-e-salvar-animais-no-ne.htm>. Acesso em: 23 jun. 2021.
- TERRAZUL. Carta aberta sobre ocorrência de óleo no nordeste brasileiro. *Alternativa Terra Azul*. Disponível em: <http://www.alternativaterrazul.org.br/publicacoes/carta-aberta-oleo-no-nordeste/>. Acesso em: 22 ago. 2023.
- TURRA, A.; MARGARETH, C.; GONÇALVES, L. Chorar sobre o óleo derramado não reduz os danos à zona costeira. *Estadão*, 18 out. 2019. Disponível em: <https://sustentabilidade.estadao.com.br/noticias/geral,chorar>

-sobre-o-oleo-derramado-nao-reduz-os-danos-a-zona-cos-teira,70003055031. Acesso em: 30 jun. 2021.

UNIVALI. *Atlas do Derramamento de Óleo no Litoral Brasileiro*. 2019 e 2020. Itajaí, SC: Laboratório de Conservação e Gestão Costeira, 2021.

VENEGAS□LI, R. *et al.* Global assessment of marine biodiversity potentially threatened by offshore hydrocarbon activities. *Global Change Biology*, v. 25, n. 6, p. 2009-2020, jun. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/gcb.14616>. Acesso em: 22 jun. 2021.

VIEIRA, F.; ACCIOLY, M. D. C.; SANTOS, T. L. Mapeamento biorregional em comunidades pesqueiras: pertencimento territorial na costa do Nordeste brasileiro frente a impactos ambientais. *Revista Campo-Território*, v. 17, n. 47, p. 105–129, 4 out. 2022.

WWF. *II Webinar sobre o derramamento de óleo no litoral nordestino*. 2019. Disponível em: <https://www.zoom.us/rec/play/7sEld7yppm83SIWdsASDVKB-W9W8eKOs0iLM-UIyUezVndXNFD3ZbAQYe-FP-WTVQqsnPRwkJOGWmjcg?continueMode=true>. Acesso em: 23 jun. 2021.

ZACHARIAS, Daniel Constantino; GAMA, Carine Malagolini; FORNARO, Adalgiza. Mysterious oil spill on Brazilian coast: analysis and estimates. *Marine Pollution Bulletin*, v. 165, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.marpolbul.2021.112125>. Acesso em: 27 jun. 2021.

ZIGLIO, Luciana A. I. Comércio internacional de resíduos sólidos urbanos e a Convenção de Basileia: contribuições sobre a poluição por óleo no litoral brasileiro. *AMBIENTES*, v. 2, n. 1, p. 270-289, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.48075/amb.v2i1.25280>. Acesso em: 27 jun. 2021.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Who manages a spill? multilevel collaborative governance of offshore oil spills in Brazil and the United States

Quem gerencia um derramamento? governança colaborativa multinível de derramamentos de petróleo offshore no Brasil e nos Estados Unidos

Elizabeth Nyman

Leandra Goncalves

Jenna Lamphere

Ashley D Ross

Celio Bermann

Pedro Roberto Jacobi

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

Who manages a spill? multilevel collaborative governance of offshore oil spills in Brazil and the United States*

Quem gerencia um derramamento? governança colaborativa multinível de derramamentos de petróleo offshore no Brasil e nos Estados Unidos

Elizabeth Nyman**

Leandra Goncalves***

Jenna Lamphere****

Ashley D Ross*****

Celio Bermann*****

Pedro Roberto Jacobi*****

* Recebido em 31/01/2023
Aprovado em 27/11/2023

** PhD in Political Science at Florida State University; Tallahassee, FL, US. Associate Professor of Political Science, Maritime Studies Program, Department of Liberal Studies.
Email: enyman@tamu.edu

*** Assistant Professor, Institute of Marine Sciences, Federal University of São Paulo. Doctor of Foreign Affairs at the University of São Paulo.
Email: goncalves.leandra@unifesp.br

**** Assistant Professor of Sociology, Department of Liberal Studies, Texas A&M University at Galveston. Doctor of Sociology at the University of Tennessee at Knoxville.
Email: jlamphere@tamu.edu

***** Associate Professor, Department of Marine and Coastal Environmental Science, Texas A&M University at Galveston. Doctor of Political Science at Texas A&M University.
Email: ashleydross@tamu.edu

***** Professor Associado III, Instituto de Energia e Ambiente, University of São Paulo. Doutorado em Planejamento de Sistemas Energéticos pela Universidade Estadual de Campinas.
Email: cbermann@ice.usp.br

***** Professor, Institute of Energy and Environment, University of São Paulo. Doctorate in Sociology at the University of São Paulo.
Email: prjacobi@usp.br

Abstract

In a federal system, who takes lead when an offshore oil spill occurs? There is a need for multilevel collaborative governance at the local, state, regional, and federal level, and across the public, private, and civic spheres. But such governance is hard to coordinate and harder to maintain. In this paper, we conducted process-tracing for comparative case-study analysis to identify the causal mechanisms that led to inadequate government response to the 2010 Deepwater Horizon and 2019 Northeast oil spills in the United States and northern Brazil, respectively. We recognize that our case studies serve primarily as illustrations within the broader international context. However, it should be noted that these studies encompass two nations of considerable significance in terms of their socio-economic and environmental contributions. We find that while systems may be designed to ensure cooperation, there is often discordance and disagreement in the face of actual environmental problems.

Keywords: oil spill; multilevel governance; Brazil; Gulf of Mexico

Resumo

Num sistema federal, quem assume a liderança quando ocorre um derramamento de petróleo no mar? É necessária uma governança colaborativa a vários níveis, a nível local, estatal, regional e federal, e nas esferas pública, privada e cívica. Mas essa governança é difícil de coordenar e de manter. Neste artigo, realizamos o rastreamento de processos para análise comparativa de estudos de caso para identificar os mecanismos causais que levaram a uma resposta inadequada do governo aos derramamentos de petróleo da

Deepwater Horizon em 2010 e do Northeaster em 2019 nos Estados Unidos e no norte do Brasil, respectivamente. Reconhecemos que nossos estudos de caso servem principalmente como ilustrações dentro do contexto internacional mais amplo. No entanto, deve-se notar que esses estudos abrangem duas nações de considerável importância em termos de suas contribuições socioeconômicas e ambientais. Verificamos que, embora os sistemas possam ser concebidos para assegurar a cooperação, existe frequentemente discordância e desacordo face aos problemas ambientais reais.

Palavras-chave: derramamentos de petróleo; governação a vários níveis; Brasil; Golfo do México

1 Introduction

In federalist systems, the governance of disasters, including oil spills, necessitates multilevel collaborative efforts among various levels of government and across the public, private, and civic spheres. However, coordinating such governance can be challenging, leading to discordance and disagreements when confronted with actual environmental crises. This paper employs process-tracing for a comparative case-study analysis to explore the causal mechanisms that resulted in inadequate government responses to two significant oil spills: the 2010 Deepwater Horizon oil spill in the United States and the 2019 Northeastern oil spill in northeast Brazil. By examining these cases, the article aims to shed light on the complexities of disaster governance in federalist systems and the need for effective coordination and collaboration.

Federalist systems, characterized by the separation and sharing of authority between national, state, and sometimes local levels of government, inherently encounter tensions in the governance of disasters.¹ Natural disasters, such as hurricanes, primarily fall under the purview of state and local governments, with the federal government supporting capacity building and guidance for preparedness and response.² In contrast,

technological disasters, like oil spills, are predominantly governed by federal authorities, with the federal government taking the lead in response and coordination.³

Inherently, disaster governance is a “multi-layered, and multi-actor affair,” where the main challenge is to achieve coordination and unity of action to optimize policy and decision-making results.⁴ Effective disaster response, especially of oil spills, requires multilevel governance, which Marks describes as “... a system of continuous negotiations among nested governments at several territorial tiers,” in which “supranational, natural, regional, and local governments are enmeshed in territorially overarching policy networks.”⁵ Traditionally, the concept of multilevel governance has focused on vertical coordination between higher and lower levels of government.⁶ Lottie and Hesselman suggest that this might more accurately be termed ‘multi-level government’ because the levels are conceptualized like “a set of ‘Russian doll-like’ jurisdictions that each have a set of non-overlapping functions, competences, and members.”⁷ Increasingly, the concept has been expanded to include horizontal interactions at different levels between governments and non-governmental actors, including private sector actors, such as corporations and non-profit organizations, members of civil society, and social movement actors. According to Stein and Turkewitsch, this shift denotes a change in political analysis from statist models of decision-making towards more shared or cooperative models that are more aptly understood as governance.⁸

2007.; GODCHALK, D. *Natural hazard mitigation: recasting disaster policy and planning*. Washington: Island Press, 1999.

³ BIRKLAND, T. A.; DEYOUNG, S. E. Emergency response, doctrinal confusion, and federalism in the Deepwater Horizon oil spill. *Publius: The Journal of Federalism*, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 471-493, 2011.

⁴ LOTTIE, L.; HESSELMAN, M. Governing disasters: embracing human rights in a multi-level, multi-duty bearer, disaster governance landscape. *Politics and Governance*, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 93-104, 2017.

⁵ MARKS, G. Structural policy and multi-level governance in the E C. In: CAFRUNY, A.; ROSENTHAL, G. (ed.). *The state of the European community: the Maastricht debate and beyond*. Boulder: Lynne Rienner, 1993. p. 391-411.

⁶ STEIN, M.; TURKEWITSCH, L. *The concept of multi-level governance in studies of federalism*. In: INTERNATIONAL POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION INTERNATIONAL CONFERENCE. Montréal, 2008.

⁷ LOTTIE, L.; HESSELMAN, M. Governing disasters: embracing human rights in a multi-level, multi-duty bearer, disaster governance landscape. *Politics and Governance*, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 93-104, 2017.

⁸ STEIN, M.; TURKEWITSCH, L. *The concept of multi-level governance in studies of federalism*. In: INTERNATIONAL POLITICAL

¹ RADIN, B. A.; BOASE, J. P. Federalism, political structure, and public policy in the United States and Canada. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 65-89, 2000.

² BIRKLAND, T. A. Disasters, catastrophes, and policy failure in the homeland security era. *Review of Policy Research*, [S. l.], v. 26, n. 4, p. 423-438, 2009.; COL, J. M. Managing disasters: the role of local government. *Public Administration Review*, [S. l.], v. 67, p. 114-124,

Oil spill governance in the United States involves a combination of federal and state authorities, with jurisdiction shared between the federal government and state governments in coastal waters.⁹ The Oil Pollution Act of 1990¹⁰ (OPA) designates the President, with delegation to the U.S. Coast Guard or the Environmental Protection Agency (EPA), as responsible for oil spill response, and an On-Scene Coordinator (OSC) is appointed to direct and coordinate response activities.¹¹ Similarly, Brazil employs the National Contingency Plan for Oil Pollution Incidents in Waters Under National Jurisdiction (NCP) to manage oil spills, activated by an interagency federal group for monitoring and evaluation.¹² Both countries follow a standard incident command system at national, regional, and local levels to ensure effective coordination.

The «polluter-pays» principle, present in the laws of both the U.S. and Brazil, assigns liability to the responsible party for the oil spill incident, requiring them to compensate for damages.¹³ However, despite these legal frameworks, responses to oil spills in both countries have faced criticisms due to institutional gaps, poor communication, inadequate planning, and fragmented federal policies.¹⁴ These challenges highlight the complexities of disaster governance in federalist systems and the importance of enhanced collaboration and coordination to address environmental crises effectively.

In the following sections, we will delve into a comparative case analysis of the 2010 Deepwater Horizon and 2019 Northeastern oil spills, identifying the causal mechanisms that contributed to the inadequate government responses and shedding light on the broader implications for disaster governance in federalist systems. By understanding the shortcomings in these cases, we aim to propose recommendations for improving the collaborative governance required to effectively respond to oil spills and other environmental disasters.

2 Disaster Governance in Federalist Systems

Federalist systems separate and share authority “horizontally through the delineation of separate institutions charged with executive, legislative, and judicial functions, as well as vertically through the assumption of shared or separate powers between the national, state, and sometimes local levels of government”.¹⁵ Disasters are an area of shared governance in federalist systems, and tensions between federal and subnational government authority is inherent to the policy area.¹⁶ Policies and programs designed to address disasters in federalist systems tend to be defined in terms of extreme events and, overtime, assign an expanded role to the federal government for disaster assistance.¹⁷

Shared governance of disasters looks very different for those caused by technological failure (e.g., oil spill) and those attributed to natural hazards (e.g., hurricanes). In the U.S., the federal government’s role in natural disasters has significantly grown over the past 70 years,¹⁸

SCIENCE ASSOCIATION INTERNATIONAL CONFERENCE. Montréal, 2008.

⁹ RAMSEUR, J. L. Oil spills: background and governance. *CRS Reports*, 2023.

¹⁰ UNITED STATES. *Oil pollution ACT*. 33 U.S.C. 1990.

¹¹ RAMSEUR, J. L. Oil spills: background and governance. *CRS Reports*, 2023.

¹² BARBEIRO, P. P.; INOJOSA, F. C. Assessing the actions of the Brazilian Federal Government to respond to the 2019 mysterious oil spill: a perspective of the national environmental agency. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, [S. l.], v. 94, p. e20210320, 2022.

¹³ RAMSEUR, J. L. Oil spills: background and governance. *CRS Reports*, 2023.; AUSTRALIA. Law Library of Congress. *Oil spill liability and regulatory regime*. 2014. Available in: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/lglrd/2013417621/2013417621.pdf>. Access at: Nov. 2023.

¹⁴ GONCALVES, L. R.; WEBSTER, D. G.; YOUNG, O.; POLETTE, M.; TURRA, A. The Brazilian blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long?. *Ambiente & Sociedade*, [S. l.], v. 23, 2020.; BARBEIRO, P. P.; INOJOSA, F. C. Assessing the actions of the Brazilian Federal Government to respond to the 2019 mysterious oil spill: a perspective of the national environmental agency. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, [S. l.], v. 94, p. e20210320, 2022.; RAMSEUR, J. L. Oil spills: background and governance. *CRS Reports*, 2023.

¹⁵ RADIN, B. A.; BOASE, J. P. Federalism, political structure, and public policy in the United States and Canada. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 65-89, 2000. p. 67.

¹⁶ ROSS, A. D. Public sector agencies and their formal legal and administrative responsibilities. In: CUTTER, Susan L. *Oxford research encyclopedia of natural hazard science*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

¹⁷ MAY, P. J.; WILLIAMS, W. Disaster policy implementation: Managing programs under shared governance. In: SURHONE, Lambert M.; TIMPLEDON, Miriam T.; MARSEKEN, Susan F. (ed.). *Springer science and business media*. Beau Bassin: Betascript Publishing, 2012.

¹⁸ MAY, P. J.; WILLIAMS, W. Disaster policy implementation: Managing programs under shared governance. In: SURHONE, Lambert M.; TIMPLEDON, Miriam T.; MARSEKEN, Susan F. (ed.). *Springer science and business media*. Beau Bassin: Betascript Publishing, 2012.; ROSS, A. D. Public sector agencies and their formal legal and administrative responsibilities. In: CUTTER, Susan L. *Oxford research*

and subnational governments, namely city and county governments, continue to have the primary responsibility for disaster response within their jurisdictions.¹⁹

Central to the federal government's role in natural disasters is building the capacity of state and local governments to prepare for and respond to natural hazard threats through the activities of and guidance provided by federal agencies, including, in the U.S., the Federal Emergency Management Agency.²⁰ In contrast to this approach, governance of technological disasters is dominated by federal governments. As Birkland and DeYoung explain, "the federal government acts first, without state government requests for assistance, and acts to supervise the cleanup of an oil spill by the spiller, or, in legal terms, the 'responsible party.'"²¹

Although the added element of civil liability puts the federal government as the lead authority in oil spill response, there remains a shared responsibility and need for coordination between levels of government in oil spills. The systems of response in the federalist countries of the U.S. and Brazil demonstrate the central role of the federal government in oil spill incidents and the supporting role of state and local authorities.

Differently, in Brazil, the responsibility for acting and coordinating in case of disasters (natural or technological failures) remains on the federal level, since the democratic constitution.²² Therefore, the federal level has to coordinate across levels and actors to play its role accordingly. This pathway was the basis for the entry on the democratic period in Brazil. However, when the-

re is a lack of coordination and political confrontation across levels, the chances of failure to address complex problems in the system are great.²³

The federative model in Brazil was established differently from the North American experience. Rather than a pact among autonomous units, it involved a decentralization of power from the centralized unit to the states over several decades. Despite adopting similar institutional structures, such as a written Federal Constitution, a Federal Senate, and a Superior Court, the results were mixed. While the states gained strength, the Union weakened, leading to a unique centrifugal model unlike the United States. This system also empowered the state executive branch, resulting in an oligarchic political game, unlike in the US, where local power was fundamental to republicanism. Additionally, Brazilian governors emerged as influential national leaders. Hence, in Brazil, if the federal level has any political confrontation with states or is afraid of losing its power, the federative coordination is weakened.²⁴

2.1 Shared Governance of Oil Spill Response

Oil spill governance in the United States (U.S.) involves a combination of federal and state authorities. Per the Submerged Lands Act of 1953, 43 U.S.C. § 1301 et seq., the U.S. federal government shares jurisdiction over coastal waters with state governments up to three nautical miles off the coastline, except for Texas and the Gulf coast of Florida where the state governments have jurisdiction up to three marine leagues from the coastline. The federal government maintains authority to regulate commerce, navigation, national defense, power production, and international affairs within state water, and federal jurisdiction extends to the edge of the exclusive economic zone, 200 nautical miles from shore.

U.S. federal government responsibility and authority for oil spills is governed by the Oil Pollution Act (OPA) of 1990, 33 U.S.C. Ch. 40 § 2701 et seq. Following public outcry about the inadequacies of the

encyclopedia of natural hazard science. Oxford: Oxford University Press, 2019.; RUBIN, C. B. (ed.). *Emergency management: the american experience, 1900-2005*. Fairfax: Public Entity Risk Institute, 2007.

¹⁹ BIRKLAND, T. A. Disasters, catastrophes, and policy failure in the homeland security era. *Review of Policy Research*, [S. l.], v. 26, n. 4, p. 423-438, 2009.; COL, J. M. Managing disasters: the role of local government. *Public Administration Review*, [S. l.], v. 67, p. 114-124, 2007.

²⁰ GODCHALK, D. *Natural hazard mitigation: recasting disaster policy and planning*. Washington: Island Press, 1999.; MAY, P. J.; WILLIAMS, W. Disaster policy implementation: Managing programs under shared governance. In: SURHONE, Lambert M.; TIMPLEDON, Miriam T.; MARSEKEN, Susan F. (ed.). *Springer science and business media*. Beau Bassin: Betascript Publishing, 2012.

²¹ BIRKLAND, T. A.; DEYOUNG, S. E. Emergency response, doctrinal confusion, and federalism in the Deepwater Horizon oil spill. *Publius: The Journal of Federalism*, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 471-493, 2011. p. 472.

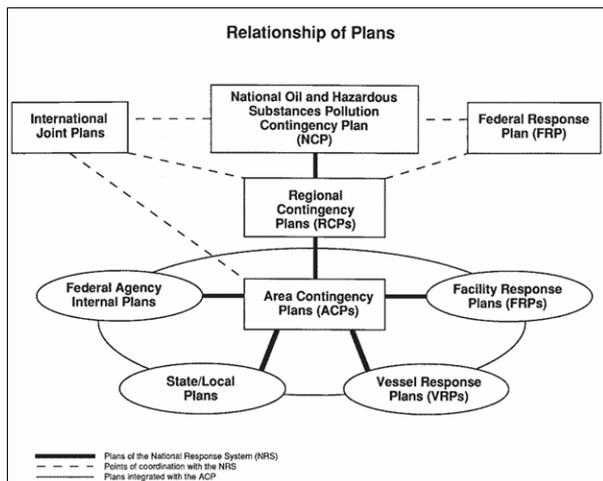
²² BRAZIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Available in: https://www.planalto.gov.br/cciv-il_03/constituicao/constituicao.htm. Access at: July 2023.

²³ ABRUCIO, F. L.; GRIN, E. J.; FRANZESE, C.; SEGATTO, C. I.; COUTO, C. G. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, [S. l.], v. 54, p. 663-677, 2020.

²⁴ ABRUCIO, F. L.; FRANZESE, C. Federalismo e políticas públicas: o impacto das relações intergovernamentais no Brasil. *Tópicos de economia paulista para gestores públicos*, [S. l.], v. 1, p. 13-31, 2007.

federal government's role in the Exxon Valdez oil spill in 1989, Congress passed the OPA to consolidate existing federal laws on oil spills into a unified multilayered planning and response system for spills in marine environments (Figure 1). OPA designates authority to the President for oil spill response, with delegation to the U.S. Coast Guard for spills in the coastal zone or the Environmental Protection Agency (EPA) for spills in the inland zone. Depending on where the spill occurs, the On-Scene Coordinator (OSC) is an agent of the Coast Guard or EPA and has authority to direct and coordinate all response and recovery activities of federal, state, local, and private entities including the responsible party.²⁵ The OSC has ultimate authority to ensure effective removal of the oil spill and prevention of further discharge from the source.

Figure 1 - Multilayered Oil Spill Contingency Planning for Oil Spills in the United States



Source: Environmental Protection Agency (2016)²⁶

The legal structures for oil spill management in Brazil are similar to the U.S. Oil spills in Brazil are governed by the National Contingency Plan for Oil Pollution Incidents in Waters Under National Jurisdiction (NCP), and it has a novel version since the 2019 northeast oil spill.²⁷

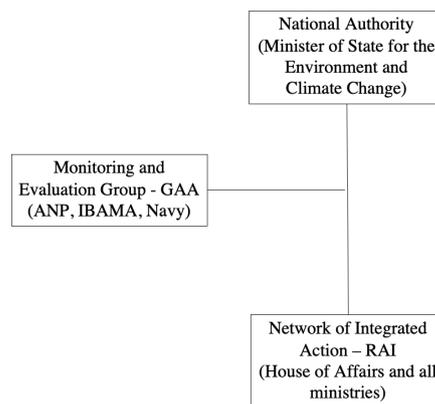
²⁵ RAMSEUR, J. L. Oil spills: background and governance. *CRS Reports*, 2023.

²⁶ ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. National oil and hazardous substances pollution contingency plan revisions to align with the national response framework. *Federal Register*, v. 81, n. 15, p. 3982-4005, Jan. 25, 2016. Available in: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2016-01-25/pdf/2016-00663.pdf>. Access at: Nov. 2023.

²⁷ BRAZIL. *Decreto nº 10.950, de 27 de janeiro de 2022*. Dispõe sobre o plano nacional de contingência para incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional, 2022. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10950.htm Access at: July 2023.

The organizational structure of the NCP establishes the figure of the National Authority, which coordinates all the activities of the NCP, being exercised by the Minister of State for the Environment and Climate Change, of the Monitoring and Evaluation Group (GAA), responsible for monitoring all and any accident, regardless of size, composed of the National Petroleum, Natural Gas and Biofuels Agency (ANP), the Brazilian Institute for the Environment and Renewable Natural Resources (Ibama), and the Brazilian Navy (MB), and the Integrated Action Network, composed of the House of Affairs of the Presidency of the Republic and ministries. In its structure, instances aimed at the articulation of public bodies are also established. The main executive figure is the Operational Coordinator responsible for commanding immediate actions to the accident, which should preferably be coordinated by the Navy, for incidents in maritime waters, by Ibama, for incidents in inland waters, and by the National Petroleum Agency (ANP) in cases involving underwater drilling and oil production structures.²⁸

Figure 2 - Brazilian NCP new governance structure. Elaborated by authors.



2.2 Polluter-Pays Principle

Laws in the U.S. and Brazil adopt the polluter-pays principle, which assigns liability to the party responsible for the oil spill incident and requires the polluter to com-

htm Access at: July 2023.

²⁸ BRAZIL. *Decreto nº 10.950, de 27 de janeiro de 2022*. Dispõe sobre o plano nacional de contingência para incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional, 2022. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10950.htm Access at: July 2023.

pensate for damages. In the U.S., the OPA establishes that a responsible party is liable for all cleanup costs incurred by governmental and private entities up to a specified limit, depending on the source of the spill. Per the OPA, liable damages include injury to natural resources; loss of personal property; loss of subsistence uses of natural resources; lost revenues, profits, and earning capacity resulting from destruction of property or natural resource injury; and costs of providing extra public services during or after a spill response. The OPA also established the Oil Spill Liability Trust Fund, which makes funds immediately available to address an incident.²⁹ The fund has a principal and an emergency component, the former used to pay claims for uncompensated removal costs and certain damages with the latter to be used by federal, tribal, and state authorities in response.³⁰

In Brazil, the right to “an ecologically balanced environment” is enshrined in the federal constitution.³¹ Notably, this was revised following a major oil spill in Guanabara Bay in 1988.³² This right is enforced through Law No. 6938 of 1981 that assigns civil liability to parties responsible for the oil spill to compensate or repair damage to the environment.³³ There are no limits to civil liability and no need to prove fault or willful misconduct; however, there are no provisions for punitive damages as indemnity is limited to direct damages suffered, including loss of earnings.³⁴

2.3 Criticisms of Oil Spill Response Efforts

The responses of the U.S. and Brazilian federal governments to oil spills have been heavily criticized. Exis-

ting laws in both countries that govern oil spill response have emerged in the wake of catastrophic events, thereby leaving institutional gaps in the management approach.³⁵ For example, Brazilian protocol does not address how oil spills with an undetermined source should be handled, because previous strategies have been based on polluter accounting for financial, civil, and even criminal responsibility.³⁶ Beyond reactive policymaking, inadequate federal government responses to oil spills in the U.S. and Brazil have been attributed to fragmented federal policies,³⁷ lax federal regulation enforcement, poor communication and coordination among responding agencies across levels of government,³⁸ late integration of state and local authorities in the response process,³⁹ and poor planning to enable response capabilities (e.g., equipment).⁴⁰ Some of these may be attribu-

²⁹ RAMSEUR, J. L. Oil spills: background and governance. *CRS Reports*, 2023.

³⁰ HEMMINGER, Helkei S. United States and Canada transboundary oil spill liability and compensation regimes: an overview. *IOSC Proceedings*, [S. l.], v. 2021, n. 1, p. 1141278, 2021.

³¹ BRAZIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Access at: July 2023.

³² GOLDSMITH, B. J.; WAIKEM, T. K.; FRANEY, T. Environmental damage liability regimes concerning oil spills—A global review and comparison. *IOSC Proceedings*, [S. l.], v. 2014, n. 1, p. 2172-2192, May 2014.

³³ AUSTRALIA. Law Library of Congress. *Oil spill liability and regulatory regime*. 2014. Available in: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/lglrd/2013417621/2013417621.pdf>. Access at: Nov. 2023.

³⁴ LINH, D. T. M. Civil liability for marine oil pollution damage in the BRICS Countries. *BRICS Law Journal*, [S. l.], v. 7, n. 3, p. 29-51, 2020.

³⁵ BARBEIRO, P. P.; INOJOSA, F. C. Assessing the actions of the Brazilian Federal Government to respond to the 2019 mysterious oil spill: a perspective of the national environmental agency. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, [S. l.], v. 94, p. e20210320, 2022.; RAMSEUR, J. L. Oil spills: background and governance. *CRS Reports*, 2023.

³⁶ BARBEIRO, P. P.; INOJOSA, F. C. Assessing the actions of the Brazilian Federal Government to respond to the 2019 mysterious oil spill: a perspective of the national environmental agency. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, [S. l.], v. 94, p. e20210320, 2022.; POSSOBON, R. Z.; ESTEVES, R. C.; PEREIRA, A. C. S.; XAVIER, G. Brazilian regulation on oil spill: the need of review. *IOSC Proceedings*, [S. l.], v. 2021, n. 1, p. 689571, May 2021.

³⁷ RAMSEUR, J. L. Oil spills: background and governance. *CRS Reports*, 2023.

³⁸ BIRKLAND, T. A.; DEYOUNG, S. E. Emergency response, doctrinal confusion, and federalism in the Deepwater Horizon oil spill. *Publius: The Journal of Federalism*, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 471-493, 2011.

³⁹ GONCALVES, L. R.; WEBSTER, D. G.; YOUNG, O.; POLETTE, M.; TURRA, A. The Brazilian blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long?. *Ambiente & Sociedade*, [S. l.], v. 23, 2020.; BARBEIRO, P. P.; INOJOSA, F. C. Assessing the actions of the Brazilian Federal Government to respond to the 2019 mysterious oil spill: a perspective of the national environmental agency. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, [S. l.], v. 94, p. e20210320, 2022.

⁴⁰ GONCALVES, L. R.; WEBSTER, D. G.; YOUNG, O.; POLETTE, M.; TURRA, A. The Brazilian blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long?. *Ambiente & Sociedade*, [S. l.], v. 23, 2020.; POSSOBON, R. Z.; ESTEVES, R. C.; PEREIRA, A. C. S.; XAVIER, G. Brazilian regulation on oil spill: the need of review. *IOSC Proceedings*, [S. l.], v. 2021, n. 1, p. 689571, May 2021.

ted to the shared governance model ascribed to oil spill response⁴¹ while others are more event-specific.⁴²

3 Methodology Comparative Case Study and Process Tracing

To identify the causal mechanisms that led to inadequate government response to the 2010 Deepwater Horizon and 2019 Northeast oil spills that occurred in the United States and northern Brazil, respectively, we engaged in process-tracing for comparative case-study analysis. According to Beach and Pedersen, process-tracing is a “method for tracing causal mechanisms using detailed, within-case empirical analysis of how a causal mechanism operated in real-world cases”.⁴³ In process-tracing, the analytic focus shifts from causes and effects to hypothesized causal processes that link causes and effects in the form of a productive relationship. Although causal mechanisms are widely used in social science research, there is considerable disagreement about their specificity.⁴⁴ Beach and Pedersen argued that they are much more than descriptive narration, which by definition fails to causally link events. Instead, inferences are made by analyzing mechanistic evidence, which is defined as the observational evidence left by the operation of a causal mechanism in a case. In other words, causal processes are determined by analyzing the “correspondence between the hypothetical empirical fingerprints” that may have been “left by the activities associated with the mechanisms or their parts”.

As a method, process-tracing contains three key components.⁴⁵ First is identification of possible causal

mechanisms. Based on our review of the literature, we hypothesize that government fragmentation, deresponsibilization, and omission of government institutions within both federal systems, coupled with a primary focus on response (e.g., stopping oil flow and oil clean-up), led to inadequate long-term recovery strategies and government reorganization in face of intense criticism. Second is the analysis of empirical manifestations of the hypothesized mechanisms. To conduct our analysis, we engaged in analytic abduction. Data entailed a mix of primary and secondary sources, including government reports, news articles, and scholarly research. The third and final component of process-tracing is the complementary use of comparative case-study methods, which is necessary to generalize beyond within-case findings to include causally similar cases. When combined with within-case analyses, cross-case comparisons “can play a vital role in enabling us to make strong inferences about causal relationships” by providing confirming or disconfirming mechanistic evidence.⁴⁶

4 Case Study: United States

Drilling offshore for oil and gas has a long history both in the United States in general and in the Gulf of Mexico in particular. The first offshore wells were drilled in the Summerville Oil Field, near Santa Barbara, California, in 1896.⁴⁷ These wells were affixed to man-made docks and were only feet from the coast, but it was the beginning of a multibillion dollar industry.

Back at the turn of the 20th century, there were no laws about ownership of oil rights offshore. Domestically, it was not yet a major concern, and international law was still sporadic at best. Customary international law held that states had ultimate rights and responsibilities over the ocean and seabed up to a distance of three miles from the low tide mark on their coast, but after that was free seas open to all.⁴⁸ This was not a problem for states,

⁴¹ BIRKLAND, T. A.; DEYOUNG, S. E. Emergency response, doctrinal confusion, and federalism in the Deepwater Horizon oil spill. *Publius: The Journal of Federalism*, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 471-493, 2011.

⁴² BARBEIRO, P. P.; INOJOSA, F. C. Assessing the actions of the Brazilian Federal Government to respond to the 2019 mysterious oil spill: a perspective of the national environmental agency. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, [S. l.], v. 94, p. e20210320, 2022.

⁴³ BEACH, Derek; PEDERSEN, Rasmus Brun. *Process-tracing methods: foundations and guidelines 2*. ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2019. p. 1.

⁴⁴ e.g., BEACH, Derek; PEDERSEN, Rasmus Brun. *Causal case studies: foundations and guidelines for comparing, matching, and tracing*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2016.; CRAVER, Carl F.; DARDEN, Lindley. *In search of mechanisms*. Chicago: University of Chicago Press, 2013.

⁴⁵ See BEACH, Derek; PEDERSEN, Rasmus Brun. *Process-tracing methods: foundations and guidelines 2*. ed. Ann Arbor: University of

Michigan Press, 2019.

⁴⁶ MOLLER, Jorgen; SKAANING, Svend-Erik. Comparative methods. In: BEACH, Derek; PEDERSEN, Rasmus Brun (ed.). *Causal case study methods: foundations and guidelines for comparing, matching, and tracing*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2016. p. 227-268. 228.

⁴⁷ SCHEMPF, F. J. *Pioneering offshore: the early years*. Tulsa: Pennwell Publishing Company, 2007.

⁴⁸ FRIEDHEIM, R. L. *Negotiating the new ocean regime*. Hampton: Univ. of South Carolina Press, 1993.

of course, given that drilling more than three nautical miles offshore was not technically possible. But as the 20th century crept on, and technology advanced, it was clear that eventually such drilling would be possible.

At the time, the United States was invested in preventing additional claims to the high seas past three nautical miles, due to their status as a naval power and their interest in deep sea scientific research. However, this desire warred with the need to claim the continental shelf for its potential mineral resources. In 1945, President Truman tried to bridge the gap by issuing an executive order claiming the continental shelf of the United States without addressing the issue of the high seas above it. Such a distinction was not accepted by other states and led to claims of up to 200 nautical miles offshore by states with generally steep and less far ranging continental shelves, such as Ecuador, Peru, and Chile.

Truman's executive order was well-timed, however. In 1947, the first oil well was drilled out of sight of land, by Kermac-McGee 12 miles off the Louisiana coast.⁴⁹ It was drilled, however, in a time of conflict between individual U.S. states and the federal government. Also in 1947, federal courts sided with the federal government and told the state of California that it no longer had rights to its own offshore because U.S. national security needs trumped California's desire for control. In 1950, Texas and Louisiana were told much the same.⁵⁰

An inability to resolve this dispute in U.S. courts led to a debate in Congress that ultimately resulted in the Submerged Lands Act (discussed above)⁵¹, which gave states rights to up to three nautical miles off their coasts, and potentially up to three marine leagues if they could demonstrate historical use and ownership. Federal rights over the rest of the United States's offshore claims were given in the Outer Continental Shelf Lands Act (OCSLA) of the same year. OCSLA solidified federal government control over offshore drilling greater than three nautical miles (or marine leagues, depending on the state), and gave the Department of the Interior rights to handle leasing sales in the U.S. continental

shelf.⁵² In 1982, a specialty agency of the Department of Interior was created specifically to handle offshore oil and gas, the Minerals Management Service (MMS).

MMS was tasked with two competing objectives. The first was to protect the environment from the potential ill effects of offshore drilling. During the 1970s, a number of environmental protection laws were passed in the U.S., most notably the National Environmental Policy Act of 1970. MMS was supposed to make sure that these laws, passed during the 1970s as the U.S. environmental protection movement grew in strength, were adequately enforced in offshore leases. However, it was also tasked with ensuring, to the best of its ability, U.S. energy independence, as a response to the 1973 oil embargo that led to shortages across the country. Thus, MMS was responsible for both promoting the U.S. offshore oil industry, as well as regulating and potentially pointing out violations committed by that same industry. This was a difficult job at best, and an impossible one at worst.

MMS was unable to respond even to the Exxon Valdez spill in 1989. Instead, it was saddled with even greater authority without the resources to deal with such responsibility.⁵³ In 1991, struggling to deal with the creation of new rules and regulations, the offshore industry asked that they be allowed to take the initiative. The result was a 1993 document that did not even cover drilling rigs.⁵⁴ It was nevertheless considered until 1997.

4.1 United States 2010 Oil Spill and its Aftermath

Everything would change, however, on 20 April 2010 when the Gulf of Mexico was rocked by an explo-

⁴⁹ SCHEMPF, F. J. *Pioneering offshore: the early years*. Tulsa: Pennwell Publishing Company, 2007.; NYMAN, E. Offshore oil development and maritime conflict in the 20th century: a statistical analysis of international trends. *Energy research & social science*, [S. l.], v. 6, p.1-7, 2015.

⁵⁰ CORBITT Jr., James W. The Federal-State Offshore Oil Dispute. *Wm. & Mary L. Rev.*, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 755, 1970.

⁵¹ UNITED STATES. *Submerged lands ACT*. 43 U.S.C. 1953.

⁵² UNITED STATES. Department of the Interior. Bureau of Ocean Energy and Management. *Federal offshore lands*. Available in: <https://www.boem.gov/oil-gas-energy/leasing/federal-offshore-lands>. Access at: July 25, 2023.

⁵³ NATIONAL COMMISSION ON THE BP DEEPWATER HORIZON OIL SPILL AND OFFSHORE DRILLING. *Deep water: the Gulf oil disaster and the future of Offshore Drilling* report to the president. 2011. Available in: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-OILCOMMISSION/pdf/GPO-OILCOMMISSION.pdf>. Access at: July 25, 2023.

⁵⁴ NATIONAL COMMISSION ON THE BP DEEPWATER HORIZON OIL SPILL AND OFFSHORE DRILLING. *Deep water: the Gulf oil disaster and the future of Offshore Drilling* report to the president. 2011. Available in: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-OILCOMMISSION/pdf/GPO-OILCOMMISSION.pdf>. Access at: July 25, 2023.

sion at the Macondo drilling site. The oil rig Deepwater Horizon, owned by Transocean and leased by British Petroleum (BP), sank as a result of the explosion, killing eleven men and leaving an uncapped well to gush oil freely into the Gulf of Mexico. It would take 87 days to cap the well and stop the flow of oil into the Gulf. By that time, however, over 5 million barrels of oil had already spilled into the water,⁵⁵ with negative impacts on the environment in general and on marine life in particular.

By U.S. law, the first responder is the Coast Guard, who was on site almost immediately after the rig explosion. At first they were conducting search and rescue activities for the eleven men who still remained missing, though they did take note of the oily sheen on the water as they flew over the drill site.⁵⁶ Financial responsibility for the spill, as well as the provision of necessary response equipment, belonged to the offender responsible, in this case BP, who accepted responsibility and provided the required help.⁵⁷ The response was coordinated between the federal government and state and local officials through the National Contingency Plan, which confused some state and local officials due to the many differences between the NCP and the federal response to natural disasters, which they were more familiar with.⁵⁸

The National Commission on the BP Deepwater Horizon Oil Spill and Offshore Drilling, in their 2011 Report to the President about the causes of the well blowout and rig explosion, would point to a number of causes, including poor management, use of shortcuts, lack of oversight, and human error.⁵⁹ There was a

lack of communication between the various operators on the Deepwater Horizon rig (Transocean, BP, and Halliburton), as well as between the operators and the MMS, as several of the actions taken on the rig prior to blowout were either not disclosed to MMS or were done improperly.

The report places the primary blame on the lack of communication and failure to use proper procedures by industry workers.⁶⁰ However, they note that the second major failure was that of government regulatory oversight. Indeed, before the well was even capped it was apparent that the MMS was not up to the task of either dealing with the ongoing spill or preventing future accidents from occurring. MMS lacked the political or financial resources to do the hard work needed to oversee an industry that would, by its nature, always have risks. As such, one of the Department of the Interior's first actions was to shut down the MMS and replace it.⁶¹

Two replacement agencies were created, the Bureau of Ocean Energy Management (BOEM), responsible for offshore lease sales, and the Bureau of Safety and Environmental Enforcement (BSEE), responsible for making sure that applicable laws were being followed. By splitting these primary duties of the MMS, the two successor agencies would lack the same pressures that were put on the single entity to maximize revenue by allowing industry laxity. This would not be a panacea, however; BSEE inherited the same patchwork laws and industry pushback that had plagued MMS before it, and to be more successful than its predecessor would need to address these problems.⁶²

Besides that, the other issue that the new regulatory agencies would have to face would be dealing with the continual scientific innovation taking place in the indus-

⁵⁵ JOYE, S. B. Deepwater Horizon, 5 years on. *Science*, [S. l.], v. 349, n. 6248, p. 592-593, 2015.

⁵⁶ NATIONAL COMMISSION ON THE BP DEEPWATER HORIZON OIL SPILL AND OFFSHORE DRILLING. *Deep water: the Gulf oil disaster and the future of Offshore Drilling report to the president*. 2011. Available in: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-OILCOMMISSION/pdf/GPO-OILCOMMISSION.pdf>. Access at: July 25, 2023.

⁵⁷ BIRKLAND, T. A.; DEYOUNG, S. E. Emergency response, doctrinal confusion, and federalism in the Deepwater Horizon oil spill. *Publius: The Journal of Federalism*, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 471-493, 2011.

⁵⁸ BIRKLAND, T. A.; DEYOUNG, S. E. Emergency response, doctrinal confusion, and federalism in the Deepwater Horizon oil spill. *Publius: The Journal of Federalism*, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 471-493, 2011.

⁵⁹ NATIONAL COMMISSION ON THE BP DEEPWATER HORIZON OIL SPILL AND OFFSHORE DRILLING. *Deep water: the Gulf oil disaster and the future of Offshore Drilling report*

to the president. 2011. Available in: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-OILCOMMISSION/pdf/GPO-OILCOMMISSION.pdf>. Access at: July 25, 2023.

⁶⁰ NATIONAL COMMISSION ON THE BP DEEPWATER HORIZON OIL SPILL AND OFFSHORE DRILLING. *Deep water: the Gulf oil disaster and the future of Offshore Drilling report to the president*. 2011. Available in: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-OILCOMMISSION/pdf/GPO-OILCOMMISSION.pdf>. Access at: July 25, 2023.

⁶¹ BARAM, M. The US regulatory regime for preventing major accidents in offshore operations. *In: Risk governance of offshore oil and gas operations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 154-187.

⁶² BARAM, M. The US regulatory regime for preventing major accidents in offshore operations. *In: Risk governance of offshore oil and gas operations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 154-187.

try.⁶³ There had been oil spills and well blowouts prior to Deepwater Horizon, information from which could have scientifically informed spill response had it been applied.⁶⁴ U.S. government leaders point to the use of science in their response to the spill,⁶⁵ but this is an area of advancing technology and there had been several choices made on the Deepwater Horizon rig in April 2010 that had not been scientifically tested. Moreover, Baram points to a lack of learning about cutting edge science that was demonstrated by both MMS and the Coast Guard about prevention and response.⁶⁶

5 Case Study: Brazil

In August 2019, Brazil experienced a significant oil spill that affected its northeastern coastline.⁶⁷ Given its extent (more than 3000 km) and the recorded impacts, the spill was considered the most severe environmental disaster ever recorded in tropical coastal regions.⁶⁸ More than 40 marine protected areas and a unique set of poorly explored coastal ecosystems that include intertidal rocky shores, rhodolith beds, sandy beaches, mangroves, estuarine systems, seagrass beds, and coral reefs have been affected. Exacerbating the ecological, social, and economic impacts, Brazil's government action has been inadequate. The insensitivity of the fe-

deral Brazilian government to the environment and to the economic and social consequences that affected tourism activities (hotels, inns, coastal transport, among many), economic activities such as large and small-scale fishing, insensitivity that revealed itself in a deliberate absence of actions to combat the succession of occurrences of oil slicks.

The spill was first noticed on August 30, 2019 when patches of crude oil began washing up on the beaches of the state of Paraíba. Over the following months, the oil slick spread along the coast, affecting multiple states, including Pernambuco, Alagoas, Sergipe, and Bahia.⁶⁹ The Brazilian Navy, following an investigation by the federal police, concluded that a Greek-flagged ship carrying the oil was to blame for the spill. Despite that conclusion, it can be said that the outcome is controversial and requires further reflection. It is important to consider other scientific hypotheses regarding the origin of the oil, as well as further investigation and due punishment of those responsible.⁷⁰

The impact of the oil spill was severe, both environmentally and economically. It affected numerous marine species, including fish, turtles, and seabirds, as well as mangrove forests and coral reefs. Many beaches were closed due to the contamination, negatively impacting tourism and local communities that rely on coastal activities.⁷¹ The Brazilian government faced criticism for its response to the spill, with concerns raised about the speed of the reaction and coordination of cleanup efforts. The incident also sparked discussions about the country's preparedness for handling such environmental disasters.⁷²

It is worth noting that in the absence of effective government action, civil society took upon itself the

⁶³ NATIONAL COMMISSION ON THE BP DEEPWATER HORIZON OIL SPILL AND OFFSHORE DRILLING. *Deep water: the Gulf oil disaster and the future of Offshore Drilling* report to the president. 2011. Available in: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-OILCOMMISSION/pdf/GPO-OILCOMMISSION.pdf>. Access at: July 25, 2023.

⁶⁴ FINGAS, Mervin. *Oil Spill Science and Technology*. 2th ed. Amsterdam: Elsevier, 2017.

⁶⁵ LUBCHENCO, J.; MCNUTT, M. K.; DREYFUS, G.; MURAWSKI, S. A.; KENNEDY, D. M.; ANASTAS, P. T.; CHU, S.; HUNTER, T. Science in support of the Deepwater Horizon response. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, [S. l.], v. 109, n. 50, p. 20212-20221, 2012.

⁶⁶ BARAM, M. The US regulatory regime for preventing major accidents in offshore operations. In: LINDØE, Preben Hempel; BARAM, Michael; RENN, Ortwin (ed.). *Risk governance of offshore oil and gas operations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 154-187.

⁶⁷ GONCALVES, L. R.; WEBSTER, D. G.; YOUNG, O.; POLETTE, M.; TURRA, A. The brazilian blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long?. *Ambiente & Sociedade*, [S. l.], v. 23, 2020.

⁶⁸ SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; ROSSI, S.; TAVARES, T. C. L.; CAVALCANTE, R. M. Brazil oil spill response: time for coordination. *Science*, [S. l.], v. 367, n. 6474, p. 155, 2020.

⁶⁹ GONCALVES, L. R.; WEBSTER, D. G.; YOUNG, O.; POLETTE, M.; TURRA, A. The brazilian blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long?. *Ambiente & Sociedade*, [S. l.], v. 23, 2020.

⁷⁰ SANTOS, M. O. S. D.; NEPOMUCENO, M. M.; GONCALVES, J. E.; MEDEIROS, A. C. L. V.; MACHADO, R. M.; SANTOS, C. P. D. S.; ALVES, M. J. C. F.; GURGEL, A. D. M.; GURGEL, I. G. D. Oil spill in Brazil: analysis of vulnerabilities and socio-environmental conflicts. *BioChem*, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 260-268, 2022.

⁷¹ MAGRIS, R. A.; GIARRIZZO, T. Mysterious oil spill in the Atlantic Ocean threatens marine biodiversity and local people in Brazil. *Marine pollution bulletin*, v. 153, p. 110961, 2020.

⁷² GONCALVES, L. R.; WEBSTER, D. G.; YOUNG, O.; POLETTE, M.; TURRA, A. The brazilian blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long?. *Ambiente & Sociedade*, [S. l.], v. 23, 2020.

task of reducing the negative consequences of oil spills, through civil defense in the municipalities where it was organized, local fishing communities, and environmental non-governmental organizations. Such a movement reveals the resilience capacity of the Brazilian population, even in occasions where the government is absent.

5.1 Post-spill

Following the 2019 oil spill, there were discussions and calls for stricter regulations and improved preparedness to prevent and respond to future oil spills. These discussions highlighted the need for enhanced monitoring systems, emergency response protocols, and better coordination between government agencies, the private sector, and local communities. Like the United States, Brazil has a National Contingency Plan (NCP) in place to address and respond to oil spills and other environmental emergencies. The NCP is designed to provide a framework for coordination, response, and mitigation efforts during such incidents.

The Brazilian NCP is overseen by the Brazilian Institute of the Environment and Renewable Natural Resources (IBAMA) in collaboration with other government agencies and stakeholders. The plan outlines the roles and responsibilities of various entities involved in responding to oil spills, including federal, state, and local authorities, as well as private companies and non-governmental organizations. It includes guidelines and procedures for monitoring, containment, cleanup, and restoration activities in the event of an oil spill. It aims to ensure a coordinated response to minimize the environmental and socioeconomic impacts of spills. The plan also addresses aspects such as communication, public involvement, and the use of appropriate technology and equipment for response operations.

However, it is important to note that the effectiveness and implementation of the NCP can vary based on specific incidents and local circumstances. The 2019 oil spill highlighted some challenges and areas for improvement in terms of response coordination and effectiveness.

While the details surrounding the oil spill remain unknown, the Brazilian Federal Government has displayed significant inaction in terms of coordinating efforts with non-governmental organizations, the mi-

litary, civil society, states, and Brazilian municipalities.⁷³ Responding to oil spills involves multiple parties and necessitates effective coordination and transparent guidelines,⁷⁴ both within territorial waters (12 nautical miles) and the exclusive economic zone (200 nautical miles). This lack of government action, coupled with the expansive scale of the oil spill and its unexplained cause, may have exacerbated the ecological, social, and economic ramifications.⁷⁵

Furthermore, the federal government's inaction has been compounded by substantial budget cuts for public policies,⁷⁶ resulting in reduced funding and human resources, as well as the recent dissolution of two committees related to the National Contingency Plan of Oil Spills (PNC) that encompassed various stakeholders: the executive committee and the support committee. The government's failure to take action may have legal consequences, as their liability is linked to accepting the risks associated with their inaction.

Surveillance and response measures are vital for mitigating the risks of oil disasters, with the PNC playing a crucial role. In spill scenarios, two types of models are pivotal for response efforts: tactical and strategic.⁷⁷ Tactical models are implemented post-spill and involve specific instructions for cleanup equipment, deployment locations, duration, and appropriate operational tactics (e.g., mechanical removal, dispersant application, in situ burning, and boom placement). On the other hand, strategic elements of spill responses are typically implemented prior to spills, necessitating consideration of potential spill locations, their frequency, size, and duration. It's important to note that strategic and tactical

⁷³ SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; ROSSI, S.; TAVARES, T. C. L.; CAVALCANTE, R. M. Brazil oil spill response: time for coordination. *Science*, [S. l.], v. 367, n. 6474, p. 155, 2020.

⁷⁴ KNOL, M.; ARBO, P. Oil spill response in the Arctic: norwegian experiences and future perspectives. *Mar. Pol.*, [S. l.], v. 50, p. 171-177, 2014.

⁷⁵ SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; ROSSI, S.; TAVARES, T. C. L.; CAVALCANTE, R. M. Brazil oil spill response: time for coordination. *Science*, [S. l.], v. 367, n. 6474, p. 155, 2020.

⁷⁶ ABESSA, D.; FAMA, A.; BURUAEM, L. The systematic dismantling of Brazilian environmental laws risks losses on all fronts. *Nat. Ecol. Evol.*, [S. l.], v. 3, p. 510-511, 1979.

⁷⁷ GRUBESIC, H.; WEI, R.; NELSON, J. Optimizing oil spill cleanup efforts: a tactical approach and evaluation framework. *Marine Pollution Bulletin*, [S. l.], v. 125, p. 318-329, 2017.

response models are closely intertwined in theory and practice.⁷⁸

However, there was a lack of immediate and coordinated adoption of the Contingency Plan for Oil Pollution Incidents (PNC) in Waters under National Jurisdiction, formulated in 2013.⁷⁹ As previously mentioned, the federal government terminated two committees that were integral to this plan at the beginning of 2019: the executive committee, responsible for overseeing the plan's initiation as the national authority, and the support committee, tasked with fostering responsiveness and proposing international cooperation agreements.⁸⁰ This delay in governmental response was crucial for environmental protection and minimizing economic and social losses.⁸¹ Among the ongoing legal actions, the Federal Public Prosecutor's office of the Northeast States filed a lawsuit against the federal government to enforce the activation of the plan and mitigate the damage caused by the oil spill.

The delayed implementation of the PNC, coupled with the dissolution of both the executive and support committees, constitutes a significant aspect of the issue, as timing is crucial for effective cleanup, reduced environmental impact, cleanup costs, damage compensation, and environmental restoration.⁸² Nevertheless, other factors should be highlighted. In the past, various oil-related incidents worldwide faced delays in response due to the absence of PNCs, and even in modern

times, when many nations have established PNCs, oil spill responses often prove inadequate. Effective contingency plans necessitate adequate investments in equipment and ongoing training for response teams, as well as regular revisions to ensure preparedness.⁸³ Other considerations include political commitment to oil spill prevention, investment in preparedness, and ratification of international agreements. The allocation of government budgets for oil spill response can be questionable and subject to reduction based on internal affairs, varying with different governments or the country's economic situation. One strategy involves implementing the «polluter pays» principle and establishing an oil spill response organization through oil refineries and tanker shipping companies operating in the country, thereby augmenting resources and response capabilities for significant oil spills. In Brazil, the vastness of the country's territory presents a notable challenge, making effective implementation of even a well-designed PNC difficult. An effective strategy involves extending preparedness and oil awareness to regional and local levels through training programs or the development of regional contingency plans in major coastal states to ensure an efficient response to oil spills.⁸⁴

Lastly, 120 days after the initial appearance of the oil, reports continue to emerge of varying volumes of oil washing up on coasts and marine protected areas (MPAs), indicating that the full extent of this environmental disaster remains unknown. Volunteers have actively mobilized through social networks to carry out cleanup efforts on several tropical beaches without proper support from the federal government. Furthermore, recent budget cuts to science⁸⁵ and environmental protection⁸⁶ undermine the capacity of Brazilian institutions

⁷⁸ GRUBESIC, H.; WEI, R.; NELSON, J. A strategic planning approach for protecting environmentally sensitive coastlines from oil spills: allocating response resources on a limited budget. *Marine Policy*, [S. l.], v. 108, p. 103549, 2019.

⁷⁹ SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; ROSSI, S.; TAVARES, T. C. L.; CAVALCANTE, R. M. Brazil oil spill response: time for coordination. *Science*, [S. l.], v. 367, n. 6474, p. 155, 2020.

⁸⁰ BRAZIL. *Decreto federal n. 9.759 de 11 de abril de 2019*. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal, 2019. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Access at: Nov. 2023.

⁸¹ SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; ROSSI, S.; TAVARES, T. C. L.; CAVALCANTE, R. M. Brazil oil spill response: time for coordination. *Science*, [S. l.], v. 367, n. 6474, p. 155, 2020.; GONCALVES, L. R.; WEBSTER, D. G.; YOUNG, O.; POLETTE, M.; TURRA, A. The Brazilian blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long?. *Ambiente & Sociedade*, [S. l.], v. 23, 2020.

⁸² TEGEBACK, A.; HASSELSTROM, L. Costs associated with a major oil spill in the Baltic Sea. *BalticMaster II*, Jan. 2012. Available in: <https://docplayer.net/6337753-Costs-associated-with-a-major-oil-spill-in-the-baltic-sea.html>. Access at: Nov. 2023.

⁸³ COSTA, L. R. T. A.; FERREIRA FILHO, V. J. M.; ANDRADE, F. N. P. de; ANTOUN, A. R. Strategic Optimization and Contingency Planning Model for Oil-Spill Response. *In: PE LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN PETROLEUM ENGINEERING CONFERENCE*, 2005, Rio de Janeiro. *Proceedings* [...], Rio de Janeiro: SPE Latin American and Caribbean Petroleum Engineering Conference, 2005.

⁸⁴ SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; PAIVA, S. V.; TAVARES, T. C. L.; GARCIA, T. M.; ARAUJO, J. T. de, CAMPOS, C. C., FERREIRA, S. M. C.; MATTHEWSCASCON, H.; FROTA, A. Oil spill in South Atlantic (Brazil): environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, [S. l.], v. 115, p.103879, 2020.

⁸⁵ ANGELO, C. Brazil freezes science spending. *Nature*, v. 568, p. 155-156, 2019.

⁸⁶ ABESSA, D.; FAMA, A.; BURUAEM, L. The systematic dismantling of Brazilian environmental laws risks losses on all fronts.

to comprehend the disaster's effects on the economy, biodiversity, public health, and environmental quality in the South Atlantic. Consequently, there is a dearth of information, and the government appears to underestimate the environmental, social, and economic consequences of the disaster. This incident underscores the importance of establishing science-based solutions that involve multiple stakeholders to prevent extensive and long-term impacts at both regional and global scales.⁸⁷

Brazil is comfortably ranked in terms of natural disaster risks (123rd globally). However, with issues like dam collapses and oil spills, especially given the large number and the structural and geographical challenges, there's a significant risk. Effective preventive measures are needed to protect both people and property.⁸⁸

6 Analysis

As per the provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), it is the responsibility of the coastal state to establish internal regulatory systems or implement bilateral or regional agreements to protect and preserve marine resources, as well as enforce environmental public policies within its jurisdictional waters.⁸⁹ However, UNCLOS does not have any set rules or regulations that tell states how they should manage their marine resources or environment. It is up to states themselves to determine how best to utilize the resources of their continental shelves and how best to protect the marine environment while doing so.

This is particularly important in dealing with oil spills, because to a certain extent oil spills cannot be completely eliminated through good practices or appropriate domestic and/or international laws. Whether we are considering well blowouts or rig explosions, as was the case with the Deepwater Horizon, or spills from ships,

as was named the cause of the 2019 Brazilian oil spill, we have to accept that there is a certain level of risk that goes along with these activities. There is always the potential for human error or impact from environmental disasters such as rogue waves or hurricanes.

What sets both the Brazilian and United States offshore apart is the movement in both states towards greater activities in deepwater, where the risks are greater.⁹⁰ Joye singles these two countries out, along with Western Africa, as areas where the threats of a well-based spill are highest.⁹¹ Likewise, we can see from the events of the 2010 and 2019 respective incidents that there is still much work to be done by both countries with regards to responding to an incident should one occur in the future.

In the United States, state and local officials were confused at the federal response, both because they had been (wrongfully) expecting something similar to the federal response to natural disasters, and because many local officials felt that the federal response did not go far enough. This was in part due to the large role that BP undertook in dealing with the disaster but also in part because local officials did not necessarily understand mitigation techniques that were less publicly visible than the use of booms or controlled burns.⁹²

Moreover, the sheer size of the spill called into question the effectiveness of MMS as a regulatory agency. MMS lacked the budget to conduct necessary inspections, and tended to sign off on industry reports without fact-checking them. It is difficult to say whether BOEM and BSEE will do a better job at regulating the offshore industry, because it will only be tested if/when there is another serious incident. But there is still a strain in U.S. politics that calls for the increase in U.S.-based oil drilling and production due to a desire for energy independence, which haunted the MMS before them.

With regards to the situation that occurred in Northeast Brazil, the full extent and losses have yet to be

Nat. Ecol. Evol., [S. l.], v. 3, p. 510-511, 1979.

⁸⁷ SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; ROSSI, S.; TAVARES, T. C. L.; CAVALCANTE, R. M. Brazil oil spill response: time for coordination. *Science*, [S. l.], v. 367, n. 6474, p. 155, 2020.

⁸⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite; OLIVEIRA, Edson Rodrigues de. A justiça espacial e ambiental e a teoria do risco: a responsabilidade do governo na prevenção contra desastres (no Brasil). *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 16, n. 2, p. 168-201, 2019.

⁸⁹ UNITED NATIONS. *United Nations convention on the law of the sea*. Kingston: United Nations, 1982.

⁹⁰ IVSHINA, I. B.; KUYUKINA, M. S.; KRIVORUCHKO, A. V.; ELKIN, A. A.; MAKAROV, S. O.; CUNNINGHAM, C. J.; PESHKUT, T. A.; ATLAS, R. M.; PHILP, J. C. Oil spill problems and sustainable response strategies through new technologies. *Environmental Science: Processes & Impacts*, [S. l.], v. 17, n. 7, p.1201-1219, 2015.

⁹¹ JOYE, S. B. Deepwater Horizon, 5 years on. *Science*, [S. l.], v. 349, n. 6248, p.592-593, 2015.

⁹² BIRKLAND, T. A.; DEYOUNG, S. E. Emergency response, doctrinal confusion, and federalism in the Deepwater Horizon oil spill. *Publius: The Journal of Federalism*, v. 41, n. 3, p. 471-493, 2011.

determined, making it more difficult to fully understand the effectiveness of any response. But it has underscored insufficient inspection and regulation of marine spaces under Brazilian jurisdiction, just as Deepwater Horizon did in the United States. The 2019 spill indicated the need for several regulatory improvements, such as marine spatial planning, improved on-site inspection capabilities, and real-time monitoring of maritime traffic. Tracking ships in areas with limited cell phone and VHF (Very High Frequency) radio coverage, such as open waters far from land, is achievable through the use of Automatic Identification Systems, whereby ships or boats have devices that transmit information automatically via VHF radio or low-orbit satellites when far from land. However, the Brazilian maritime authority does not provide technological instruments for real-time monitoring of Brazilian marine waters, and the federal government has been reformulating the Blue Amazon Management System (SisGAAz) since 2015 due to budgetary constraints.

The 2019 oil spill in Brazil was considered the most severe environmental disaster ever recorded in tropical coastal regions, affecting more than 3000 km of coastline. The spill had significant ecological, social, and economic impacts, with more than 40 marine protected areas and various poorly explored coastal ecosystems being affected.⁹³

Brazil's government response to the oil spill was criticized for being inadequate. There were concerns about the speed of reaction and coordination of cleanup efforts, and the lack of immediate and coordinated adoption of the National Contingency Plan for Oil Pollution Incidents (PNC) further complicated the response. The delay in implementing the PNC and the dissolution of committees responsible for overseeing the plan raised questions about the government's commitment to environmental protection and minimizing the damage caused by the oil spill. Furthermore, the government's inaction and lack of coordination with non-governmental organizations, the military, civil society, states, and municipalities hampered response

⁹³ MAGRIS, R. A.; GIARRIZZO, T. Mysterious oil spill in the Atlantic Ocean threatens marine biodiversity and local people in Brazil. *Marine pollution bulletin*, v. 153, p. 110961, 2020.; SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; PAIVA, S. V.; TAVARES, T. C. L.; GARCIA, T. M.; ARAUJO, J. T. de, CAMPOS, C. C., FERREIRA, S. M. C.; MATTHEWS-CASCON, H.; FROTA, A. Oil spill in South Atlantic (Brazil): environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, [S. l.], v. 115, p.103879, 2020.

efforts and may have exacerbated the environmental, social, and economic consequences of the disaster.

The case study highlighted challenges in Brazil's preparedness and response to oil spills, including the need for enhanced monitoring systems, emergency response protocols, and better coordination between government agencies, the private sector, and local communities.⁹⁴ The incident also underscored the importance of establishing science-based solutions involving multiple stakeholders to prevent extensive and long-term impacts at both regional and global scales. Effective contingency plans, investments in equipment and training, and political commitment to oil spill prevention are crucial aspects to be addressed. Moreover, the lack of information about the full extent of the environmental disaster and recent budget cuts to science and environmental protection agencies hindered the understanding of the disaster's effects on the economy, biodiversity, public health, and environmental quality in the South Atlantic.⁹⁵

Brazil, while not highly vulnerable to natural disasters, faces challenges with incidents like dam collapses. The emphasis should be on proactive prevention rather than reactive solutions. Effective governance can drastically reduce the impact and costs of such events. For incidents like the 2019 Brazilian oil spill, this underscores the need for continuous risk assessment, robust oversight mechanisms, and prioritizing public and environmental safety⁹⁶.

In summary, the case study of the 2019 oil spill in Brazil highlights the need for improved governance and coordination in response to environmental disasters in the federalist system, the importance of effective contingency plans and preparedness, and the significance of science-based solutions involving multiple stakeholders to protect marine ecosystems and coastal communities.

⁹⁴ BARBEIRO, P. P.; INOJOSA, F. C. Assessing the actions of the Brazilian Federal Government to respond to the 2019 mysterious oil spill: a perspective of the national environmental agency. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, [S. l.], v. 94, p. e20210320, 2022.

⁹⁵ FERNANDES, G. M.; MARTINS, D. A.; SANTOS, R. P. dos; SANTIAGO, I. S. de; NASCIMENTO, L. S.; OLIVEIRA, A. H.; CAVALCANTE, R. M. Levels, source appointment, and ecological risk of petroleum hydrocarbons in tropical coastal ecosystems (northeast Brazil): baseline for future monitoring programmes of an oil spill area. *Environmental pollution*, v. 296, p. 118709, 2022.

⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite; OLIVEIRA, Edson Rodrigues de. A justiça espacial e ambiental e a teoria do risco: a responsabilidade do governo na prevenção contra desastres (no Brasil). *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 16, n. 2, p. 168-201, 2019.

The study also emphasizes the potential consequences of inadequate government action and budget cuts on environmental protection efforts.

Reactive actions without preventive work are costly and dangerous. Investments in prevention are relatively smaller than those for reactive actions after a disaster. The specific control bodies have the challenging but rewarding task of ensuring the effective compliance of constitutional and programmatic mandates. Nonetheless, governments should promote and enhance public (and environmental) safety, aiming to mitigate human vulnerabilities against disaster risks⁹⁷.

7 Conclusion

The analysis of disaster governance in federalist systems, with a focus on oil spill response in the United States and Brazil, highlights the complexities and challenges associated with coordinating multilevel collaborative efforts in such situations. The case study of the 2010 Deepwater Horizon oil spill in the United States and the 2019 Northeast oil spill in Brazil's northeastern coastline reveals the significance of effective coordination, response, and preparedness in mitigating the environmental, social, and economic impacts of oil spills.

There are many reasons why federal system responses look different in technological and natural disasters. One, oil spills occur in marine environments where the federal government retains more authority than state governments and local governments have no authority.⁹⁸ Two, disasters caused by technological failure have an entity to blame - the polluter - while those caused by natural hazards are typically seen as beyond individual control.⁹⁹ Three, there is a line of thinking about disasters that supports varying agents that have distinctive characteristics and, therefore, different consequences for what occurs;¹⁰⁰ accordingly, technological and natu-

ral hazard agents should be managed differently. Fourth, the addition of civil liability in oil spills pushes the federal government to take primary authority (rather than share it) in order to deter and punish potential and actual polluters.¹⁰¹

While these social and institutional factors, among others, may explain why disasters caused by technological failure are approached differently than those triggered by natural hazards, we question if governance should look different across the disaster types. Research has consistently found that disaster impacts are tied to inequities in socioeconomic status and the socially vulnerable are the most exposed to disasters.¹⁰² At the same time, studies have recorded the remarkable abilities of people and communities to come together to respond to emergencies.¹⁰³ Perhaps the answer for improved management of oil spills, particularly for those where attribution is fuzzy, lies in focusing on the social aspects of disasters by addressing, for example, predictability of the threat, relative loss impact of affected populations, and inclusiveness of involvement and the social centrality of the affected population.¹⁰⁴ This will require new avenues of shared governance where federal, state, and local governments shift focus from extreme events and retrospective actions¹⁰⁵ to bottom-up growth of disaster resilience through community capacity building.¹⁰⁶

responses to natural and technological disasters. 1990. Available in: <https://udspace.udel.edu/server/api/core/bitstreams/746c3568-dfd4-4e41-9675-641bd10e49cc/content>. Access at: Nov. 2023.

¹⁰¹ BIRKLAND, T. A.; DEYOUNG, S. E. Emergency response, doctrinal confusion, and federalism in the Deepwater Horizon oil spill. *Publius: The Journal of Federalism*, v. 41, n. 3, p. 471-493, 2011.

¹⁰² See TIERNEY, K. *The social roots of risk: producing disasters, promoting resilience*. Redwood City: Stanford University Press, 2020.; WISNER, Ben; BLAIKIE, Piers; CANNON, Terry; DAVIS, Ian. *At risk: natural hazards, people's vulnerability, and disasters*. 2th ed. Abingdon: Routledge, 2004.

¹⁰³ KENDRA, J. M.; WACHTENDORF, T. Elements of resilience after the world trade center disaster: reconstituting New York City's Emergency Operations Centre. *Disasters*, [S. l.], v. 27, n. 1, p. 37-53, 2003.; ROSS, A. D. *Local disaster resilience: administrative and political perspectives*. Abingdon: Routledge, 2013.

¹⁰⁴ QUARANTELLI, E. L. *Technological and natural disasters and ecological problems: Similarities and differences in planning for and managing them*. 1993. Available in: <https://udspace.udel.edu/server/api/core/bitstreams/b97a948d-3da9-4a1a-9293-bca2721fe200/content>. Access at: Nov. 2023.

¹⁰⁵ MAY, P. J.; WILLIAMS, W. Disaster policy implementation: managing programs under shared governance. In: SURHONE, Lambert M.; TIMPLEDON, Miriam T.; MARSEKEN, Susan F. (ed.). *Springer science and business media*. Beau Bassin: Betascript Publishing, 2012.

¹⁰⁶ WARD, P. S.; SHIVELY, G. E. Disaster risk, social vulnerability, and economic development. *Disasters*, [S. l.], v. 41, n. 2, p. 324-351,

⁹⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite; OLIVEIRA, Edson Rodrigues de. A justiça espacial e ambiental e a teoria do risco: a responsabilidade do governo na prevenção contra desastres (no Brasil). *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 16, n. 2, p. 168-201, 2019.

⁹⁸ UNITED STATES. *Submerged lands ACT*. 43 U.S.C. 1953.

⁹⁹ MEYER, M. Internal environmental displacement: a growing challenge to the United States welfare state. *Oñati Socio-Legal Series*, [S. l.], v. 3, n. 2, 2013.

¹⁰⁰ QUARANTELLI, E. L. *Similarities and differences in institutional*

Additionally, in both cases, the extent of the spills and their ecological ramifications were substantial. The Deepwater Horizon spill, occurring in U.S. coastal waters, exposed challenges in coordinating federal and local responses, leading to criticisms of fragmented federal policies and inadequate regulation enforcement. Similarly, the Brazilian government's response to the 2019 oil spill was deemed inadequate, with concerns raised about the speed of reaction and coordination of cleanup efforts. The vastness of Brazil's territory and delays in implementing the National Contingency Plan for Oil Pollution Incidents further complicated response efforts, underscoring the need for enhanced preparedness and regional coordination.

Both the United States and Brazil need to address specific issues in their oil spill response strategies. In the U.S., the effectiveness of the regulatory agency responsible for offshore drilling, BOEM, and BSEE, remains under scrutiny, and improvements are needed to ensure timely and thorough inspections. Brazil must strengthen its regulatory oversight and invest in real-time monitoring and inspection capabilities to enhance response efficiency. Both countries should consider strategies for increased collaboration among government agencies, private companies, and local communities to develop science-based solutions for preventing extensive and long-term impacts.

Furthermore, it is crucial to recognize that oil spills cannot be entirely eliminated due to the inherent risks associated with oil-related activities. As such, the focus should shift towards a social-centric approach to disaster management, considering the predictability of threats, the relative impact on vulnerable populations, and inclusive involvement of affected communities. Building disaster resilience through community capacity building and bottom-up growth should be prioritized, emphasizing the collaboration between federal, state, and local governments to address environmental hazards effectively.

In conclusion, the governance of oil spills in federalist systems demands a proactive, multilevel collaborative approach that involves effective coordination, enhanced preparedness, and a focus on social aspects to ensure a comprehensive response to environmental disasters. By learning from the challenges and successes of past incidents, both the United States and Brazil can

develop more robust and efficient strategies to protect their coastlines and marine ecosystems, safeguarding the environment and the well-being of their communities.

References

- ABESSA, D.; FAMA, A.; BURUAEM, L. The systematic dismantling of Brazilian environmental laws risks losses on all fronts. *Nat. Ecol. Evol.*, [S. l.], v. 3, p. 510-511, 1979.
- ABRUCIO, F. L.; FRANZESE, C. Federalismo e políticas públicas: o impacto das relações intergovernamentais no Brasil. *Tópicos de economia paulista para gestores públicos*, [S. l.], v. 1, p. 13-31, 2007.
- ABRUCIO, F. L.; GRIN, E. J.; FRANZESE, C.; SEGATTO, C. I.; COUTO, C. G. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, [S. l.], v. 54, p. 663-677, 2020.
- ANGELO, C. Brazil freezes science spending. *Nature*, v. 568, p. 155-156, 2019.
- AUSTRALIA. Law Library of Congress. *Oil spill liability and regulatory regime*. 2014. Available in: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/llglrd/2013417621/2013417621.pdf>. Access at: Nov. 2023.
- BARAM, M. The US regulatory regime for preventing major accidents in offshore operations. In: *Risk governance of offshore oil and gas operations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 154-187.
- BARBEIRO, P. P.; INOJOSA, F. C. Assessing the actions of the Brazilian Federal Government to respond to the 2019 mysterious oil spill: a perspective of the national environmental agency. *Anais da Academia Brasileira de Ciências*, [S. l.], v. 94, p. e20210320, 2022.
- BEACH, Derek; PEDERSEN, Rasmus Brun. *Causal case studies: foundations and guidelines for comparing, matching, and tracing*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2016.
- BEACH, Derek; PEDERSEN, Rasmus Brun. *Process-tracing methods: foundations and guidelines 2*. ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2019.

- BIRKLAND, T. A. Disasters, catastrophes, and policy failure in the homeland security era. *Review of Policy Research*, [S. l.], v. 26, n. 4, p. 423-438, 2009.
- BIRKLAND, T. A.; DEYOUNG, S. E. Emergency response, doctrinal confusion, and federalism in the Deepwater Horizon oil spill. *Publius: The Journal of Federalism*, v. 41, n. 3, p. 471-493, 2011.
- BRAZIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Access at: July 2023.
- BRAZIL. *Decreto federal n. 9.759 de 11 de abril de 2019*. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal, 2019. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm. Access at: Nov. 2023.
- BRAZIL. *Decreto nº 10.950, de 27 de janeiro de 2022*. Dispõe sobre o plano nacional de contingência para incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional, 2022. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10950.htm Access at: July 2023.
- COL, J. M. Managing disasters: the role of local government. *Public Administration Review*, [S. l.], v. 67, p. 114-124, 2007.
- CORBITT Jr., James W. The Federal-State Offshore Oil Dispute. *Wm. & Mary L. Rev.*, [S. l.], v. 11, n. 3, p. 755, 1970.
- COSTA, L. R. T. A.; FERREIRA FILHO, V. J. M.; ANDRADE, F. N. P. de; ANTOUN, A. R. Strategic Optimization and Contingency Planning Model for Oil-Spill Response. In: PE LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN PETROLEUM ENGINEERING CONFERENCE, 2005, Rio de Janeiro. *Proceedings* [...], Rio de Janeiro: SPE Latin American and Caribbean Petroleum Engineering Conference, 2005.
- CRAVER, Carl F.; DARDEN, Lindley. *In search of mechanisms*. Chicago: University of Chicago Press, 2013.
- ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. *Deepwater Horizon: BP Gulf of Mexico oil spill*. 2022. Available in: <https://www.epa.gov/enforcement/deepwater-horizon-bp-gulf-mexico-oil-spill>. Access at: July 25, 2023.
- ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. National oil and hazardous substances pollution contingency plan revisions to align with the national response framework. *Federal Register*, v. 81, n. 15, p. 3982-4005, Jan. 25, 2016. Available in: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2016-01-25/pdf/2016-00663.pdf>. Access at: Nov. 2023.
- FERNANDES, G. M.; MARTINS, D. A.; SANTOS, R. P. dos; SANTIAGO, I. S. de; NASCIMENTO, L. S.; OLIVEIRA, A. H.; CAVALCANTE, R. M. Levels, source appointment, and ecological risk of petroleum hydrocarbons in tropical coastal ecosystems (northeast Brazil): baseline for future monitoring programmes of an oil spill area. *Environmental pollution*, v. 296, p. 118709, 2022.
- FINGAS, Mervin. *Oil Spill Science and Technology*. 2th ed. Amsterdã: Elsevier, 2017.
- FRIEDHEIM, R. L. *Negotiating the new ocean regime*. Hampton: Univ. of South Carolina Press, 1993.
- GODCHALK, D. *Natural hazard mitigation: recasting disaster policy and planning*. Washington: Island Press, 1999.
- GOLDSMITH, B. J.; WAIKEM, T. K.; FRANEY, T. Environmental damage liability regimes concerning oil spills-A global review and comparison. *IOSC Proceedings*, [S. l.], v. 2014, n. 1, p. 2172-2192, May 2014.
- GONCALVES, L. R.; WEBSTER, D. G.; YOUNG, O.; POLETTE, M.; TURRA, A. The brazilian blue Amazon under threat: why has the oil spill continued for so long?. *Ambiente & Sociedade*, [S. l.], v. 23, 2020.
- GRUBESIC, H.; WEI, R.; NELSON, J. A strategic planning approach for protecting environmentally sensitive coastlines from oil spills: allocating response resources on a limited budget. *Marine Policy*, [S. l.], v. 108, p. 103549, 2019.
- GRUBESIC, H.; WEI, R.; NELSON, J. Optimizing oil spill cleanup efforts: a tactical approach and evaluation framework. *Marine Pollution Bulletin*, [S. l.], v. 125, p. 318-329, 2017.
- HEMMINGER, Helkei S. United States and Canada transboundary oil spill liability and compensation regimes: an overview. *IOSC Proceedings*, [S. l.], v. 2021, n. 1, p. 1141278, 2021.
- ILLARI, Phyllis McKay. Mechanistic evidence: disambiguating the Russo-Williamson thesis. *International Stu-*

- dies in the Philosophy of Science*, [S. I.], v. 25, n. 2, p. 139-57, 2011.
- IVSHINA, I. B.; KUYUKINA, M. S.; KRIVORUCHKO, A. V.; ELKIN, A. A.; MAKAROV, S. O.; CUNNINGHAM, C. J.; PESHKUT, T. A.; ATLAS, R. M.; PHILIP, J. C. Oil spill problems and sustainable response strategies through new technologies. *Environmental Science: Processes & Impacts*, [S. I.], v. 17, n. 7, p.1201-1219, 2015.
- JOYE, S. B. Deepwater Horizon, 5 years on. *Science*, [S. I.], v. 349, n. 6248, p.592-593, 2015.
- KENDRA, J. M.; WACHTENDORF, T. Elements of resilience after the world trade center disaster: reconstituting New York City's Emergency Operations Centre. *Disasters*, [S. I.], v. 27, n. 1, p. 37-53, 2003.
- KNOL, M.; ARBO, P. Oil spill response in the Arctic: norwegian experiences and future perspectives. *Mar. Pol.*, [S. I.], v. 50, p. 171-177, 2014.
- LINH, D. T. M. Civil liability for marine oil pollution damage in the BRICS Countries. *BRICS Law Journal*, [S. I.], v. 7, n. 3, p. 29-51, 2020.
- LUBCHENCO, J.; MCNUTT, M. K.; DREYFUS, G.; MURAWSKI, S. A.; KENNEDY, D. M.; ANASTAS, P. T.; CHU, S.; HUNTER, T. Science in support of the Deepwater Horizon response. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, [S. I.], v. 109, n. 50, p. 20212-20221, 2012.
- MAGRIS, R. A.; GIARRIZZO, T. Mysterious oil spill in the Atlantic Ocean threatens marine biodiversity and local people in Brazil. *Marine pollution bulletin*, v. 153, p. 110961, 2020.
- MAY, P. J.; WILLIAMS, W. Disaster policy implementation: Managing programs under shared governance. In: SURHONE, Lambert M.; TIPLEDON, Miriam T.; MARSEKEN, Susan F. (ed.). *Springer science and business media*. Beau Bassin: Betascript Publishing, 2012.
- MEYER, M. Internal environmental displacement: a growing challenge to the United States welfare state. *Oñati Socio-Legal Series*, [S. I.], v. 3, n. 2, 2013.
- MOLLER, Jorgen; SKAANING, Svend-Erik. Comparative methods. In: BEACH, Derek; PEDERSEN, Rasmus Brun (ed.). *Causal case study methods: foundations and guidelines for comparing, matching, and tracing*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2016. p. 227-268.
- NATIONAL COMMISSION ON THE BP DEEPWATER HORIZON OIL SPILL AND OFFSHORE DRILLING. *Deep water: the Gulf oil disaster and the future of Offshore Drilling report to the president*, 2011. Available in: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-OILCOMMISSION/pdf/GPO-OIL-COMMISSION.pdf>. Access at: July 25, 2023.
- NYMAN, E. Offshore oil development and maritime conflict in the 20th century: a statistical analysis of international trends. *Energy research & social science*, [S. I.], v. 6, p.1-7, 2015.
- POSSOBON, R. Z.; ESTEVES, R. C.; PEREIRA, A. C. S.; XAVIER, G. Brazilian regulation on oil spill: the need of review. *IOSC Proceedings*, [S. I.], v. 2021, n. 1, p. 689571, May 2021.
- QUARANTELLI, E. L. *Similarities and differences in institutional responses to natural and technological disasters*. 1990. Available in: <https://udspace.udel.edu/server/api/core/bitstreams/746c3568-dfd4-4e41-9675-641bd10c49cc/content>. Access at: Nov. 2023
- QUARANTELLI, E. L. *Technological and natural disasters and ecological problems: Similarities and differences in planning for and managing them*. 1993. Available in: <https://udspace.udel.edu/server/api/core/bitstreams/b97a948d-3da9-4a1a-9293-bca2721fe200/content>. Access at: Nov. 2023
- RADIN, B. A.; BOASE, J. P. Federalism, political structure, and public policy in the United States and Canada. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, [S. I.], v. 2, n. 1, p. 65-89, 2000.
- RAMSEUR, J. L. Oil spills: background and governance. *CRS Reports*, 2023.
- ROSS, A. D. *Local disaster resilience: administrative and political perspectives*. Abingdon: Routledge, 2013.
- ROSS, A. D. Public sector agencies and their formal legal and administrative responsibilities. In: CUTTER, Susan L. *Oxford research encyclopedia of natural hazard science*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- RUBIN, C. B. (ed.). *Emergency management: the american experience, 1900-2005*. Fairfax: Public Entity Risk Institute, 2007.
- RUSSO, Federica; WILLIAMSON, Jon. Interpreting causality in the health sciences. *International Studies in the Philosophy of Science*, [S. I.], v. 21, n. 2, p. 157-70, 2007.

SANTOS, M. O. S. D.; NEPOMUCENO, M. M.; GONCALVES, J. E.; MEDEIROS, A. C. L. V.; MACHADO, R. M.; SANTOS, C. P. D. S.; ALVES, M. J. C. F.; GURGEL, A. D. M.; GURGEL, I. G. D. Oil spill in Brazil: analysis of vulnerabilities and socio-environmental conflicts. *BioChem*, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 260-268, 2022.

SCHEMPF, F. J. *Pioneering offshore: the early years*. Tulsa: Pennwell Publishing Company, 2007.

SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; PAIVA, S. V.; TAVARES, T. C. L.; GARCIA, T. M.; ARAUJO, J. T. de, CAMPOS, C. C., FERREIRA, S. M. C.; MATTHEWS-CASCON, H.; FROTA, A. Oil spill in South Atlantic (Brazil): environmental and governmental disaster. *Marine Policy*, [S. l.], v. 115, p.103879, 2020.

SOARES, M. O.; TEIXEIRA, C. E. P.; BEZERRA, L. E. A.; ROSSI, S.; TAVARES, T. C. L.; CAVALCANTE, R. M. Brazil oil spill response: time for coordination. *Science*, [S. l.], v. 367, n. 6474, p. 155, 2020.

TEGEBACK, A.; HASSELSTROM, L. Costs associated with a major oil spill in the Baltic Sea. *BalticMaster II*, Jan. 2012. Available in: <https://docplayer.net/6337753-Costs-associated-with-a-major-oil-spill-in-the-baltic-sea.html>. Access at: Nov. 2023.

TIERNEY, K. *The social roots of risk: producing disasters, promoting resilience*. Redwood City: Stanford University Press, 2020.

UNITED NATIONS. *United Nations convention on the law of the sea*. Kingston: United Nations, 1982.

UNITED STATES. Department of the Interior. Bureau of Ocean Energy and Management. *Federal offshore lands*. Available in: <https://www.boem.gov/oil-gas-energy/leasing/federal-offshore-lands>. Access at: July 25, 2023.

UNITED STATES. *Oil pollution ACT*. 33 U.S.C. 1990.

UNITED STATES. *Submerged lands ACT*. 43 U.S.C. 1953.

WARD, P. S.; SHIVELY, G. E. Disaster risk, social vulnerability, and economic development. *Disasters*, [S. l.], v. 41, n. 2, p. 324-351, 2017.

WISNER, Ben; BLAIKIE, Piers; CANNON, Terry; DAVIS, Ian. *At risk: natural hazards, people's vulnerability, and disasters*. 2th ed. Abingdon: Routledge, 2004.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Operações de transferência de óleo Ship-To-Ship (STS) em zona econômica exclusiva: uma análise dos poderes jurisdicionais do estado costeiro e a posição brasileira

Ship-To-Ship (STS) oil transfer operations in the EEZ: an analysis of the coastal state jurisdiction and the brazilian position

Tiago Vinicius Zanella

Felipe Kern Moreira

Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

Operações de transferência de óleo Ship-To-Ship (STS) em zona econômica exclusiva: uma análise dos poderes jurisdicionais do estado costeiro e a posição brasileira*

Ship-To-Ship (STS) oil transfer operations in the EEZ: an analysis of the coastal state jurisdiction and the brazilian position

Tiago Vinicius Zanella**

Felipe Kern Moreira***

Victor Alencar Mayer Feitosa Ventura****

* Recebido em 31/07/2023
Aprovado em 06/12/2023

** Professor Colaborador da Escola de Guerra Naval (EGN); Doutor em Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDL); Mestre em Direito Internacional e Relações Internacionais pela FDL; graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba; graduado em Relações Internacionais pelo UNICURITIBA; Diretor do IBDMar (Instituto Brasileiro de Direito do Mar); Consultor jurídico da UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes)
Email: tiagozanella@gmail.com

*** Professor Associado no curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito e Justiça Social - PPG-DJS/FURG. International Visitor Fellowship (2019), Ocean Frontier Institute, Dalhousie University, Halifax, Canada. Doutor (2009) e Mestre (2004) em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília-UnB. Scholarship Holder DAAD/CNPq (doutorado sanduíche) na Johann Wolfgang Goethe Universitaet Frankfurt am Main (2007-2009). Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2001).
Email: felipe.kern@gmail.com

**** Assessor Jurídico do Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), Paraíba. Advogado ambiental, Sócio em Humberto Bezerra Advogados, João Pessoa, desde 2021. Procurador-Chefe da Procuradoria Jurídica da Superintendência de Administração do Meio Ambiente da Paraíba (2019-2021). Doutor em Direito Internacional Público pela Universität Hamburg, Alemanha. Mestre em Direitos Humanos, com ênfase em Direito Internacional Ambiental, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Ex-Assessor Jurídico no Tribunal Marítimo Internacional (ITLOS), em Hamburgo, Alemanha.
Email: vfventura@gmail.com

Resumo

A definição da competência jurisdicional para regular e controlar as operações de transferência *Ship-To-Ship* (STS) de óleo em zona econômica exclusiva (ZEE) é uma questão jurídica desafiadora. Exige uma análise cuidadosa dos dispositivos internacionais e das interpretações legais existentes, considerando também os aspectos práticos, ambientais e de segurança. Isto porque não há uma regra de aplicação geral que responda, de forma clara e direta, a essa questão. Dessa forma, o presente artigo se debruçou sobre os poderes jurisdicionais dos Estados costeiros em relação às operações STS em ZEE. Para tal, foram analisados os dispositivos da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, da MARPOL: além da prática internacional, com o caso do *San Padre Pio* e da posição e regulação brasileira em relação ao tema. Por fim, concluiu-se que o direito internacional concede alguns poderes aos Estados costeiros, porém não uma jurisdição irrestrita. Também não concede aos Estados bandeira as mesmas liberdades que têm em alto mar. A resolução definitiva da questão deve ocorrer por meio de novas regras internacionalmente vinculativas ou, então, ficará a encargo da jurisprudência internacional delimitar tais poderes.

Palavras-chave: *Ship-To-Ship*; transferência de óleo; proteção do meio marinho.

Abstract

Defining the jurisdiction to regulate and control *Ship-To-Ship* (STS) oil transfer operations in the exclusive economic zone (EEZ) is a challenging legal issue. It requires a careful analysis of international provisions and existing legal interpretations, while also considering practical, environmental and safety aspects. This is because there is no generally applicable rule that clearly and directly answers this question. This article has therefore focused on the jurisdictional powers of coastal states in relation to STS operations in the

EEZ. To this end, the provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea, MARPOL were analyzed: in addition to international practice, with the case of the *San Padre Pio* and the Brazilian position and regulation on the topic. Finally, it was concluded that international law grants some powers to coastal states, but not unrestricted jurisdiction. Nor does it grant flag states the same freedoms they have on the high seas. The issue must be definitively resolved by means of new internationally binding rules, or it will be up to international jurisprudence to delimit these powers.

Keywords: *Ship-To-Ship*; oil transfer; protection of the marine environment.

1 Introdução

A regulamentação das transferências de óleo de navio para navio (*Ship-To-Ship* – ou apenas *STS*), em zona econômica exclusiva (ZEE), é um assunto de grande controvérsia jurídica. Enquanto atividades como a exploração e gestão dos recursos naturais — um direito soberano dos Estados costeiros, conforme estabelecido no artigo 56 da Convenção sobre o Direito do Mar (CNUDM)¹ — assim como a navegação e sobrevoo — liberdades concedidas a todos os Estados, conforme estipulado no artigo 58º —, possuem uma alocação de jurisdição clara. No caso das transferências de petróleo *STS*, ao CNUDM não estabelece uma competência jurisdicional evidente entre os Estados costeiros e de bandeira. Embora seja inquestionável que os artigos 56 e 58 desempenham um papel fundamental, a aplicação desses artigos não é uma questão simples. Adicionalmente, o Artigo 59º acrescenta uma camada de complexidade para a solução desse quebra-cabeça jurisdicional.

A questão central reside na determinação da jurisdição adequada para regular as transferências de petróleo *STS* em ZEE. É necessário um exame minucioso das disposições do CNUDM e das interpretações legais existentes para esclarecer as responsabilidades dos Estados costeiros e de bandeira nesta matéria. Além disso, considerações práticas, ambientais e de segurança devem ser levadas em conta ao estabelecer um quadro regulatório eficaz. A prevenção da poluição e a proteção dos ecossistemas marinhos são questões fundamentais,

e qualquer regulamentação deve garantir que esses aspectos sejam adequadamente abordados².

Antes de aprofundar o debate sobre os poderes jurisdicionais do Estado Costeiro em relação a transferências de petróleo *STS*, é apropriado principiar com definição de tal atividade. As operações de transferência *Ship-To-Ship* (*STS*) referem-se à transferência de carga entre dois navios posicionados um ao lado do outro no mar. Essa prática envolve a transferência de diversos tipos de carga, como petróleo bruto, gás liquefeito (GLP ou GNL), carga a granel e produtos petrolíferos. É importante ressaltar que se utiliza o termo “transferência *STS*”, especificamente, para descrever as técnicas empregadas por navios mercantes civis, diferenciando-se do “reabastecimento em andamento” (*underway replenishment*), que é o termo utilizado, usualmente, pelas Marinhas de Guerra para operações similares, porém geralmente mais complexas, entre navios militares em movimento³.

Nesse ínterim, destaca-se, também, que as operações *STS* não se confundem com o abastecimento de embarcações no mar. Este pode ser caracterizado pelo reabastecimento dos depósitos de combustível de um navio com combustível destinado à operação dos motores do navio receptor. Como tal, é considerado como uma forma menor de transferência de navio para navio, com volumes geralmente muito menores sendo transferidos⁴. A questão do abastecimento de navios foi objeto de análise e decisão do Tribunal Internacional do Di-

¹ CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR (CNUDM), 1982.

² Vale destacar aqui o *Ship to Ship Transfer Guide for Petroleum, Chemicals and Liquefied Gases*. Witherby Seamanship International Ltd, 2013, como um Guia que fornece diretrizes técnicas para Comandantes, Superintendentes Marítimos e outros envolvidos no planejamento e execução de operações *STS*.

³ Nesse sentido GIERUSZ, W.; MILLER, A. Prediction control systems in marine applications. *The International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, v. 14, n. 2, p. 361-366, jun. 2020. p. 363.

⁴ *Explanatory Memorandum to the Merchant Shipping (Ship-to-Ship Transfers) Regulations*, 2010. N. 1228; UK. P. 9: “Bunkering operations between ships (normally referred to as bunkering) involves the replenishment of bunker fuel for use by a ship receiving the transfer for propulsion of the engines. This can be considered as a lesser form of Ship-To-Ship transfer with usually much smaller volumes being transferred”.

reito do Mar (TIDM) nos casos *Saiga*⁵ e no *Virginia G*⁶, em 1999 e em 2014, respectivamente, que apresentaram alguns esclarecimentos sobre o tema. No julgamento do *Virginia G*, o Tribunal concluiu que a exigência de que os navios de abastecimento obtenham a autorização do Estado Costeiro antes de abastecer navios de pesca em ZEE poderia ser considerada como um exercício legítimo da jurisdição do Estado Costeiro⁷. No entanto, o Tribunal não ofereceu nenhuma orientação sobre muitas outras questões contenciosas, como a jurisdição do Estado Costeiro em relação ao abastecimento de navios não pesqueiros na ZEE e em relação às transferências de petróleo STS em ZEE.

Assim como ocorre com o abastecimento *offshore*, existem diversas razões para a realização de transferências de petróleo STS na ZEE, as quais devem ser consideradas no contexto jurídico. Em primeiro lugar, a utilização de navios-tanque de grande porte ao longo de toda a viagem pode ser economicamente vantajosa em relação aos navios-tanque menores, porém nem sempre viável. Esses casos ocorrem quando um navio tanque com menor calado entra nas águas rasas de determinado porto para ser carregado com petróleo e, poste-

riormente, em águas mais profundas, trasfega o produto para um navio maior. Portanto, a transferência de óleo STS pode ser necessária para acomodar essa restrição logística.

Em segundo lugar, a mudança de propriedade (*offshore*) da carga ou de parte dela, durante o transporte ou armazenamento, pode exigir a realização de transferências STS. Essa necessidade pode surgir devido a acordos contratuais ou transações comerciais⁸.

Em terceiro lugar, as transferências de petróleo STS têm sido associadas a atividades ilegais, como o contrabando de combustível e práticas complexas para ocultar a origem do petróleo proveniente de países sujeitos a sanções internacionais. Essas transferências são difíceis de rastrear, pois as embarcações envolvidas podem desligar seus sistemas de rastreamento. Múltiplas transferências STS subsequentes podem dificultar, ainda mais, a identificação das verdadeiras origens da carga de petróleo⁹.

Além disso, em quarto lugar, as transferências de petróleo STS também podem desempenhar um papel importante na prevenção da poluição. Em casos de colisões, encalhes ou acidentes envolvendo petroleiros, pode ser necessário transferir a carga para outra embarcação a fim de evitar danos ambientais significativos¹⁰.

Portanto, é evidente que existem várias razões e motivações — lícitas e ilícitas — para a condução de ope-

⁵ A disputa sobre o M/V *Saiga* ocorreu em duas etapas. O caso *Saiga I* tratou da questão da pronta liberação da embarcação, enquanto o *Saiga II* tratou da questão substantiva de saber se a Guiné tinha o direito de aplicar suas leis alfandegárias à sua ZEE. Caso M/V SAIGA (São Vicente e Granadinas v. Guiné), Caso ITLOS No. 1, Sentença de 4 de dezembro de 1997, disponível em: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-1/>; Caso M/V “SAIGA” (No. 2) (São Vicente e Granadinas v. Guiné), Caso ITLOS No. 2, Sentença de 1 de julho de 1999, disponível em: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-2/>. Mais sobre os casos ver PIASSI, Fabiana Abreu do Valle Ventura. Caso M/V “Saiga” (São Vicente e Granadinas v. Guiné), pronta liberação. In: ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar: 25 anos de jurisdição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 179-200; e BELLÉ, Richeli Eliza. Caso M/V “Saiga” (n.º 2) (São Vicente e Granadinas v. Guiné). In: ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar: 25 anos de jurisdição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 201-230.

⁶ Caso M/V “VIRGINIA G” (Panamá v. Guiné-Bissau), Caso ITLOS N.º 19, Sentença de 14 de abril de 2014, disponível em: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/case-no-19/>. Mais sobre o caso ver BASTOS, Fernando Loureiro. Caso M/V “Virginia G” (Panamá v. Guiné-Bissau). In: ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar: 25 anos de jurisdição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 637-678.

⁷ Sobre o tema e a problemática da pesca IUU, ver VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. Tackling illegal, unregulated and unreported fishing: the ITLOS advisory opinion on flag state responsibility for IUU fishing and the principle of due diligence. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 49-66, 2015.

⁸ Como afir e possíveis abusos e regulaçõesma TESTA, David. Coastal state regulation of bunkering and Ship-to-Ship (STS) oil transfer operations in the EEZ: an analysis of state practice and of coastal state jurisdiction under the LOSC. *Ocean Development & International Law*, 2019. p. 2-3: “Offshore oil storage is a phenomenon that tends to occur with increased frequency when oil markets are in a situation referred to as “contango.” In such circumstances, oil traders may choose to buy and store oil in oil tankers at sea, effectively betting that the price of oil will rise quickly and high enough to enable them to make a profit by selling it on at a later stage. Besides the fact that there can be a shortage of land-based storage, the offshore storage of oil in oil tankers enables traders to supply oil at short notice to wherever it is required by consumers in an expedient manner”.

⁹ Por exemplo, com a guerra entre Rússia e Ucrânia e as consequentes sanções econômicas impostas à Rússia e ao petróleo russo, este tipo de operação se tornou comum a fim de “lavar” o óleo russo e vender para mercados com restrições ao petróleo russo. Ver: <https://www.reuters.com/world/us-uk-others-look-for-target-illicit-oil-shipping-transfers-sea-2023-05-18/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

¹⁰ Como resume FU, Kuen-chen. Military survey and liquid cargo transfer in the EEZ: some undefined rights of the coastal state. *China Oceans Law Review*, v. 2, 2006. p. 15: “disasters caused by transfer of liquid cargoes occur often”.

rações de transferências STS de petróleo no mar. No entanto, essas atividades também representam riscos para o meio marinho¹¹. Estatísticas da Federação Internacional de Poluição por Petroleiros (ITOPF) mostram que um número significativo de derramamentos de óleo, tanto pequenos quanto médios, ocorreu durante as operações de carga e descarga, assim como durante o abastecimento. Quanto aos derramamentos de grande porte, uma proporção considerável ocorreu durante as operações de carga e descarga, bem como durante o processo de STS¹².

Diante desse contexto, é fundamental que haja uma regulamentação adequada e uma fiscalização rigorosa dessas atividades, a fim de, entre outros, mitigar os riscos associados e garantir a proteção do meio ambiente marinho. Contudo, a regulação internacional não é suficientemente clara no que condiz aos poderes jurisdicionais para controlar e regular tais operações de *Ship-To-Ship* de óleo em zona econômica exclusiva. Desse modo, discute-se, neste artigo, precisamente, a questão e busca-se determinar os poderes dos Estados costeiros para normatizar e fiscalizar tais operações nas suas respectivas ZEEs e, sobretudo, compreender o posicionamento brasileiro em relação à temática.

2 O arcabouço jurisdicional aplicável

As transferências de petróleo STS na Zona Econômica Exclusiva (ZEE) podem ser classificadas de três formas distintas, cada uma relacionada a uma disposição específica. Essas formas são: como uma atividade abrangida pelo Artigo 56(1), que trata dos direitos, jurisdição e deveres do Estado costeiro na ZEE; ou pelo Artigo 58, que estabelece os direitos e deveres dos demais Estados na ZEE; ou, ainda, com base no Artigo 59, que oferece uma base para a resolução de conflitos relativos a direitos não atribuídos e jurisdição na ZEE. No presente tópico, será analisada a estrutura jurisdicional que é formada por essas três importantes disposições.

Por enquanto, não será realizada uma tentativa de enquadrar as transferências de óleo STS sob esses artigos CNUDM ou para determinar a extensão da jurisdição do Estado costeiro. Esta tarefa é realizada no tópico 5 do presente estudo.

A relevância do artigo 56(1), nesse contexto, recai sob duas razões distintas. Em primeiro lugar, de acordo com o artigo 56(1)(a), o Estado costeiro possui direitos soberanos para a conservação e gestão dos recursos naturais na zona econômica exclusiva. Essa disposição foi asseverada pelo TIDM no caso *Virginia G*, no que diz respeito ao abastecimento de embarcações de pesca na ZEE¹³. Considerando que o regime jurídico da zona econômica exclusiva se concentra principalmente na perspectiva funcional, ou seja, na utilização econômica da ZEE, é essencial que exista uma conexão direta entre a atividade em questão e os domínios mencionados no artigo 56(1)(a) para que o Estado costeiro possa invocar seus direitos soberanos. Isso significa que a atividade em questão deve estar intimamente relacionada aos recursos dessa zona e à conservação e gestão desses recursos, conforme estabelecido no referido artigo¹⁴.

Em segundo lugar, o artigo 56(1)(b)(iii) concede jurisdição ao Estado costeiro para proteger e preservar o ambiente marinho da ZEE, o que pode incluir operações STS. No entanto, é importante ressaltar que a jurisdição conferida por essa disposição possui limitações, que serão analisadas na seção seguinte, 2.1.

Por seu turno, o artigo 58 da Convenção estabelece que, na zona econômica exclusiva, todos os Estados possuem o direito de desfrutar das liberdades de navegação e sobrevoos, bem como da instalação de cabos e dutos submarinos, juntamente com outros usos que sejam legalmente reconhecidos internacionalmente e estejam relacionados a essas liberdades. Estes abrangem uma variedade de atividades, incluindo operações de navios, aeronaves, cabos e dutos submarinos. É funda-

¹¹ Sobre a responsabilidade ambiental no Brasil nos casos de vazamento por óleo ver VARELLA, Marcelo D. A necessidade de repensar os mecanismos de responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na Zona Econômica Exclusiva do Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 240-249, 2015.

¹² OIL Tanker Spill Statistics 2023. *ITOPF*, [2024]. Disponível em: <https://www.itopf.org/knowledge-resources/data-statistics/statistics/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

¹³ Caso M/V “VIRGINIA G” (Panamá v. Guiné-Bissau), Caso IT-LOS N.º 19, para. 217: “The Tribunal is of the view that the regulation by a coastal State of bunkering of foreign vessels fishing in its exclusive economic zone is among those measures which the coastal State may take in its exclusive economic zone to conserve and manage its living resources under article 56 of the Convention read together with article 62, paragraph 4, of the Convention. This view is also confirmed by State practice which has developed after the adoption of the Convention”.

¹⁴ Nesse mesmo sentido PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Convention on the law of the sea: a commentary*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2017. p. 425.

mental observar que esses direitos e liberdades devem ser exercidos de maneira consistente com as demais disposições estabelecidas na Convenção. Assim, o regime jurídico da ZEE busca estabelecer um equilíbrio entre os interesses dos Estados costeiros e dos demais Estados, garantindo o aproveitamento sustentável dos recursos nesta zona e a proteção do meio ambiente marinho. Uma vez que as transferências de petróleo STS não podem ser consideradas em si mesmas como atividades que equivalem à navegação, a questão central é se elas podem ser classificadas como “outros usos do mar internacionalmente lícitos, relacionados com as referidas liberdades”. Essa frase é bastante ambígua e o artigo 58(1) não esclarece quão estreitamente relacionada com as liberdades do alto mar a atividade em questão deve estar. Além de uma referência a atividades “ligados à operação de navios”, nenhuma outra assistência interpretativa é fornecida.

Assim, a classificação da atividade em questão dependerá em grande parte, de como os atores envolvidos, incluindo as indústrias marítima e *offshore*, a consideram como uma atividade que regular, comum ou mesmo necessária para o exercício das liberdades enumeradas no artigo 58(1). Para estabelecer uma relação suficientemente estreita entre a atividade em questão e as liberdades de navegação, sobrevoo e instalação de dutos e cabos submarinos, é necessário que ela dependa ou esteja intrinsecamente ligada a uma dessas liberdades. No entanto, é importante destacar que essa atividade também pode ser realizada independentemente da navegação, sobrevoo e instalação de dutos e cabos, o que pode alterar o foco principal das liberdades aplicáveis em alto mar¹⁵.

Por outro lado, aceitar que qualquer atividade seja abrangida pelo artigo 58(1) seria ignorar a existência separada do artigo 59, o qual pressupõe a existência de situações em que a Convenção não atribui direitos ou jurisdição ao Estado costeiro ou a outros Estados em ZEE. Essa disposição reconhece a possibilidade de lacunas ou omissões na alocação de direitos e jurisdição, exigindo uma análise cuidadosa e individualizada dessas

situações específicas. Assim, é essencial evitar uma interpretação excessivamente ampla da frase “outros usos do mar internacionalmente lícitos, relacionados com as referidas liberdades”, a fim de evitar frustrar a intenção dos redatores e respeitar a delimitação estabelecida pelo artigo 59. Portanto, é necessário considerar tanto o artigo 58(1) quanto o artigo 59 para uma compreensão completa e abrangente da aplicação do regime jurídico na ZEE¹⁶.

O artigo 59 da CNUDM reforça a natureza *sui generis* da ZEE ao estabelecer que, quando os direitos específicos da ZEE não forem atribuídos pelo próprio tratado, não há uma presunção clara em favor dos Estados costeiros (como ocorre nas águas territoriais) ou dos Estados de bandeira (como no alto mar). No entanto, é importante observar que o Artigo 59 é subsidiário em relação aos artigos 56 e 58 e deve ser aplicado somente após uma análise apropriada dessas disposições. Além disso, é essencial evitar uma interpretação excessivamente ampla dos termos utilizados nos Artigos 56 e 58, para garantir que o sentido comum desses termos, como “navegação”, não seja distorcido.

Esse dispositivo destaca a importância da equidade ao resolver conflitos na ZEE. A competência do Estado costeiro deve ser determinada considerando-se “numa base de equidade e à luz de todas as circunstâncias pertinentes, tendo em conta a importância respectiva dos interesses em causa para as partes e para o conjunto da comunidade internacional”. No que diz respeito ao primeiro elemento da fórmula, pode-se dizer que a equidade, em sentido geral, “refere-se ao que é justo e razoável na administração da justiça”¹⁷.

¹⁵ Nesse sentido afirma PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Convention on the law of the sea: a commentary*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2017. p. 452-453: “It is submitted that much will depend on whether the conduct concerned is considered by the actors involved, including the maritime and offshore industries, as an activity that is a regular, common or even necessary requirement for the exercise of the freedoms in terms of Art. 58 (1).”

¹⁶ Sobre o artigo 59, resume bem ANDREONE, Gemma. The exclusive economic zone. In: ROTHWELL, Donald R.; ELFERINK, Alex G. Oude; SCOTT, Karen N.; STEPHEN, Tim. *The Oxford handbook of the law of the sea*. Reino Unido: Oxford University Press, 2015. p. 159-180. p. 165: “As a final provision, Article 59, considered one of the most controversial of the convention, seeks to resolve possible conflicts over the attribution of residual rights and jurisdiction within the EEZ not attributed or covered by the LOSC, with reference, at the same time, to equity and to all relevant circumstances. Nevertheless, it does not offer a definite solution to possible conflicts between coastal and third States and it does not call for a presumption in favour of one freedom or power over another. Therefore the interests of coastal States and other States must be constantly weighed and balanced, taking into account also the interests of the international community as a whole, and necessarily, also the applicability of any international obligation incumbent on all States”.

¹⁷ Nesse sentido: FRANCONI, Francesco. Equity in international law. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*,

Além de estabelecer a necessidade de resolver conflitos com base na equidade, o Artigo 59 também requer que se considere a importância relativa dos interesses envolvidos para as partes e para a comunidade internacional. Isso implica a busca de um equilíbrio entre os diversos interesses que podem estar em jogo: (i) os interesses do Estado costeiro; (ii) os interesses do Estado envolvido na disputa com o Estado costeiro; e (iii) os interesses da comunidade internacional. É fundamental considerar a relevância desses interesses respectivos a fim de alcançar uma solução justa e equitativa para os conflitos na ZEE.

No contexto das transferências STS, diversos interesses concorrentes estão envolvidos. O Estado costeiro tem interesse na proteção e preservação do ambiente marinho adjacente às suas costas contra riscos de poluição, bem como em termos financeiros, como taxas portuárias e receitas fiscais perdidas quando as embarcações evitam entrar em seus portos. O Estado de bandeira possui interesse jurisdicional na navegação e operação sem restrições de suas embarcações, além de interesses econômicos relacionados às taxas de registro das embarcações que arvoram sua bandeira¹⁸. Já a comunidade internacional tem interesse na proteção e preservação do ambiente marinho, que também é uma obrigação para todos os Estados de acordo com o direito internacional consuetudinário e o Artigo 192 do CNUDM¹⁹.

Portanto, o artigo 59 desempenha um papel fundamental na busca de um equilíbrio entre esses interesses concorrentes e na busca de soluções equitativas para

conflitos na ZEE, considerando a importância dos interesses para as partes envolvidas e para a comunidade internacional.

Por fim, destaca-se que não há razão para que a jurisdição do Estado costeiro em relação, por exemplo, à proteção e preservação do meio ambiente marinho deva receber menos peso no caso de um conflito com os direitos de outros Estados nos termos do art. 58 (1) do que os direitos soberanos para fins de exploração e aproveitamento dos recursos naturais vivos da ZEE. A distinção entre as duas categorias de poderes no presente contexto seria essencialmente ignorar que o status *sui generis* da ZEE é caracterizado pela existência tanto de direitos soberanos quanto de jurisdição do Estado costeiro.

2.1 A competência jurisdicional do Estado costeiro em ZEE para a proteção do meio marinho

Dado o risco de poluição ambiental marinha das operações de trasfega STS de óleo no mar, é compreensível que os Estados costeiros desejem regulamentar essas atividades quando ocorrem em sua ZEE. No entanto, a jurisdição conferida pelo Artigo 56(1)(b)(iii) é de fato limitada.

Sobre os direitos de jurisdição em ZEE para a proteção e preservação do meio marinho, os Estados costeiros podem adotar leis e regulamentos para controlar a poluição proveniente de embarcações²⁰. Não obstante o dever geral de proteger o ambiente marinho²¹, nota-se a utilização do termo “podem” pelo artigo 211 da CNUDM, o que indica que não há uma obrigação do

2020. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1399>. Acesso em: 18 jul. 2023.

¹⁸ Sobre esse aspecto, importante ressalva é feita por SILVA, Marcos Edmar Ramos Alvares da; TOLEDO, André de Paiva. Vínculo substancial e as bandeiras de conveniência: consequências ambientais decorrentes dos navios com registros abertos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 159-177, 2016. p. 171: “a bandeira de conveniência representa um sistema perigoso na medida em que o Estado do registro aceita ignorar as condições socioambientais de exercício das embarcações, acarretando, em contraposição ao princípio da prevenção, no aumento do risco de danos significativos”.

¹⁹ Sobre essa discussão em relação aos interesses dos envolvidos, ver LAGONI, Rainer. Offshore bunkering in the exclusive economic zone. In: NDIAYE, Tafsir; WOLFRUM, Rudiger (ed.). *Law of the sea, environmental law and settlement of disputes*. Netherland: Martinus Nijhoff, 2007. p. 613-628. p. 623-624 que afirma: “However, little might be said in abstracto about the requirements of an equitable solution, because, in different However, little might be said in abstracto about the requirements of an equitable solution, because, in different”.

²⁰ CNUDM. Art. 211, n. 5.

²¹ CNUDM. Art. 192. Sobre tal artigo, afirmam OLIVEIRA, Carina Costa de; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Os limites dos termos bem público mundial, patrimônio comum da humanidade e bens comuns para delimitar as obrigações de preservação dos recursos marinhos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 108-124, 2015. p. 114: “A obrigação de cooperação em matéria ambiental também está presente no direito do mar. Por exemplo, a Convenção de Montego Bay prevê no artigo 192 uma obrigação geral de que “Os Estados possuem a obrigação de proteger e de preservar o meio marinho”. Os costumes também são fonte de reconhecimento da obrigação, o que pode ser constatado em alguns julgados relacionados ao tema do mar: “[...] a obrigação de cooperar constitui, em virtude da parte XII da Convenção de Montego Bay e do direito internacional geral, um princípio fundamental em matéria de prevenção da poluição do meio marinho do qual decorrem direitos que podem ser garantidos pelo Tribunal [...]”.

Estado²². No entanto, se a competência de jurisdição é utilizada, há limitações. Em primeiro lugar, apenas podem ser adotadas normas em “conformidade com e em aplicação das regras e normas internacionais geralmente aceites”. Em outras palavras, o Estado costeiro não tem poder de jurisdição para a criação de regras que restrinjam a liberdade de navegação em ZEE para a proteção do meio marinho, mas podem aplicar e exigir o cumprimento de normas internacionais pré-estabelecidas, das quais sejam signatários, logicamente. Desse modo, o Estado costeiro só pode aplicar regras idênticas às do nível internacional, sem maiores poderes de implementação de novas normas, mas apenas de execução das já existentes²³.

Em segundo lugar, a expressão “geralmente aceites” do artigo 211 nem sempre é de fácil constatação. A CNUDM não traz em seu escopo uma definição da expressão, não obstante sua importância e implicações legais. Alguns autores abordam a questão de forma bastante diversa. Os mais restritivos entendem que se trata tão somente de uma referência aos princípios e regras do direito internacional consuetudinário²⁴. Essa análise mais restritiva dificulta a aplicação de novas regras para a proteção do meio marinho, posto que, apenas após a consolidação da norma no costume internacional, é que poderia ser efetivamente exigida pelos Estados costeiros em ZEE²⁵. Por outro lado, os autores mais progressistas entendem que bastaria a aceitação de parte dos envolvidos, em especial os Estados que têm algum interesse direto na norma em questão, para que pudesse

ser implementada em zona econômica exclusiva²⁶. Tal posição seria mais dinâmica e capaz de se ajustar a um regime de constante mudança, em que os novos perigos para o ambiente exigem a adoção de novas regras de forma célere. Contudo, uma interpretação tão ampla poderia provavelmente desencorajar a ratificação tanto da CNUDM como de demais convenções reguladoras e gerar uma injustificada insegurança jurídica. Ainda há outros autores que entendem que, para uma norma ser considerada como “geralmente aceita” pela sociedade internacional, há a necessidade de aceitação pela IMO (*International Maritime Organization*)²⁷. Todavia, mesmo não havendo um consenso doutrinário e, sobretudo, por não existir uma definição clara nos tratados internacionais, há que se identificar, no caso prático, se determinada norma é ou não “geralmente aceita”. Se ficar caracterizado o costume internacional não há maiores digressões, da mesma forma que se houver uma resolução ou diretriz da organização internacional competente, como a IMO. Para os demais casos há que se analisar a situação fática²⁸.

Nesse sentido, em terceiro lugar, em relação às quatro regras e normas internacionais geralmente aceites, podem ser incluídas restrições à livre navegação em ZEE, das quais a importância é enfatizada no artigo 211(1). Todavia, essas normas apenas podem ser “estabelecidas por intermédio da organização internacional competente ou de uma conferência diplomática geral”. Isto é, além de haver a necessidade de a norma estar em conformidade com as regras internacionais geralmente aceites, elas apenas podem ser aplicadas com a aprovação e por intermédio da IMO. Assim, fora a adoção de medidas opcionais para os navios, não existe qualquer possibilidade de imposição unilateral de regras restritivas à liberdade de navegação para a proteção do meio marinho em ZEE em razão dos direitos de jurisdição do Estado costeiro normatizado no artigo 56(1)(b)(iii)²⁹.

²² Neste sentido JENSEN, Øystein. *Coastal state jurisdiction and vessel source pollution: the international law of the sea framework for norwegian legislation*. Norway: The Fridtjof Nansen Institute, 2006. p. 27.

²³ Sobre a questão, destaca RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado. *A proteção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas nos espaços marítimos sob soberania ou jurisdição do Estado: discussões e soluções jurídicas contemporâneas: o caso português*. Coimbra: Coimbra editora, 2013. p. 647: “O entendimento predominante é o de que, na zona econômica exclusiva, o Estado costeiro tem competência normativa de mera execução, estando vinculado à aplicação das normas e parâmetros previamente adotados no seio da OMP”. Mais sobre o tema ver TREVES, Tullio. Coastal States’ rights in the maritime areas under UNCLOS. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 39-48, 2015.

²⁴ Neste sentido HAKAPÄÄ, Kari. *Marine pollution in international law: material obligations and jurisdiction*. Helsinki: [s. n.], 1981. p. 120-121.

²⁵ Sobre a questão entende TREVES, Tullio. Coastal States’ rights in the maritime areas under UNCLOS. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 39-48, 2015. p. 875 que as regras e padrões internacionais “geralmente aceites” podem ser menos aceites que regras costumeiras para serem caracterizadas.

²⁶ Nesse sentido SOHN, Louis B. Implications of the law of the sea convention regarding the protection and preservation of the marine environment. *The Developing Order of the Oceans*, v. 109, 1985. p. 108-109.

²⁷ Nesse sentido NORDQUIST, Myron H. *United Nations Convention on the law of the sea, 1982: a commentary*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. v. 2. p. 202.

²⁸ Para um aprofundamento na questão ver FRANCKX, Erik. *Vessel-source pollution and coastal state jurisdiction*. Boston: Kluwer Law International, 2001. p. 11-38.

²⁹ Nesse sentido MOLENAAR, Erik J. *Coastal state jurisdiction over vessel-source pollution*. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 213-214.

2.1.1 Execução pelo Estado costeiro

A competência jurisdicional de um Estado costeiro de tomar medidas de execução em relação aos navios que cometem infrações em seu ZEE, que resultem ou possam resultar em dano ao meio marinho, está prevista no artigo 220 da CNUDM³⁰. As disposições são exceções à jurisdição do Estado de bandeira sobre os navios que navegam em ZEE de outro Estado, o que implica uma competência concorrente³¹. Nesse sentido, quando uma infração ambiental é perpetrada nesta zona, o Estado tem duas possibilidades de atuação. Em primeiro lugar, da mesma forma que as infrações cometidas em mar territorial, o artigo 220(1) permite que, quando uma embarcação adentrar voluntariamente num porto do Estado costeiro, pode-se iniciar procedimentos para verificar a possível infração e responsabilizar os culpados. Há, nesse sentido, duas ponderações: a expressão “iniciar procedimentos” exclui o arresto e detenção do navio, permitindo, apenas, a realização de investigações e, se for o caso, a responsabilização dos infratores pelos danos causados à luz do seu direito interno e em conformidade com as regras internacionais³². Além disso, o termo “voluntariamente” exclui os casos em que o navio entrou no porto por causa de força maior, de emergência, com a finalidade de prestar assistência às pessoas, navios ou aeronaves em perigo³³.

Em segundo lugar, quando a embarcação cometeu uma infração de caráter ambiental em zona econômica exclusiva, o Estado costeiro pode impor sua jurisdição para responsabilizar o navio que navega nesta área³⁴.

Nesse sentido, a CNUDM permite a atuação em caráter progressivo. Primeiramente, se houver “motivos sérios” para acreditar que o navio cometeu, em ZEE, uma violação às regras internacionais aplicáveis para prevenir, reduzir e controlar a poluição proveniente de embarcações, o Estado pode exigir que a embarcação forneça informações sobre a sua identidade, registro, sua última e próxima escala e outras informações pertinentes, necessárias para determinar se realmente a infração foi perpetrada³⁵.

Após essa primeira abordagem, se a embarcação tiver se negado a fornecer informações ou se as informações fornecidas estiverem em manifesta contradição com a situação factual evidente e as circunstâncias do caso justificarem, o Estado costeiro pode realizar uma inspeção material no navio³⁶. Essa inspeção somente pode ser realizada se o navio se recusou a oferecer as informações necessárias ou se a informação estiver em desacordo com a situação de fato evidente³⁷. Os procedimentos a serem seguidos nessa inspeção material estão regulados no artigo 226 da CNUDM³⁸. Em resumo, existe uma preocupação em não atrasar, injustificadamente, o navio, retendo-o por mais tempo que o indispensável.

Em continuidade, quando existir uma prova manifesta e objetiva de que a embarcação cometeu uma infração ambiental em ZEE, o Estado costeiro pode, por fim e quando as provas justificarem, iniciar procedimentos, incluindo a detenção do navio, em conformidade com o seu direito interno³⁹. Contudo, no que tange à questão da responsabilização penal, a atuação do Estado fica limitada a penas pecuniárias no caso de infrações às leis ambientais em ZEE⁴⁰. Nesse sentido,

³⁰ Sobre a questão, resume em poucas palavras JOHNSON, Lindy Sue. *Coastal state regulation of international shipping*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 2004. p. 118: “The Convention provides a coastal State with the ability to enforce with respect to ships committing violations in its EEZ”.

³¹ Neste sentido JENSEN, Øystein. *Coastal state jurisdiction and vessel source pollution: the international law of the sea framework for norwegian legislation*. Norway: The Fridtjof Nansen Institute, 2006. p. 28.

³² Nesse sentido: MOLENAAR, Erik J. *Coastal state jurisdiction over vessel-source pollution*. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 462.

³³ Nesse sentido: NORDQUIST, Myron H. *United Nations Convention on the law of the sea, 1982: a commentary*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. v. 2. p. 299.

³⁴ Sobre a questão: CAMINOS, Hugo. Enforcement jurisdiction under the United Nations Convention on the law of the sea: an overview. In: AMICORUM, Liber; WOLFRUM, Rüdiger. *Coexistence, cooperation and solidarity*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 737-776. v. 1. p. 758-767; JENSEN, Øystein. *Coastal state jurisdiction and vessel source pollution: the international law of the sea framework for norwegian legislation*. Norway: The Fridtjof Nansen

Institute, 2006. p. 28-30; TANAKA, Yoshifumi. *The international law of the sea*. 3. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2019. p. 293-296.

³⁵ CNUDM. Art. 220, n. 3.

³⁶ CNUDM. Art. 220, n. 5.

³⁷ Sobre a questão: BODANSKY, Daniel. Protecting the marine environment from vessel-source pollution: UNCLOS III and Beyond. *Ecology Law Quarterly*, v. 18, p. 719-777, 1991. p. 757.

³⁸ Sobre a questão da aplicação do artigo 226 da CNUDM, destaca POZDANKOVA, Alla. *Criminal jurisdiction over perpetrators of ship-source pollution*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 103: “These requirements apply, in principle, to enforcement both in port and at sea, and do not distinguish between inspections relating to violations in the coastal State’s territorial sea or in the EEZ”.

³⁹ CNUDM. Art. 220, n. 6. Sobre a questão ver POZDANKOVA, Alla. *Criminal jurisdiction over perpetrators of ship-source pollution*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 69.

⁴⁰ CNUDM. Art. 230, n. 1.

ao contrário do que ocorre em mar territorial, não há exceções, ou seja, não pode haver penas privativas de liberdade contra infrações ambientais — mesmo que criminais — com a poluição por embarcações em ZEE⁴¹. Existem autores, como é o caso de Alla Pozdnakova, que defendem a possibilidade de aplicação da jurisdição penal para além das penas pecuniárias em ZEE, fundamentando-se no direito internacional geral⁴².

Sobre a execução pelos Estados costeiros para a proteção do meio marinho contra poluição em ZEE, há que ser feita três ponderações. A primeira é que não há necessidade de o navio infrator estar em ZEE para que possa ser fiscalizado e, inclusive, detido. Se o navio que cometeu uma infração ambiental, encontra-se em alto mar, o Estado costeiro não pode, por exemplo, realizar seu direito de perseguição sobre a embarcação, a não ser, logicamente, que a perseguição tenha se iniciado em ZEE⁴³. Isto não retira do Estado costeiro o direito de intentar ação de responsabilidade civil por perdas ou danos causados pela poluição do meio marinho à luz do artigo 229 da CNUDM. Assim, se, numa operação STS, o dano efetivamente ocorrer, não há que se falar em imunidade civil da embarcação infratora.

A segunda ponderação diz respeito à necessidade de um resultado danoso ou o risco de importante dano ao meio marinho. Para além da simples solicitação de informações do artigo 220(3), o Estado costeiro apenas pode realizar uma inspeção material ou mesmo a detenção da embarcação se o ato da infração ambiental foi “resultado uma descarga substancial que provoque ou ameace provocar uma poluição importante no meio marinho”⁴⁴. Em outros termos, sem esse resultado efetivo ou, pelo menos, o risco de dano, não há de se falar em execução pelo Estado costeiro em ZEE⁴⁵. No caso de uma operação STS, o risco de dano grave ao meio

ambiente é notório e não haveria dificuldades em enquadrar a atividade nesse dispositivo da Convenção.

A terceira é que, após a detenção de um navio que cometeu uma irregularidade de caráter ambiental em ZEE, se a situação fática justificar essa detenção, o navio deve ser liberado após prestar uma caução ou outra garantia financeira apropriada e poderá prosseguir viagem⁴⁶. O tema da libertação imediata é tratado no artigo 292 que confere ao TIDM uma jurisdição residual sobre o assunto, no caso em que, no momento da prisão ou detenção, não haja nenhuma outra corte ou tribunal com jurisdição sobre o caso⁴⁷.

2.2 A competência fiscal e aduaneira em ZEE

A evasão fiscal nas operações de transferência de óleo *Ship-To-Ship* em Zonas Econômicas Exclusivas sem a devida autorização dos Estados costeiros é, sem dúvidas, uma das principais preocupações. Essas operações, realizadas entre navios em ZEE, possibilitam a transferência de grandes volumes de petróleo e derivados, permitindo que as partes envolvidas evitem controles alfandegários e tributários impostos pelo Estado costeiro. A ausência de autorização e controle por parte do Estado costeiro priva-o de exercer sua competência fiscal sobre essa atividade econômica lucrativa, resultando em perdas significativas de receitas tributárias.

As operações realizadas em ZEE, em vez de no mar territorial ou dentro dos limites do porto, têm o potencial de proporcionar economia de tempo e dinheiro para os armadores, uma vez que podem evitar uma possível tributação. No entanto, os Estados costeiros podem sentir-se prejudicados, pois possuem interesses financeiros relacionados às taxas portuárias e receitas fiscais, que são perdidas quando as embarcações evitam utilizar seus portos e conduzem essas operações fora do alcance geográfico de seu regime tributário.

⁴¹ Nesse mesmo sentido: NORDQUIST, Myron H. *United Nations Convention on the law of the sea, 1982: a commentary*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. v. 2. p. 369-370.

⁴² POZDNAKOVA, Alla. *Criminal jurisdiction over perpetrators of ship-source pollution*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 69.

⁴³ Para um aprofundamento na questão ver POULANTZAS, Nicholas M. *The right of hot pursuit in international law*. 2. ed. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2002; DAMAN, Maarten. Cross-border hot pursuit in the EU. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 16, n. 2, p. 171-207, 2008.

⁴⁴ CNUDM. Art. 220, n. 5.

⁴⁵ Neste sentido e sobre a questão ver BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E.; REDGWELL, Catherine. *International Law and the Environment*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 375.

⁴⁶ CNUDM. Art. 220, n. 7. Sobre a dos procedimentos a serem seguidos destaca MOLENAAR, Erik J. *Coastal state jurisdiction over vessel-source pollution*. The Hague: Kluwer Law International, 1998. p. 493: “Included by way of reference, these ‘appropriate procedures’ are, inter alia, established under the auspices of IMO, inter alia, in Article VI(1) CLC 69, Article 13(2) LLMC 76, and Article 5(1) 1952 Arrest Convention”.

⁴⁷ Nesse mesmo sentido: NORDQUIST, Myron H. *United Nations Convention on the law of the sea, 1982: a commentary*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. v. 2. p. 794.

Contudo, o artigo 56 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar não apresenta disposições que autorizem os Estados costeiros a aplicarem sua legislação aduaneira ou tributária na ZEE além da zona contígua. A exceção encontra-se no artigo 60(2) da Convenção que, expressamente, afirma que “o Estado costeiro tem jurisdição exclusiva sobre essas ilhas artificiais, instalações e estruturas, incluindo jurisdição em matéria de leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração, sanitários e de segurança”⁴⁸. Se o mesmo valesse para a ZEE em geral, os redatores o teriam feito expressamente no artigo 56 do texto convencional, o que não é o caso⁴⁹.

De toda forma, essa questão já foi, inclusive, objeto de análise pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar em dois casos: o Caso *SAIGA* e o Caso *VIRGINIA G*. No primeiro caso, a Guiné alegou que o interesse público estaria ameaçado devido às significativas perdas fiscais que um país em desenvolvimento, como a Guiné, enfrentaria devido a abastecimentos ilegais em sua ZEE. No entanto, é importante observar que, de acordo com o artigo 60(2) da Convenção, na Zona Econômica Exclusiva, o Estado costeiro tem jurisdição limitada apenas para aplicar regulamentos e leis aduaneiras em relação a ilhas, instalações e estruturas artificiais. O Tribunal Internacional de Direito do Mar interpretou dessa mesma forma e destacou que a Convenção não concede aos Estados costeiros o poder de aplicar suas

leis aduaneiras em relação a qualquer outra área da zona econômica exclusiva⁵⁰.

De acordo com o artigo 58(3) da Convenção, um Estado costeiro tem o direito de aplicar, na zona econômica exclusiva, as “outras normas do direito internacional” que não sejam incompatíveis com a Parte V da Convenção. O Tribunal considerou que o Princípio de “Interesse Público”, conforme invocado pela Guiné, não poderia dar ao Estado costeiro o poder de proibir quaisquer atividades na zona econômica exclusiva que ele julgue afetar seu “interesse público” econômico ou causar “perdas fiscais”. Tal medida, segundo o TIDM, restringiria os direitos de outros Estados na mesma zona e entraria em conflito com as disposições dos artigos 56 e 58 da Convenção⁵¹.

Já no Caso *VIRGINIA G*, a Guiné-Bissau teve o cuidado de salientar que o valor cobrado pela licença de abastecimento é inferior ao que obteria a título de receita fiscal se o abastecimento tivesse ocorrido em terra e que o objetivo subjacente é estritamente de natureza ambiental. Nesse caso, o Tribunal ficou convencido de que a cobrança de taxas pela Guiné-Bissau não foi fundamentada pelos seus interesses fiscais, mas sim por serviços prestados no âmbito da autorização de abastecimento de combustível. Consequentemente, o Tribunal considerou que a imposição da taxa pela Guiné-Bissau não constitui uma tentativa de alargamento da sua legislação fiscal e aduaneira à zona econômica exclusiva⁵².

⁴⁸ Sobre esse ponto, explica ANDREONE, Gemma. The exclusive economic zone. In: ROTHWELL, Donald R.; ELFERINK, Alex G. Oude; SCOTT, Karen N.; STEPHEN, Tim. *The Oxford handbook of the law of the sea*. Reino Unido: Oxford University Press, 2015. p. 159-180. p. 172: “The legal regime provided by Article 60 is identical for all these types of construction, in relation both to rights and to duties. It is expressly provided that the coastal State can exercise on those constructions exclusive jurisdiction with respect to customs, tax, health, safety, and immigration”.

⁴⁹ Sobre essa questão, em especial sobre o enquadramento tributário brasileiro em ZEE, afirmam ALVES, Henrique Napoleão; COELHO, Eduardo Junqueira. ICMS e as operações Ship-To-Ship em zona econômica exclusiva. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 37, n. 43, p. 173-196, 2019. p. 189: “Parece-nos mais interessante o debate sobre competência e alcance da competência. A zona econômica exclusiva, nesse sentido, não é parte da territorialidade estadual. Seu caráter e sua regulação jurídica denotam uma relação com a União, e não um espaço onde são prestados serviços de transporte que se amoldem à norma de competência, i.e., serviços de transporte interestadual e intermunicipal. As operações não são de um município a outro ou de um estado a outro sob jurisdição tributária estadual”.

⁵⁰ Caso M/V “SAIGA” (No.2) (São Vicente e Granadinas v. Guiné), Caso ITLOS No. 2. P. 56, para. 136. Sobre esta questão, resume B BASTOS, Fernando Loureiro. Caso M/V “Virginia G” (Panamá v. Guiné-Bissau). In: ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar: 25 anos de jurisdição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 637-678. p. 676: “Tribunal ajudou a clarificar o regime jurídico-internacional da zona econômica exclusiva ao afirmar, de uma forma concludente, que os Estados costeiros não podiam exercer poderes de natureza fiscal ou aduaneira no âmbito desse espaço marítimo”.

⁵¹ Caso M/V “SAIGA” (No.2) (São Vicente e Granadinas v. Guiné), Caso ITLOS No. 2. p. 55, para. 131. Ainda, o Tribunal afirmou: “136. The Tribunal, therefore, finds that, by applying its customs laws to a customs radius which includes parts of the exclusive economic zone, Guinea acted in a manner contrary to the Convention. Accordingly, the arrest and detention of the Saiga, the prosecution and conviction of its Master, the confiscation of the cargo and the seizure of the ship were contrary to the Convention”.

⁵² Caso M/V “VIRGINIA G” (Panamá v. Guiné-Bissau), Caso ITLOS No 19, para. 234.

3 A MARPOL e as operações STS

Além dos artigos 56, 58 e 59 da CNUDM, outras importantes normas internacionais estão contidas no Capítulo 8 do Anexo I da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (MARPOL). Esse capítulo trata da prevenção da poluição durante a transferência de carga de petróleo STS entre petroleiros no mar e é aplicável a petroleiros com arqueação bruta 150 toneladas ou mais⁵³.

O Capítulo 8 introduziu dois requisitos principais. Primeiramente, exige que qualquer petroleiro planejando participar de uma operação *Ship-To-Ship* tenha a bordo e cumpra um plano de operações STS pré-preparado⁵⁴. Além disso, os petroleiros que realizarem operações STS dentro do mar territorial ou na Zona Econômica Exclusiva de um Estado Parte da MARPOL, devem notificar esse Estado com, pelo menos, 48 horas de antecedência sobre a operação STS planejada⁵⁵.

Ao fornecer essa notificação, os envolvidos devem incluir informações detalhadas, como a data, hora e localização geográfica para o início das operações STS planejadas, se as operações STS serão conduzidas fundeadas ou em andamento, e o tipo e quantidade de óleo a ser transferido. Essas informações permitem que o Estado costeiro tome as medidas preventivas que julgar adequadas, considerando as circunstâncias específicas da operação STS.

A introdução desse requisito de notificação prévia em operações *Ship-To-Ship* além do mar territorial gerou alguma contestação, especialmente por parte dos Estados Unidos, devido ao receio de que pudesse restringir a liberdade de navegação, um princípio fundamental do direito internacional do mar.

Os EUA levantaram uma preocupação de que tal medida de notificação pudesse impor restrições indevidas à liberdade de navegação, afetando, negativamente, as atividades marítimas e o comércio internacional. Argumentou que a proteção do ambiente marinho é importante e deve ser buscada por meio de mecanismos eficazes, mas sem comprometer os princípios funda-

mentais da liberdade de navegação⁵⁶. A busca por um equilíbrio entre a proteção ambiental e a preservação das liberdades de navegação é sempre um desafio complexo.

Contudo, o Subcomitê analisou a questão e realizou uma votação sobre a obrigatoriedade ou não da notificação em operações STS em ZEE. Após a votação, 11 Estados-Membros foram a favor da supressão da notificação, enquanto 20 apoiaram a sua obrigatoriedade, mantendo, assim, as regras 41 e 42 do Capítulo 8 do Anexo I da MARPOL⁵⁷.

Como visto, o Artigo 56(1)(b)(iii) concede aos Estados costeiros jurisdição sobre a proteção e preservação do meio ambiente marinho, embora a autoridade do Estado costeiro sob esse artigo cumulado com o artigo 211(2) seja limitada à adoção das regras e normas internacionais “geralmente aceites” pela comunidade internacional. Assim, a adoção da Resolução MEPC.186(59)⁵⁸ por um órgão altamente representativo, o Comitê de Proteção do Meio Ambiente Marítimo (MEPC), e sua inclusão na Convenção MARPOL, amplamente aceita, garantem que o Capítulo 8 do Anexo I da MARPOL atenda a esse critério⁵⁹.

Assim, a relevância do Capítulo 8 é inquestionável. Contudo, não há um consenso entre os Estados quanto a ser esse o nível máximo aceitável de regulamentação

⁵⁶ SUB-COMMITTEE ON BULK LIQUIDS AND GASES. *Report to the Maritime Safety Committee and the Marine Environment Protection Committee*. (BLG 12/17, 20 February 2008), para. 8.14: “The delegation of the United States stated that advance notification of Ship-To-Ship transfers in the exclusive economic zone (EEZ), as currently contained in draft regulation 42, was not similar at all to the regulations of general applicability in MARPOL Annex I in that there has never been an advance reporting requirement, nor has Annex I previously given the EEZ any special status. It was the view of the United States that an advance notification requirement beyond the territorial sea did not provide sufficient protection of the marine environment to justify the repeal of a traditional and customary high seas freedom of navigation by amendment to MARPOL. It was clarified that these comments would not apply where one or both ships entered a port of the relevant coastal State. The delegation of China stated that the advance notification requirement was not inconsistent with the principles under UNCLOS and the advance notification requirement had been implemented with regard to LRIT”.

⁵⁷ SUB-COMMITTEE ON BULK LIQUIDS AND GASES. *Report to the Maritime Safety Committee and the Marine Environment Protection Committee*. (BLG 12/17, 20 February 2008), para. 8.13.

⁵⁸ Que adotou e implementou o Capítulo 8 do Anexo I da MARPOL em 19 de julho de 2009.

⁵⁹ Nesse mesmo sentido TESTA, David. Coastal state regulation of bunkering and Ship-to-Ship (STS) oil transfer operations in the EEZ: an analysis of state practice and of coastal state jurisdiction under the LOSC. *Ocean Development & International Law*, 2019. p. 8.

⁵³ MARPOL 73/78. Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios. Londres, de 1978. Anexo I. Capítulo 8 - Prevenção da Poluição Durante Transferência de Carga de Óleo entre Petroleiros no Mar. Regra 40.

⁵⁴ MARPOL 73/78. Regra 41.

⁵⁵ MARPOL 73/78. Regra 42.

de modo geral. Alguns Estados implementam normas mais rígidas do que as estabelecidas no Capítulo 8, muito antes da adoção da Resolução MEPC.186(59) em 2009⁶⁰. A questão de se os Estados costeiros podem ou não adotar regulamentações mais rigorosas do que as previstas no Capítulo 8 deve ser abordada não apenas sob a perspectiva da MARPOL, mas também de acordo com a estrutura jurisdicional do CNUDM, como discutido na seção anterior, e considerando as práticas estatais relevantes, bem como as decisões de cortes e tribunais internacionais.

4 Caso M/T “San Padre Pio” (Suíça v. Nigéria) e as operações STS em ZEE

O M/T *San Padre Pio* é um navio-tanque registrado na Suíça, de propriedade da empresa comercial Suíça *San Padre Pio Schiffahrt AG*, e fretado pela *Argo Shipping and Trading Ltd*, uma subsidiária no Dubai da *Augusta Energy AS*, outra empresa Suíça. Em 23 de janeiro de 2018, o navio foi interceptado e apreendido pela Marinha da Nigéria durante uma transferência *Ship-To-Ship* de petróleo. No momento da apreensão, o navio estava a cerca de 32 milhas náuticas da costa da Nigéria, dentro da ZEE⁶¹.

A Nigéria exige que os navios tenham uma licença especial antes de realizar transferências STS de em sua ZEE, garantindo, assim, que as operações sejam feitas de maneira segura. Essa licença inclui informações sobre os navios envolvidos, locais de carregamento e descarregamento, tipo e quantidade de produto. Ela impõe condições obrigatórias como a proibição expressa de transferir produtos petrolíferos ilegalmente refinados e a exigência de que o STS ocorra, apenas, durante o dia.

⁶⁰ Pode-se citar a Bélgica (Ordem Ministerial de 18 de abril de 2001 que designa o procedimento a ser seguido para pedidos de licenças e autorizações necessárias para as atividades de offshore de STS e abastecimento (“Belgian Ministerial Order of 18 April 2001”). Disponível *online* (em francês): reflex.raadvst-consetat.be/reflex/pdf/Mbbs/2001/04/27/71125.pdf. Acesso em: 19 jun. 2023); ou a Angola (Nos termos de um Diploma Executivo publicado no Boletim do Governo de 4 de maio de 2017, Angola adotou recentemente regras detalhadas sobre abastecimento de combustível e transferências STS).

⁶¹ Todas as informações sobre o caso foram retiradas do próprio caso no site do Tribunal. Disponível em: <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/the-m/t-san-padre-pio-case-switzerland-v-nigeria-provisional-measures/>. Acesso em: 22 jun. 2023.

Navios em desacordo com essas condições podem ser arrestados e processados.

Durante as investigações realizadas pela Nigéria, foi descoberto que as informações fornecidas pelos oficiais do *San Padre Pio* continham falsificações em aspectos materiais, e a quantidade e qualidade do combustível transportado eram diferentes do que havia sido declarado às autoridades. O navio estava transportando mais combustível do que o declarado e de qualidade inferior, sugerindo que poderia ser petróleo ilegalmente refinado na Nigéria.

Após a interceptação, o *San Padre Pio* foi levado para o porto nigeriano de Port Harcourt, Bonny Inner Anchorage, onde tanto o navio quanto a tripulação e a carga foram detidos a partir de 24 de janeiro de 2018. Os 16 tripulantes permaneceram confinados no navio. Em 9 de março de 2018, a embarcação e sua tripulação foram entregues à Comissão de Crimes Econômicos e Financeiros da Nigéria para investigação, e os membros da tripulação foram transferidos para uma prisão. Em 19 de março de 2018, o capitão e três oficiais foram acusados de conspiração para distribuição ou uso de produtos petrolíferos sem autorização ou licença adequada, além da distribuição ou uso de cerca de 4998,343 toneladas de gásóleo transportadas sem a devida autorização ou licença. Doze tripulantes foram devolvidos ao navio em 20 de março de 2018, sob vigilância armada, enquanto os quatro acusados (o capitão e os outros três oficiais) permaneceram na prisão por cinco semanas e somente foram autorizados a retornar ao navio em 13 de abril de 2018, após pagamento de fiança. Seis meses após a detenção, os doze membros restantes da tripulação foram autorizados a deixar a Nigéria, mas o capitão e os outros três oficiais, cujos passaportes foram apreendidos, não foram autorizados a sair do país, embora supostamente não estivessem mais confinados ao navio⁶².

O caso foi levado ao Tribunal Internacional do Direito do Mar com um pedido de medidas provisórias pela Suíça⁶³. O TIDM decidiu que a Suíça deveria pagar uma caução à Nigéria, e, em contrapartida, a Nigéria deveria liberar imediatamente o navio, a tripulação e a

⁶² Caso M/T “SAN PADRE PIO” (Suíça V. Nigéria), Medidas Provisórias. Caso ITLOS N.º 27. Para 30 e ss.

⁶³ Caso M/T “SAN PADRE PIO” (Suíça V. Nigéria), Medidas Provisórias. Caso ITLOS N.º 27.

carga, garantindo que todos possam deixar o território e as áreas marítimas sob sua jurisdição⁶⁴.

A Suíça alegou que está defendendo o direito à liberdade de navegação e outros usos legais do mar, bem como o exercício de sua jurisdição exclusiva como Estado de bandeira e a proteção dos direitos da tripulação, da qual é responsável⁶⁵. Segundo a Suíça, a Nigéria violou seu direito à livre navegação na ZEE da Nigéria, que é garantido pelo artigo 58 da CNUDM, interpretado juntamente ao artigo 87, e esse direito inclui transferências STS⁶⁶. A Suíça argumentou que a interceptação e detenção do navio pela Nigéria limitaram a capacidade do navio de realizar essas atividades de reabastecimento, que são reconhecidas pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) como parte da liberdade de navegação⁶⁷. Ainda, a Suíça argumentou que, à luz do artigo 56(1)(b)(iii) e do artigo 211 da Convenção, a jurisdição do Estado costeiro estaria restrita às normas “geralmente aceites”, que seriam unicamente as regras 41 e 42 do Capítulo 8 do Anexo 1 da MARPOL⁶⁸.

Por sua vez, a Nigéria alegou que suas ações executivas e judiciais em relação ao San Padre Pio estão no exercício de seu direito soberano para fins de exploração, aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais. A Nigéria alega que a CNUDM lhe confere o direito de aplicar suas leis relacionadas à poluição na ZEE resultante de atividades nos fundos marinhos, e que essas leis servem de base para suas ações contra o *San Padre Pio* e sua tripulação, uma vez que operações STS ilegais são uma causa significativa de poluição marítima^{69 70}.

⁶⁴ Sobre o caso, ver COLEHO, Nelson, F. Caso M/T “San Padre Pio” (Suíça v. Nigéria), medidas provisórias. In: ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar*: 25 anos de jurisdição. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 925-938.

⁶⁵ Caso M/T “SAN PADRE PIO” (Suíça V. Nigéria), Medidas Provisórias. Caso ITLOS N.º 27. para. 78.

⁶⁶ Caso M/T “SAN PADRE PIO” (Suíça V. Nigéria), Medidas Provisórias. Caso ITLOS N.º 27. para. 80.

⁶⁷ Caso M/T “SAN PADRE PIO” (Suíça V. Nigéria), Medidas Provisórias. Caso ITLOS N.º 27. para. 81-82.

⁶⁸ Memorial of Switzerland. The M/T “San Padre Pio” (No. 2) Case Switzerland / Nigeria. 23 June 2020. p. 65-68. Que ainda afirma (p. 68): “the sea protection levy, which seems to have been imposed under the Sea Protection Levy Regulations, exceeds the prescriptive powers of the coastal State in its EEZ. There is nothing in the Convention or in Chapter 8 of Annex I of MARPOL that entitles a coastal State to impose a marine protection levy on a foreign-flagged vessel carrying out an STS operation in its EEZ”.

⁶⁹ Caso M/T “SAN PADRE PIO” (Suíça V. Nigéria), Medidas Provisórias. Caso ITLOS N.º 27. para. 100.

⁷⁰ Sobre o caso, destacou CHURCHILL, Robin. Revealing a

Após o caso das medidas provisórias no Tribunal, a questão de mérito foi levada ao próprio TIDM. No entanto, o mérito do caso não chegou a ser analisado pelo Tribunal, pois os Estados envolvidos chegaram a um acordo e assinaram um Memorando de Entendimento. Como resultado, eles desistiram do caso no Tribunal, e nenhuma decisão foi proferida em relação às operações STS na ZEE⁷¹. No entanto, esse caso assume relevância significativa em relação ao tema em questão, pois, por um lado, destaca a importância prática das operações STS na ZEE e, por outro lado, apresenta os diferentes argumentos dos Estados envolvidos, que divergem em suas interpretações sobre o assunto.

5 A posição e regulação brasileira

Para além das normas internacionais sobre as operações STS no mar, o Brasil possui um regime jurídico e regras específicas para regulamentar estas atividades nas águas jurisdicionais brasileiras. Dito isso, inicialmente, fundamental se faz entender o conceito de AJB — Águas Jurisdicionais Brasileiras — que a legislação nacional adota⁷². Essa definição pode ser encontrada na

mosaic: international jurisprudence concerning the non-fisheries elements of the exclusive economic zone regime. In: JENSEN, Øystein. *The development of the law of the sea convention: the role of international courts and tribunals*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2020. p. 59-60: “Switzerland requested ITLOS to make an order of provisional measures, to which it acceded. In its order, ITLOS observed that Switzerland’s ‘claims that bunkering activities carried out by the M/T “San Padre Pio” in the EEZ of Nigeria are part of the freedom of navigation and that it has exclusive jurisdiction as flag State with respect to such bunkering activities’ appear to be ‘plausible’. ITLOS gave no reasons to support its view, other than noting that it had taken into account the legal arguments of the parties and the evidence available to it. It is unfortunate that ITLOS here conflated STS transfers with bunkering, when, as pointed out above, the two are separate kinds of activity. It is also confusing because the defendant state, Nigeria, argues that the San Padre Pio was in fact engaged in bunkering, and not a STS transfer, as Switzerland claims”.

⁷¹ Como destacou o TIDM, Order 2021/6. The M/T “San Padre Pio” (No. 2) Case (Switzerland/Nigeria). 29 December 2021. p. 4: “Whereas, the Memorandum of Understanding concluded between the Parties states, in its paragraph 5, that “[f]or the sake of clarity, upon the discontinuance of these proceedings, the Provisional Measures Order dated 6th July, 2019, made in: The MIT ‘San Padre Pio’ case (Switzerland/Nigeria) (Case No. 27) will cease to have effect” and, in its paragraph 6, that “[t]his agreement constitutes a full and final settlement of the matter relating to the MIT ‘San Padre Pio’ between the Parties”.

⁷² Para um aprofundamento sobre o tema ver ZANELLA, Tiago V. Águas jurisdicionais brasileiras: um estudo sobre a (i)legalidade

Instrução Normativa n.º 3/2022 da Marinha do Brasil / Ministério da Defesa (MB/MD) que estabelece que as AJB

compreendem as águas interiores e os espaços marítimos, nos quais o Brasil exerce jurisdição, em algum grau, sobre atividades, pessoas, instalações, embarcações e recursos naturais vivos e não-vivos, encontrados na massa líquida, no leito ou no subsolo marinho, para os fins de controle e fiscalização, dentro dos limites da legislação internacional e nacional. Esses espaços marítimos compreendem a faixa de 200 milhas marítimas contadas a partir das linhas de base, acrescida das águas sobrejacentes à extensão da Plataforma Continental além das 200 milhas marítimas, onde ela ocorrer⁷³.

Por seu turno, para a execução de operações *Ship-To-Ship*, são necessárias duas autorizações essenciais emitidas por órgãos reguladores brasileiros. Em primeiro lugar, a Instrução Normativa n.º 16, de 26 de agosto de 2013 do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) regulamenta os procedimentos técnicos e administrativos para a realização de operações *Ship-To-Ship* em “águas jurisdicionais brasileiras”. Como primeiro requisito, é necessária a obtenção de uma Autorização Ambiental juntamente ao órgão para que tais operações sejam permitidas. Segundo a referida Instrução, em seu artigo 2, “entende-se por Operações Ship-to-Ship (operações STS) a transferência de carga de petróleo e seus derivados entre embarcações localizadas em águas jurisdicionais brasileiras, podendo ocorrer com as embarcações em movimento ou fundeadas”⁷⁴.

Desse modo, se um navio deseja realizar uma operação STS em quaisquer zonas marítimas pertencentes às águas jurisdicionais brasileiras, deve, necessariamente, obter uma Autorização Ambiental do IBAMA. Isto inclui as atividades em zona econômica exclusiva ou até além, em alto mar, posto que o conceito de AJB inclui as “águas sobrejacentes à extensão da Plataforma Continental além das 200 milhas marítimas, onde ela ocorrer”. Nota-se que tal requisito vai além das regras 41 e 42 da MARPOL, que exige apenas o plano de bordo e a notificação ao Estado costeiro com 48 de antecedência. Inclusive, o Ibama tem um prazo de 60 (sessenta) dias

para analisar a solicitação e deferir ou indeferir o pedido de autorização para realização de uma operação STS em ZEE brasileira⁷⁵.

Ainda, como segundo requisito, a NORMAM-08/DPC⁷⁶ traz as regras procedimentais que todo navio precisa seguir ao realizar uma operação STS em águas jurisdicionais brasileiras, como em ZEE⁷⁷. Nota-se que tais procedimentos vão além dos requisitos e procedimentos instituídos pela MARPOL. Por exemplo, a norma brasileira exige que “durante toda operação STS em mar aberto, ao menos uma embarcação de apoio (*Lightering Support Vessel* – LSV) deverá estar presente na área de operação”, o que não é exigido pela MARPOL⁷⁸. Além disso, o navio deve requerer uma autorização da área em que a operação pode ser realizada. Isto é, além da Autorização Ambiental e de seguir todas as regras da NORMAM 08 — que vão muito além das regras internacionais estipuladas —, o navio precisa ainda solicitar à Diretoria de Portos e Costas da Marinha do Brasil, com a anuência do Comando do Distrito Naval da área de jurisdição, a área de operação STS em que pode realizar tal atividade. Isso em qualquer zona marítima situada nas denominadas “águas jurisdicionais brasileiras”, que inclui — e não faz distinção — o mar territorial, zona econômica exclusiva e, inclusive, partes do alto mar.

6 Jurisdição do estado costeiro sobre transferências de petróleo STS em ZEE

Ao considerar a estrutura jurisdicional da CNUDM e as regras e diretrizes internacionais relevantes, pode-se abordar a questão crítica da jurisdição do Estado costeiro em relação às operações *Ship-To-Ship* em zona econômica exclusiva. Essa questão pode ser resolvida de três maneiras distintas. Primeiramente, é possível argumentar que o Estado costeiro deve ter competência, nos termos do artigo 56 da CNUDM. Em segundo lugar, pode-se sustentar que as operações STS estão relacionadas com a liberdade de navegação garantida pelo ar-

do conceito de AJB. *Revista Jurídica Lusó-Brasileira*, v. 4, n. 6, p. 2831-2856, 2018.

⁷³ Instrução Normativa COMAR n. 3, de 15 de dezembro de 2022.

⁷⁴ Instrução Normativa n. 16, de 26 de agosto de 2013 do IBAMA traz ainda os cadastros, procedimentos e documentos necessários para a solicitação da Autorização Ambiental.

⁷⁵ Instrução Normativa n. 16, de 26 de agosto de 2013 do IBAMA. Artigo 5.

⁷⁶ NORMAM-08/DPC. Normas da Autoridade Marítima para Tráfego e Permanência de Embarcações em Águas Jurisdicionais Brasileiras, n. 8 da Diretoria de Portos e Costas. 2ª revisão, 2023.

⁷⁷ NORMAM-08/DPC. 0605.

⁷⁸ NORMAM-08/DPC. 0605. a.

tigo 58 e, portanto, são de competência dos Estados de bandeira. Em terceiro lugar, é possível concluir que as operações *Ship-To-Ship* constituem uma atividade para a qual a CNUDM não atribuiu expressamente competência de uma forma ou de outra. Nesse caso, a matéria será decidida nos termos do artigo 59.

Iniciando com o artigo 56, no contexto das transferências de petróleo em operações STS, não se pode colocar a questão como uma forma de conservação e gestão de recursos vivos, o que exclui a relevância do artigo 56(1)(a). Por outro lado, o artigo 56(1)(b)(iii) é mais significativo, pois permite ao Estado costeiro, em sua ZEE, exercer jurisdição no que se refere à proteção e preservação do meio marinho. Contudo, deve-se considerar que essa jurisdição é limitada, conforme o artigo 211 da Convenção, “as regras e normas internacionais geralmente aceites que se estabeleçam por intermédio da organização internacional competente”, o que inclui o Capítulo 8 do Anexo I do MARPOL⁷⁹. Porém, para além disso, o artigo 56 não confere maiores poderes jurisdicionais, não permitindo que o Estado costeiro estabeleça unilateralmente regras para as operações STS em sua ZEE que vão além daquelas determinadas internacionalmente.

No que se refere ao artigo 58, não é possível argumentar que exista uma conexão com a liberdade de navegação prevista no dispositivo para os casos de transferências de óleo em operações *Ship-To-Ship*. Classificar as transferências de óleo em STS sob o artigo 58 exigiria uma interpretação forçada ou mesmo uma “desnaturação” do significado ordinário do termo “navegação”. Embora seja relevante considerar que as transferências de óleo em STS podem tornar o comércio de carga de óleo mais célere e viabilizar o transporte em navios maiores, tais fatores não são suficientes para estabelecer uma conexão direta entre as transferências de óleo em STS e o conceito de liberdade de navegação, conforme consagrado no artigo 58.

Dada a não aplicabilidade do artigo 58 e as limitações do artigo 56, as transferências de óleo em operações STS podem ainda ser abordadas de acordo com o

⁷⁹ Sobre o tema, afirma PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Convention on the law of the sea: a commentary*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2017. p. 1434: “Art. 211 (5), like Art. 211 (2) on flag States’ obligations, refers to ‘generally accepted international rules and standards established through the competent international organization or general diplomatic conference’. The general formulation notwithstanding, the organization referred to is, again, the IMO”.

artigo 59 da CNUDM. Nesse sentido, qualquer análise sobre a extensão da jurisdição do Estado costeiro deve ser conduzida como uma aplicação tentativa da fórmula contida no artigo 59⁸⁰. A correta aplicação dessa fórmula requer uma análise cuidadosa das circunstâncias do caso em questão. De modo geral, é importante observar que quando as operações STS envolvem a transferência de quantidades significativas de hidrocarbonetos, especialmente hidrocarbonetos de baixa volatilidade, como óleo combustível pesado e petróleo bruto, o nível de risco ambiental é considerável. À medida que aumenta o risco de poluição do ambiente marinho, cresce também a importância relativa — em comparação com outros interesses a serem considerados sob o artigo 59 — do interesse do Estado costeiro em adotar medidas de proteção ambiental para enfrentar esse risco.

Por outro lado, além dos interesses de proteção ambiental do Estado costeiro e da comunidade internacional, também devem ser considerados outros interesses. Esses interesses também dependem das particularidades de cada caso, mas, de modo geral, é possível mencionar o interesse do Estado bandeira na operação ininterrupta de seus navios e o interesse da comunidade internacional na condução expedita do comércio de carga de óleo. A regulamentação do Estado costeiro pode ter um impacto negativo nesse ponto de vista. No entanto, é necessário avaliar esse impacto em seu contexto mais amplo. Dada a ausência de uma conexão direta com a liberdade de navegação e a possibilidade de aumento do risco ambiental, é bastante possível que, em um contexto de solução de disputas internacionais, haja uma maior tolerância para a regulamentação do Estado costeiro nas transferências de STS. Isso não significa que a regulamentação do Estado costeiro será aceita cegamente e possíveis abusos e regulações que estrangulam e restringem sobremaneira as operações STS sejam inválidas⁸¹.

⁸⁰ CNUDM. Art. 59: “tendo em conta a importância respectiva dos interesses em causa para as partes e para o conjunto da comunidade internacional”.

⁸¹ Por exemplo, como afirma TESTA, David. Coastal state regulation of bunkering and Ship-to-Ship (STS) oil transfer operations in the EEZ: an analysis of state practice and of coastal state jurisdiction under the LOSC. *Ocean Development & International Law*, 2019. p. 17: “an international court or tribunal is unlikely to consider in a favorable light the requirement in Angolan legislation to the effect that only companies registered in Angola can engage in STS oil transfers”. Em sentido contrário, afirma NORDQUIST, Myron H. *United Nations Convention on the law of the sea, 1982: a commentary*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. v. 2. p. 569: “Given the functional nature of the exclusive economic zone, where economic interests are the principal concern this formula would nor-

7 Considerações finais

Determinar a extensão da jurisdição do Estado costeiro em relação às operações de abastecimento e transferência de óleo em operações *Ship-To-Ship* em sua zona econômica exclusiva requer uma análise cuidadosa dos dispositivos legais pertinentes e uma abordagem ponderada. Não existe uma regra de aplicação geral que responda de forma clara e direta a questão proposta neste estudo.

No âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a questão pode ser analisada e enquadrada nos termos do artigo 56, 58 ou 59. Contudo, nenhum desses dispositivos aborda de forma expressa, direta ou mesmo clara a temática das operações STS em ZEE. Por outro lado, a MARPOL, em seu Capítulo 8 do Anexo 1, regulamenta as diretrizes de como uma operação STS deve ser realizada em ZEE. Todavia, essas regras se resumem a possuir um plano de bordo e a notificação dos Estados costeiros, o que não satisfaz os interesses de muitos Estados.

Diante da ambiguidade das disposições relevantes da CNUDM, é natural que os Estados sejam tentados a buscar a interpretação da Convenção que favoreça seus interesses e, inclusive, a levar essa interpretação ao extremo. O Brasil, por exemplo, normatiza a questão de forma muito mais restritiva do que as regras dispostas na MARPOL. Não está clara a fundamentação jurídica que o país utiliza para fazer tal interpretação e normatizar tais operações STS em ZEE.

Embora admitida de forma ambígua e indireta, a CNUDM regulamenta, de alguma forma, a questão da jurisdição do Estado costeiro em relação a operações STS na ZEE. Em primeiro lugar, é possível classificar o tema à luz do artigo 56 (1)(b)(iii), o qual, permite ao Estado costeiro, em sua ZEE, exercer jurisdição no que se refere à proteção e preservação do meio marinho. No entanto, é importante considerar que essa jurisdição se encontra delimitada pelo artigo 211 da Convenção, que a restringe às “as regras e normas internacionais geralmente aceites que se estabeleçam por intermédio da organização internacional competente”, incluindo o Capítulo 8 do Anexo I do MARPOL. Além disso, o artigo

56 não atribui poderes jurisdicionais mais significativos ao Estado costeiro, não permitindo que ele estabeleça unilateralmente normas para as operações STS em sua ZEE que extrapolam aquelas determinadas internacionalmente.

Por outro lado, o artigo 58, que regula os “direitos e deveres de outros Estados na zona econômica exclusiva” não parece aplicável ao caso em tela. Enquadrar as operações STS com base nas liberdades de navegação seria realizar uma interpretação um tanto extensiva do conceito, o que extrapolaria a sua aplicabilidade.

Contudo, parece-nos que existe uma possibilidade de aplicação, por parte do Estado costeiro do artigo 59 nos casos de operações STS em ZEE. Em geral, quando as operações STS envolvem a transferência de grandes quantidades de petróleo, causam um risco ambiental significativo. Nesse contexto, o interesse do Estado costeiro em adotar medidas de proteção ambiental para enfrentar esse risco ganha maior relevância em comparação com outros interesses previstos no artigo 59. Contudo, importante destacar que tal prevalência não é irrestrita. O artigo 59 não pode ser utilizado pelos Estados costeiros de forma abusiva, o que pode causar entraves nas operações marítimas, incluindo as *Ship-To-Ship* em ZEE de forma injustificada.

Deve-se, logicamente, analisar cada caso para entender se o estado costeiro está abusando do seu direito de proteção do ambiente marinho ou não. Assim, no que diz respeito às transferências de óleo em operações STS, o artigo 59 não concede jurisdição irrestrita aos Estados costeiros. Também não concede aos Estados bandeira as mesmas liberdades que têm em alto mar.

Conforme visto o Brasil tem sido proativo na adoção de regras e regulamentos sobre transferências de óleo em STS. Tais regras e regulamentos parecem, em geral, ser consistentes com o artigo 59 da CNUDM. Uma clara exceção refere-se, logicamente, à regulação das operações STS em alto mar, que estão, de alguma forma, incluindo no conceito de AJB: “águas sobrejacentes à extensão da Plataforma Continental além das 200 milhas marítimas, onde ela ocorrer”⁸². De toda forma, num possível caso concreto, todas as regras e procedimentos adotados estariam sob juízo e poderiam ser objetos de contestação. Imprescindível assim que o Brasil tenha um sólido posicionamento jurídico e uma

mally favor the coastal State. Where conflicts arise on issues not involving the exploration for and exploitation of resources, the formula would tend to favor the interests of other States or of the international community as a whole”.

⁸² Instrução Normativa nº 3/2022 (MB/MD).

razoável justificativa legal para defender, com base no direito internacional, sobretudo na CNUDM, essa posição.

De toda forma, a questão da extensão precisa da jurisdição do Estado costeiro deve ser resolvida. Idealmente, isso poderia ser alcançado por meio da adoção de novas regras e padrões internacionalmente vinculativos à luz do Capítulo 8 Anexo 1 da MARPOL. Tal desenvolvimento ajudaria a reduzir a necessidade, escopo e motivação para medidas unilaterais do Estado costeiro. Alternativamente, parece ser apenas uma questão de tempo até que uma maior clarificação seja proporcionada por meio do julgamento de uma disputa específica por um tribunal internacional, o que acabou não ocorrendo no caso do *San Padre Pio*.

Referências

- ALVES, Henrique Napoleão; COELHO, Eduardo Junqueira. ICMS e as operações Ship-To-Ship em zona econômica exclusiva. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, v. 37, n. 43, p. 173-196, 2019.
- ANDREONE, Gemma. The exclusive economic zone. In: ROTHWELL, Donald R.; ELFERINK, Alex G. Oude; SCOTT, Karen N.; STEPHEN, Tim. *The Oxford handbook of the law of the sea*. Reino Unido: Oxford University Press, 2015. p. 159-180.
- BASTOS, Fernando Loureiro. Caso M/V “Virginia G” (Panamá v. Guiné-Bissau). In: ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar: 25 anos de jurisdição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 637–678.
- BELLÉ, Richeli Eliza. Caso M/V “Saiga” (n° 2) (São Vicente e Granadinas v. Guiné). In: ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar: 25 anos de jurisdição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 201-230.
- BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E.; REDGWELL, Catherine. *International Law and the Environment*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BODANSKY, Daniel. Protecting the marine environment from vessel-source pollution: UNCLOS III and Beyond. *Ecology Law Quarterly*, v. 18, p. 719-777, 1991.
- CAMINOS, Hugo. Enforcement jurisdiction under the United Nations Convention on the law of the sea: an overview. In: AMICORUM, Liber; WOLFRUM, Rüdiger. *Coexistence, cooperation and solidarity*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012. v. 1. p. 737-776.
- CHURCHILL, Robin. Revealing a mosaic: international jurisprudence concerning the non-fisheries elements of the exclusive economic zone regime. In: JENSEN, Øystein. *The development of the law of the sea convention: the role of international courts and tribunals*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2020.
- COELHO, Nelson, F. Caso M/T “San Padre Pio” (Suíça v. Nigéria), medidas provisórias. In: ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar: 25 anos de jurisdição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.
- DAMAN, Maarten. Cross-border hot pursuit in the EU. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, v. 16, n. 2, p. 171-207, 2008.
- FRANCIONI, Francesco. Equity in international law. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2020. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1399>. Acesso em: 18 jul. 2023.
- FRANCKX, Erik. *Vessel-source pollution and coastal state jurisdiction*. Boston: Kluwer Law International, 2001.
- FU, Kuen-chen. Military survey and liquid cargo transfer in the EEZ: some undefined rights of the coastal state. *China Oceans Law Review*, v. 2, 2006.
- GIERUSZ, W.; MILLER, A. Prediction control systems in marine applications. *The International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, v. 14, n. 2, p. 361-366, jun. 2020.
- HAKAPÄÄ, Kari. *Marine pollution in international law: material obligations and jurisdiction*. Helsinki: [s. n.], 1981.
- JENSEN, Øystein. *Coastal state jurisdiction and vessel source pollution: the international law of the sea framework for norwegian legislation*. Norway: The Fridtjof Nansen Institute, 2006.
- JOHNSON, Lindy Sue. *Coastal state regulation of international shipping*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 2004.
- LAGONI, Rainer. Offshore bunkering in the exclusive economic zone. In: NDIAYE, Tafsir; WOLFRUM, Rüdiger (ed.). *Law of the sea, environmental law and settlement*

- of disputes. Netherland: Martinus Nijhoff, 2007. p. 613-628.
- MOLENAAR, Erik J. *Coastal state jurisdiction over vessel-source pollution*. The Hague: Kluwer Law International, 1998.
- NORDQUIST, Myron H. *United Nations Convention on the law of the sea, 1982: a commentary*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 1989. v. 2.
- OIL Tanker Spill Statistics 2023. *ITOPF*, [2024]. Disponível em: <https://www.itopf.org/knowledge-resources/data-statistics/statistics/>. Acesso em: 17 jul. 2023.
- OLIVEIRA, Carina Costa de; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Os limites dos termos bem público mundial, patrimônio comum da humanidade e bens comuns para delimitar as obrigações de preservação dos recursos marinhos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 108-124, 2015.
- PIASSI, Fabiana Abreu do Valle Ventura. Caso M/V “Saiga” (São Vicente e Granadinas v. Guiné), pronta liberação. In: ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar: 25 anos de jurisdição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021. p. 179-200.
- POULANTZAS, Nicholas M. *The right of hot pursuit in international law*. 2. ed. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2002.
- POZDNAKOVA, Alla. *Criminal jurisdiction over perpetrators of ship-source pollution*. Netherland: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- PROELSS, Alexander (ed.). *United Nations Convention on the law of the sea: a commentary*. Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.
- RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado. *A proteção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas nos espaços marítimos sob soberania ou jurisdição do Estado: discussões e soluções jurídicas contemporâneas: o caso português*. Coimbra: Coimbra editora, 2013.
- SILVA, Marcos Edmar Ramos Alvares da; TOLEDO, André de Paiva. Vínculo substancial e as bandeiras de conveniência: consequências ambientais decorrentes dos navios com registros abertos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 2, p. 159-177, 2016.
- SOHN, Louis B. Implications of the law of the sea convention regarding the protection and preservation of the marine environment. *The Developing Order of the Oceans*, v. 109, 1985.
- SUB-COMMITTEE ON BULK LIQUIDS AND GASES. *Report to the Maritime Safety Committee and the Marine Environment Protection Committee*. (BLG 12/17, 20 February 2008).
- TANAKA, Yoshifumi. *The international law of the sea*. 3. ed. Nova Yorque: Cambridge University Press, 2019.
- TESTA, David. Coastal state regulation of bunkering and Ship-to-Ship (STS) oil transfer operations in the EEZ: an analysis of state practice and of coastal state jurisdiction under the LOSC. *Ocean Development & International Law*, 2019.
- TREVES, Tullio. Coastal States’ rights in the maritime areas under UNCLOS. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 39-48, 2015.
- TREVES, Tullio. Navigation. In: DUPUY, René-Jean; VIGNES, Daniel. *A handbook on the new law of the sea*. Holanda: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. v. 1.
- VARELLA, Marcelo D. A necessidade de repensar os mecanismos de responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na Zona Econômica Exclusiva do Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 240-249, 2015.
- VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. Tackling illegal, unregulated and unreported fishing: the ITLOS advisory opinion on flag state responsibility for IUU fishing and the principle of due diligence. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 49-66, 2015.
- ZANELLA, Tiago V. Águas jurisdicionais brasileiras: um estudo sobre a (i)legalidade do conceito de AJB. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 6, p. 2831-2856, 2018.
- ZANELLA, Tiago V.; TOLEDO, Andre de Paiva. *Tribunal Internacional do Direito do Mar: 25 anos de jurisdição*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2021.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Riscos dos vazamentos de óleo
na zona costeira e a relevância
dos *royalties* petrolíferos**

**Risks of oil spills in the coastal
zone and the relevance of oil
royalties**

Jorge Amaro Bastos Alves

Marcus Polette

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND
RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND
COMPARATIVE PERSPECTIVES

Riscos dos vazamentos de óleo na zona costeira e a relevância dos *royalties* petrolíferos*

Risks of oil spills in the coastal zone and the relevance of oil royalties

Jorge Amaro Bastos Alves**

Marcus Polette***

Resumo

Buscou-se analisar, neste artigo, com base em perspectiva sistêmica nas áreas econômica, ambiental e jurídica, a economia do petróleo e dos *royalties* que impulsionam o desenvolvimento econômico na região costeira do sudeste brasileiro, mas também trazem desafios ambientais, como o risco de vazamentos de óleo que podem causar danos aos ecossistemas marinhos, à fauna e flora, e também afetar a pesca e o turismo, entre outras atividades econômicas. Utilizou-se metodologia quali-quantitativa, com base em pesquisa bibliográfica e documental com análise descritiva. Os resultados indicam que a etapa da perfuração é considerada a mais perigosa, devido ao risco de explosões, mas as fases de transporte e produção também apresentam elevados riscos e têm sido responsáveis por ocorrências de grande proporção. Atualmente, a chance de ocorrência de derramamentos significativos de óleo é considerada baixa, devido aos avanços na tecnologia de exploração e produção de petróleo e gás. A análise aponta a necessidade de aperfeiçoamento em políticas de conservação da biodiversidade e ecossistemas, enfatizando a importância dos *royalties* para mitigar os efeitos negativos e promover o desenvolvimento sustentável da região costeira.

Palavras-chave: vazamentos de óleo; economia do petróleo; economia dos *royalties*; zona costeira brasileira; Plano Nacional de Contingência (PNC).

Abstract

This article aimed to analyze, from a systemic perspective in the economic, environmental, and legal fields, the economy of oil and royalties that drive economic development in the coastal region of southeastern Brazil, but also bring environmental challenges, such as the risk of oil spills that can cause damage to marine ecosystems, wildlife, and flora, and also affect fishing and tourism, among other economic activities. A qualitative-quantitative methodology was used, based on bibliographic and documentary research with descriptive analysis. The results indicate that the drilling stage is considered the most dangerous due to the risk of explosions, but the transportation and production phases also present high risks and have been responsible

* Recebido em 01/08/2023
Aprovado em 28/03/2024

** Economista, Mestre em Desenvolvimento Regional e Doutor em Ciência e Tecnologia Ambiental. Professor do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Regional - PPGDR da Universidade do Contestado - UNC.
Email: jb.alves@protonmail.com

*** Graduado em Geografia e Oceanografia pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG); Mestre e Doutor em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar); Professor e Pesquisador na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.
Email: mpolette@univali.br

for large-scale occurrences. Currently, the chance of significant oil spills is considered low due to advances in oil and gas exploration and production technology. The analysis points out the need for improvement in biodiversity and ecosystem conservation policies, emphasizing the importance of royalties in mitigating negative effects and promoting sustainable development in the coastal region.

Keywords: oil spills. oil economy. royalties economy; brazilian coastal zone; National Contingency Plan (NCP).

1 Introdução

Há um consenso entre estudiosos que pesquisam — considerando-se uma visão interdisciplinar — o tema de impactos ambientais e seu conjunto de problemas, de que políticas efetivas para conservação da biodiversidade e seus ecossistemas devem centrar-se na redução de pressões socioeconômicas sobre o meio ambiente.

Efetuiu-se, neste estudo, uma análise pragmática de impactos ambientais sobre a zona costeira do Sudeste do Brasil, abordando as dimensões econômicas e ambientais do desenvolvimento, originada pela atividade de Exploração e Produção (E&P) de petróleo e gás. Ressalta-se que a E&P de hidrocarbonetos é também grande geradora de *royalties* para esses municípios costeiros. Também se sumarizou o arcabouço legal a respeito de planos de contingência para vazamentos de óleo no mar e do uso dos *royalties* para conter e mitigar as externalidades ambientais provocadas por essa importante indústria para o desenvolvimento do país. Dessa forma, contribui-se, neste artigo, para clarificar essa questão em uma perspectiva sistêmica, notadamente entre as áreas de conhecimento econômica, ambiental e jurídica.

Para a consecução deste estudo, optou-se por uma metodologia quali-quantitativa, baseada em pesquisa bibliográfica, buscando-se o estado da arte em artigos científicos, livros, teses e demais estudos relevantes de ordem interdisciplinar sobre o tema, bem como de caráter documental juntamente a diversos órgãos e instituições públicas e privadas. A partir disso, estruturou-se o embasamento teórico necessário para se desenvolver o artigo e poder-se tecer inferências e conclusões sobre o assunto. Utilizou-se de análise descritiva para identificar as intervenções, alterações e principais fenômenos

ambientais decorrentes da exploração e produção de petróleo e gás que impactaram essa região. Salienta-se, no que tange aos impactos ambientais na zona costeira brasileira, que este estudo se limitou à atuação do setor petrolífero nos estados da região sudeste do país.

Destaca-se como o desenvolvimento do sistema econômico infere e se relaciona no plano ambiental. É importante que esse entendimento fique claro, pois o curso de evolução social do cidadão, ao buscar satisfazer as suas necessidades de consumo, provoca um impacto ambiental, gerando externalidades ambientais na sociedade. Esse fenômeno é inevitável, uma vez que só existe consumo porque há produção de bens e serviços, o que, naturalmente, implica a utilização de recursos naturais no processo produtivo. Nesse contexto, conforme Mueller¹, “a evolução da degradação ambiental gerada por uma sociedade vai depender da dinâmica dos dois componentes da escala da economia (Y): o da sua população (P) e o da sua produção (material) *per capita* (Y/P)”. Como produção gera renda, quando distribuída, ainda de acordo com o autor, esta “[...] molda a demanda, o padrão de consumo, a estrutura produtiva e natureza dos resíduos lançados no meio ambiente”.

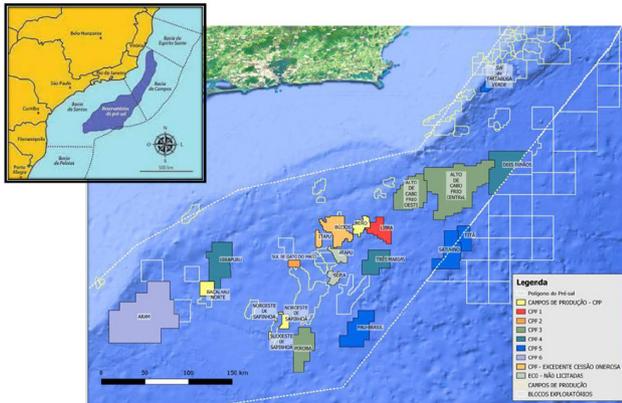
A indústria de petróleo constitui uma das forças motrizes da economia brasileira, gerando renda e empregos ao longo de sua cadeia produtiva, notadamente após a descoberta do pré-sal uma extensa reserva de petróleo localizada a mais de 7 mil metros de profundidade em relação ao nível do mar, incluindo uma camada que varia de 200 m a 2.000 m de sal, nas Bacias de Santos e Campos na região litorânea entre os estados de Santa Catarina e Espírito Santo. O pré-sal completou 14 anos de exploração e produção em 2022, e comemorou conquistas, recordes de produção, e, em outras oportunidades, amargou retrocessos. Foi também o pivô e motivo de alterações regulatórias como a criação do “polígono do pré-sal” (figura 1), e a introdução dos regimes de partilha de produção e de cessão onerosa para licitações de áreas nesse polígono.

O pré-sal é um grande produtor de hidrocarbonetos, e sua exploração fez o Brasil aparecer de forma definitiva no *ranking* mundial de reservas de petróleo. Nesse contexto, dados da Agência Nacional do Petróleo (ANP) mostram que no ano de 2022 a produção de pe-

¹ MUELLER, Charles. *Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente*. Brasília: Editora UNB FINATEC, 2007. p. 38.

tróleo do pré-sal atingiu média de 2,3 milhões de barris/dia no ano, representando cerca de 76% da produção total do Brasil. Já a produção de gás natural no pré-sal também ampliou sua participação no total nacional e correspondeu a 71,6%².

Figura 1 – Polígono do pré-sal



Fonte: Coelho Júnior³.

Todavia, ainda hoje, não se sabe, ao certo, o volume total de barris de petróleo existente na província do pré-sal. O setor petrolífero no Brasil está vivenciando um novo ciclo de oportunidades em petróleo e gás iniciado em 2017 desde a retomada dos leilões⁴ que contribuem, de forma significativa, para o desenvolvimento nacional. Ressalta-se que, entre 2014 a 2018, houve uma drástica redução dos investimentos da Petrobras — a maior operadora do setor no país — devido a processos judiciais relativos a um esquema de corrupção envolvendo contratos de licitação com as maiores empreiteiras do Brasil, as quais mantinham conexões com os partidos da base política do partido que governava o país nesse ínterim. Além desses imbróglios, o preço do barril de petróleo teve duas quedas acentuadas desde 2014, saindo da casa dos US\$ 110 do início de 2014 para cerca de US\$ 30 no início de 2016⁵; o outro tombo do preço do

barril ocorreu durante a pandemia do Covid-19 quando despencou abaixo de US\$ 10, conforme visualizado no gráfico 1. Esse cenário de acontecimentos levou a uma diminuição das atividades exploratórias no país e no mundo.

Gráfico 1 – Preço do barril de petróleo Brent (2014-2022)



Fonte: Macrotrends⁶.

Nota: o preço do petróleo bruto Brent em 30/12/2022 era US\$ 82,82 por barril.

Nesse contexto, tendo em vista a expansão da exploração e produção do setor de hidrocarbonetos no país, é importante delinear os efeitos ambientais diretos e indiretos dessa indústria sobre a parte Sudeste da zona costeira detentora de abundante biodiversidade, especialmente nas regiões onde a atividade da cadeia produtiva petrolífera é mais intensa.

Estruturou-se este artigo, além desta parte introdutória, em três seções, além dessa introdução e das considerações finais. Na segunda seção, tratou-se dos aspectos relacionados à dinâmica da economia do petróleo no Brasil e sua exploração na zona costeira do Sudeste brasileiro. Na terceira seção, contextualizou-se a questão dos vazamentos de óleo e impactos ambientais na zona costeira, abordando-se também aspectos da legislação brasileira sobre poluição em águas, prevenção e resposta a incidentes. Na quarta parte, discute-se a aplicação dos *royalties* recebidos pelos municípios no que tange ao aspecto ambiental e desenvolvimento sustentável, sucedidas pelas nossas considerações finais na quinta seção. Na continuação, listaram-se as referências utilizadas no estudo.

² GANDRA, Alana. Produção brasileira de petróleo aumenta 4% em 2022, diz ANP. *Agência Brasil*, 2 jul. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/producao-brasileira-de-petroleo-aumenta-4-em-2022-diz-anp>. Acesso em: 31 jul. 2023.

³ COELHO JÚNIOR, Osmond. *Apresentação à Petrobras*. Pré-sal Petróleo S. A., 2023. Disponível em: https://www.presalpetroleo.gov.br/wp-content/uploads/2023/01/APRESENTACAO-A-PETROBRAS-site_-OSMOND-13-01-2023-1.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

⁴ O país ficou cinco anos sem rodadas de licitação (2008-2013), por conta de decisões políticas.

⁵ Devido a fatores como, o desaceleramento do crescimento econômico da China, a crise diplomática entre Irã e Arábia Saudita, e aumento de estoques de derivados nos Estados Unidos.

⁶ BRENT Crude Oil Prices - 10 Year Daily Chart. *Macrotrends*, 2023. Disponível em: <https://www.macrotrends.net/2480/brent-crude-oil-prices-10-year-daily-chart>. Acesso em: 31 jul. 2023.

2 Desenvolvimento do setor de P&G na zona costeira brasileira do sudeste brasileiro

Muitas atividades econômicas se desenvolvem e dependem do bom desenvolvimento da zona costeira, caso da exploração e produção de petróleo no Brasil, um dos principais setores econômicos do país, que acontece de forma predominantemente nas bacias marítimas da região Sudeste do Brasil. Dessa forma, discorreu-se, neste estudo, a respeito dos municípios recebedores de rendas do petróleo, localizados na área de abrangência da chamada província do pré-sal, os quais possuem, em seu território, vínculos com a indústria petrolífera.

O desenvolvimento econômico dos municípios costeiros produz uma série de benefícios, como o aumento do emprego, da renda, do parque industrial, e, por conseguinte, o Produto Interno Bruto (PIB) da região, que se espalha de forma intensa por todos os setores da economia. Isso gera um vetor de efeito cumulativo, que exerce pressão nas áreas costeiras, devido à concentração populacional inerente a esse processo de desenvolvimento⁷.

Oliveira e Coelho⁸ destacam que a ocupação sustentável da zona costeira brasileira é atualmente desordenada devido às limitações institucionais e normativas existentes no sistema jurídico do país. Apesar de possuir mais de 8.000 km de litoral, as atividades de exploração do território marítimo não estão em harmonia com a proteção ambiental, tanto em terra quanto no mar. A gestão dessa região é regulada pela Lei n.º 7.661/1988 e pelo Decreto n.º 5.300/2004. Porém, a implementação de uma gestão sustentável ainda não foi efetivada. Como resultado, problemas como a erosão do solo, poluição e exploração excessiva de recursos naturais têm sido observados, principalmente devido às construções irregulares na zona costeira.

Impactos ambientais podem ser positivos, quando, de alguma maneira, componentes do ambiente são beneficiados, ou negativos quando o equilíbrio ecológico

é afetado. Aspectos positivos podem ocorrer quando a biodiversidade local aumenta devido a atividades de plantio de árvores nativas em áreas desmatadas ou degradadas. Também, a construção de parques e reservas naturais contribuiria para a preservação de habitats e ecossistemas com a reintrodução de espécies ameaçadas por meio de programas de conservação.

Entre os aspectos negativos dos impactos ambientais, citam-se o desmatamento, a poluição do ar, a contaminação da água, a urbanização descontrolada, a exploração excessiva de recursos naturais como o caso do petróleo, e as mudanças climáticas.

No que tange à zona costeira brasileira, o crescimento populacional torna-se a principal preocupação porque faz com que as zonas costeiras usualmente excedam a sua capacidade de carga ambiental. Nesse sentido, a aglomeração urbana e a conseqüente valorização imobiliária transformam

[...] as regiões em algo amorfo, mero receptáculo das decisões otimizadas dos agentes econômicos. A concentração é um requisito do capitalismo global, portanto cabe ao Estado contrapor-se a tal tendência, reconstruindo espaços de articulação entre a economia e o território⁹.

Utiliza-se o termo “capacidade de carga” em várias áreas da ciência, e remonta à Teoria de Malthus (1798), sobre o crescimento da população humana, que influenciou estudos sobre demografia humana. Seidl e Tisdell¹⁰ citam que, desde o final dos anos 1960 e início da década de 1970, o conceito de capacidade de carga tem sido aplicado para captar, calcular e expressar os limites ambientais trazidos pela atividade humana em duas áreas principais de aplicação. Em primeiro lugar, na ecologia aplicada, em relação à gestão de habitats ou ecossistemas específicos, como pastagens ou animais selvagens, e à gestão do turismo. Em segundo lugar, a capacidade de carga tem sido empregada na ecologia humana para discutir e ilustrar os impactos ecológicos e os limites da crescente população humana e o aumento do consumo.

⁷ TURNER, R. K.; SUBAK, S.; ADGER, W. N. Pressures, trends, and impacts in coastal zones: interactions between socioeconomic and natural systems. *Environmental Management*, New York, v. 20, n. 2, p. 159-173, 1996.

⁸ OLIVEIRA, Carina Costa de; COELHO, Luciana. Os limites do planejamento da ocupação sustentável da zona costeira brasileira. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 126-150, 2015.

⁹ FRANÇA C. L.; GARIBE F. R. Políticas institucionais para o fomento ao desenvolvimento local. In: DOWBOR, I.; POCHMANN, M. (ed.). *Políticas para o desenvolvimento local*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2008. p. 313-336. p. 332.

¹⁰ SEIDL, Irmí; TISDELL, Clem A. Carrying capacity reconsidered: from Malthus population theory to cultural carrying capacity. *Ecological Economics*, v. 31, n. 3, p. 395-408, 1999. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800999000634>. Acesso em: 7 jul. 2023.

Briscoe¹¹ afirma que o planejamento de uso do solo deve considerar aspectos de conservação ambiental como um ato de responsabilidade, haja vista que são necessários investimentos maciços em infraestrutura porque simplesmente não é possível imaginar o bem-estar social e econômico sem proteger as pessoas e propriedade de inundações, secas, fornecimento de eletricidade a preço acessível, sistema de água e saneamento adequados.

Atinente a isso, os impactos ambientais relevantes nas cidades costeiras brasileiras têm, em sua origem, o crescimento desordenado, o qual teve a falta de responsabilidade e ética do poder público municipal local. Por impacto ambiental, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), por meio da Resolução 001/1986¹², o define como

[...] qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

- I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II – as atividades sociais e econômicas;
- III – a biota;
- IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V – a qualidade dos recursos ambientais.

Portanto, para o CONAMA, impacto ambiental decorre de atividades antrópicas. Essa preocupação entre geração de riquezas para o desenvolvimento regional e os impactos no meio ambiente foi bem exposta na seção 2 da primeira grande Lei Nacional de Política Ambiental conhecida por “National Environmental Policy Act” (NEPA)¹³, promulgada em 1969 nos Estados Unidos, cujos propósitos são:

declarar uma política nacional que encoraje a harmonia produtiva e agradável entre o homem e o

seu ambiente; promover esforços que impeçam ou eliminem os prejuízos para o ambiente e a biosfera e estimulem a saúde e o bem-estar do homem; enriquecer a compreensão dos sistemas ecológicos e dos recursos naturais importantes para a nação; e estabelecer um Conselho sobre a qualidade ambiental.

Para Taber¹⁴, os efeitos da NEPA têm sido de longo alcance porque estimulou o envolvimento dos cidadãos em questões ambientais, e abriu portas para mais estatutos ambientais federais. No entanto, se tornou pivô para grande parte do contencioso ambiental que se tornou característica do meio ambiente nos Estados Unidos nos dias de hoje.

3 Vazamentos de óleo e impactos ambientais na zona costeira

Analisando-se as intervenções diretas causadas pela atividade petrolífera e parapetrolífera na zona costeira brasileira do Sudeste brasileiro, com base em vários estudos de natureza interdisciplinar, constata-se que os danos ambientais existentes têm como força motriz o crescimento econômico como ponto de partida.

Nesse panorama, Giacomitti e Isaguirre-Torres¹⁵ salientam que “a complexidade do ambiente marinho traz dificuldades para que o sistema jurídico consiga apresentar boas soluções em termos de reparação ambiental”.

No que concerne à poluição causada nos oceanos e zonas costeiras em decorrência do petróleo, destaca-se que há quatro as origens de poluição causadas por óleo, sendo três antropogênicas, e uma de origem natural. Algumas passam despercebidas, e normalmente se divulgam apenas aquelas que representam uma pequena parte da quantidade total de poluição por óleo nos oceanos. Um relatório do *National Research Council* dos Estados Unidos¹⁶ cita que o petróleo atinge o oceano em relação

¹¹ BRISCOE, John. The financing of hydropower, irrigation, and water supply infrastructure in developing countries. *International Journal of Water Resources Development*, v. 15, n. 4, p. 459-491, 1999. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/213991468149964535/pdf/442140WP0Finan1Box0327386B01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2023.

¹² BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA n. 001, de 23 de janeiro de 1986*. Disponível em: <http://conama.mma.gov.br>. Acesso em: 7 mar. 2023.

¹³ NATIONAL ENVIRONMENTAL POLICY ACT. *The National Environmental Policy Act of 1969, as amended. Sec. 2 [42 USC § 4321]*. 1970. Disponível em: <https://ceq.doc.gov/laws-regulations/laws.html>. Acesso em: 7 mar. 2023.

¹⁴ TABER, Steven M. *Overview of the National Environmental Policy Act*. 1988. Disponível em: <https://taberlaw.wordpress.com/united-states-environmental-law-at-a-glance/the-national-environmental-policy-act/>. Acesso em: 7 mar. 2023.

¹⁵ GIACOMITTI, Renata Brockelt; ISAGUIRRE-TORRES, Katya R. Instrumentos públicos e privados para a reparação do dano ambiental causado por derramamento de óleo no mar sem origem definida: as manchas órfãs. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 200-215, 2015. p. 213.

¹⁶ NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Oil in the sea III: inputs, fates, and effects*. Washington, DC: The National Academies Press,

à sua extração, resultando em lançamentos de petróleo bruto e produtos refinados por atividades humanas associadas ao setor petrolífero. A natureza e o tamanho dessas liberações são altamente variáveis, mas restritas às áreas em que ocorre a exploração, estimando-se 262 mil barris introduzidos nos oceanos a cada ano, algo como 5% do total.

Uma segunda forma aparece durante o transporte de petróleo, que pode resultar em lançamentos de tamanhos variados, desde grandes derrames associados a petroleiros, como durante funções operacionais relativamente pequenas que ocorrem regularmente. Calcula-se que, aproximadamente, 1 milhão de barris de petróleo atinjam a cada ano os oceanos, equivalentes a 21% da entrada de óleo por motivos antropogênicos¹⁷.

Lançamentos de óleo no oceano também são motivados pelo consumo de petróleo, seja por proprietários individuais de automóveis e barcos, embarcações não petroleiras ou devido ao escoamento de óleo no mar proveniente das estradas e outras superfícies impermeáveis durante as tempestades. Em média, estima-se que 3,4 milhões de barris de petróleo entrem nos oceanos a cada ano dessa forma, perfazendo quase 70% do petróleo introduzido nos oceanos do mundo a partir de fontes antropogênicas¹⁸.

Acrescenta-se, no entanto, que a maior fonte de entrada de petróleo e gás natural nos oceanos é de origem natural, proveniente de fraturas e sedimentos do solo em áreas conhecidas como “vazamentos”. O estudo do *National Research Council* dos Estados Unidos¹⁹ estimou que, em média, aproximadamente, 4,2 milhões de galões de petróleo brotam do fundo do oceano anualmente, o que equivale a mais de 45% de todo o petróleo que atinge o ambiente marinho em nível mundial. Portanto, depreende-se, conforme Spiro e Stigliani²⁰, que o petróleo faz parte do ambiente natural marinho, dado

que, de acordo com Yakimov, Timmis e Golyshin²¹, há espécies de bactérias marinhas em várias famílias²² cuja dieta inclui compostos de petróleo. Na verdade, há, pelo menos, sete espécies de bactérias que podem sobreviver unicamente no petróleo.

Averiguando os registros de acidentes ocorridos no Brasil por derrames de óleo, ambientaram-se três situações: plataformas de exploração de petróleo e gás, transporte de petróleo por navios e oleodutos submarinos ou terrestres, como tem acontecido em escala crescente no Brasil nos últimos quatro anos devido a furtos em oleodutos. Para Cardoso²³, o maior índice de acidentes no setor de petróleo ocorre considerando o fato de esse segmento exigir maior atenção em relação ao cumprimento das normas previstas.

Em 2019, houve um dos maiores desastres ambientais na história do litoral brasileiro, quando um vazamento de óleo atingiu a região nordeste do país. O incidente começou a ser percebido em agosto daquele ano, quando grandes manchas de óleo começaram a aparecer nas praias do nordeste, afetando uma extensa faixa litorânea de, aproximadamente, 2.500 km.

O vazamento de óleo teve um impacto devastador nos ecossistemas marinhos, causando danos à fauna e flora da região, comprometendo a biodiversidade e a saúde dos ecossistemas costeiros. Esse desastre também teve graves consequências socioeconômicas para as comunidades locais, afetando diretamente o setor turístico e gerando impactos negativos na economia regional.

As autoridades brasileiras mobilizaram esforços para conter o avanço do óleo e limpar as praias, mas a dimensão do vazamento tornou o processo extremamente desafiador. A origem do vazamento ainda não foi completamente esclarecida, dificultando a responsabilização dos responsáveis.

Conforme Lawand Júnior, Silva e Oliveira²⁴, embora o petróleo tenha sido identificado como tendo

2003.

¹⁷ NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Oil in the sea III: inputs, fates, and effects*. Washington, DC: The National Academies Press, 2003.

¹⁸ NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Oil in the sea III: inputs, fates, and effects*. Washington, DC: The National Academies Press, 2003.

¹⁹ NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Oil in the sea III: inputs, fates, and effects*. Washington, DC: The National Academies Press, 2003.

²⁰ SPIRO, Thomas G., STIGLIANI, William M. *Química ambiental*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.

²¹ YAKIMOV, M. Michail; TIMMIS, Kenneth N.; GOLYSHIN, Peter N. Obligate oil-degrading marine bacteria. *Current Opinion in Biotechnology*, v. 18, n. 3, p. 257-266, 2007.

²² Incluindo Marinobacter, Oceanospiralles, Pseudomonas e Alkanivorax, conforme YAKIMOV, M. Michail; TIMMIS, Kenneth N.; GOLYSHIN, Peter N. Obligate oil-degrading marine bacteria. *Current Opinion in Biotechnology*, v. 18, n. 3, p. 257-266, 2007.

²³ CARDOSO, Luiz Cláudio. *Petróleo: do poço ao posto*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

²⁴ LAWAND JÚNIOR, A. E.; SILVA, C. D. A.; OLIVEIRA, L. P. F. Derramamento de óleo no nordeste brasileiro: Responsabilização e

características semelhantes aos provenientes de poços da Venezuela por meio de análise espectrométrica, não houve a identificação dos responsáveis e da causa do derramamento, o que dificulta a responsabilização e a subsequente reparação e/ou compensação pelos danos causados. Portanto, esse incidente se enquadra no que o direito ambiental denomina de mancha orfã, abordando-se, a partir disso, a responsabilidade civil.

Atinente a isso, Fonseca e Oliveira²⁵ sustentam que, considerando a gravidade e os prejuízos ambientais e socioeconômicos causados pelo derramamento de petróleo na zona costeira do Nordeste brasileiro, não se permite tratamento suave e percepções superficiais, mas sim a compreensão de que novas situações como essa podem acontecer. Isso enfatiza a necessidade de trazer ainda mais à tona a discussão dessa abordagem e seus impactos, de maneira crítica e estratégica, visando a uma ação estruturada e mais ágil.

Um ponto em comum desse derramamento de óleo no nordeste brasileiro foi o consenso de que o Plano Nacional de Contingência foi instituído com um atraso de 41 dias, em 11 de outubro de 2019, apesar de já haver impactado três estados (Pernambuco, Sergipe e Paraíba) com 19 praias afetadas em 2 de setembro de 2019. Além disso, a pressa do governo federal em atribuir culpa resultou na exclusão de países e entidades que poderiam colaborar com as investigações e ações de resposta.²⁶

desdobramentos. *Revista de Direito e Negócios Internacionais*, v. 1, p. 84-113, 2021. Disponível em: <https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/8/68>. Acesso em: 14 set. 2023.

²⁵ FONSECA, Itamara Lúcia; OLIVEIRA, Wagner Araújo. Desastres socioambientais, turismo e resiliência: reflexões sobre o vazamento de óleo na costa do Nordeste do Brasil. *Revista Turismo em Análise*, v. 32, n. 1, p. 120-140, 2021. DOI: 10.11606/issn.1984-4867.v32i1p120-140. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rta/article/view/180678>. Acesso em: 31 jul. 2023.

²⁶ PENA, P. G. L.; NORTHCROSS, A. L.; ANGELIM, M.; RÊGO, R. C. F. Derramamento de óleo bruto na costa brasileira em 2019: emergência em saúde pública em questão. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, p. 1-5, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/RdPv54PDWjxktvSjhJRCvTP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 set. 2023. SILVA, L. R. C. *Desastre ambiental causado por derramamento de petróleo no litoral do Ceará: um estudo sobre o ambiente, a saúde e o trabalho de pescadores e pescadoras artesanais*. 2021. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. LAWAND JÚNIOR, A. E.; SILVA, C. D. A.; OLIVEIRA, L. P. F. Derramamento de óleo no nordeste brasileiro: Responsabilização e desdobramentos. *Revista de Direito e Negócios Internacionais*, v. 1, p. 84-113, 2021. Disponível em: <https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/8/68>. Acesso em: 14 set. 2023. LENTIDÃO do governo agravou efeitos do derramamento de óleo, aponta relatório. *Agência Senado*, 4 nov. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/ma>

Portanto, o desastre de 2019 evidenciou a importância de aprimorar as políticas de prevenção e resposta a vazamentos de óleo, bem como reforçar a fiscalização das atividades petrolíferas na região costeira. Além disso, destacou a necessidade de investir em medidas de proteção dos ecossistemas marinhos e de conservação da biodiversidade para evitar danos ambientais irreversíveis em caso de acidentes dessa natureza no futuro.

Nesse contexto, Britto, Carvalho e Borba²⁷ consideram que, entre todas as etapas da produção de petróleo, a perfuração é a mais perigosa, pois há o risco de explosões com fluidos indesejados, uma situação indesejável. No entanto, as fases de transporte e produção também apresentam altos riscos e têm sido responsáveis por ocorrências de grande proporção que podem causar danos ao meio ambiente, devido à sua conexão direta com o mar, vegetação e animais.

Contudo, para Alcock e Arthur, Costa, Gomez e Green, citados por Alves²⁸, atualmente, a chance de ocorrência de derramamentos significativos de óleo é considerada baixa, devido aos avanços na tecnologia de perfuração de petróleo, apesar do aumento das operações e do comércio marítimo em todo o mundo. No entanto, pequenos vazamentos operacionais e impactos relacionados às atividades de exploração e produção de petróleo ainda são comuns. Nesse sentido, a maior petroleira que atua no Brasil, a Petrobras, melhorou sua política ambiental após alguns acidentes ambientais, buscando operar de forma mais segura e sustentável.

Diante desse cenário, o Brasil dispõe de Regulamentação sobre Poluição em águas sob jurisdição nacional e Planos de Preparação e Resposta a Incidentes que possam afetar o meio ambiente composta de duas Leis, sete Decretos e duas Resoluções do CONAMA elencadas no quadro 1.

terias/2022/11/04/comissao-diz-que-causas-das-manchas-de-oleo-no-litoral-ainda-sao-desconhecidas. Acesso em: 14 set. 2023.

²⁷ BRITTO, Alanny Cecília Siqueira; CARVALHO, Clara Zafira Oliveira Nunes; BORBA, Cláudio. Prevenção de acidentes ambientais em plataformas offshore. *Cadernos de graduação, Ciências exatas e tecnológicas Aracaju*, v. 3, n. 2, p. 105-120, mar. 2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernoexatas/article/download/3278/1696/9450>. Acesso em: 31 jul. 2023.

²⁸ ALVES, Jorge Amaro Bastos. *Impactos dos royalties do pré-sal no desenvolvimento dos municípios costeiros do sudeste brasileiro*. 2020. Tese (Doutorado em Ciência e Tecnologia Ambiental) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2020. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Jorge%20Amaro%20Bastos%20Alves.pdf>. Acesso em: 31 jul 2023.

Quadro 1 – Legislação brasileira sobre poluição em águas, prevenção e resposta a incidentes

Legislação Brasileira	Objetivo e escopo
Decreto 10.950 de 27 de janeiro de 2022	Dispõe sobre o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional.
Decreto 8.127, de 22/10/2013	Institui o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional, altera o Decreto 4.871, de 6 de novembro de 2003, e o Decreto 4.136, de 20 de fevereiro de 2002, e dá outras providências.
CONAMA 398, de 11/06/2008	Dispõe sobre o conteúdo mínimo do Plano de Emergência Individual (PEI) para incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional, originados em portos organizados, instalações portuárias, terminais, dutos, sondas terrestres, plataformas e suas instalações de apoio, refinarias, estaleiros, marinas, clubes náuticos e instalações similares, e orienta a sua elaboração.
Decreto 4.871, de 06/11/2003	Dispõe sobre a instituição dos Planos de Área para o combate à poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. O Plano de Área é um documento que contém as informações, medidas e ações referentes a uma área de abrangência definida pelo órgão ambiental, em função da concentração de portos, instalações portuárias, terminais, dutos ou plataformas e suas respectivas instalações de apoio, que visem integrar os diversos Planos de Emergência Individuais da área. São elaborados pelos responsáveis das instalações.

Legislação Brasileira	Objetivo e escopo
Decreto 4.136, de 22/10/2002	Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às infrações, às regras de prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, prevista na Lei 9.966, de 28 de abril de 2000, e dá outras providências.
Lei 9.966, de 28/04/2000	Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências.
CONAMA 269, de 14/09/2000	Regulamenta o uso de dispersantes químicos em derrames de óleo no mar.
Decreto 2.870, de 10/12/1998	Promulga a Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo, OPRC/90.
Decreto 2.508, de 04/03/1998	Promulga a Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios, MARPOL 73/78.
Lei 6.938, de 31/08/1981	Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus Fins e Mecanismos de Formulação e Aplicação, e dá outras providências. Princípio do “poluidor-pagador” no art. 4 inciso VII.
Decreto 83.540, de 04/06/1979	Regulamenta a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo, CLC/69.

Fonte: adaptada de Alves e Aaltonen²⁹.

Nesse contexto, estabeleceu-se no Brasil o Plano Nacional de Contingência (PNC) por meio do Decreto Federal n.º 8.127/2013³⁰, que versa sobre incidentes de

²⁹ ALVES, Elizabeth Nunes; AALTONEN, Markku. *Implementação do Plano Nacional de Contingência*. Brasília: Ibama, 2015. Disponível em: http://srala.org/wp-content/uploads/2015/11/ImplementaçãoPlanoNacionalContingência_Brasil_2015.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.

³⁰ BRASIL. *Decreto n. 8.127, de 22 de outubro de 2013*. Institui o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em

poluição por óleo em águas sob jurisdição nacional que determina responsabilidades, cria estrutura organizacional e define diretrizes, procedimentos e ações, visando a uma atuação coordenada de diversos órgãos da administração pública e entidades públicas e privadas. O principal objetivo do PNC é que haja uma capacidade de resposta efetiva quando da ocorrência de incidentes causados por poluição por óleo que possam afetar as águas sob jurisdição nacional, e minimizar danos ambientais. No âmbito do PNC, o Ministério do Meio Ambiente (MMA) é a autoridade nacional e ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) caberá as numerosas incumbências para a realização do PNC.

Todavia, Varella³¹ ressalta que o sistema adotado no Brasil segue um modelo de supervisão e regulação. Aplicam-se penalidades, e funcionários governamentais monitoram individualmente cada plataforma de petróleo. As regulamentações exigem que cada plataforma tenha um plano adequado às suas características específicas, e os fiscais devem controlar minuciosamente todos os aspectos. Tanto o IBAMA quanto a ANP fornecem pessoal para supervisionar os detalhes da extração e produção.

À vista disso, Varella³² também aponta duas questões preocupantes; primeiro, “[...] a mesma agência responsável pela promoção da produção de petróleo historicamente tem sido também responsável por controlar e fiscalizar as operações de segurança ambiental.” Em segundo lugar, “[...] há claramente falta de pessoal para realizar a fiscalização, o que, aliás, se repete em quase todos os departamentos responsáveis por qualquer fiscalização no país.”

O PNC foi atualizado por meio do Decreto n.º 10.950/2022³³, o qual estabelece responsabilidades, estruturas, diretrizes e procedimentos para garantir que órgãos públicos e privados atuem de forma coordenada em casos de poluição por óleo, buscando minimizar danos ao meio ambiente e proteger a saúde pública. O Decreto está alinhado à Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo, de 1990³⁴ (OPRC-90).

O Decreto também cria o Sistema de Informações Sobre Incidentes de Poluição por Óleo em Águas Sob Jurisdição Nacional (Sisnóleo) dentro do PNC, cujo objetivo é reunir e disseminar informações geográficas em tempo real relacionadas à prevenção, preparação e resposta a incidentes de poluição por óleo³⁵.

O PNC será ativado em situações de poluição por óleo de grande escala e importância nacional, quando as ações individuais dos responsáveis por estruturas fluviais ou marítimas/portuárias não forem suficientes para resolver o problema. O poluidor terá a obrigação de reembolsar totalmente o poder público pelos bens e serviços utilizados na operação para mitigar os impactos, informar imediatamente o incidente aos órgãos ambientais competentes e fornecer relatórios detalhados sobre a situação e as medidas tomadas³⁶.

Esse novo decreto pretende corrigir deficiências da regulamentação anterior, eliminando os Comitês Executivo e de Suporte e criando a Rede de Atuação Integrada, que será composta por representantes de diversos ministérios, além do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e da Casa Ci-

Águas sob Jurisdição Nacional, altera o Decreto n. 4.871, de 6 de novembro de 2003, e o Decreto n. 4.136, de 20 de fevereiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/413480/publicacao/15641147>. Acesso em: 31 jul. 2023.

³¹ VARELLA, Marcelo D. A necessidade de repensar os mecanismos de responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na Zona Econômica Exclusiva do Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 240-249, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/3460/pdf>. Acesso em: 13 set. 2023.

³² VARELLA, Marcelo D. A necessidade de repensar os mecanismos de responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na Zona Econômica Exclusiva do Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 240-249, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/3460/pdf>. Acesso em: 13 set. 2023. p. 245.

³³ BRASIL. *Decreto n. 10.950, de 27 de janeiro de 2022*. Dispõe sobre o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10950.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

³⁴ Ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 2.870/1998, e também à Lei n.º 9.966/2000, que trata da prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias em águas sob jurisdição nacional.

³⁵ BRASIL. *Decreto n. 10.950, de 27 de janeiro de 2022*. Dispõe sobre o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10950.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

³⁶ BRASIL. *Decreto n. 10.950, de 27 de janeiro de 2022*. Dispõe sobre o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10950.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

vil. A Autoridade Nacional será exercida pelo ministro do Meio Ambiente.

4 *Royalties* do petróleo e proteção ao meio ambiente

A indústria do petróleo corresponde a 15% do Produto Interno Bruto (PIB) industrial do país, sendo ainda um dos pilares do sistema energético nacional e responsável por mais de 40% do suprimento interno de energia³⁷.

Nesse âmbito, um relatório da Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Petróleo (ABESPetro)³⁸, com o apoio da Deloitte, apontou que o segmento de petróleo e gás está projetado a destinar R\$ 102 bilhões em investimentos no Brasil até o ano de 2025. Com essa alocação, criaram-se cerca de 525.000 oportunidades de trabalho nas esferas de exploração e produção de hidrocarbonetos no país.

Ainda de acordo com o relatório, a indústria de petróleo e gás tem a capacidade de explorar todo o potencial das reservas comprovadas no Brasil. No entanto, a busca por fontes de energia renováveis está diminuindo a procura por combustíveis fósseis, o que pode tornar as condições para a exploração dessas reservas desfavoráveis “em breve”. Além disso, as projeções indicam que a demanda interna por óleo e gás aumentará em 24,6% entre 2020 e 2030. Durante o mesmo período, a produção deve crescer 61,3%.

Destaca-se que esse movimento ascendente de investimentos do setor petrolífero aumentará os *royalties* pagos aos municípios, tendo em vista que essa renda serve para compensá-los pelos danos ambientais, e por consequência direta dos efeitos danosos intrínsecos de cunho social.

Esses municípios petrorrentistas têm de investir mais em sua infraestrutura urbana para receber mais po-

pulação residente e mais empresas ligadas à exploração de petróleo. A dinâmica de expansão da economia local naturalmente demanda trabalhadores de outros municípios e/ou de outros estados devido a especificidades de funções da indústria de óleo e gás, bem como pela atratividade e possibilidade de obter emprego local. Outros efeitos que atingem esses territórios costeiros são a especulação imobiliária devido ao assentamento da população trabalhadora do setor, o surgimento de bairros periféricos com pouca ou nenhuma infraestrutura, o aumento da carga sobre serviços públicos, entre outros.

Diante disso, a capacidade institucional dos municípios é posta à prova e as administrações públicas têm de demonstrar governabilidade não apenas para identificar corretamente a causa dos diversos problemas nas suas várias dimensões da sustentabilidade, mas, também, saber como agir com eficácia para encontrar soluções que resultem em bem-estar social para os municípios. Relativo a esse assunto, Ingraham³⁹ define e descreve, de forma precisa, a competência governamental.

É a capacidade de usar os recursos públicos sabiamente e direcioná-los para os objetivos desejados. É a capacidade de gerenciar programas e pessoas de forma eficaz. É a capacidade de avaliar se os objetivos estão sendo cumpridos. Todas estas capacidades ligam-se ao desempenho em de alguma forma. Sem dúvida, elas estão presentes em diferentes configurações e a diferentes graus em governos estaduais e locais. Algumas municipalidades desenvolveram bem a capacidade. Outros têm lutado.

Nesse panorama, infere-se que *royalties* do petróleo⁴⁰ e proteção ao meio ambiente são temas interligados, uma vez que envolvem a exploração dos recursos naturais e a necessidade de equilibrar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental.

No Brasil, a legislação que trata dos *royalties* do petróleo é a Lei n.º 9.478/1997, conhecida como a Lei do Petróleo⁴¹, que estabelece as regras de distribuição dos *royalties* entre os entes federativos (União, estados

³⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO E GÁS. *Panorama geral do setor de petróleo e gás: uma agenda para o futuro*. IBP, 2023. Disponível em: <https://www.ibp.org.br/personalizado/uploads/2023/04/panorama-geral-do-setor-og-22-03-2023-web.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.

³⁸ ABESPETRO. Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Petróleo. *Caderno ABESPetro*, 2022. Disponível em: <https://abespetro.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Caderno-ABESPetro-2022-Revisa%CC%83o-Final.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.

³⁹ INGRAHAM, Patricia W. *In pursuit of performance: management systems in state and local government*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007. p. 3.

⁴⁰ São pagamentos realizados pelas empresas que exploram petróleo e gás natural como compensação financeira pelos recursos naturais extraídos.

⁴¹ BRASIL. *Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.

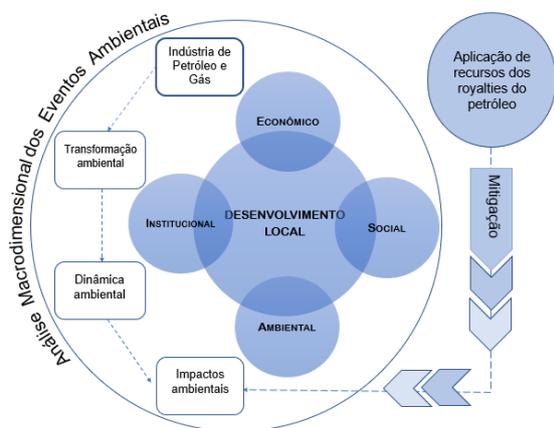
e municípios) e define as alíquotas a serem aplicadas. A Lei do Petróleo também prevê que parte dos recursos arrecadados com os *royalties* deve ser destinada a investimentos em setores como educação, saúde, infraestrutura e meio ambiente.

Os *royalties* do petróleo têm a finalidade de compensar os impactos causados pela exploração dos recursos naturais, incluindo os impactos ambientais. Dessa forma, parte dos recursos arrecadados com os *royalties* é destinada a investimentos em projetos e ações de proteção ambiental, como a preservação de áreas naturais, a recuperação de áreas degradadas e o desenvolvimento de tecnologias sustentáveis.

No entanto, os *royalties* do petróleo, por si só, não são suficientes para garantir uma proteção ambiental efetiva. É necessário também um conjunto de políticas públicas, fiscalização e participação da sociedade para assegurar a preservação do meio ambiente.

Nesse cenário, a exploração de petróleo e gás propicia impactos tanto na economia do petróleo, haja vistas, que alavanca o crescimento econômico do país gerando empregos, aumentando a receita governamental e promovendo o desenvolvimento de uma infraestrutura parapetrolífera, como também na chamada economia dos *royalties*, que permite aos municípios proverem serviços públicos e desenvolvimento local, mitigando os impactos ambientais decorrentes da economia do petróleo (figura 2).

Figura 2 – Análise macrodimensional da aplicação dos *royalties* do petróleo



Fonte: Alves⁴².

⁴² ALVES, Jorge Amaro Bastos. *Impactos dos royalties do pré-sal no desenvolvimento dos municípios costeiros do sudeste brasileiro*. 2020. Tese (Doutorado em Ciência e Tecnologia Ambiental) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2020. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/>

De acordo com Alves, Schmitz e Polette⁴³, entre 1999 e 2017, distribuíram-se R\$ 83,2 bilhões em *royalties* a 67 municípios costeiros produtores de petróleo dos estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo⁴⁴. Esse valor representou, em média, 9% da receita corrente desses municípios. 21 desses municípios são grandes beneficiários dessas rendas, conhecidos como municípios petrorrentistas (figura 3), cujo recebimento de *royalties* representou, em média, 31% do total da receita corrente durante esse período. A respeito desse montante recebido, consideram-se os *royalties* provenientes do pré-sal, que passaram a ser distribuídos a partir de 2010. Em apenas sete anos (2010-2017), os *royalties* do pré-sal atingiram R\$ 10,2 bilhões⁴⁵.

Figura 3 – Municípios costeiros recebedores de *royalties* de petróleo e gás – 2013-2017



Fonte: Alves⁴⁶.

pdf/Jorge%20Amaro%20Bastos%20Alves.pdf. Acesso em: 31 jul 2023.

⁴³ ALVES, Jorge; SCHMITZ, Arno; POLETTE, Marcus. Efeitos dos *royalties* do pré-sal sobre o desenvolvimento dos municípios costeiros do Sudeste brasileiro. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 20., 2020, Rio de Janeiro. *Proceedings* [...]. Rio de Janeiro: IBP, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.48072/2525-7579.rog.2020.533>. Acesso em: 14 set. 2023.

⁴⁴ Valores ajustados pelo IPCA para 2017. Incluem-se nesse montante as participações especiais.

⁴⁵ Valores ajustados pelo IPCA para 2017.

⁴⁶ ALVES, Jorge Amaro Bastos. *Impactos dos royalties do pré-sal no desenvolvimento dos municípios costeiros do sudeste brasileiro*. 2020. Tese (Doutorado em Ciência e Tecnologia Ambiental) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2020. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Jorge%20Amaro%20Bastos%20Alves.pdf>. Acesso em: 31 jul 2023.

No entanto, Alves⁴⁷ alerta para o fato de que

[...] os municípios não se aperceberam que *royalties* devem ser uma poupança para serem usados no futuro como mecanismo mitigador e/ou reparador de eventuais danos ambientais, bem como, instrumentos para se alcançar o desenvolvimento. Ao invés disso, os municípios no tempo presente, ao que tudo indica, se acostumaram com essa verba jorrando em seus cofres, não construindo uma base sustentável e diversificada para suas atividades econômicas, que lhes permitiria pavimentar um caminho para obter avanços nos índices de desenvolvimento local [...].

Mas, de acordo com o estudo de Alves, Schmitz e Polette⁴⁸, que avaliou os efeitos das rendas petrolíferas (*royalties* e participações especiais) do petróleo e gás da camada pré-sal, recebidos por 67 municípios costeiros do Sudeste do Brasil nos anos de 1999 e 2017 sobre o desenvolvimento local, medido por uma *proxy* do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), o IDHM foi 8,9% menor nos municípios costeiros recebedores de *royalties* do pré-sal, em comparação com o grupo de municípios que não receberam esses *royalties*.

Portanto, Alves, Schmitz e Polette⁴⁹ sustentam que as receitas provenientes do petróleo do pré-sal podem ajudar a financiar o crescimento e desenvolvimento econômico regional, no entanto, também podem ser mal administradas pelo setor público local e contribuir para incentivar a corrupção.

Em suma, os *royalties* do petróleo e a proteção ao meio ambiente são questões intrinsecamente ligadas, pois envolvem o uso responsável dos recursos naturais e a necessidade de equilibrar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental.

⁴⁷ ALVES, Jorge Amaro Bastos. *Impactos dos royalties do pré-sal no desenvolvimento dos municípios costeiros do sudeste brasileiro*. 2020. Tese (Doutorado em Ciência e Tecnologia Ambiental) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2020. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Jorge%20Amaro%20Bastos%20Alves.pdf>. Acesso em: 31 jul 2023. p. 188.

⁴⁸ ALVES, Jorge; SCHMITZ, Arno; POLETTE, Marcus. Efeitos dos royalties do pré-sal sobre o desenvolvimento dos municípios costeiros do Sudeste brasileiro. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 20., 2020, Rio de Janeiro. *Proceedings* [...]. Rio de Janeiro: IBP, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.48072/2525-7579.rog.2020.533>. Acesso em: 14 set. 2023.

⁴⁹ ALVES, Jorge; SCHMITZ, Arno; POLETTE, Marcus. Efeitos dos royalties do pré-sal sobre o desenvolvimento dos municípios costeiros do Sudeste brasileiro. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 20., 2020, Rio de Janeiro. *Proceedings* [...]. Rio de Janeiro: IBP, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.48072/2525-7579.rog.2020.533>. Acesso em: 14 set. 2023.

No entanto, é fundamental que os municípios beneficiados pelos *royalties* compreendam a importância de utilizar esses recursos de forma sustentável e planejada, para que possam ser utilizados como mecanismos mitigadores de danos ambientais e como instrumentos para alcançar um desenvolvimento local consistente e diversificado

Dessa forma, a participação ativa da sociedade, a implementação de políticas públicas adequadas e a visão de longo prazo são essenciais para garantir a proteção efetiva do meio ambiente e a promoção do desenvolvimento sustentável.

5 Considerações finais

Diante do exposto, políticas efetivas de conservação da biodiversidade e dos ecossistemas devem buscar reduzir as pressões socioeconômicas sobre o meio ambiente. O estudo ressaltou a relevância da cadeia produtiva da indústria de petróleo e gás na economia brasileira, destacando a importância da produção de petróleo e gás para o país, no polígono do pré-sal no âmbito do cenário mundial das reservas de petróleo.

Todavia, destaca-se que o desenvolvimento econômico dessa indústria também está relacionado a impactos ambientais, como a poluição do meio marinho por derrames de óleo, o crescimento desordenado de cidades costeiras e a pressão sobre os recursos naturais.

Dessa forma, a capacidade institucional dos municípios costeiros foi um ponto central abordado nas análises. A expansão da indústria petrolífera implica um crescimento populacional nessas regiões, demandando maior infraestrutura urbana e serviços públicos. Nesse contexto, os governos locais têm o desafio de equilibrar o desenvolvimento econômico com a proteção ambiental, garantindo o bem-estar da população e a preservação dos ecossistemas.

Assim, os *royalties* do petróleo emergem como uma fonte de recursos importantes para os municípios costeiros. Porém, é necessário que essas receitas sejam utilizadas pelos municípios de forma planejada e sustentável, no que tange a investimentos em infraestrutura e serviços públicos, projetos de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável, a fim de mitigar os im-

pactos causados pela exploração petrolífera e garantir a qualidade de vida da população local.

Por fim, é fundamental que os municípios e o governo federal trabalhem em conjunto para fortalecer a gestão ambiental e garantir a aplicação efetiva de leis e planos de contingência para prevenir e responder a incidentes de poluição por óleo. A conscientização sobre os impactos ambientais e a busca por soluções sustentáveis são essenciais para promover um desenvolvimento econômico responsável e equilibrado na zona costeira do Sudeste brasileiro.

Referências

- ABESPETRO. Associação Brasileira das Empresas de Serviços de Petróleo. *Caderno ABESPetro*, 2022. Disponível em: <https://abespetro.org.br/wp-content/uploads/2022/09/Caderno-ABESPetro-2022-Revisa%CC%83o-Final.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- ALVES, Elizabeth Nunes; AALTONEN, Markku. *Implementação do Plano Nacional de Contingência*. Brasília: Ibmama, 2015. Disponível em: http://srala.org/wp-content/uploads/2015/11/ImplementaçãoPlanoNacionalContingência_Brasil_2015.pdf. Acesso em: 20 fev. 2023.
- ALVES, Jorge Amaro Bastos. *Impactos dos royalties do pré-sal no desenvolvimento dos municípios costeiros do sudeste brasileiro*. 2020. Tese (Doutorado em Ciência e Tecnologia Ambiental) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2020. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Jorge%20Amaro%20Bastos%20Alves.pdf>. Acesso em: 31 jul 2023.
- ALVES, Jorge; SCHMITZ, Arno; POLETTE, Marcus. Efeitos dos royalties do pré-sal sobre o desenvolvimento dos municípios costeiros do Sudeste brasileiro. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE, 20., 2020, Rio de Janeiro. *Proceedings* [...]. Rio de Janeiro: IBP, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.48072/2525-7579.rog.2020.533>. Acesso em: 14 set. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA n. 001, de 23 de janeiro de 1986*. Disponível em: <http://conama.mma.gov.br>. Acesso em: 7 mar. 2023.
- BRASIL. *Decreto n. 10.950, de 27 de janeiro de 2022*. Dispõe sobre o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d10950.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.
- BRASIL. *Decreto n. 8.127, de 22 de outubro de 2013*. Institui o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional, altera o Decreto n. 4.871, de 6 de novembro de 2003, e o Decreto n. 4.136, de 20 de fevereiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/413480/publicacao/15641147>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- BRASIL. *Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 31 jul. 2023.
- BRENT Crude Oil Prices - 10 Year Daily Chart. *Macrotrends*, 2023. Disponível em: <https://www.macrotrends.net/2480/brent-crude-oil-prices-10-year-daily-chart>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- BRISCOE, John. The financing of hydropower, irrigation, and water supply infrastructure in developing countries. *International Journal of Water Resources Development*, v. 15, n. 4, p. 459-491, 1999. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/213991468149964535/pdf/442140WPOFinan1Box0327386B01PUBLIC1.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2023.
- BRITTO, Alanny Cecília Siqueira; CARVALHO, Clara Zafira Oliveira Nunes; BORBA, Cláudio. Prevenção de acidentes ambientais em plataformas offshore. *Cadernos de graduação, Ciências exatas e tecnológicas*, Aracaju, v. 3, n. 2, p. 105-120, mar. 2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernoexatas/article/download/3278/1696/9450>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- CARDOSO, Luiz Cláudio. *Petróleo: do poço ao posto*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.
- COELHO JÚNIOR, Osmond. *Apresentação à Petrobras*. Pré-sal Petróleo S. A., 2023. Disponível em: https://www.presalpetroleo.gov.br/wp-content/uploads/2023/01/APRESENTACAO-A-PETROBRAS-site_-OSMOND-13-01-2023-1.pdf. Acesso em: 31 jul. 2023.

- FONSECA, Itamara Lúcia; OLIVEIRA, Wagner Araújo. Desastres socioambientais, turismo e resiliência: reflexões sobre o vazamento de óleo na costa do Nordeste do Brasil. *Revista Turismo em Análise*, v. 32, n. 1, p. 120-140, 2021. DOI: 10.11606/issn.1984-4867.v32i1p120-140. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rta/article/view/180678>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- FRANÇA C. L.; GARIBE F. R. Políticas institucionais para o fomento ao desenvolvimento local. In: DOWBOR, L; POCHMANN, M. (ed.). *Políticas para o desenvolvimento local*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2008. p. 313-336.
- GANDRA, Alana. Produção brasileira de petróleo aumenta 4% em 2022, diz ANP. *Agência Brasil*, 2 jul. 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/producao-brasileira-de-petroleo-aumenta-4-em-2022-diz-anp>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- GIACOMITTI, Renata Brockelt; ISAGUIRRE-TORRES, Katya R. Instrumentos públicos e privados para a reparação do dano ambiental causado por derramamento de óleo no mar sem origem definida: as manchas órfãs. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 200-215, 2015.
- INGRAHAM, Patricia W. *In pursuit of performance: management systems in state and local government*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2007.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE PETRÓLEO E GÁS. *Panorama geral do setor de petróleo e gás: uma agenda para o futuro*. IBP, 2023. Disponível em: <https://www.ibp.org.br/personalizado/uploads/2023/04/panorama-geral-do-setor-og-22-03-2023-web.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- LAWAND JÚNIOR, A. E.; SILVA, C. D. A.; OLIVEIRA, L. P. F. Derramamento de óleo no nordeste brasileiro: Responsabilização e desdobramentos. *Revista de Direito e Negócios Internacionais*, v. 1, p. 84-113, 2021. Disponível em: <https://mlawreview.emnuvens.com.br/mlaw/article/view/8/68>. Acesso em: 14 set. 2023.
- LENTIDÃO do governo agravou efeitos do derramamento de óleo, aponta relatório. *Agência Senado*, 4 nov. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/11/04/comissao-diz-que-causas-das-manchas-de-oleo-no-litoral-ainda-sao-desconhecidas>. Acesso em: 14 set. 2023.
- MUELLER, Charles. *Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente*. Brasília: Editora UNB FINATEC, 2007.
- NATIONAL ENVIRONMENTAL POLICY ACT. *The National Environmental Policy Act of 1969, as amended. Sec. 2 [42 USC § 4321]*. 1970. Disponível em: <https://ceq.doe.gov/laws-regulations/laws.html>. Acesso em: 7 mar. 2023.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL. *Oil in the sea III: inputs, fates, and effects*. Washington, DC: The National Academies Press, 2003.
- OLIVEIRA, Carina Costa de; COELHO, Luciana. Os limites do planejamento da ocupação sustentável da zona costeira brasileira. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 126-150, 2015.
- PENA, P. G. L.; NORTHCROSS, A. L.; ANGELIM, M.; RÊGO, R. C. F. Derramamento de óleo bruto na costa brasileira em 2019: emergência em saúde pública em questão. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 36, p. 1-5, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/RdpV54PDWjxktvSjhJRCvTP/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 14 set. 2023.
- SEIDL, Irm; TISDELL, Clem A. Carrying capacity reconsidered: from Malthus population theory to cultural carrying capacity. *Ecological Economics*, v. 31, n. 3, p. 395-408, 1999. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800999000634>. Acesso em: 7 jul. 2023.
- SILVA, L. R. C. *Desastre ambiental causado por derramamento de petróleo no litoral do Ceará: um estudo sobre o ambiente, a saúde e o trabalho de pescadores e pescadoras artesanais*. 2021. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021.
- SPIRO, Thomas G., STIGLIANI, William M. *Química ambiental*. 2. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009.
- TABER, Steven M. *Overview of the National Environmental Policy Act*. 1988. Disponível em: <https://taberlaw.wordpress.com/united-states-environmental-law-at-a-glance/the-national-environmental-policy-act/>. Acesso em: 7 mar. 2023.
- TURNER, R. K.; SUBAK, S.; ADGER, W. N. Pressures, trends, and impacts in coastal zones: interactions between socioeconomic and natural systems. *Envi-*

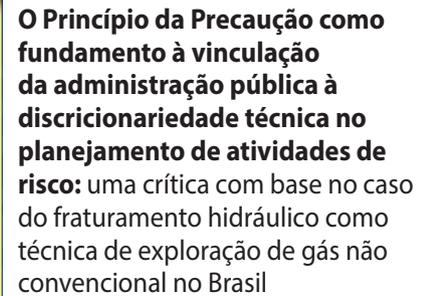
ronmental Management, New York, v. 20, n. 2, p. 159-173, 1996.

VARELLA, Marcelo D. A necessidade de repensar os mecanismos de responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na Zona Econômica Exclusiva do Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 240-249, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/3460/pdf>. Acesso em: 13 set. 2023.

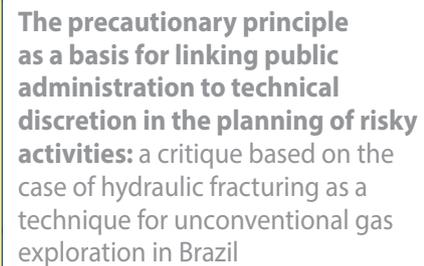
YAKIMOV, M. Michail; TIMMIS, Kenneth N.; GOLYSHIN, Peter N. Obligate oil-degrading marine bacteria. *Current Opinion in Biotechnology*, v. 18, n. 3, p. 257-266, 2007.

The journal title is centered in a grey rounded rectangle. It reads 'REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL' in a large, white, serif font, with 'BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW' in a smaller, white, sans-serif font below it.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The article title is in a white rounded rectangle on the right side of the cover. It is written in a bold, black, sans-serif font.

O Princípio da Precaução como fundamento à vinculação da administração pública à discricionariedade técnica no planejamento de atividades de risco: uma crítica com base no caso do fraturamento hidráulico como técnica de exploração de gás não convencional no Brasil

The article subtitle is in a white rounded rectangle on the right side of the cover. It is written in a black, sans-serif font.

The precautionary principle as a basis for linking public administration to technical discretion in the planning of risky activities: a critique based on the case of hydraulic fracturing as a technique for unconventional gas exploration in Brazil

The author's name is in a white rounded rectangle on the right side of the cover. It is written in a black, sans-serif font.

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

The author's name is in a white rounded rectangle on the right side of the cover. It is written in a black, sans-serif font.

Isabella Maria Martins Fernandes

The volume information is in a grey rounded rectangle at the bottom center of the cover. It is written in a white, sans-serif font.

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

The special issue information is in a grey rounded rectangle at the bottom center of the cover. It is written in a white, sans-serif font.

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

O Princípio da Precaução como fundamento à vinculação da administração pública à discricionariedade técnica no planejamento de atividades de risco: uma crítica com base no caso do fraturamento hidráulico como técnica de exploração de gás não convencional no Brasil*

The precautionary principle as a basis for linking public administration to technical discretion in the planning of risky activities: a critique based on the case of hydraulic fracturing as a technique for unconventional gas exploration in Brazil

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes**

Isabella Maria Martins Fernandes***

* Recebido em 25/07/2023
Aprovado em 28/03/2024

** Professora Adjunta da Faculdade de Direito e do seu Programa de Pós-Graduação na Universidade de Brasília. Leciona e pesquisa nas áreas de Direito ambiental, Direito internacional Público, Direito internacional do Mar e Direito das águas. Colíder do Grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN) da Universidade de Brasília. Doutora (2014) em Direito pela Universidade de Aix-Marseille/França e pelo Centro Universitário de Brasília/Brasil, com bolsa de cotutela CAPES. Mestre (2009) e Bacharel (2007) em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Direito Internacional Ambiental (2008 - UNITAR-UNEP).
Email: gabrielalima@unb.br

*** Doutoranda e Mestre em Direito, Estado e Constituição na Universidade de Brasília - UnB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Cientista Ambiental pela Universidade de Brasília - UnB. Pesquisadora membro do Grupo de Pesquisa em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (GERN/UnB). Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável do UniCEUB. Foi pesquisadora-Adjunta do Observatório de Políticas Públicas Marítimas, Programa estratégico de fomento à pesquisa, parceria CAPES, Ministério da Defesa e Pró-Defesa IV. Foi Advogada Voluntária na Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Proteção Animal do Distrito Federal - SEMA/DF e na Defensoria Pública da União do Acre - DPU/AC, junto ao 5º Ofício Geral
Email: isabellamariamartinsf@gmail.com

Resumo

O procedimento que autorizou a licitação para o fraturamento hidráulico no Brasil permitiu alguns aprendizados sobre a aplicação do Princípio da Precaução no processo de tomada de decisão, já que a ausência de uma análise de risco adequada ensejou em uma equivocada autorização da licitação de blocos para a exploração de gás não convencional por fraturamento hidráulico, atividade de alto risco grave e irreversível de dano ambiental e hídrico. Pelo estudo de caso, considerando o referido procedimento de autorização, observou-se que é preciso que se opere pelo Princípio da Precaução desde a constatação da presença dos seus fundamentos ao processo de tomada de decisão: que as avaliações de risco tenham peso vinculatório no planejamento sobre a posterior execução ou não de uma atividade, com base na discricionariedade técnica — ou seja, aquela que, mesmo na análise de conveniência e oportunidade, além dos limites legais estabelecidos, tem respaldo com grau vinculativo nos resultados dos estudos técnicos. Ademais, evidenciou-se a necessidade de uma compreensão da distinção entre etapa de planejamento (prévia à licitação) e execução (posterior à licitação), e que em ambas incluem o Princípio da Precaução e, assim, a sua eficácia jurídica está na criação de obrigações de avaliações de risco, que podem tanto decorrer de lei como também do poder regulatório competente para o planejamento da atividade, e, assim, advir de normas como decretos, resoluções, entre outras, a fim de guiarem a tomada de decisão de maneira preventiva, excluindo-se, desde o planejamento, áreas com elevado risco de dano, entre outros resultados desses estudos técnicos.

Palavras-chave: Princípio da Precaução; estudos técnicos; avaliação de risco; discricionariedade técnica; fraturamento hidráulico; gás natural não convencional.

Abstract

The procedure that authorized the public bidding process for hydraulic fracturing in Brazil allowed some lessons about the application of the precautionary principle in the decision-making process, because the absence of an adequate risk analysis led to a mistaken authorization of the public bidding process concerning blocks for the exploration of unconventional gas by hydraulic fracturing, an activity with a high risk of serious and irreversible environmental and water damage. By this study, we learn that it is necessary to operate by the precautionary principle from the verification of the presence of its fundamentals to the decision-making process: that the risk assessments have binding weight in the public decision planning on execution or not of an activity - that is, the one that, even in the analysis of convenience and opportunity in setting the activity, by the State, has a binding degree support in the results of the technical studies (technical discretion). Thus, there is the need for an understanding of the distinction between the planning stage (prior to the public bidding process) and execution (after the public bidding process), and that both of them have the precautionary principle comprised in the creation of obligations of risk assessments, which may result from the law, as well as from rules such as decrees or resolutions, among others that result from the regulatory power that has competence attributed to the planning of the activity, in order to guide the decision-making process in a preventive manner, excluding, areas with high risk of damage, among other results of these technical studies.

Keywords: Precautionary Principle; technical studies; risk assessment; public decision (discretion); hydraulic fracturing; unconventional natural gas.

1 Introdução

Em relação ao estudo do procedimento que autorizou a licitação para o fraturamento hidráulico como técnica de exploração de gás não convencional no Brasil,

extraíram-se alguns ensinamentos sobre o Princípio da Precaução no Direito, haja vista a constatação de falhas na sua compreensão e obrigatoriedade de incidência em uma etapa de planejamento, por terem sido desconsideradas regras de avaliações de risco no respectivo processo de tomada de decisão. Trata-se de esclarecer algumas problemáticas que impedem uma melhor compreensão sobre a eficácia jurídica¹ do Princípio da Precaução: em primeiro lugar, essa eficácia jurídica também existe via poder regulatório (haja vista atuação adequada da competência material correspondente); em segundo, considerando-se esse poder regulatório, o princípio também atua na etapa de planejamento de uma atividade pelo Estado, que é prévia à licitação, à exigência de licenciamento ambiental e estudos de impacto relacionados; e, em terceiro, a efetividade jurídica² do Princípio da Precaução é condicionada à vinculação da tomada de decisão pública à discricionariedade técnica relacionada aos estudos e avaliações de risco desta etapa de planejamento. Por esse enfoque, ao mesmo tempo em que se distingue dos estudos existentes sobre o tema, também busca complementá-los³ e, com isso, o presente traba-

¹ Compreende-se o estudo da eficácia jurídica como a análise da qualidade da norma para alcançar os efeitos para os quais ela foi criada. É proporcional à aceitação da norma pela sociedade, havendo, nesse sentido, condições fáticas de ser cumprida, preferencialmente de maneira voluntária. É distinta de efetividade jurídica, sendo esta, a análise dos resultados da implementação da norma jurídica. Sobre o assunto, ver: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas, SP: Bookseller, 2000. v. 4. p. 35; BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001. p. 47-48; VARELLA, Marcelo Dias; LAUTENSCHLAGER, Lauren L. Critérios de efetividade na proteção ambiental. *NOMOS*, v. 36, n. 1, p. 297-304, jan./jun. 2016.; LIMA, Gabriela G. B.; CRISPIM, Bianca A. A construção da efetividade da norma jurídica pelo enfoque positivista e a superação pelo pós-positivismo. *Universitas Jus*, n. 16, p. 26-43, jan./jul. 2008.; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 247.

² A efetividade jurídica é o real cumprimento dos objetivos da norma jurídica. VARELLA, Marcelo Dias; LAUTENSCHLAGER, Lauren L. Critérios de efetividade na proteção ambiental. *NOMOS*, v. 36, n. 1, p. 297-304, jan./jun. 2016.

³ Entre os estudos sobre o princípio da precaução, riscos ambientais e o fraturamento hidráulico, destacam-se BURGEL, Caroline Ferri. *Fracking e proteção dos recursos hídricos no Brasil: uma análise do marco regulatório sob a ótica do princípio de precaução*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2022.; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Os perigos do fracking: a exploração do xisto e a regulamentação territorial contra riscos e desastres*. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320593535_Os_Perigos_do_Fracking_A_exploracao_do_xisto_e_a_regulamentacao_territorial_contra_riscos_e_desastres. Acesso em: 14 jul. 2023.; LIMA, Arnaldo Santos de. *Eco-governamentalidade e governança de recursos energéticos: entre a prática e o discurso na ação coletiva dos polos gaúchos de biodiesel e dos folhelhos texa-*

lho intenta contribuir, de maneira original, com a área de pesquisa do Princípio da Precaução na condução de maneira preventiva da exploração de gás natural pela via não convencional no Brasil.

Do ponto de vista formal, o Princípio da Precaução é o fundamento para a exigência de criação de obrigações específicas como a exigência de avaliação de risco⁴. Na qualidade de princípio, é um conceito jurídico indeterminado⁵, mas com pontos de partida específicos — os seus fundamentos: grave risco de dano irreversível e incerteza científica⁶. A sua eficácia jurídica, contudo, não se limita a essa conexão com esses fundamentos e necessita da criação de obrigações voltadas à sua aplicação, como, por exemplo, a exigência de estudos técnicos

nos de Eagle Ford. 2016. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.; SANBERG, Eduardo *et al.* Abordagem técnica e legal acerca do fraturamento hidráulico no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS, 18., 2014, Belo Horizonte. *Anais* [...]. Belo Horizonte: ABAS, 2014. Disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/28292/18405>. Acesso em: 14 jul. 2023.; FERNANDES, Isabella Maria Martins. *A importância da aplicação procedimental e material do princípio da precaução como forma de prevenção ambiental no processo de tomada de decisão: uma análise do caso brasileiro de fraturamento hidráulico*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.; BUENO, Laura Machado de Mello; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Os perigos do fracking: a exploração do xisto e a regulamentação territorial contra riscos e desastres*. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320593535_Os_Perigos_do_Fracking_-_A_exploracao_do_xisto_e_a_regulamentacao_territorial_contra_riscos_e_desastres. Acesso em: 14 jul. 2023.

⁴ A associação do princípio da precaução às técnicas de avaliação de risco ambiental, perícia, estudos técnicos, entre outras, é estudada em: MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Direito e Ambiente*, Lusíada, Lisboa, n. 1, p. 292, 2008.; WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.; OLIVEIRA, Carina Costa de; MORAES, Gabriela G. B. Lima; FERREIRA, Fabrício Ramos (org.). *A interpretação do princípio da precaução pelos tribunais: análise nacional, comparada e internacional*. São Paulo: Pontes Editores, 2019.; VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey; ESMPU, 2004. entre outros.

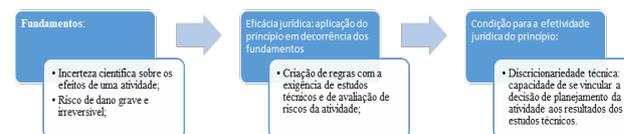
⁵ MARQUES, Meire A. Furbino. *Conceitos jurídicos indeterminados e atos administrativos discricionários*. Belo Horizonte: ARRAES Editores, 2017. p. 42.

⁶ Segundo o Princípio 15 da Declaração do Rio de 1992, com a finalidade de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades, de modo que, quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. ONU. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Conferência das Nações Unidas para o Meio ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 3-14 jun. 1992.

perante incertezas científicas, entre outras formas de avaliação de risco. Essas obrigações, por sua vez, podem advir do poder regulatório de uma atividade, considerando a competência material de atuação ambiental em conjunto com aquela relacionada à atividade que se pretende planejada pelo Estado (no caso, regulação de exploração de gás natural). Assim, a eficácia jurídica do Princípio da Precaução está na exigência de estudos e avaliações de risco também no momento do planejamento pelo Estado sobre como se dará a atividade de risco.

Diferentemente do que ocorreu no caso do fraturamento hidráulico, em uma etapa de planejamento de uma atividade pelo Estado, a efetividade jurídica do princípio refere-se a como o princípio limita (ou deveria limitar) a tomada de decisão pública de planejamento sobre onde pode ocorrer a autorização da exploração de uma atividade de risco, conforme a Figura 1.

Figura 1 - Esquema: eficácia e efetividade jurídica do princípio da precaução no processo de tomada de decisão de planejamento para decidir sobre a autorização ou não de uma atividade



Fonte: elaboração própria.

Os estudos prévios de diagnóstico ambiental devem ser capazes de limitar e direcionar o planejamento, pois, com isso, já se excluiriam locais de elevado risco de dano ambiental, que jamais seriam objetos de análise para a autorização de uma atividade. Um raciocínio de ação por precaução, por excelência, se direcionaria à atividade para onde ela poderia ocorrer, em vista dos possíveis impactos e alto risco de dano irreversível. Por isso, é inerente à eficácia jurídica do Princípio da Precaução a capacidade da obrigação de vincular o processo de tomada de decisão. Com isso, é possível o alcance da sua efetividade jurídica, pois se excluem desde o planejamento, as áreas de riscos ambientais, técnicas com elevado grau degradador, entre outras questões, consolidando-se o princípio da precaução porque preveniu-se a partir dos estudos e fomento do conhecimento de ordem técnica, decidindo-se, a partir daí, onde executar e como executar.

Essa interface entre o Princípio da Precaução como vínculo da tomada de decisão, ainda no momento do

planejamento da atividade, implica dizer que a decisão deve considerar os resultados dos estudos técnicos. Isso é especialmente relevante ao se analisar, como estudo de caso, a forma (insuficiente) na qual se aplicou o Princípio da Precaução ao procedimento que autorizou a licitação de blocos para a exploração de gás não convencional por fraturamento hidráulico no Brasil, apesar de uma ampla gama de riscos e incertezas inerentes à atividade. Antes de adentrar a análise propriamente dita, contudo, é importante esclarecer, ainda que brevemente, o que é o fraturamento hidráulico, alguns dos seus riscos, o caso brasileiro, e sobre a importância da avaliação de riscos e a discricionariedade técnica como mecanismos de aplicação do princípio da precaução.

O fraturamento hidráulico — em inglês, *hydraulic fracturing* — também denominado de “*fracking*”, é uma tecnologia utilizada para a extração de petróleo e gás natural não convencional⁷ de rochas subterrâneas⁸, que adota perfurações verticais e horizontais para fraturar a camada de rocha e liberar o gás de folhelho⁹ por meio

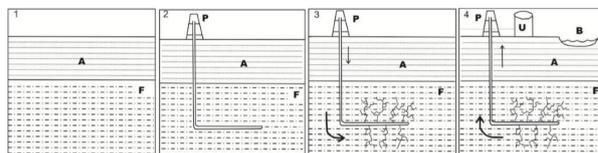
⁷ O gás natural não convencional também é chamado apenas de hidrocarboneto, ou gás de folhelho. É uma mistura de hidrocarbonetos, composta majoritariamente por metano (CH₄). Existem diversas categorias de gás não-convencional: gás aloado em reservatórios a grande profundidade (*deep gas*) ou em águas profundas (*deep water*), em formações muito pouco permeáveis (*tight gas*), gás de xisto [gás de folhelho] (*gas-containing shales*), gás de carvão (*coalbed methane*), gás de zonas geopressurizadas (*geopressurized zones*) e hidratos submarinos e árticos. SANTOS, E. M. (coord.). *Gás natural: estratégias para uma energia nova no Brasil*. São Paulo: Edição Annablume; Fapesp; Petrobrás, 2002.; ANP. *Nota Técnica n.º 09/2010-SCM*. Gás Natural Não-Convencional. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/movimentacao-estocagem-e-comercializacao-de-gas-natural/estudos-e-notas-tecnicas/g-nao-c/nota-tecnica-09-2010.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.

⁸ O gás não convencional é aquele retirado de rochas com baixa permeabilidade — os folhelhos. O folhelho é uma rocha geradora de óleo e gás que pode ser encontrada em profundidades diversas, geralmente superiores a 1500 metros. Essa rocha é geradora e reservatório do gás de folhelho, caracterizando um tipo de sistema petrolífero independente. Como esse sistema é pouquíssimo permeável, parte do óleo e/ou gás fica aprisionado nessas rochas, necessitando de técnicas especiais para sua retirada. Mais sobre o assunto: BRITANNICA ACADEMIC, *apud* FGV ENERGIA. O shale gás à espreita no Brasil: desmistificando a exploração de recursos de baixa permeabilidade. *Cadernos FGV Energia*, ano 6, n. 9, 2019. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27287/web_book_-_cadernofgv_-_shale_gas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 jul. 2023.

⁹ É incorreto chamar o gás de folhelho de gás de xisto: “o xisto é uma rocha metamórfica que sofreu grandes transformações geológicas, não possibilitando a geração de gás; o folhelho, por sua vez, é uma rocha sedimentar com grande quantidade de matéria orgânica que dá origem ao gás”. Sobre o tema: INSTITUTO DE PESQUI-

da injeção de água, a uma altíssima pressão, com areia e mais de 600 substâncias químicas. De modo geral, a atividade teve sua origem nos Estados Unidos¹⁰, é um método invasivo, que exige também o manuseio de equipamentos e maquinários para viabilizar a perfuração do poço. Todas as fases da perfuração do poço e extração do gás podem causar impactos ambientais e sociais¹¹. Na figura a seguir representa-se um modelo simplificado de fraturamento hidráulico fora de escala.

Figura 2 - Fraturamento hidráulico



Fonte: SANBERG *et al.*, 2014¹².

Na figura acima, no quadrante 1, a camada “F” representa um folhelho, e a camada “A” representa as camadas superiores que podem conter água; no quadrante 2, “P” é o poço de injeção/extração e no quadrante 3, observa-se a injeção da solução de fraturamento hidráulico; e, no quadrante 4, o gás é liberado e migra para a

SAS TECNOLÓGICAS. *Gás de folhelho: estudo de pré-viabilidade busca analisar potencialidade e impacto do insumo no Estado de São Paulo*. São Paulo: IPT, 2012. Disponível em: <http://www.ipt.br/noticia/616.htm>. Acesso em: 23 jul. 2023.

¹⁰ A produção do gás de folhelho foi iniciada nos Estados Unidos com a perspectiva de substituição do petróleo até o ano de 2040. Entretanto, a disseminação das novas técnicas de produção por fraturamento hidráulico e a subsequente produção de recursos não-convencionais em larga escala, tomaram maior vulto ao final da década de 1990. Em 2005, o Governo George Bush editou a lei das Exceções, isentando as empresas produtoras de gás não convencional de obedecerem ao *Clean Water Act.*, o que viabilizou a implantação de diversos campos de extração de gás não convencional nos Estados Unidos. Sobre o tema: LIMA, Arnaldo Santos de. *Eco-governamentalidade e governança de recursos energéticos: entre a prática e o discurso na ação coletiva dos polos gaúchos de biodiesel e dos folhelhos texanos de Eagle Ford*. 2016. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 196.

¹¹ PEREIRA, Ana Paula Martins; LIMA, Pryscylla Gomes de. A técnica do fracking no contexto da justiça ambiental. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 2., 2017, Londrina PR. *Anais [...]*. Londrina-PR: UEL, 2017. Disponível em: <https://www.congressoservicosocialuel.com.br/anais/2017/assets/134169.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

¹² SANBERG, Eduardo *et al.* Abordagem técnica e legal acerca do fraturamento hidráulico no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS, 18., 2014, Belo Horizonte. *Anais [...]*. Belo Horizonte: ABAS, 2014. Disponível em: <https://aguas-subterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/28292/18405>. Acesso em: 14 jul. 2023.

superfície através do duto preferencial (poço). O gás é conduzido ao pré-tratamento em uma usina local (U) e transmitido para uma Usina de maior porte e posterior distribuição. A bacia B, no quadrante 4, representa área para armazenamento temporário de efluentes líquidos¹³.

A água utilizada no procedimento é misturada com areia e cerca de 150 mil litros de até 600 produtos químicos, incluindo substâncias cancerígenas e toxinas conhecidas, tais como urânio, mercúrio, metanol, rádio, ácido hidrocloreídrico, formaldeído, entre outras. Esses produtos podem escapar e contaminar as águas subterrâneas em torno do local. Para se defender, a indústria sugere que os incidentes de poluição resultam de má prática, em vez de se tratar de uma técnica inerentemente arriscada¹⁴.

O fraturamento hidráulico é certamente uma escolha na contramão das medidas de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas, tanto pela emissão de metano — gás de estufa até 100 vezes maior em calor absorvente do que o dióxido de carbono¹⁵ — como pelo uso de água capaz de interferir na sua disponibilidade e qualidade, já que entre 7 e 30 milhões de litros de água são injetados em cada poço¹⁶ e a sua exploração excessiva pode causar a exaustão dos sistemas hídricos regionais¹⁷. Há, ainda,

a possibilidade de contaminação dos lençóis freáticos e superficiais por cerca de 600 substâncias químicas, diversas tóxicas e cancerígenas, que, ao serem injetadas nos poços, penetram, gradualmente, no subsolo e afloram até a superfície. É possível também que ocorra a poluição da água pelo metano, o que pode, inclusive, chegar às torneiras, tornando a água inflamável (com risco de explosões) e imprópria para o consumo¹⁸.

No Brasil, em vista da preocupação com os riscos de danos ambientais, às águas subterrâneas e à saúde, o Ministério Público Federal buscou impedir a continuidade da 12ª Rodada de leilões relacionada ao fraturamento hidráulico no judiciário, com fundamento no Princípio da Precaução¹⁹. Ademais, houve a elaboração de algumas normas estaduais e municipais que proibiram a exploração de gás natural não convencional por fraturamento hidráulico, a exemplo da Lei estadual n.º 19.878/2019

¹³ SANBERG, Eduardo *et al.* Abordagem técnica e legal acerca do fraturamento hidráulico no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS, 18., 2014, Belo Horizonte. *Anais* [...]. Belo Horizonte: ABAS, 2014. Disponível em: <https://aguas-subterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/28292/18405>. Acesso em: 14 jul. 2023.

¹⁴ COALIZÃO NÃO FRACKING BRASIL. *O que é fracking?* Disponível em: <https://naofrackingbrasil.com.br/o-que-e-fracking/#>. Acesso em: 11 jul. 2023.

¹⁵ HOWARTH, Robert W. Methane emissions and climatic warming risk from hydraulic fracturing and shale gas development: implications for policy. *Energy and Emission Control Technologies*, v. 3, p. 45-54, 2015. Disponível em: <https://www.dovepress.com/getfile.php?fileID=27470>. Acesso em: 27 jun. 2023.

¹⁶ Calcula-se que um poço normal exija uma média de 11 milhões a 30 milhões de litros d'água durante o seu tempo de vida. BUENO, Laura Machado de Mello; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Os perigos do fracking: a exploração do xisto e a regulamentação territorial contra riscos e desastres*. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320593535_Os_Perigos_do_Fracking_-_A_exploracao_do_xisto_e_a_regulamentacao_territorial_contra_riscos_e_desastres. Acesso em: 14 jul. 2023.

¹⁷ Um estudo da Agência de Proteção Ambiental dos Estados Unidos (EPA), de 2016, demonstrou que os desafios para o acesso à água potável são maiores onde há fraturamento hidráulico, que interfere no balanço da disponibilidade de água em relação à demanda, particularmente em razão do declínio das águas subterrâneas, decorrente da atividade. EPA. *Hydraulic fracturing for oil and gas: impacts from the hydraulic fracturing water cycle on drinking water resources in the United States*. EPA-600-R-16-236ES, dec. 2016. Disponível em: <https://www.epa.gov/sites/default/files/2016-12/documents/>

hfdwa_executive_summary.pdf. Acesso em: 27 jun. 2023.

¹⁸ BUENO, Laura Machado de Mello; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Os perigos do fracking: a exploração do xisto e a regulamentação territorial contra riscos e desastres*. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320593535_Os_Perigos_do_Fracking_-_A_exploracao_do_xisto_e_a_regulamentacao_territorial_contra_riscos_e_desastres. Acesso em: 14 jul. 2023.

¹⁹ Um exemplo nesse sentido que veremos mais a frente na presente análise: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5. Turma). *Apelação/Reexame necessário n.º 0005610-46.2013.4.01.4003/PI*. Constitucional e administrativo. Ação Civil Pública. Licitação. 12ª rodada de leilões para exploração de gás não convencional [...]. Relatora: Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa. Piauí, 30 de outubro de 2019. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=00056104620134014003>. Acesso em: 10 jul. 2023. Para outros exemplos de ações no judiciário neste tema, ver: BURGEL, Caroline Ferri. *Fracking e proteção dos recursos hídricos no Brasil: uma análise do marco regulatório sob a ótica do princípio de precaução*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2022.; FERNANDES, Isabella Maria Martins. *A importância da aplicação procedimental e material do princípio da precaução como forma de prevenção ambiental no processo de tomada de decisão: uma análise do caso brasileiro de fraturamento hidráulico*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021. entre outros.

do Paraná²⁰, a Lei estadual n.º 17.766/2019 de Santa Catarina²¹, entre outras²².

Por outro lado, há interesse na sua exploração. O Brasil é detentor de grandes reservas de gás natural, a partir da exploração dos recursos do Pré-sal, que indicou uma produção de gás natural associada ao petróleo²³. O país conta também com reservas de gás não convencionais, que incluem o gás de folhelho que necessita do uso da técnica de fraturamento hidráulico²⁴, e foi ranqueado como o 10º país com mais reservas de gás de folhelho do mundo²⁵. Identificaram-se reservas de

gás de folhelho nas bacias do Paraná, Solimões, Amazonas, Parecis, Parnaíba, Recôncavo e São Francisco. São reservas dimensionadas²⁶ na ordem de 369.188 milhões de m³, a maior parte vinda do Amazonas, Maranhão, Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo. No Sul, há estudos de reservas de gás não convencional, já a região Sudeste é responsável por 79% das reservas de gás natural, boa parte oriunda do Pré-sal²⁷.

O gás natural em terra, tanto convencional quanto não convencional, vem sendo priorizado pelo governo brasileiro e é parte essencial das opções de política energética do Brasil. Exemplos disso são os programas governamentais como o Gás para Crescer e o Programa para Revitalização da Atividade de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural em Áreas Terrestres (REATE)²⁸ — que incentiva a exploração de recursos de baixa permeabilidade, em especial, folhelhos usando a técnica de fraturamento hidráulico²⁹.

²⁰ PARANÁ. *Lei Estadual n. 19.878, de 3 de julho de 2019*. Proíbe a exploração do gás de xisto no Estado do Paraná pelo método de fratura hidráulica – fracking. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=379296>. Acesso em: 10 jul. 2023.

²¹ SANTA CATARINA. *Lei n. 17.766, de 13 de agosto de 2019*. Estabelece normas e critérios básicos de precaução e preservação do solo, do meio ambiente, fauna e flora, proteção e defesa da saúde, mediante combate preventivo e controle da poluição, conservação da natureza e dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações [...]. Disponível em: http://leis.ale.sc.gov.br/html/2019/17766_2019_lei.html#:~:text=Estabelece%20normas%20e%20crit%C3%A9rios%20b%C3%A1sicos,e%20estabelece%20diretrizes%20%C3%A0s%20atividades. Acesso em: 10 jul. 2023.

²² Essas legislações não são objetos de estudo aqui. Mais sobre o assunto: BURGEL, Caroline Ferri. *Fracking e proteção dos recursos hídricos no Brasil: uma análise do marco regulatório sob a ótica do princípio de precaução*. Caxias do Sul, RS: Educ, 2022.; FERNANDES, Isabella Maria Martins. *A importância da aplicação procedimental e material do princípio da precaução como forma de prevenção ambiental no processo de tomada de decisão: uma análise do caso brasileiro de fraturamento hidráulico*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.; ARANA, André; ARANA, Alba Regina Azevedo; SANTOS, Silas Silva. Análise das implicações ambientais do fraturamento hidráulico no Brasil. *Novos Cadernos NEAE*, v. 25, n. 1, p. 79-102, jan./abr. 2022.

²³ IBP. *Gás do pré-sal: oportunidades, desafios e perspectivas: cooperação e pesquisa IBP-UFRJ*. 2017. Disponível em: https://www.ibp.org.br/personalizado/uploads/2017/04/2017_TD_Gas_do_Pre_Sal_Oportunidades_Desafios_e_Perspectivas-1.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

²⁴ COSTA, Hirdan K. de Medeiros; PETRY, Paola Mercadante; RAMOS, Karina Ninni. Atualizações da exploração de gás não convencional no Brasil. *Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental*, Florianópolis, v. 9, n. esp, p. 237-258, fev. 2020. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/8698/4851. Acesso em: 25 jul. 2023.

²⁵ Segundo o estudo *Advanced Resources International* (ARI), encomendado pelo Departamento de Energia dos EUA (DOE) e publicado em 2013. Esse trabalho estimou o potencial de gás e de óleo não convencionais em 41 países, com um total de 95 bacias de folhelho. No território brasileiro, o levantamento focou em três reservas localizadas nas bacias do Paraná, Solimões e Amazonas, estimando um total de 245 trilhões de pés cúbicos (TCF) de gás de folhelho. Um estudo anterior, de 2012, realizado pela ANP, apontou estimativas em outras quatro bacias: Parecis, Parnaíba, Recôncavo e São Francisco. Somando-se com o obtido pela EIA, o volume de

gás de folhelho no Brasil seria de 533 TCF, aproximadamente 15,1 trilhões de m³. Sobre o assunto: COSTA, Hirdan K. de Medeiros; PETRY, Paola Mercadante; RAMOS, Karina Ninni. Atualizações da exploração de gás não convencional no Brasil. *Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental*, Florianópolis, v. 9, n. esp, p. 237-258, fev. 2020. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/8698/4851. Acesso em: 25 jul. 2023. p. 240.

²⁶ São estimativas que precisariam de perfurações para comprovação da existência dessas reservas. COSTA, Hirdan K. de Medeiros; PETRY, Paola Mercadante; RAMOS, Karina Ninni. Atualizações da exploração de gás não convencional no Brasil. *Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental*, Florianópolis, v. 9, n. esp, p. 237-258, fev. 2020. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/8698/4851. Acesso em: 25 jul. 2023.

²⁷ FGV ENERGIA. *Boletim de conjuntura do setor energético*. Dez. 2018. p. 8.

²⁸ BRASIL. Ministério de Minas e Energia. REATE, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/reate-2020#:~:text=O%20Programa%20de%20Revitaliza%C3%A7%C3%A3o%20da,desenvolvimento%20regional%20e%20estimular%20a>. Acesso em: 10 jul. 2023.

²⁹ O programa propõe a autorização de um Projeto Piloto de fraturamento em pequena escala, também chamado poço transparente, para uma análise mais apurada dos riscos envolvidos e aquisição de conhecimento, assim como ampliar o conhecimento sobre a técnica de fraturamento hidráulico, principalmente para os órgãos ambientais, entre os entes públicos e toda a sociedade. DELGADO, Fernanda. Projeto poço transparente: testes para reservatórios de baixa permeabilidade: gerando conhecimento via avaliação ambiental prévia estratégica. *FGV Energia*, boletim energético, 2018. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/coluna_opiniao_-_poco_transparente_-_fernanda_delgado.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.

Além disso, a nova Lei do gás, n.º 14.134/2021, estabelece um novo marco legal para o setor e pretende formar um mercado de gás natural aberto, dinâmico e competitivo³⁰, contudo, não estabelece uma definição específica para gás não convencional. Com isso, adota-se tanto a definição de gás natural do art. 3º, inciso XXI, Lei n.º 14.134/2021, quanto do art. 6º, II da Lei do Petróleo (Lei n.º 9.478/1997)³¹, que o define como todo hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, incluindo gases úmidos, secos, residuais e gases raros.

Ademais, em dezembro de 2022, o governo brasileiro lançou o edital do projeto Poço Transparente, elaborado pelo Ministério de Minas e Energia (MME), entre outros, no contexto do Programa de Parceria de Investimentos vinculado ao Ministério da Economia. Este é um projeto piloto que incentiva a exploração de reservatórios não convencionais de petróleo e gás por meio da técnica do fraturamento hidráulico³², sob a justificativa da necessidade de uma análise mais apurada dos riscos envolvidos e aquisição de conhecimento. O edital determina o período de dois anos — até dezembro de 2024 — para as empresas submeterem propostas para a exploração dos recursos não convencionais, que deverão ser analisadas pelo Ministério de Minas e Energia (MME). Ainda sobre a relevância do tema, destaca-se que o governo brasileiro está em negociação para financiar dutos de gás produzido por meio da técnica de

fraturamento hidráulico na Argentina, em *Vaca Muerta*, de onde parte o gasoduto Néstor Kirchner³³.

A propriedade dos minérios no Brasil, bem como a sua pesquisa e exploração, são bens e competência da União, respectivamente, garantidos pela Constituição Federal (CF) de 1988 em seus artigos 20, IX e 176, § 1º, cabendo à União conceder ou autorizar a prática da exploração mesmo que em propriedade particular. A União procede com a gestão das políticas energéticas brasileiras pela sua estrutura: o MME, no qual, dentre suas secretarias, destaca-se a Secretaria de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (SPG); há também o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)³⁴, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP³⁵) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Além dessas, as empresas estatais Petrobrás e Eletrobrás constituem os principais atores do setor de energia do Brasil. Na área ambiental, para fins de planejamento, estes entes devem dialogar, principalmente, com o Ministério do Meio Ambiente (MME), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos (IBAMA), entre outros entes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

A ANP, em 2013, leiloou blocos para a implementação da técnica do fraturamento hidráulico no Brasil, ao autorizar a 12ª Rodada de Licitação de Blocos, aberta pelo CNPE, por meio da Resolução n.º 06/2013 na Margem Equatorial brasileira. Se ofertou blocos da Bacias Sedimentares Potiguar, Ceará, Barreirinhas, Pará-Maranhão e Foz do Amazonas. Esses blocos de exploração estão localizados sobre os principais aquíferos

³⁰ Um dos objetivos da nova lei é aumentar a concorrência no mercado de Gás Natural, atraindo novos investidores, promovendo a competitividade na comercialização e consequentemente reduzindo os custos de produção e o preço final do gás para o consumidor, isso seria possível, por exemplo, em razão da alteração do regime de concessão para o regime de autorização. PORTAL DA INDÚSTRIA. *Nova Lei do Gás*: entenda o que é a nova lei e quais os seus benefícios. 2021. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/nova-lei-do-gas/#:~:text=A%20%20nova%20lei%20tem%20como,o%20pre%C3%A7o%20final%20ao%20consumidor>. Acesso em: 5 jul. 2023.

³¹ A Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo), também tida como Rodada Zero, finalizou o monopólio de exploração e produção de petróleo no Brasil. Para um histórico sobre os acontecimentos a partir da Rodada Zero, ver: BUENO, Laura Machado de Mello; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Os perigos do fracking: a exploração do xisto e a regulamentação territorial contra riscos e desastres*. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320593535_Os_Perigos_do_Fracking_-_A_exploracao_do_xisto_e_a_regulamentacao_territorial_contra_riscos_e_desastres. Acesso em: 14 jul. 2023.

³² BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Projeto poço transparente*. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/projeto-poco-transparente>. Acesso em: 13 jan. 2023.

³³ OTERO, Lara. Brasil pode financiar duto que trará gás produzido com fracking na Argentina. *ClimaInfo*, 23 jun. 2023. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2023/06/22/brasil-pode-financiar-duto-que-trara-gas-produzido-com-fracking-na-argentina/>. Acesso em: 23 jun. 2023. ANJOS, Anna Beatriz. Brasil pode apoiar obra que importará gás produzido com fracking na Argentina. *Pública*, Agência de Jornalismo Investigativo, 22 jun. 2023. Disponível em: <https://apublica.org/2023/06/brasil-pode-apoiar-obra-que-importara-gas-produzido-com-fracking-na-argentina/>. Acesso em: 23 jun. 2023.

³⁴ O CNPE é o órgão do setor elétrico brasileiro, presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, que assessora a Presidência da República para formulação de políticas e diretrizes de energia que assegurem o suprimento de insumos energéticos a todo o país. BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Instituições do setor elétrico brasileiro*. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/conheca-as-instituicoes-do-setor-eletrico-brasileiro-e-as-competencias-de-cada-uma>. Acesso em: 22 jun. 2023.

³⁵ A ANP é uma autarquia especial com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, vinculada ao MME, criada pela Lei n.º 9.478/1997, de 6 de agosto de 1997.

brasileiros, entre eles, Guarani, Parnaíba, Serra Geral, Bauru e São Francisco³⁶. Essa autorização, contudo, foi feita sem considerar estudos de avaliação de impacto ambiental associados ao próprio planejamento da exploração, como se verá na presente análise.

Das 240 áreas oferecidas³⁷, concederam-se 72, dentre as quais 54 tinham potencial para a presença de gás não convencional e exigiriam. Portanto, a aplicação da técnica de fraturamento hidráulico³⁸. É alta a estimativa do volume de gás não convencional que o Brasil possui. O volume é esperado nas bacias *onshore* do São Francisco, Recôncavo, Parecis, Parnaíba, Paraná, Potiguar, Solimões e Amazonas e nas bacias *offshore* da Foz do Amazonas e Pelotas³⁹.

Contudo, para o fraturamento hidráulico no Brasil, não há lei especializada no tema, sendo regulado via normas do poder executivo. Na área de prevenção e precaução de danos ambientais, interessa mencionar a Portaria Interministerial MME/MMA n. 198/2012, que institui o instrumento de Avaliação Ambiental de Área Sedimentar; a Portaria MMA/IBAMA n. 218/2012, que prevê a Análise Ambiental Prévia das áreas sedimentares a serem outorgadas pelo MME para exploração de petróleo e gás natural (art. 3º, I, Portaria MMA/IBAMA n. 218/2012); e a Resolução n.º 17, de 8 de junho de 2017 que revogou a Resolução n.º 8, de 21 de julho de 2003, no que tange à política de exploração e produção

de petróleo e gás natural, a qual orienta o planejamento e a realização de licitações.

É um cenário que deveria dar especial atenção à avaliação dos riscos diante das incertezas dessa nova fronteira exploratória, o que, todavia, pela análise da autorização da primeira rodada de licitação brasileira de fraturamento hidráulico, não ocorreu; pois, ainda que previstos normativamente como obrigatórios, a tomada de decisão pública decidiu por dar continuidade à autorização da licitação sem a finalização destes estudos (Avaliação Ambiental Prévia e Avaliação Ambiental de Área Sedimentar) — continuidade, contudo, impedida via judiciário, até o momento⁴⁰, sem, contudo, haver total consenso sobre a obrigatoriedade de instrumentos de avaliação de risco como o instrumento da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar, no momento prévio à licitação⁴¹. Considerando-se esse fato, relativo à decisão da administração pública, optou-se por continuar ainda que ausentes estudos técnicos exigidos em regulação do setor, que se permite a reflexão sobre a composição da eficácia e efetividade jurídica do Princípio da Precaução no momento do planejamento de uma atividade. Para essa compreensão sobre eficácia e efetividade ser fortalecida, argumenta-se o Princípio da Precaução como

³⁶ COALIZÃO NÃO FRACKING BRASIL. *O que é fracking?* Disponível em: <https://naofrackingbrasil.com.br/o-que-e-fracking/#>. Acesso em: 11 jul. 2023.

³⁷ A 12ª Rodada de Licitações (aberta pelo CNPE por meio da Resolução n.º 06/2013), teve a oferta de 240 blocos com risco exploratório, localizados em 13 setores de 7 bacias sedimentares brasileiras (Acre-Madre de Dios, Paraná, Parecis, Parnaíba, Recôncavo, São Francisco e Sergipe-Alagoas). Para mais sobre o assunto: BUENO, Laura Machado de Mello; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Os perigos do fracking: a exploração do xisto e a regulamentação territorial contra riscos e desastres*. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320593535_Os_Perigos_do_Fracking_-_A_exploracao_do_xisto_e_a_regulamentacao_territorial_contra_riscos_e_desastres. Acesso em: 14 jul. 2023.

³⁸ A Petrobras adquiriu a maior parte dessas áreas, operando exclusivamente ou por meio de consórcios. NORTON ROSE FULBRIGHT, *apud* FGV ENERGIA. *O shale gás à espreita no Brasil: desmistificando a exploração de recursos de baixa permeabilidade*. *Cadernos FGV Energia*, ano 6, n. 9, 2019. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27287/web_book_-_cadernofgv_-_shale_gas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 jul. 2023. p. 57.

³⁹ U.S. ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION. *Technically recoverable shale oil and shale gas resources*. Brazil. 2015. Disponível em: https://www.eia.gov/analysis/studies/worldshalegas/pdf/Brazil_2013.pdf. Acesso em: 14 jul. 2023.

⁴⁰ A exemplo das ações civis públicas (ACP): ACP 0005610-46.2013.4.01.4003, no Piauí; ACP 5005509-18.2014.4.04.7005 no Paraná; ACP 003065238.2014.4.01.3300, na Bahia; ACP 0006519-75.2014.4.03.6112, em São Paulo; ACP 0001849-35.2015.4.01.3001, no Acre; e ACP 0800366-79.2016.4.05.8500, em Sergipe. Porque não serão objeto de análise, para um estudo sobre os processos, ver: BURGEL, Caroline Ferri. *Fracking e proteção dos recursos hídricos no Brasil: uma análise do marco regulatório sob a ótica do princípio de precaução*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2022.; FERNANDES, Isabella Maria Martins. *A importância da aplicação procedimental e material do princípio da precaução como forma de prevenção ambiental no processo de tomada de decisão: uma análise do caso brasileiro de fraturamento hidráulico*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

⁴¹ Embora não diga respeito à 12ª Rodada atinente ao fraturamento hidráulico, destacou-se aqui o teor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 825 do Distrito Federal, no Supremo Tribunal Federal (STF), com acórdão de 03/08/2021, para mostrar que não há consenso sobre a obrigatoriedade de estudos de impacto em momento anterior ao licenciamento ambiental no setor de petróleo e gás natural. A ADPF n.º 825 diz respeito à 17ª Rodada de licitação de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF n.º 825/DF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Realização da 17ª rodada de licitação de blocos para exploração de petróleo [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Brasília, 03 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348880378&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2023.

fundamento para vincular a tomada de decisão do planejamento, aos estudos prévios exigidos via regulamentação.

Para um melhor esclarecimento das críticas acima, é preciso, em um primeiro momento, compreender que, na regulamentação da atividade de fraturamento hidráulico, no Brasil, há a criação de regras alinhadas ao princípio da precaução na etapa de planejamento da atividade (2). Em seguida, se esclarece a constatação da incipiente aplicação do Princípio da Precaução, haja vista a inobservância aos estudos técnicos socioambientais na primeira rodada de licitação brasileira em fraturamento hidráulico (3). A partir daí, é possível entender que sobre a eficácia e efetividade jurídica do Princípio da Precaução na etapa de planejamento de uma atividade atrelados à atuação regulatória de criação de obrigações de avaliações de risco e à vinculação da tomada de decisão à discricionariedade técnica resultante dessas avaliações (4).

2 A regulamentação da atividade de fraturamento hidráulico no Brasil como âmbito de criação de regras alinhadas ao Princípio da Precaução na etapa de planejamento da atividade

O fraturamento hidráulico adentra o setor energético, na área de exploração de gás natural. Para uma melhor compreensão da regulação do fraturamento hidráulico na sua relação com o Princípio da Precaução, primeiramente se observam as principais regras relacionadas à proteção ambiental na etapa de planejamento, com ênfase nos instrumentos de avaliação de riscos e danos na regulação do fraturamento hidráulico.

Atualmente, na ausência de lei federal, a regulação ocorre via atuação do poder executivo. De modo geral, sobre fraturamento hidráulico, há a Resolução ANP n.º 21/2014, que estabelece os requisitos a serem cumpridos pelos detentores de direitos de Exploração e Produção de Petróleo e Gás natural, que executarão a técnica de fraturamento hidráulico em reservatório não convencional. Especificamente acerca da proteção ambiental na etapa de planejamento, certamente incorporam o Princípio da Precaução: as restrições ambientais aponta-

das conjuntamente pelo MME e MMA (nos termos da Resolução n.º 17, de 8 de junho de 2017); as restrições ambientais oriundas de Análise Ambiental Prévia resultante do trabalho do Grupo de Trabalho Interinstitucional de Atividades de Exploração e Produção de Óleo e Gás (GTPEG), regulado pela Portaria MMA/IBAMA n. 218/2012; e às restrições ambientais decorrentes da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar, prevista na Portaria Interministerial MME/MMA n. 198/2012.

Por essa regulação acima, o planejamento de outorga de áreas para exploração de gás e petróleo deve considerar estudos multidisciplinares de avaliações ambientais de bacias sedimentares, que contemplarão um diagnóstico socioambiental com a identificação dos potenciais impactos socioambientais (art. 6º da Resolução n.º 17, de 8 de junho de 2017). De modo alternativo, para as áreas que ainda não tenham sido concluídos os estudos, as possíveis restrições ambientais serão sustentadas de maneira conjunta do MME e MMA, podendo ser complementadas por pareceres dos órgãos estaduais responsáveis pelo licenciamento ambiental (§2º do art. 6º da Resolução n.º 17, de 8 de junho de 2017). Assim, a norma condiciona a sustentação de restrições ambientais de exclusão de determinada área do processo de licitação para exploração, ao fato de que ainda não tenham sido concluídos os estudos sobre essa área⁴².

Os estudos ambientais, por sua vez, são de competência material que integra a atuação do SISNAMA. Regulamentou-se essa atuação na Portaria MMA/IBAMA n.º 218/2012, que estabelece competência do Grupo de Trabalho Interinstitucional de Atividades de Exploração e Produção de Óleo e Gás (GTPEG), em realizar a Análise Ambiental Prévia das áreas sedimentares a serem outorgadas pelo Ministério de Minas e Energia para exploração de petróleo e gás natural (Art. 3º, inciso I, da Portaria MMA/IBAMA n. 218, de 27 de junho de 2012). O Grupo é formado por várias instituições e setores e coordenado pelo IBAMA⁴³, com a função

⁴² Ressalta-se que, na norma anteriormente em vigor, relativa à Resolução 08, de 21 de julho de 2003, não havia esse condicionamento da identificação de restrições ambientais à não conclusão dos estudos sobre avaliação ambiental de bacias sedimentares. A norma antiga apenas mencionava em seu inciso V, do art. 2º, que as áreas a serem selecionadas para licitação deveriam adotar exclusões de áreas por restrições ambientais sustentadas de maneira conjunta da ANP, IBAMA e de órgãos ambientais estaduais.

⁴³ O GTPEG será composto por representantes, titular e suplente, dos seguintes órgãos e entidades: I - do Ministério do Meio Ambiente: a) Secretaria-Executiva, que exercerá a Coordenação-Geral do GTPEG; b) Secretaria de Mudanças Climáticas e Qualidade Am-

de apoiar, tecnicamente, a interlocução com o setor de petróleo e gás, especialmente sobre análises ambientais prévias à outorga e às recomendações estratégicas para o processo de licenciamento ambiental dessas atividades no território nacional e águas jurisdicionais brasileiras (Art. 1º, da Portaria MMA/IBAMA n. 218, de 27 de junho de 2012).

A Análise Ambiental Prévia, prevista na Portaria MMA/IBAMA n. 218, de 27 de junho de 2012, é um instrumento técnico de diagnóstico e avaliação de impactos capaz de auxiliar o planejamento da atividade, sendo possível, por ela, indicar, diferentes níveis de riscos e vulnerabilidades. Por esse instrumento, o Princípio da Precaução estaria presente na etapa de planejamento, precisamente por permitir que estudos de avaliação de riscos identifiquem quais locais podem ser objeto de exploração por uma atividade de risco no Brasil, como o fraturamento hidráulico, e quais locais não seriam recomendados.

A Avaliação Ambiental de Área Sedimentar e o Estudo Ambiental de Área Sedimentar, previstos na Portaria Interministerial n.º 198, de 04 de abril de 2012, do MME e do MMA, também podem ser enquadrados como instrumentos técnicos com fundamento no Princípio da Precaução, pela sua natureza de avaliação de riscos e de diagnóstico ambiental na regulação do fraturamento hidráulico. A Avaliação Ambiental de Área Sedimentar é um processo de avaliação baseado em estudo multidisciplinar, com abrangência regional, para a identificação dos potenciais impactos socioambientais associados às atividades ou empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural, com a definição de recomendações a serem integradas aos processos decisórios relativos à outorga de blocos exploratórios e ao respectivo licenciamento ambiental. O Estudo Ambiental de Área Sedimentar, por sua vez, é um estudo

biental; c) Secretaria de Biodiversidade e Florestal; II - do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA: a) Diretoria de Licenciamento Ambiental-DILIC, através da Coordenação-Geral de Petróleo e Gás-CGPEG, com três representantes titulares e três suplentes, que exercerá a Coordenação Técnica do GTPEG; III – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – Instituto Chico Mendes: a) Diretoria de Pesquisa, Avaliação e Monitoramento da Biodiversidade; b) (revogado); c) Diretoria de Criação e Manejo de Unidades de Conservação. Art. 2º, BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Portaria MMA/IBAMA n. 218*, de 27 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&legislacao=127488>. Acesso em: 15 jun. 2023.

voltado para produzir informações ambientais regionais para subsidiar o licenciamento ambiental de empreendimentos específicos. Ambos os instrumentos são de natureza preventiva, pois produzem informações ambientais regionais para subsidiar o licenciamento ambiental de empreendimentos específicos, identificando os potenciais impactos socioambientais associados às atividades ou empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural⁴⁴.

A Avaliação Ambiental de Área Sedimentar e o respectivo Estudo Ambiental de Área Sedimentar deveriam ser entendidos como de natureza vinculativa, a partir da interpretação do art. 11, § 3º, da Portaria Interministerial MME/MMA n.º 198, de 04 de abril de 2012, que utiliza o verbo “deverão”, ao se referir à necessidade de observância das decisões da Comissão Interministerial, em seu art. 11, §3º: “as decisões da Comissão Interministerial deverão ser consideradas nos processos de outorga de blocos exploratórios e no licenciamento de atividades e empreendimentos de petróleo e gás natural”⁴⁵. Isso reforça a aplicação do princípio da precaução na medida em que age preventivamente à ocorrência de dano ambiental, no momento de tomada de decisão, e identifica fragilidades técnicas que possam afetar o meio ambiente.

Com a realização do estudo por parte do poder público, traria maior segurança e confiabilidade na utilização do método, inclusive porque a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar se submete à consulta pública, na qual a comunidade a ser impactada diretamente poderia se pronunciar. A importância da avaliação se traduz na aferição da viabilidade da exploração da área em estudo, segundo a conclusão obtida nesses estudos, que pode indicar a área como apta, não apta ou em moratória, ou seja, graduando o risco de dano ambiental, conforme definido no art. 2º, incisos IV, V e VI, e artigos 14 a 17, Portaria Interministerial MME/MMA n.º 198, de 04 de abril de 2012.

A análise geológica sobre a viabilidade de exploração da área deve anteceder ao processo licitatório, pois o

⁴⁴ BRASIL. *Portaria MME-MMA n.º 198/2012*. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias-interministeriais/portaria-mme-mma-n-198-2012.pdf/view>. Acesso em: 10 jul. 2023.

⁴⁵ Conforme o art. 11, § 3º, BRASIL. *Portaria MME-MMA n.º 198/2012*. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias-interministeriais/portaria-mme-mma-n-198-2012.pdf/view>. Acesso em: 10 jul. 2023.

estudo é destinado a indicar a área como apta, não apta ou em moratória. Sendo assim, se o resultado dos estudos indicarem a área como não apta, ou em moratória, acarretará a inviabilidade de inclusão dos respectivos blocos no processo de outorga de concessão — nos termos dos artigos 15, 16 e 17 da Portaria Interministerial MME/MMA n.º 198, de 04 de abril de 2012, e conseqüentemente, inviabilizará o início do procedimento licitatório sob aquela área.

Essas normas supracitadas, apesar de não terem peso de lei, decorrem do poder regulamentar inerente à competência material de atuação dos entes do setor. Por serem exigidas em um momento de planejamento de onde será autorizada a atividade — são formas de aplicação do Princípio da Precaução. Todavia, não foram plenamente apreciadas na primeira rodada de licitação brasileira em fraturamento hidráulico, conforme segue.

3 A inobservância aos estudos técnicos socioambientais, advinda da não aplicação do Princípio da Precaução na primeira rodada de licitação brasileira em fraturamento hidráulico

A não aplicação do Princípio da Precaução na primeira rodada de licitação brasileira em fraturamento hidráulico é constatada pela fraca vinculação do processo de tomada de decisão no momento do planejamento que antecede as licitações; aos resultados dos estudos de Análise Ambiental Prévia, previsto na Portaria MMA/IBAMA n. 218/2012 e da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar, prevista na Portaria Interministerial n.º 198, de 04 de abril de 2012. Disso resultou a necessidade de se esclarecer que essas normas inerentes à regulação da atividade, ainda no momento do seu planejamento pelo Estado, também incluem como base de legalidade para a atuação do Estado, obrigações que integram a eficácia jurídica do Princípio da Precaução, ao exigirem estudos de avaliação de riscos, com a atuação de entes do SISNAMA em conjunto com entes do MME. Essas exigências não se confundem com outros instrumentos do Direito ambiental, inerentes a outras etapas, como o licenciamento ambiental, a ocorrer posteriormente ao planejamento e licitação. Ademais, porque irão trazer resultados técnicos sobre os riscos ambientais, devem

vincular a tomada de decisão pública de planejamento da atividade, justamente pelo seu fundamento no Princípio da Precaução.

A autorização da 12ª Rodada de Licitações de blocos⁴⁶ para a exploração e produção de petróleo e gás natural, o CNPE abriu o processo administrativo n.º 48000.001026/2013-24⁴⁷. No processo, houve a exclusão de áreas de bacias sedimentares conforme indicado pelos entes estaduais de meio ambiente⁴⁸ — ou seja, houve algum cumprimento de uma previsão de restrição ambiental (nos termos do inciso V, art. 2º da então vigente Resolução n.º 8 de julho de 2003).

Porém, outras regras de cunho ambiental foram ignoradas: a rodada de licitação foi aprovada antes da conclusão da Análise Ambiental Prévia de competência do Grupo de Trabalho GTPEG, regulada pela Portaria

⁴⁶ A 12ª Rodada de Licitações aberta pelo CNPE, por meio da Resolução n.º 06/2013, teve a oferta de 240 blocos com risco exploratório, localizados em 13 setores de 7 bacias sedimentares brasileiras (Acre-Madre de Dios, Paraná, Parecis, Parnaíba, Recôncavo, São Francisco e Sergipe-Alagoas). Dentre os 240 blocos ofertados, 72 foram arrematados, que totalizam 47.427,60 km² de área arrematada. E em 2014, a ANP permitiu a assinatura de 62 contratos de concessão relativos. Porém, por força de liminar judicial (Ação Civil Pública n.º 5005509-18.2014.404.7005 8), foram suspensos 11 blocos na Bacia do Paraná e outro localizado na Bacia de Parnaíba (Estado do Maranhão e Piauí) na Região Nordeste do Brasil. Para mais sobre o assunto: BUENO, Laura Machado de Mello; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Os perigos do fracking: a exploração do xisto e a regulamentação territorial contra riscos e desastres*. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320593535_Os_Perigos_do_Fracking_-_A_exploracao_do_xisto_e_a_regulamentacao_territorial_contra_riscos_e_desastres. Acesso em: 14 jul. 2023.

⁴⁷ CNPE. *Processo Administrativo n. 48000.001026/2013-24*. Acesso por meio da Lei de Acesso à Informação, em 2019.

⁴⁸ Em relação à análise do processo administrativo n.º 48000.001026/2013-24, consideram-se como áreas excluídas naquele momento, sobre a Bacia Sergipe-Alagoas, “os blocos SEAL-T-103, 112, 120, 132, 157, 269, 282, 291, 292, 303 e 317 ainda estão parcialmente sobrepostos a algumas APAs, no entanto, as empresas interessadas na rodada serão devidamente alertadas no Seminário Técnico do leilão. O bloco SEAL—T-78, além de estar parcialmente sobreposto à APA Costa dos Corais, foi ofertado e arrematado na Décima Primeira Rodada, portanto foi excluído” (p. 25); Bacia dos Parecis: “O órgão ambiental do Estado de Mato Grosso, Secretaria Estadual de Meio Ambiente (SEMA), por meio do parecer n.º 021/CUCO/SUB/CUCO/2013, solicitou a redefinição do bloco PRC—T-135, excluindo a sobreposição à APA Nascentes do Rio Paraguai” (p. 26). “Após manifestação dos órgãos ambientais procedemos à exclusão de 23 blocos exploratórios da Bacia de Sergipe-Alagoas e a adequação de 3 blocos das bacias de Sergipe-Alagoas (2 blocos) e dos Parecis (1 bloco). Para as demais bacias sedimentares os órgãos competentes se manifestaram favoráveis à oferta dos blocos” (p. 28). CNPE. *Nota Técnica n.º 022/2013ISDBIANP-RJ*. Acesso por meio da Lei de Acesso à Informação, em 2019.

MMA/IBAMA n. 218/2012⁴⁹. Ao decidir antes da Análise Ambiental Prévia, o órgão público não considerou estudos técnicos específicos sobre questões ambientais para autorizar a rodada, apenas dados de potencial exploratório das bacias decorrentes de estudos preliminares realizados pela ANP.

Inclusive, o GTPEG concluiu contrariamente à autorização por entender não haver elementos suficientes para uma tomada de decisão informada sobre o assunto. Ressaltou a inadequação do processo de análise caso a caso das rodadas de licitações, que sempre ocorrem com severas limitações de tempo para o trabalho da área ambiental. Dentre as irregularidades constatadas, destacou-se a oferta de blocos exploratórios, abrangendo áreas com restrições ambientais que foram abordadas na Análise Ambiental Prévia: a proximidade dos blocos ofertados ou até mesmo sobreposição (a) às unidades de conservação, ou áreas em processo de criação de unidades de conservação; (b) às áreas prioritárias para conservação, uso sustentável e repartição dos benefícios da biodiversidade brasileira; (c) às terras indígenas; (d) às cavernas; (e) às áreas de aplicação da Lei da Mata Atlântica; e (f) aos aquíferos aflorantes. O que evidencia graves incompatibilidades das áreas propostas com os objetivos estratégicos de proteção da qualidade ambiental e incertezas no processo exploratório.⁵⁰

A rodada de licitação ocorreu, ainda, na ausência da realização da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar, regulada pela Portaria Interministerial n.º 198, de 04 de abril de 2012. Essa avaliação deveria ter sido realizada antes mesmo da elaboração da Análise Ambiental Prévia, a fim de subsidiar a tomada de decisão sobre as áreas, até então, sob discussão. Ressalta-se que a realização desse estudo técnico ambiental é dever da Administração Pública previsto na Portaria Interministerial MME/MMA n. 198/2012, art. 1º.

A Avaliação Ambiental de Área Sedimentar é utilizada no processo de outorga de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, localizados nas bacias sedimentares marítimas e terrestres, contribuindo para a prévia

definição de aptidão da área sedimentar, e possui relação direta com o preparo de informações para um planejamento de execução das atividades e mesmo para o posterior processo de licenciamento ambiental dos respectivos empreendimentos e atividades. Portanto, um instrumento que subsidia ações governamentais com vistas ao desenvolvimento sustentável e ao planejamento estratégico, e justamente por isso, é exigido durante a avaliação ambiental dos processos decisórios relativos à outorga de blocos exploratórios. Além de promover a eficiência e aumentar a segurança jurídica nos processos de licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos de produção ou exploração de gás natural (conforme o art. 3º da Portaria Interministerial MME/MMA n.º 198/2012).

Ressalta-se a responsabilidade pelo desenvolvimento da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar é compartilhada entre o MME e o MMA. Cabe ao MME, ouvido o órgão ambiental competente, a seleção das áreas sedimentares para a realização da referida avaliação (Avaliação Ambiental de Área Sedimentar), considerando o planejamento do setor energético (conforme o art. 6º da Portaria Interministerial MME/MMA n. 198/2012). Nesse sentido, o CNPE como órgão interministerial, presidido pelo Ministro do MME, não considerou a etapa de avaliação ambiental para gestão dos riscos da atividade ao autorizar a rodada de licitação na ausência do estudo de bacias sedimentares. Com isso, não se considerou a formalidade ou procedimento do ato administrativo, para a tomada de decisão; ou seja, não seguiu o rito, forma e conteúdo definido em lei, também para a formulação da motivação que compõe a forma do ato administrativo, levando a um vício no ato administrativo passível de nulidade⁵¹.

Isto posto, há etapas especificadas em regulação em que deveriam ter ocorrido antes da autorização da rodada, e deveriam ter sido usadas como supedâneo à tomada de decisão. Foi o que ocorreu quando o CNPE publicou da Resolução nº 6, de junho de 2013, antes do recebimento da Análise Ambiental Prévia, prevista na Portaria MMA/IBAMA n. 218/2012 e Resolução CNPE n.º 08/2003, e na ausência do estudo técnico de Avaliação Ambiental de Áreas Sedimentares, prevista na Portaria Interministerial MME/MMA n. 198/2012.

⁴⁹ Conforme BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Parecer Técnico n.º 03/2013*. Grupo de Trabalho Interinstitucional de Atividades de Exploração e Produção de Óleo e Gás do Ministério do Meio Ambiente – GTPEG/MMA.

⁵⁰ Conforme BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Parecer Técnico n.º 03/2013*. Grupo de Trabalho Interinstitucional de Atividades de Exploração e Produção de Óleo e Gás do Ministério do Meio Ambiente – GTPEG/MMA.

⁵¹ GUIMARÃES, Ana Luiza Tibúrcio. Vícios e classificação dos atos administrativos. *Estratégia Concursos*, 2021. Disponível em: <https://www.estrategiacursos.com.br/blog/vicios-classificacao-atos-administrativos/>. Acesso em: 27 jun. 2023.

Isso poderia, inclusive, ser caracterizado como vício administrativo de forma na condução da discricionariedade técnica administrativa ao autorizar a rodada de licitações. Pois a administração pública tem o dever de observar a etapa precaucionária de previsão de danos quando se trata de atividades que possam causar impacto significativo ao meio ambiente. Inclusive, é nessa etapa de planejamento que se possibilita incluir, no diagnóstico ambiental, o cumprimento do princípio da precaução sobre os efeitos da atividade quanto a outras áreas atinentes ao controle ambiental tais como resíduos, gestão costeira, recursos hídricos, mudanças climáticas, entre outras⁵².

A obrigatoriedade da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar como forma de cumprimento do Princípio da Precaução foi, inclusive, fundamento legal no Acórdão no TRF1, que reconheceu a sua legalidade e a sua obrigatoriedade prévia à 12ª Rodada de Licitação para o fraturamento hidráulico. Considerou-se ainda que: a demora na sua execução não era óbice à atividade; não substituíam o posterior licenciamento ambiental; e, finalmente, também reconheceu que os seus resultados vinculam o poder público. Nos termos da decisão:

[...]

3. Evidenciado se tratar de técnica sobre a qual ainda pairam muitas controvérsias, é plenamente recomendável a realização da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar – AAAS e respectivo Estudo Ambiental de Área Sedimentar – EAAS, previstos no artigo 2º, incisos I e II, da Portaria Interministerial nº 198/2012, [...].

4. A AAAS não substitui a necessidade do licenciamento ambiental pertinente, mas reforça a segurança e traz maior confiabilidade ao estudo sobre a aptidão da área onde se pretende inserir o método de exploração, ao passo que suas conclusões, ao contrário do afirmado pelas rés, e nos estritos termos da Portaria Interministerial nº 198/2012, artigos 16 e 17, **vincula o Poder Público, pois o resultado do estudo apontando a área como não apta ou em moratória inviabiliza a sua inclusão no processo de outorga de blocos exploratórios.**

⁵² Inclusive, o Princípio da Precaução é previsto como fundamento na regulação dessas áreas: Constituição Federal, art. 225, §1º, inc. IV e V; a Lei n.º 6.938/81, art. 9º, inc. III e IV; Decreto federal n.º 5.300 de 7 de dezembro de 2004, que regulamenta a Lei n.º 7.661, de 16 de maio de 1988, que institui o Plano Nacional de Gestão Costeira, em seu art. 1º e art. 5º, X; Lei federal n.º 12.187 de 29 de dezembro de 2009, que cria a Política nacional de mudanças climáticas, art. 3º; Lei federal n.º 12.305, de 2 de agosto de 2010, a Política nacional de resíduos sólidos, em seu art. 6º, I.

5. A elaboração da AAAS e do respectivo EAAS tem por escopo proporcionar o desenvolvimento sustentável, pautado no princípio da precaução, privilegiando o meio ambiente nas hipóteses em que houver contraste entre a sua preservação e o desenvolvimento econômico.

[...]

7. A ausência de elaboração da AAAS, além de distanciar da disciplina normativa sobre a outorga de concessões em foco, fragiliza o meio ambiente e possibilita, potencialmente, o desenvolvimento de técnica incompatível para o local, em face da relevância dos recursos hídricos postos em situação de ameaça.

8. A demora que pode decorrer da realização da avaliação por parte do poder público não se constitui justificativa para dar curso à licitação sem a observância do ordenamento jurídico, que prestigia o desenvolvimento sustentável e prioriza a preservação do meio ambiente, de acordo com o paradigma estabelecido pelo Estado Brasileiro de como direcionar suas políticas públicas, dentro da opção feita pelo legislador, constituinte e ordinário.[...] (grifo nosso)⁵³

A respeito da decisão do TRF1 supracitada, o judiciário reconheceu o grau vinculante de um instrumento de avaliação de risco (Avaliação Ambiental de Área Sedimentar) à tomada de decisão pública na etapa de planejamento, anterior à licitação. Trata-se de interpretação atenta aos fundamentos do Princípio da Precaução, bem como a sua forma de efetividade a partir da obrigatoriedade dos estudos ainda na etapa de planejamento, e de forma vinculante: os resultados do estudo técnico devem vincular o processo de tomada de decisão. Além disso, e como a própria decisão disse, a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar não substitui a necessidade do licenciamento ambiental, sendo, pelo contrário, instrumento prévio e preparatório à compreensão dos riscos, com possibilidade de vincular a decisão acerca das áreas cujos riscos superam a possibilidade da atividade.

Sobre a obrigatoriedade da exigência da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar, aponta-se o contrassenso vislumbrado na ADPF n.º 825 do Distrito Federal, embora não seja voltada para a 12ª Rodada de licitação analisada acima. A ADPF mencionada tratou de ques-

⁵³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5. Turma). *Apelação/Reexame necessário n.º 0005610-46.2013.4.01.4003/PI*. Constitucional e administrativo. Ação Civil Pública. Licitação. 12ª rodada de leilões para exploração de gás não convencional [...]. Relatora: Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa. Piauí, 30 de outubro de 2019. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=00056104620134014003>. Acesso em: 10 jul. 2023.

tionamento sobre a legalidade da exigência de Avaliação Ambiental de Área Sedimentar associada à 17ª Rodada de licitação de blocos para exploração e produção de petróleo e gás natural. Com Acórdão em 03 de agosto de 2021, a decisão entendeu pela dispensa da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar, com o argumento de que era um estudo anterior ao licenciamento ambiental e que era pelo licenciamento ambiental que se vislumbra a viabilidade ambiental da atividade⁵⁴.

A Análise Ambiental Prévia e a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar, como previsões que visam precisamente auxiliar o planejamento e a escolha sobre os locais que deverão ser explorados, por óbvio, não são normas atreladas ao licenciamento ambiental, mas também não o substitui. Foram previstas para um momento que antecede até mesmo a licitação: trata-se do planejamento sobre onde poderá ocorrer a atividade, entre outras restrições ambientais. O licenciamento ambiental, por sua vez, é o instrumento de controle de poluição e prevenção de dano a ser exigido noutro momento: aquele após o planejamento, quando já se tem as áreas passíveis de exploração. Assim, a atividade deverá ser licenciada somente após aprovada pelos estudos técnicos (Análise Ambiental Prévia, Avaliação Ambiental de Área Sedimentar e o Estudo Ambiental de Área Sedimentar) e passados os trâmites licitatórios.

Portanto, são momentos distintos: a prevenção de danos no momento do planejamento e a prevenção de danos no momento da execução da atividade, e essa distinção, se não levada em consideração com vistas à dispensa de estudos técnicos, macula a aplicação do princípio da precaução no planejamento de uma atividade de risco. Impõe-se crítica contra a decisão da ADPF n.º 825/DF, pelo raciocínio desassociado de uma compreensão do Princípio da Precaução no momento do planejamento da atividade. A crítica se agrava ao se considerar que a ADPF tem consequências importantes em termos de precedente, ao servir de base para decisões nos tribunais inferiores, a exemplo de decisão em caso no TRF4:

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.º 825/DF*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Realização da 17ª rodada de licitação de blocos para exploração de petróleo [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Brasília, 03 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348880378&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2023.

[...] No sentido do que restou decidido na ADPF n.º 825, a ausência de elaboração prévia das AAAs não constitui óbice à realização do procedimento licitatório, tendo em vista a obrigatoriedade de submissão dos empreendimentos ao licenciamento ambiental, no âmbito do qual se procederá à análise da viabilidade da atividade a ser desenvolvida. [...]⁵⁵

Houve, na ADPF n.º 825/DF, uma total falta de compreensão da relação entre a análise de risco desses instrumentos (Análise Ambiental Prévia e a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar), para fins de planejamento de uma atividade de maneira geral, mas também a partir do Princípio da Precaução. Confundiu-se, pois, o papel preventivo da avaliação de riscos ambientais para o planejamento, com o momento posterior da análise concreta de viabilidade da atividade com o licenciamento ambiental, já para fins de execução, e não mais planejamento.

Com isso, emerge desse estudo o ensinamento sobre o Princípio da Precaução na etapa antecedente ao procedimento licitatório: ao fundamentar obrigações de realização de estudos prévios à tomada de decisão, tem como objetivo primário subsidiar o planejamento estratégico de políticas públicas, e a definição de recomendações a serem integradas aos processos decisórios relativos à outorga de blocos exploratórios e ao respectivo licenciamento ambiental. Serve para iniciar os estudos e subsidiar a decisão pública quanto a classificação da aptidão da área avaliada para o desenvolvimento das referidas atividades ou empreendimentos, portanto, não tem o condão de esgotar todo o conhecimento geológico e ambiental das áreas a serem licitadas, muito menos encerrar as avaliações de risco ambientais.

Do ponto de vista da eficácia jurídica, a obrigatoriedade de estudos técnicos conecta os fundamentos do princípio (incerteza científica e risco grave e irreversível) às ações de avaliação de impactos, para fins de tomada de decisão. Contudo, sem uma vinculação da tomada de decisão aos resultados desses estudos técnicos, na prática, pode faltar efetividade ao princípio na fase de planejamento no processo de tomada de decisão pública, tal como segue a análise.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região (4. Turma). *AG 5030123-09.2021.4.04.0000*. Ambiental. Ação Civil Pública. Agravo de Instrumento. Agência Nacional do Petróleo - ANP. 17ª rodada de licitações para outorga de direitos de exploração de petróleo e gás natural. [...]. Relator: Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, 27 de outubro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF426685498>. Acesso em: 14 jul. 2023.

4 A necessidade de se firmar o Princípio da Precaução como fundamento vinculante à aplicação da discricionariedade técnica administrativa na tomada de decisão

Em relação à autorização da licitação que envolve extração por fraturamento hidráulico, teoricamente, é possível construir o argumento de que houve abuso de poder, ao extrapolar os limites da discricionariedade, isto é, a autoridade empregou seu poder de escolha de modo irrazoável, e sem legalidade nos atos administrativos, ao se descumprir com obrigações imersas na regulação do setor, desviando-se das finalidades públicas ao omitir a etapa precaucionária. Nesse momento de avaliação de riscos, a administração pública deveria observar os mesmos critérios utilizados para a implementação do princípio da precaução, quais sejam: a proporcionalidade, a proteção ambiental e a determinação de escalas do risco⁵⁶, tudo isso por meio dos estudos técnicos. Essa omissão da etapa precaucionária significa negligência do dever de motivação exigida na discricionariedade técnica.

Isso porque, diante de grandes empreendimentos, a decisão pública precisa ser motivada perante juízos técnicos de discricionariedade pautados por estudos técnicos ambientais, os quais são instrumentos do princípio da precaução. É preciso entender, portanto, a discricionariedade técnica como limite à discricionariedade administrativa (4.1), em razão da necessidade de vinculação do processo de tomada de decisão pública aos estudos técnicos ambientais (4.2).

4.1 A discricionariedade técnica como limite à discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa é o ato administrativo que concretiza a tomada de decisão pública, conferindo a seus agentes a possibilidade de valoração da conduta com o objetivo de permitir que o Estado alcance seus fins, na gestão dos interesses coletivos. Trata-se, sem dúvida, de significativo poder para a Ad-

ministração, mas não pode ser exercido arbitrariamente. A discricionariedade possui dois elementos nucleares de mérito, a conveniência e a oportunidade⁵⁷, critérios políticos. Eles não podem ser meros elementos abstratos, mas sim elementos objetivos de decisão, pelo qual o agente público se obriga a sopesar os princípios da constituição, direitos fundamentais, razoabilidade de ação e interesses secundários do ente administrativo⁵⁸.

O poder discricionário não é um poder absoluto e intocável e sujeitar-se a alguns limites, tais como administração transparente, imparcial, dialógica, eficiente e respeitadora da legalidade. Deve, ainda, passar pelos exames da adequação, da necessidade, da proporcionalidade, em sentido estrito: isto significa que o primeiro exame deve ser o da adequação, ou seja, a conduta eleita pelo agente não pode destoar da finalidade da norma, do contrário ela seria ilegítima. Deve-se buscar meios para que se alcance o desenvolvimento sustentável e para que os riscos sejam minimizados. Já a proporcionalidade, definida como uma regra de interpretação e aplicação do direito, é utilizada especialmente em casos em que “um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”. O exame da proporcionalidade em sentido estrito deve pautar-se na dimensão do “peso”, isto é, do “valor” dos princípios que venham a colidir. Ao sopesar princípios constitucionais e calcular os riscos em curto e em longo prazo, a proporcionalidade funciona como um dos limites para que se obtenha a segurança jurídica exigida ao poder público no momento de tomada de decisão⁵⁹. Ato contínuo, também é objeto de exame, a boa-fé — imposta ao poder público como norma de conduta derivada que jamais pode violar os preceitos previstos na norma origem, a CF, sob pena de ser considerada inválida; em última instância, da moralidade administrativa (art. 37 da CF) norma de conduta, produtora de comportamentos ativos e positivos de proteção

⁵⁶ SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey; ESMPU, 2004. p. 96.

⁵⁷ A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente. A segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 51.

⁵⁸ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

—, uma vez que se são necessárias decisões razoáveis e cooperativas, e não meramente legais⁶⁰.

Para além desses elementos, um outro limite à discricionariedade é a tecnicidade, advinda de estudos especializados sobre o objeto da tomada de decisão. Durante a análise de riscos à tomada de decisão do administrador público, a sua prerrogativa de decidir qual a conduta mais adequada à satisfação do interesse público⁶¹ — discricionariedade — precisa estar vinculada aos comandos constitucionais de defesa e proteção ao meio ambiente e a estudos técnicos de precaução e prevenção de riscos. A discricionariedade técnica, como um dos limites da atividade administrativa, atribui à Administração o poder de fixar juízos de ordem técnica, mediante o emprego de noções e métodos específicos das diversas ciências. Tal poder é assegurado a algumas agências reguladoras com eminente função técnica, como as que atuam na área de exploração de petróleo e gás natural.

A observância à tecnicidade não elimina a discricionariedade⁶². As constatações técnicas científicas servem de guia técnico legal à discricionariedade administrativa da decisão pública. E tanto na discricionariedade administrativa quanto na discricionariedade técnica, há juízo de subjetividade do administrador, em maior ou menor grau, e ao mesmo tempo ambas se sujeitam ao interesse público⁶³.

A discricionariedade técnica está além dos critérios políticos, de conveniência e oportunidade ao mesmo tempo que não se trata de um ato de competência vinculada sem margem de escolha pelo agente público e, portanto, completamente sindicável pela autoridade de controle⁶⁴. Nesse caso, a administração pública necessi-

ta recorrer à ciência ou à técnica para valorar e caracterizar o contexto para se avaliar a oportunidade e conveniência do ato, com vistas à realização de sua função de promover o interesse público, de modo que a tecnicidade advinda da atuação da área regulatória provê informações de cunho técnico, necessárias à compreensão da situação para a tomada de decisão. A qualidade técnica, no caso, está associada à gestão de riscos de danos. Por isso, a discricionariedade técnica respeita a liberdade de escolha da administração pública quanto à prática de determinado ato administrativo, fundada em considerações de ordem técnica ou científica, já indicadas em lei ou regulamentação⁶⁵.

Diferentemente da discricionariedade administrativa, que envolve maior subjetividade, a discricionariedade técnica envolve a incidência de fatos experimentados, comprovados, de natureza científica, estando, pois, afastada a ideia de simples escolha de direções para a prática do ato. A apreciação fática do agente para o processo decisório já tem como base um fato técnico, que por si só, não admitiria outras opções. É, portanto, uma avaliação de juízos técnicos, a qual possui menor subjetividade. Trata-se de escolha calcada em notória especialização, não fundada em critérios genéricos, e sim em critérios eminentemente científicos⁶⁶, advinda de estudos técnicos ambientais a depender da atividade que se pretende licitar, conforme segue a análise.

4.2 Estudos técnicos ambientais como instrumento concretizador da discricionariedade técnica

A discricionariedade técnica demanda conhecimentos técnicos específicos no momento de tomada de decisão, e se conecta, diretamente, ao Princípio da Precaução, tendo em vista que esse princípio procede da gestão prospectiva dos riscos. Os estudos técnicos, por sua vez, são indispensáveis a identificação e a análise científica dos riscos, e por isso são instrumentos que

⁶⁰ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 52-53.

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 53.

⁶³ Há autores que asseguram que não há discricionariedade relacionada aos conceitos legais indeterminados, e por conseguinte não há discricionariedade técnica. Ou seja, que não há cabimento da discricionariedade técnica no âmbito jurídico, por não se caracterizar como discricionariedade e sim mero juízo técnico. No entanto, Cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. 1.

⁶⁴ ROMAN, Flávio José. Discricionariedade técnica. In: CAMPI-

LONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/148/edicao-1/discricionariedade-tecnica>. Acesso em: 13 jul. 2023.

⁶⁵ CAVALLI, Cássio Machado. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 61-76, maio/ago. 2009. p. 74.

⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade técnica e controle judicial. *Revista de Direito da Administração Pública*, v. 1, n. 1, 2016.

aplicam o princípio da precaução. Dessa forma, realiza-se a implementação do princípio por instrumentos técnicos, como o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, Avaliação de Impacto Ambiental, Avaliação Ambiental Estratégica, Avaliação Ambiental Integrada, bem como demais ações de avaliação de risco, como as analisadas na etapa de planejamento prévio à licitação, a Análise Ambiental Prévia e a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar. Proporciona, portanto, uma base de ação e guia técnico para a administração pública — provendo informações técnico-científicas sobre a probabilidade de dano e a sua gravidade.

Nesse sentido, se conectam com a atuação da discricionariedade técnica: o Princípio da Precaução; os instrumentos que se baseiam nesse princípio, como os estudos técnicos socioambientais; e as normas técnicas do setor regulatório da atividade que se pretende licitar. Com isso, tanto na administração pública quanto no judiciário⁶⁷, o suporte dado por esses estudos técnico-científicos é essencial para se decidir pela viabilidade ou não de uma atividade.

A discricionariedade técnica cuida do grau de vinculação estabelecido à administração pública quanto à prática de atos que, mesmo envolvendo uma margem de escolha por parte da administração pública, demandam recurso a conhecimentos técnicos específicos⁶⁸. E recorre a conceitos técnicos ou científicos (entendidos como conceitos jurídicos indeterminados), passíveis de reexame de controle jurisdicional. A Administração, ao valer-se de estudos técnicos no momento de tomada de decisão, ao qual restam dúvidas quanto ao risco de dano da atividade fundado sobre incerteza científica, precisa considerar a aplicação do Princípio da Precaução no ato da discricionariedade técnica, sob pena de controle jurisdicional.

⁶⁷ No judiciário, outros aliados instrumentais que podem ser úteis para lidar com a incerteza do caso concreto e que têm fundamento no princípio da precaução, são as perícias, estudos técnicos multidisciplinares e demais estudos científicos derivados. MORAES, Gabriela G. B. Lima; SPOLIDORIO, Paulo Celso. A aplicação do princípio da precaução no judiciário em casos envolvendo as unidades de conservação: o risco de dano e o princípio da legalidade. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; MORAES, Gabriela G. B. Lima; FERREIRA, Fabrício Ramos (org.). *A interpretação do princípio da precaução pelos tribunais: análise nacional, comparada e internacional*. São Paulo: Pontes Editores, 2019. p. 90-106.

⁶⁸ CAVALLI, Cássio Machado. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 61-76, maio/ago. 2009.

Nesse cenário, alguns autores⁶⁹ defendem que técnica e discricionariedade estão em relação inversa, e que só há discricionariedade quando a técnica ou ciência não se mostra suficiente para apresentar, de forma objetiva, a melhor solução ou a solução ótima para o caso concreto. De modo geral, quanto menor a precisão da linguagem técnica empregada, maior será a discricionariedade da Administração e, inversamente, quanto maior a precisão da técnica envolvida, menor a discricionariedade da Administração⁷⁰. Nesse raciocínio, a discricionariedade técnica seria aplicável, apenas, às hipóteses em que os conceitos técnico-científicos empregados pelas normas possuem alto grau de imprecisão, derivado de seu caráter valorativo, polêmico ou, ainda, cientificamente não comprovado, pois maior será a discricionariedade. Portanto, mesmo diante de posicionamentos mais restritivos quanto à aplicabilidade da discricionariedade técnica, é possível observar sua relação com o princípio da precaução.

No entanto, o entendimento adotado neste artigo é que não há uma separação total entre discricionariedade e tecnicidade. Quanto mais clara a regra, menor a discricionariedade; com a possibilidade de ser ato vinculado. A relação entre a discricionariedade técnica na tomada de decisão e a regulamentação de determinada atividade também é crescente: quanto mais clara a regulamentação, e mais esclarecidas são as regras de prevenção e de conteúdo técnico, maior grau de vinculação estará presente e possivelmente menor grau de discricionariedade.

Os estudos técnicos são uma forma de conduzir a discricionariedade técnica. O estudo técnico ambiental, instrumento de concretização do princípio da precaução, atua como um limite técnico à discricionariedade,

⁶⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1.; CIRIANO VELA, César David. *Administração econômica e discricionariedade: uma análise normativa e jurisprudencial*. Madri: Lex Nova, 2000.; ROCHA, Jaqueline Mainel. Discricionariedade técnica e poder normativo das agências reguladoras brasileiras. In: FONSECA, Antônio (org.). *Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 135-215; TORRES, Edgard Marcelo Rocha. O controle dos atos administrativos pelos tribunais diante da nova dimensão dos conceitos de discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 76, n. 3, p. 69-76, jul./set. 2010.

⁷⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1.

pois evita decisões arbitrárias ao dar fundamento à decisão pública. Sem o respaldo técnico, viabilizado pelos estudos, a margem de discricionariedade, subjetivamente maior, se torna desproporcional em casos complexos que envolvem incerteza científica, e fragiliza a tomada de decisão.

Há casos em que a solução adequada a ser adotada pela Administração depende de critérios científicos ou técnicos. É o caso da avaliação de risco, que deve ser realizada de maneira cientificamente sólida⁷¹, demandando da autoridade pública — responsável pela organização e avaliação — dotar-se de um quadro de pesquisa apropriado, apoiando-se sobre comitês e trabalhos científicos pertinentes⁷². Exemplo disso é a Avaliação Prévia Ambiental, a qual, para sua realização, é necessário a utilização de critérios e conhecimentos técnicos e científicos que preveem o risco de dano e podem delimitar a margem de escolha do administrador. Nesse contexto, a Administração deve valer-se do conhecimento técnico-científico como critério para disciplinar a atividade administrativa, reduzindo a margem de discricionariedade. Embora a técnica delimite as alternativas, a opção entre elas envolverá juízo de conveniência e de oportunidade, sempre orientados pelo interesse público.

Haverá situações em que será difícil distinguir a discricionariedade administrativa da discricionariedade técnica, notadamente porque a ciência não assegurará “certeza das decisões a adotar”. Nesse caso, não haverá certeza, mas probabilidades. Não obstante a técnica não seja, na maioria das vezes, suficiente para determinar a adoção desta ou daquela solução administrativa, “a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos”⁷³. Não pode, pois, a Administração se furtar de explicitar as razões técnicas de sua decisão. Há deveres especiais de motivação⁷⁴.

⁷¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Direito e Ambiente*, Lusíada, Lisboa, n. 1, p. 290, 2008.

⁷² GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATTIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey; ESMPU, 2004. p. 171-172.

⁷³ GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATTIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey; ESMPU, 2004. p. 74-75.

⁷⁴ ROMAN, Flávio José. Discricionariedade técnica. In: CAMPI-LONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo;

Por isso, observar essa etapa precaucionária é essencial para evitar, mitigar, ou compensar o dano ambiental, principalmente quando se está diante da incerteza de que a atividade sujeita a autorização possa resultar em danos duradouros ou irreversíveis ao meio ambiente. Considerar as etapas de precaução permite identificar se o benefício derivado da atividade é proporcional ou não ao impacto negativo que essa atividade pode causar no meio ambiente, e concretiza a discricionariedade técnica. Aplicada em casos nos quais o conhecimento técnico é pressuposto fundamental para avaliar a medida em face do interesse público⁷⁵.

A constatação de grave risco de dano irreversível, advinda de estudos técnicos, devem ter o seu peso vinculante na tomada de decisão sobre a autorização de uma atividade com elevado grau de poluição, como é o caso da aplicação da técnica de fraturamento hidráulico. É o que ocorre quando se trata da aplicação do Princípio da Precaução, hipótese em que, de acordo com o estado atual de conhecimento, os riscos potenciais não podem ser ainda identificados. E na ausência da certeza científica formal, a existência de um risco de dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever este dano.

Portanto, a aplicação do Princípio da Precaução, que envolve marcante e significativa incerteza científica sobre o risco de dano, é viabilizada a partir da análise científica dos riscos, realizada por estudos técnicos. Estes, por sua vez, funcionam como base decisória da administração, concretizando a chamada discricionariedade técnica na tomada de decisão pública. Dessa forma, a administração permanece com margem de discricionariedade para além da apreciação técnica, que apenas restringe, parcialmente, a discricionariedade administrativa, mas não a elimina, dando tecnicidade à decisão em função da eminente necessidade de fundamento técnico específico no momento de análise da gestão prospectiva dos riscos.

FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/148/edicao-1/discricionariedade-tecnica>. Acesso em: 13 jul. 2023.

⁷⁵ ROMAN, Flávio José. Discricionariedade técnica. In: CAMPI-LONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/148/edicao-1/discricionariedade-tecnica>. Acesso em: 13 jul. 2023.

5 Considerações finais

Em primeiro lugar, ao se considerar o conjunto de regras e instrumentos voltados para concretizar os objetivos da norma jurídica, a eficácia jurídica do Princípio da Precaução também está, não apenas na constatação da incerteza científica e do risco de dano grave e irreversível; mas também na exigência de estudos para aumentar o conhecimento científico correspondente acerca dos riscos da atividade. A sua efetividade jurídica, por sua vez, exige que os resultados dos estudos técnicos vinculem o processo de tomada de decisão pública. Isso, inclusive, na etapa de planejamento da atividade pelo Estado.

Em complemento, o Princípio da Precaução é o fundamento legal da vinculação da decisão pública à discricionariedade técnica via estudos de avaliação de riscos prévios à licitação, ainda na etapa de planejamento, pela exigência de estudos técnicos via regulamentação da atividade, quando do seu planejamento pelo Estado.

Nesse sentido, é preciso compreender que a eficácia jurídica do princípio da precaução não decorre apenas de obrigações oriundas de lei, uma vez que também existe via poder regulatório na etapa de planejamento pelo Estado. A criação dessas obrigações que envolvem avaliação de risco e, com fundamento no princípio da precaução, pode decorrer de lei, como também do poder regulatório do Estado no planejamento de uma atividade, e, assim, pode advir de Decretos, Portarias, Resoluções, entre outras. A interpretação sistêmica entre CF e atuação da competência material via regulação, aliás, interliga a legalidade de previsões nesse sentido: a fim de que se cumpra com a proteção ambiental contida no artigo 225 da CF, uma regulação com previsões de regras ambientais deve também considerar a competência material para tanto (haja vista o inciso VI, art. 23, CF), ou seja, a sua validade jurídica regulatória implica na atuação do SISNAMA, em conjunto com o ente materialmente competente pela regulação da atividade (o MME e sua estrutura).

Assim, considerando a competência material de atuação ambiental e a competência material relacionada à atividade que se pretende planejada pelo Estado (no caso, regulação de exploração de gás natural), a eficácia jurídica do Princípio da Precaução está na exigência de estudos e avaliações de impacto também no momento do planejamento pelo Estado, sobre como ocorrerá uma

atividade de risco, ainda a ser licitada, licenciada etc., e não apenas após a licitação, com o licenciamento ambiental e os outros instrumentos de Direito ambiental. O fato de a obrigação de avaliação de impacto (como a Análise Ambiental Prévia e a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar) não decorrer de lei não deve ser um limite à sua exigência, pois se enquadra como regulação que visa ao cumprimento de norma ambiental, a PNMA (Lei n.º 6.938/81), via competência material constitucional pela atuação conjunta de entes do MME e entes do SISNAMA (inciso VI, art. 23, CF), e para realizar a proteção prevista em regra constitucional (art. 225 da CF). Com isso, por este poder regulatório, o Princípio da Precaução também atua na etapa de planejamento de uma atividade pelo Estado, que é prévia à licitação e à exigência de licenciamento ambiental e de estudos de impacto para o respectivo licenciamento.

Em outras palavras, o Princípio da Precaução deve ser entendido como o fundamento para a vinculação da administração pública à discricionariedade técnica na tomada de decisão, e que ele também se aplica à etapa de planejamento de uma atividade de risco pelo Estado, e não somente na sua execução, se diferindo, portanto, da exigência de estudos de viabilidade ambiental, licenciamento ambiental e outros instrumentos do Direito Ambiental.

A efetividade jurídica do Princípio da Precaução no processo de planejamento de uma atividade de risco pelo Estado é condicionada à vinculação da tomada de decisão pública à discricionariedade técnica relacionada aos estudos e avaliações de risco precisamente desta etapa de planejamento. Nesse sentido, a eficácia jurídica do Princípio da Precaução inclui a efetividade do cumprimento do objetivo de prevenção de danos socioambientais, que somente ocorrerá se os estudos exigidos pela abordagem precautória forem capazes de vincular a tomada de decisão de autorização ou não da atividade. Isso significa que a eficácia jurídica do princípio não se cumpre na simples constatação de incerteza científica e de grave risco de dano irreversível, tampouco na exigência de estudos técnicos e avaliação de riscos decorrente dessa constatação inicial, mas também na vinculação da decisão pública aos resultados dos estudos.

E, para além disso, é preciso reconhecer que a elaboração normativa inerente ao poder executivo, em seu poder regulatório, pode e deve se pautar pela precaução

no planejamento das atividades, com a exigência de estudos técnicos para pautar a tomada de decisão.

Na hipótese de uma consideração concreta do Princípio da Precaução nessa etapa de planejamento para a licitação das áreas para a exploração de gás não convencional via fraturamento hidráulico, primeiramente, se reconheceria a obrigatoriedade desses estudos; em segundo lugar, se reconheceria que os seus resultados limitam a tomada de decisão pública, sobretudo no que diz respeito às constatações de vulnerabilidade e graves riscos de danos irreversíveis. Com isso, tornaria concreto o objetivo de prevenção de dano, via ação precautória, que, pelos estudos e avaliações de risco, se excluíam locais de alto risco, por exemplo, que jamais seriam alvos de exploração.

Contudo, conforme observado no caso em análise, o fato de os estudos requeridos na fase de planejamento, os quais não têm previsão legal, mas apenas normativa, embora sejam inerentes ao poder regulatório executivo, não terem força de lei é um limite que possibilita a discussão sobre sua exigência no judiciário. Outro limite, contudo, é a distância entre a ética ambiental normativa — presente na exigência desses estudos via regulação pelo poder executivo — e o comportamento social real, uma vez que não há efetividade jurídica sem um cumprimento voluntário da norma. Observa-se, no caso do fraturamento hidráulico, um intenso debate que, entre vários aspectos, aborda a ausência de um aspecto vinculativo desses estudos exigidos anteriormente ao licenciamento ambiental, no lugar de se reconhecer a importância de se vincular à decisão pública aos estudos prévios.

Nesse diapasão, caso prevaleça o entendimento tal qual da ADPF n.º 825/DF, que dispensou a Avaliação Ambiental de Área Sedimentar, é um contrapasso ao fortalecimento do Princípio da Precaução e ao reconhecimento da etapa de planejamento como sendo também preventiva! Pois, se a viabilidade ambiental somente deve ser garantida no licenciamento ambiental, é um descompasso que não distingue “planejamento” de “execução” e ignora a relevância da regulação do poder executivo, pautada no Princípio da Precaução, pela exigência de estudos e diagnósticos ambientais — realizados por entes materialmente competentes para tanto — para o planejamento correto de uma atividade, para então ser licitada, licenciada ambientalmente, verificada

a sua viabilidade ambiental e, por fim, autorizada na sua operação.

Defende-se que o Princípio da Precaução pode também auxiliar essa etapa de planejamento, precisamente quando se busca a exigência de avaliações de riscos e estudos de impacto para decidir sobre quais locais podem ser objeto de exploração por uma atividade de risco no Brasil, como o fraturamento hidráulico. E tanto a distinção entre planejamento e execução é elementar, como se deveria, no lugar, refletir sobre a importância do amparo técnico das tomadas de decisões do planejamento prévio à licitação. E, para além disso, a regulamentação normativa do planejamento de uma atividade é também uma etapa a se considerar a prevenção de danos pela exigência de estudos e diagnósticos socioambientais precisamente diante da incerteza científica e alto risco de dano grave — e não somente no momento da execução da atividade propriamente dita, com o licenciamento ambiental como regra geral de prevenção de dano.

Referências

- ANJOS, Anna Beatriz. Brasil pode apoiar obra que importará gás produzido com fracking na Argentina. *Pública*, Agência de Jornalismo Investigativo, 22 jun. 2023. Disponível em: <https://apublica.org/2023/06/brasil-pode-apoiar-obra-que-importara-gas-produzido-com-fracking-na-argentina/>. Acesso em: 23 jun. 2023.
- ANP. *Nota Técnica n.º 09/2010-SCM*. Gás Natural Não-Convencional. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/movimentacao-estocagem-e-comercializacao-de-gas-natural/estudos-e-notas-tecnicas/g-nao-c/nota-tecnica-09-2010.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2023.
- ARANA, André; ARANA, Alba Regina Azevedo; SANTOS, Silas Silva. Análise das implicações ambientais do fraturamento hidráulico no Brasil. *Novos Cadernos NEAE*, v. 25, n. 1, p. 79-102, jan./abr. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.

BRASIL. *Decreto n. 5.300 de 7 de dezembro de 2004*. Regulamenta a Lei no 7.661, de 16 de maio de 1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro - PNGC, dispõe sobre regras de uso e ocupação da zona costeira e estabelece critérios de gestão da orla marítima, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5300.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. *Lei n.º 9.478/1997, de 6 de agosto de 1997*. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478compilado.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Instituições do setor elétrico brasileiro*. 8 jul. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/conhecicas-instituicoes-do-setor-eletrico-brasileiro-e-as-competencias-de-cada-uma>. Acesso em: 22 jun. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Projeto poço transparente*. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/projeto-poco-transparente>. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *REATE*, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/secretarias/petroleo-gas-natural-e-biocombustiveis/reate-2020#:~:text=O%20Progra>

ma%20de%20Revitaliza%C3%A7%C3%A3o%20da,desenvolvimento%20regional%20e%20estimular%20a. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Portaria MMA/IBAMA n. 218, de 27 de junho de 2012*. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&legislacao=127488>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Parecer Técnico n.º 03/2013*. Grupo de Trabalho Interinstitucional de Atividades de Exploração e Produção de Óleo e Gás do Ministério do Meio Ambiente – GTPEG/MMA.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Portaria MME-MMA n.º 198/2012*. Disponível em: <https://www.gov.br/mme/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/portarias-interministeriais/portaria-mme-mma-n-198-2012.pdf/view>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF n.º 825/DF*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Realização da 17ª rodada de licitação de blocos para exploração de petróleo [...]. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Brasília, 03 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348880378&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região (4. Turma). *AG 5030123-09.2021.4.04.0000*. Ambiental. Ação Civil Pública. Agravo de Instrumento. Agência Nacional do Petróleo - ANP. 17ª rodada de licitações para outorga de direitos de exploração de petróleo e gás natural. [...]. Relator: Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, 27 de outubro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/citacao.php?doc=TRF426685498>. Acesso em: 14 jul. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (5. Turma). *Apelação/Reexame necessário n.º 0005610-46.2013.4.01.4003/PI*. Constitucional e administrativo. Ação Civil Pública. Licitação. 12ª rodada de leilões para exploração de gás não convencional [...]. Relatora: Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa. Piauí, 30 de outubro de 2019. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=00056104620134014003>. Acesso em: 10 jul. 2023.

- BUENO, Laura Machado de Mello; SILVA, Ricardo Alexandre da. *Os perigos do fracking: a exploração do xisto e a regulamentação territorial contra riscos e desastres*. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320593535_Os_Perigos_do_Fracking_-_A_exploracao_do_xisto_e_a_regulamentacao_territorial_contra_riscos_e_desastres. Acesso em: 14 jul. 2023.
- BURGEL, Caroline Ferri. *Fracking e proteção dos recursos hídricos no Brasil: uma análise do marco regulatório sob a ótica do princípio de precaução*. Caxias do Sul, RS: Educ, 2022.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Discricionariedade técnica e controle judicial. *Revista de Direito da Administração Pública*, v. 1, n. 1, 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAVALLI, Cássio Machado. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 61-76, maio/ago. 2009.
- CIRIANO VELA, César David. *Administração econômica e discricionariedade: uma análise normativa e jurisprudencial*. Madri: Lex Nova, 2000.
- CNPE. *Nota Técnica n.º 022/2013ISDBLANP-RJ*. Acesso por meio da Lei de Acesso à Informação, em 2019.
- CNPE. *Processo Administrativo n. 48000.001026/2013-24*. Acesso por meio da Lei de Acesso à Informação, em 2019.
- COALIZÃO NÃO FRACKING BRASIL. *O que é fracking?* Disponível em: <https://naofrackingbrasil.com.br/o-que-e-fracking/#>. Acesso em: 11 jul. 2023.
- COSTA, Hirdan K. de Medeiros; PETRY, Paola Mercadante; RAMOS, Karina Ninni. Atualizações da exploração de gás não convencional no Brasil. *Revista Gestão e Sustentabilidade Ambiental*, Florianópolis, v. 9, n. esp, p. 237-258, fev. 2020. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/8698/4851. Acesso em: 25 jul. 2023.
- DELGADO, Fernanda. Projeto poço transparente: testes para reservatórios de baixa permeabilidade: gerando conhecimento via avaliação ambiental prévia estratégica. *FGV Energia*, 2018. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/coluna_opinioao_-_poco_transparente_-_fernanda_delgado.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.
- EPA. *Hydraulic fracturing for oil and gas: impacts from the hydraulic fracturing water cycle on drinking water resources in the United States*. EPA-600-R-16-236ES, dec. 2016. Disponível em: https://www.epa.gov/sites/default/files/2016-12/documents/hfdwa_executive_summary.pdf. Acesso em: 27 jun. 2023.
- FERNANDES, Isabella Maria Martins. *A importância da aplicação procedimental e material do princípio da precaução como forma de prevenção ambiental no processo de tomada de decisão: uma análise do caso brasileiro de fraturamento hidráulico*. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2021.
- FGV ENERGIA. *Boletim de conjuntura do setor energético*. Dez. 2018.
- FGV ENERGIA. O shale gás à espreita no Brasil: desmistificando a exploração de recursos de baixa permeabilidade. *Cadernos FGV Energia*, ano 6, n. 9, 2019. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27287/web_book_-_cadernofgv_-_shale_gas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 23 jul. 2023.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. v. 1.
- GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais: lições de método decorrentes do caso da vaca louca. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey; ESMPU, 2004. p. 74-75.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey; Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1.
- GUIMARÃES, Ana Luiza Tibúrcio. Vícios e classificação dos atos administrativos. *Estratégia Concursos*, 2021. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/vicios-classificacao-atos-administrativos/>. Acesso em: 27 jun. 2023.
- HOWARTH, Robert W. Methane emissions and climatic warming risk from hydraulic fracturing and shale gas development: implications for policy. *Energy and Emission Control Technologies*, v. 3, p. 45-54, 2015.

- Disponível em: <https://www.dovepress.com/getfile.php?fileID=27470>. Acesso em: 27 jun. 2023.
- IBP. *Gás do pré-sal: oportunidades, desafios e perspectivas: cooperação e pesquisa IBP-UFRJ*. 2017. Disponível em: https://www.ibp.org.br/personalizado/uploads/2017/04/2017_TD_Gas_do_Pre_Sal_Oportunidades_Desafios_e_Perspectivas-1.pdf. Acesso em: 10 jul. 2023.
- INSTITUTO DE PESQUISAS TECNOLÓGICAS. *Gás de folhelho: estudo de pré-viabilidade busca analisar potencialidade e impacto do insumo no Estado de São Paulo*. São Paulo: IPT, 2012. Disponível em: <http://www.ipt.br/noticia/616.htm>. Acesso em: 23 jul. 2023.
- LIMA, Arnaldo Santos de. *Eco-governamentalidade e governança de recursos energéticos: entre a prática e o discurso na ação coletiva dos polos gaúchos de biodiesel e dos folhelhos texanos de Eagle Ford*. 2016. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- LIMA, Gabriela G. B.; CRISPIM, Bianca A. A construção da efetividade da norma jurídica pelo enfoque positivista e a superação pelo pós-positivismo. *Universitas Jus*, n. 16, p. 26-43, jan./jul. 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Direito e Ambiente*, Lusíada, Lisboa, n. 1, p. 292, 2008.
- MARQUES, Meire A. Furbino. *Conceitos jurídicos indeterminados e atos administrativos discricionários*. Belo Horizonte: ARRAES Editores, 2017.
- MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas, SP: Bookseller, 2000. v. 4.
- MORAES, Gabriela G. B. Lima; SPOLIDORIO, Paulo Celso. A aplicação do princípio da precaução no judiciário em casos envolvendo as unidades de conservação: o risco de dano e o princípio da legalidade. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; MORAES, Gabriela G. B. Lima; FERREIRA, Fabrício Ramos (org.). *A interpretação do princípio da precaução pelos tribunais: análise nacional, comparada e internacional*. São Paulo: Pontes Editores, 2019. p. 90-106.
- OLIVEIRA, Carina Costa de; MORAES, Gabriela G. B. Lima; FERREIRA, Fabrício Ramos (org.). *A interpretação do princípio da precaução pelos tribunais: análise nacional, comparada e internacional*. São Paulo: Pontes Editores, 2019.
- ONU. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Conferência das Nações Unidas para o Meio ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, 3-14 jun. 1992.
- OTERO, Lara. Brasil pode financiar duto que trará gás produzido com fracking na Argentina. *ClimaInfo*, 23 jun. 2023. Disponível em: <https://climainfo.org.br/2023/06/22/brasil-pode-financiar-duto-que-trar-gas-produzido-com-fracking-na-argentina/>. Acesso em: 23 jun. 2023.
- PARANÁ. *Lei Estadual n. 19.878, de 3 de julho de 2019*. Proíbe a exploração do gás de xisto no Estado do Paraná pelo método de fratura hidráulica – fracking. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=379296>. Acesso em: 10 jul. 2023.
- PEREIRA, Ana Paula Martins; LIMA, Pryscylla Gomes de. A técnica do fracking no contexto da justiça ambiental. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS, 2., 2017, Londrina PR. *Anais [...]*. Londrina-PR: UEL, 2017. Disponível em: <https://www.congressoservicosocialuel.com.br/anais/2017/assets/134169.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- PORTAL DA INDÚSTRIA. *Nova Lei do Gás: entenda o que é a nova lei e quais os seus benefícios*. 2021. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/industria-de-a-z/nova-lei-do-gas/#:~:text=A%20%20nova%20lei%20tem%20como,o%20pre%C3%A7o%20final%20ao%20consumidor>. Acesso em: 5 jul. 2023.
- ROCHA, Jaqueline Mainel. Discricionariedade técnica e poder normativo das agências reguladoras brasileiras. In: FONSECA, Antônio (org.). *Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. p. 135-215.

ROMAN, Flávio José. Discricionariedade técnica. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/148/edicao-1/discricionariedade-tecnica>. Acesso em: 13 jul. 2023.

SANBERG, Eduardo *et al.* Abordagem técnica e legal acerca do fraturamento hidráulico no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS, 18., 2014, Belo Horizonte. *Anais [...]*. Belo Horizonte: ABAS, 2014. Disponível em: <https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/28292/18405>. Acesso em: 14 jul. 2023.

SANTA CATARINA. *Lei n. 17.766, de 13 de agosto de 2019*. Estabelece normas e critérios básicos de precaução e preservação do solo, do meio ambiente, fauna e flora, proteção e defesa da saúde, mediante combate preventivo e controle da poluição, conservação da natureza e dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações [...]. Disponível em: http://leis.ale.sc.gov.br/html/2019/17766_2019_lei.html#:~:text=Estabelece%20normas%20e%20crit%C3%A9rios%20b%C3%A1sicos,e%20estabelece%20diretrizes%20%C3%A0s%20atividades. Acesso em: 10 jul. 2023.

SANTOS, E. M. (coord.). *Gás natural: estratégias para uma energia nova no Brasil*. São Paulo: Edição Anna-blume; Fapesp; Petrobrás, 2002.

SILVA, Ricardo Alexandre da. *Os perigos do fracking: a exploração do xisto e a regulamentação territorial contra riscos e desastres*. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320593535_Os_Perigos_do_Fracking_A_exploracao_do_xisto_e_a_regulamentacao_territorial_contra_riscos_e_desastres. Acesso em: 14 jul. 2023.

SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey; ESMPU, 2004.

TORRES, Edgard Marcelo Rocha. O controle dos atos administrativos pelos tribunais diante da nova dimensão dos conceitos de discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista do Tribunal de Contas do*

Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 76, n. 3, p. 69-76, jul./set. 2010.

U.S. ENERGY INFORMATION ADMINISTRATION. *Technically recoverable shale oil and shale gas resources: Brazil*. 2015. Disponível em: https://www.eia.gov/analysis/studies/worldshalegas/pdf/Brazil_2013.pdf. Acesso em: 14 jul. 2023.

VARELLA, Marcelo Dias; LAUTENSCHLAGER, Lauren L. Critérios de efetividade na proteção ambiental. *NOMOS*, v. 36, n. 1, p. 297-304, jan./jun. 2016.

WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Marine ecodiversity damage and liability: the civil liability for oil compensation convention legal gap

Responsabilidade por danos à ecodiversidade marinha: o vazio legal da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por danos causados por poluição por óleo

Paula Castro Silveira

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

Marine ecodiversity damage and liability: the civil liability for oil compensation convention legal gap*

Responsabilidade por danos à ecodiversidade marinha: o vazio legal da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por danos causados por poluição por óleo

Paula Castro Silveira **

Abstract

Marine pollution can come from many sources and result in different kinds of damage. At a time when the environment is getting more and more affected by anthropocentric activities, it is essential to be able to legally address the problem of liability of the marine environment itself. Therefore, taking into consideration that the pollution related to hydrocarbons has one of the most important and effective liability regimes, this paper aims to identify and analyze the main gap in the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution (CLC) in relation to the protection of the environment. As a hypothesis, it is raised that, although it refers to “impairment of the environment” as a «pollution damage», the CLC is still markedly influenced by an anthropocentric view of the concept of damage. This is because the main objective underlying the adoption of the concept of damage was set in 1969, and continues to be, even after 1992 changes, to provide compensation for damage to a person, regardless of the effect caused to the environment itself. The methodology adopted was descriptive and based on theoretical bibliographical research. The investigation was eminently based on a literature review. The results confirm the hypothesis and point out that the gap identified in the CLC does not derive from the non-existence of a literal basis for its broad interpretation (including damage to the environment within the scope of the CLC), but from an irrational concern related to the difficulty of quantification of the damage done to the marine ecodiversity.

Keywords: marine ecodiversity damage; liability; CLC; marine pollution; IMO.

Resumo

A poluição marinha pode vir de muitas fontes e resultar em diferentes tipos de danos. Numa altura em que o ambiente é cada vez mais afectado por actividades antropocéntricas, é essencial poder resolver legalmente o problema da responsabilidade por danos ao próprio ambiente marinho. Portan-

* Recebido em 31/07/2023
Aprovado em 27/11/2023

** Dr. Paula de Castro Silveira is an invited professor at the ISCAL – Lisbon Accounting and Business School and at UCM – Catholic University of Mozambique. She holds a PhD degree in Environmental Law by the Law Faculty of the Lisbon University (2017); a Master degree in International Maritime Law by the IMO IMLI – International Maritime Law Institute (2015); a Master degree in Environmental Law by the Law Faculty of the Lisbon University (2009); and graduation in Law by the Faculty of the Lisbon University (2004). She is integrated researcher at IJP - Instituto Jurídico Portucalense; a researcher at CEDIS, Center for Research & Development on Law and Society of the Nova School of Law; a researcher at SPARC, Center for Research & Development on Law and Society at the Faculty of Law of Nova School of Law and a founding member of Applied Law and Business Institute, ALBI. Email: paulacastrosilveira@gmail.com

to, tendo em consideração que a poluição relacionada com hidrocarbonetos possui um dos mais importantes e eficazes regimes de responsabilidade, este artigo tem como objetivo identificar e analisar a principal lacuna da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo (CLC) em relação à proteção do ambiente. Como hipótese, levanta-se que, embora se refira aos “danos causados ao ambiente” como um dos “prejuízos devidos à poluição”, a CLC ainda é marcadamente influenciada por uma visão antropocêntrica do conceito de dano. Isto porque o principal objetivo subjacente à adoção do conceito de dano foi em 1969, e continua a ser, mesmo após as alterações de 1992, a reparação do dano causado a uma pessoa, independentemente do efeito causado ao próprio ambiente. A metodologia adotada foi descritiva e baseada em pesquisa bibliográfica e teórica. A investigação foi eminentemente baseada em revisão de literatura. Os resultados confirmam a hipótese e apontam que a lacuna identificada na CLC não decorre da inexistência de uma base literal para a sua interpretação ampla (incluindo danos ao meio ambiente no âmbito da CLC), mas de uma preocupação irracional alicerçada na dificuldade de quantificação dos danos causados à ecodiversidade marinha.

Palavras-chave: dano à ecodiversidade marinha; responsabilidade; CLC; poluição marinha; IMO.

1 Introduction

Marine pollution can come from many sources - terrestrial; arising from seabed activities under national jurisdiction; from activities in the Area; by jettisoning; from vessels and from or through the atmosphere¹. Any one of them has irreparable consequences for marine ecosystems and causes incalculable damage to the natural environment.

However, the existing regulatory framework for the compensation and reparation of damage caused to the environment per se is, for the most part, composed of civil liability regimes and is restricted to compensation and reparation, only, of the personal damage suffered by individuals through the natural environment².

In addition, despite the variety of sources of pollution that can affect the marine environment, only part of the pollution from ships (mainly that related to hydrocarbons) has a fully operational and effective liability regime, with damage resulting from other types of marine pollution, in most cases, without repair and/or compensation³.

Here we seek to go beyond this anthropocentric vision, effectively enshrining marine ecodiversity as a value to be considered and protected and, consequently, compensated and repaired, if it is affected.

To this end, the objective of this paper is to verify if the CLC regime adequately addresses, or not, the damage to marine ecodiversity. Here we will understand the marine ecodiversity damage, or the damage to marine ecodiversity, as the negative affectation of biotic and abiotic elements and their interrelationship, as well as the affectation of services provided by the same elements that jeopardize the diversity and balance of the ecosystem⁴. A broader perspective is applied, to include the living and non-living elements and their ecological services. For that reason, we adopt the concept of ecodiversity damage instead of biodiversity damage.

To address this problem, we will examine the main characteristics of the civil liability for oil pollution regime, in particular, the concept of pollution damage. We will conciliate this with an analysis of evolution of the doctrinal and jurisprudential position in regard to the concept of pollution damage. To finalise, we will provide a modern interpretation of the concept of damage to understand in what way the marine ecodiversity damage is, or is not, covered by the international liability regime for oil pollution.

The importance of this subject is more than evident at a time when disasters are multiplying. Hence, understanding the contours of the damage to marine ecodiversity and its compensation is an essential condition to be able to legally address the problem of liability for the marine environment damage.

du NCPC. *Revue Juridique de L'Environnement*, France, n. 2, p. 165-180, June 2009. p. 166.

³ GAVOUNELI, Maria. State jurisdiction in relation to the protection and preservation of the Marine Environment. In: ATTARD, David. *The IMLI Manual on International Maritime Law*. vol. III: marine environmental law and maritime security law. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 5-32. p. 6.

⁴ SILVEIRA, Paula de Castro. *Dano à ecodiversidade e responsabilidade ambiental*. Portugal: Petrony Editora, 2019. p. 147.

¹ UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 207 to 212*.

² COUDOING, Nadege. Le dommage écologique pur e l'article 31

2 The role of general international maritime law in protecting the marine environment: historic perspective

The United Nations Convention for the Law of the Sea 1982 (hereinafter UNCLOS) established for the first time a global and comprehensive regime for the protection of the marine environment. It became clear, with its entry into force, that marine pollution is no longer allowed, or tolerated, within the scope of freedom of navigation.

In particular, its Part XII, entitled “*protection and preservation of the marine environment*” stipulates a general obligation on all States “...to protect and preserve the marine environment”⁵. Having overcome the classic division adopted in the Convention between “Flag State”, “Coastal State” and “Port State”, with regard to environmental protection, a comprehensive regime is adopted for all States, regardless of their status quo.

Indeed, States must take all necessary measures to ensure that activities under their jurisdiction or control are carried out in such a way as not to cause pollution damage to other States and their environment, and that pollution caused by incidents or activities under their jurisdiction or control does not extend beyond the areas where they exercise sovereign rights in accordance with this Convention⁶.

In this sense, environmental protection measures must refer to all sources of pollution of the marine environment and must include, among others, those aimed at reducing as much as possible:

- (a) the release of toxic, harmful or noxious substances, especially those which are persistent, from land-based sources, from or through the atmosphere or by dumping;
- (b) pollution from vessels, in particular measures for preventing accidents and dealing with emergencies, ensuring the safety of operations at sea, preventing intentional and unintentional discharges, and regulating the design, construction, equipment, operation and manning of vessels;
- (c) pollution from installations and devices used in exploration or exploitation of the natural resources

⁵ UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 192*.

⁶ UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 194*. n. 2.

of the seabed and subsoil, in particular measures for preventing accidents and dealing with emergencies, ensuring the safety of operations at sea, and

regulating the design, construction, equipment, operation and manning of such installations or devices;

(d) pollution from other installations and devices operating in the marine environment, in particular measures for preventing accidents and dealing with emergencies, ensuring the safety of operations at sea, and regulating the design, construction, equipment, operation and manning of such installations or devices.⁷

The Convention recognizes the principle of common but differentiated responsibilities and the principle of applying the best available techniques as essential requisites for the implementation of measures to protect the marine environment by States. With this, it adopts a conciliatory posture between the developed countries and those, still, in development. Making everyone accept the inclusion of this matter as essential to guarantee freedom of navigation⁸.

With specific regard to liability for damage caused to the marine environment, UNCLOS in its article 235, no. 2, provides that

States shall ensure that recourse is available in accordance with their legal systems for prompt and adequate compensation or other relief in respect of damage caused by pollution of the marine environment by natural or juridical persons under their jurisdiction.⁹

In addition, at the level of international law, paragraph 3 of the same article provides that

With the objective of assuring prompt and adequate compensation in respect of all damage caused by pollution of the marine environment, States shall cooperate in the implementation of existing international law and the further development of international law relating to responsibility and liability for the assessment of and compensation for damage and the settlement of related disputes, as well as, where appropriate, development of criteria

⁷ UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 194*. n. 3.

⁸ “States shall take, individually or jointly, as appropriate, all measures consistent with this Convention that are necessary to prevent, reduce and control pollution of the marine environment, whatever its source, using the most practicable means for this purpose. available to them and in accordance with their possibilities, and shall endeavor to harmonize their policies in this regard”. UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 194*. n. 1.

⁹ UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 235*. n. 2.

and procedures for payment of adequate compensation, such as compulsory insurance or compensation funds.¹⁰

Article 235 establishes a general obligation for States to guarantee “*prompt and adequate*” compensation following “*damage resulting from pollution of the marine environment*”, where it seems obvious to us that this should include not only personal injury, but above all damage to marine ecodiversity. However, this device alone does not operationalize the marine environmental liability regime, it will be just the basis on which it will have to be created.

This means, in practice, that any of the sources of pollution foreseen in Part XII, could have their own liability regime for damage caused to the environment, or even that a comprehensive regime of marine environmental liability could be drawn up, regardless of the source. Therefore, since the mid-1970s, also driven by the Stockholm Declaration of 1972, several specific liability regimes have been developed to cover damage caused to the natural environment¹¹.

However, in reality, among the various sources of marine pollution addressed in Part XII, only pollution by ships and from oil spills has an operational and existing liability regime, which has even served as a “model” for other maritime, and non-maritime, regimes of the kind¹².

3 The liability for damage caused by hydrocarbons – The CLC Model Convention

The sinking of the Torrey Canyon tanker, which occurred in 1967, marks the birth of the special civil liability regime for damage resulting from oil spills, despite the Convention that regulates it only appearing in

1969¹³. In fact, it was only following the strong media attention that was generated around the damage resulting from that incident, with millions spent on cleanup costs, that the need for a uniform international regime that guaranteed effective and adequate compensation to the victims became essential¹⁴.

Thus, by way of reaction, under the auspices of the International Maritime Organization, a series of international instruments appear that aim to regulate maritime transport, both in terms of preventing pollution by ships (MARPOL¹⁵); preparing for and responding to an incident of this kind (OPRC 1990¹⁶ and Protocol OPRC-HNS 2000¹⁷) and civil liability and compensation for pollution related to maritime transport (CLC 1969 and IOPC Fund 1971; HNS Convention¹⁸ and HNS Protocol¹⁹; Bunker Convention²⁰ and LLMC²¹). With regard to our object of study, we will focus, above all, on CLC Convention.

¹⁰ UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 235*. par. 3.

¹¹ NASCIMENTO, Leonardo Leite. International law environment: the transnational law as solution to effectiveness of international standards on freshwater. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 233–253, July/Dec. 2016. p. 236.

¹² The initial version of the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969 (hereinafter CLC 1969) was amended by the Protocol to the Convention, 1992, resulting in what is now known as the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution to Oil Pollution 1992 (hereinafter CLC 1992).

¹³ DEL CASTILHO, Teresa Fajardo. Contaminação por hidrocarbonetos depois da catástrofe do Prestige e seu impacto no Direito Internacional e Comunitário. In: VARELLA, Marcelo Dias (org). *Governo de Riscos, Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos*. Brasília: UNICEUB: UNITAR, 2005. p. 120-139. p. 218.

¹⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Liability and compensation for ship-source oil pollution: an overview of the international legal framework for oil pollution damage from tankers: studies in transport law and policy: n. 1. *United Nations*, 2012. p. 9.

¹⁵ International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL) was adopted on November 2, 1973, and amended by the 1978 Protocol and, its Annex IV, by the 1997 Protocol of October 1983.

¹⁶ International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-Operation (OPRC) was adopted on November 30, 1990 and entered into force on May 13, 1995.

¹⁷ Protocol on Preparedness Response and Co-Operation to Pollution Incidents by Hazardous and Noxious Substances (OPRC-HNS Protocol) was adopted on March 15, 2000 and entered into force on June 14, 2007.

¹⁸ International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea (HNS), was adopted in May 1996.

¹⁹ The Protocol amending the HNS Convention was adopted in 2010.

²⁰ The International Convention on Civil Liability for Bunkers Oil Pollution Damage (Bunker) was adopted on March 23, 2001 and entered into force on November 21, 2008.

²¹ The Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims (LLMC) was adopted on 19 November 1976 and entered into force on 1 December 1986. It was later amended by the 1996 Protocol adopted on 2 May of that year and which entered into force on May 13, 2004.

3.1 The structure of the CLC/Fund model

The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC) emerged in 1969 with the aim of creating a harmonized civil liability regime among the Member States²². It was designed to create a regulatory framework that would ensure adequate compensation to victims of pollution resulting from leaks or discharges of heavy hydrocarbons, i. e. crude oil, fuel oil, heavy diesel oil and lubrication oil, transported aboard a ship.

However, given the lack of resources to cover damage resulting from oil pollution, in 1971 the International Oil Pollution Compensation Fund (hereinafter IOPC Fund) was created²³. The purpose of this was to complement compensation for damage resulting from marine pollution by heavy hydrocarbons and to share the risk inherent in maritime activity from the point of view of contamination.

It thus creates a system of solidarity, based on an equitable distribution of responsibilities between transporters and importers of heavy hydrocarbons, with the aim of providing an economically satisfactory response to those who may be affected in the context of the pollution resulting from this activity and which translates into a second level of compensation to be added to the limits already established in the CLC²⁴. And this can happen when:

- One of the exceptions to the liability channelling regime applies;
- The owner's insurer is unable to fully meet its financial obligations; or
- The cost of compensation for damage caused by pollution exceeds the liability limits defined by the CLC.

However, over the last few years, a series of other incidents involving tankers have occurred, such as the case of Amoco Cadiz in France in 1976, Exxon Valdez in the USA in 1989, Braer in the United Kingdom

in 1993, Erika and Prestige in Spain in 1999 and 2002, among others. Thus, contributing to increase the legislative production²⁵ (TOVALOP²⁶ and CRISTAL²⁷) and doctrinal in this area, appearing, in most cases, as a reaction²⁸ to the different types of damage verified as a result of each new disaster²⁹.

In view of this, it was concluded that, despite the model regime worked well initially, it is not sufficient to cover the volume of damage resulting from this type of incident³⁰. Indeed, it was understood that the CLC needed to be revised and amended, maintaining its essence, yes, but increasing the financial limits adopted, as well as expanding its scope of application by expanding its

²⁵ It turns out that the volume of damage generated by this type of incident is so high that, at the same time as the CLC 1969 regime was being negotiated, ship owners and the oil industry adopted two voluntary regimes on the same matter. These regimes, known as TOVALOP (Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution) and CRISTAL (Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution), were intended to serve as an interim solution while the CLC did not obtain worldwide application. As such, on February 20, 1997, their application ceased, since their maintenance was seen, by many, as a disincentive to the ratification of the CLC. See The IOPC Fund's 25 years of compensating victims of oil pollution incidents, IOPC, 2003, p.14, www.iopc.com.

²⁶ TOVALOP established the liability of owners in cases of damage resulting from oil spillage from their ships. However, this regime did not apply if the CLC was competent to regulate the incident in question. With regard to environmental damage, in its initial version, from 1987, the definition of "pollution damage" was in every way similar to the one we will find in CLC 1969. However, one aspect is noteworthy: the fact that TOVALOP excludes complaints based on theoretical calculations. Claims for damage to natural resources deemed "non-commercial, such as birds, coral reefs, among others, were excluded". BRANS, Edward H. P. *Liability for damage to public natural resources*: standing, damage and damage assessment. Netherlands: Kluwer Law International, 2001. (International Environmental Law and Policy Series, 61). p. 362.

²⁷ Under CRISTAL, compensation for damages resulting from oil spills could be obtained from the company owning the cargo, i.e. the oil.

²⁸ DAVIS, Mark. Lessons unlearned: the legal and policy legacy of the BP Deepwater Horizon Spill. *Washington and Lee Journal of Energy, Climate, and the Environment*, v. 3, n. 2, p. 155-175, 2012. p. 155.

²⁹ SARAIVA, Rute. Direito internacional privado, responsabilidade e ambiente. In: VICENTE, Dário Moura (org). *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*: volume I. Coimbra: Almedina, 2005. p. 637-672.

³⁰ "The regime has proven to be effective, practical and has worked well during its 25 years of operation. Most claims are resolved outside the Courts. The regime is relatively easy to understand and apply in any case", THE IOPC Fund's 25 years of compensating victims of oil pollution incidents. IOPC, 2003. Available at: in www.iopc.com. p. 30

²² It entered into force in 1975.

²³ It entered into force in 1978.

²⁴ MARTÍN, Unai Belintxon. La responsabilidad civil en el Derecho Marítimo: la efectiva aplicación de las medidas de prevención en materia de seguridad marítima. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige*: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 193-245. p. 207.

coverage to other types of damage, such as damage to the marine environment³¹.

Thus, after a frustrated attempt to amend it in 1984, following the disaster of the Exxon Valdez tanker in 1989, the USA approved its own legislation – the “Oil Pollution Act” of 1990 (OPA) – considering that the amendments envisaged in the 1984 Protocol were in fact necessary³². In 1992, without needing USA ratification, the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC 1969) was amended by the Protocol to the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992 (CLC 1992).

Nonetheless, once again following an incident, in this case involving the tanker Erika, in 1999, the need for a further increase in compensation levels became pressing and, in fact, in 2000, levels of compensation provided for in 1992 were increased by fifty percent³³ to the values stipulated in the 1992 Conventions. However, as it still does not appear to be sufficient to effectively cover the damage caused, in 2003 a Complementary Fund was created, which is structured as an optional third level of compensation³⁴.

Now, taking into account the number of countries that have already withdrawn the CLC 1969 and the IOPC Fund 1971 and ratified the CLC 1992 and the IOPC Fund 1992, the old regime constituted by the CLC 1969 and the IOPC Fund 1971 lost a great deal of part of its importance³⁵. On May 24, 2002, the IOPC Fund 1971 ceased to be in force, since the number of States Parties to it fell below twenty-five, which led to its closure, continuing to operate only until claims related to damages resulting from incidents occurring before May 24, 2002 are resolved. It should be noted that, although the European Union itself is not a party to the Convention, since the ratification rules adopted do not

allow this to happen, most Member States are, today, parties to the CLC and the IOPC Fund 1992.

Thus, with regard to funds, the IOPC Fund 1992 and the IOPC Fund 2003 are in force³⁶. As already mentioned, the IOPC Fund 1992 establishes a complementary compensation regime for the CLC, operating under the same geographic area and with the same legal regime³⁷. Its objective is to guarantee compensation for damage not adequately covered by the owner of the ship under CLC 1992. As regards the Complementary Fund 2003, which we will call IOPC Fund 2003, unlike the IOPC Fund 1992, its objective is not to change the limits in force, but to complement them³⁸. Thus, acting as an optional third level of compensation for damage caused by contamination by hydrocarbons³⁹. So much so that only Member States of the 1992 Fund were allowed to adhere to it, having been ratified by 32 States⁴⁰.

³⁶ Cfr. Annual Report 2011, IOPC, p. 4, in www.iopc.com.

³⁷ It should be noted that, despite the intimate connection with the CLC, the Fund has its own bodies and full autonomy from it. Indeed, the IOPC Fund comprises the Assembly, the Executive Committee and the Secretariat. The contribution to the fund is made by hydrocarbon importers in each State Party to the CLC, on the number of hydrocarbons they have received by sea, taking into account the volume received in the year preceding the year in which payment is requested. In other words, it is the Member States that are part of the CLC and, consequently, of the Fund, but it is the companies that import the hydrocarbon transported by sea, which must make the payments that finance it.

³⁸ MARTÍN, Unai Belintxon. La responsabilidad civil en el Derecho Marítimo: la efectiva aplicación de las medidas de prevención en materia de seguridad marítima. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige*: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos. Navarra: Thomson Reuters: Aranzandi, 2011. p. 193-245. p. 219.

³⁹ Following the creation of this Complementary Fund, two new agreements emerged: STOPIA 2006 and TOPIA 2006, which entered into force on February 20, 2006 and which aim to introduce a set of voluntary compensation measures. These agreements are intended to correct the imbalances created with the constitution of the IOPC Fund 2003. It should be noted, however, that the CLC and the IOPC Fund 1992 and the IOPC Fund 2003 will continue to be applicable even in the case of events covered by the scope of application of STOPIA and TOPIA. However, as stipulated in these new agreements, the Fund will be reimbursed by the owner of the ship. In this sense, according to TOPIA 2006, the Complementary Fund is entitled to be reimbursed by the ship's owner in the amount of 50% of the indemnity payments made to the plaintiffs when a ship intervenes in the claim to which the aforementioned agreement applies.

⁴⁰ This Complementary Fund also has its own legal personality and the same scope of application as the CLC. However, it distances itself from the 1992 IOPC Fund with regard to the mode of contribution, providing for a minimum amount of annual payment by the Member States. This minimum contribution assumes an amount equal to the reception of one million tons of hydrocarbons. Cfr.

³¹ THE IOPC Fund's 25 years of compensating victims of oil pollution incidents. *IOPC*, 2003. Available at: in www.iopc.com. p. 14.

³² FAURE, Michael; YING, Song. *China and international environmental liability: legal remedies for transboundary pollution: new horizons in environmental law*. UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2008. p. 75.

³³ These new limits came into effect on 1 November 2003 for all CLC Member States.

³⁴ COUVIOUR, Karine. Après L'Érika: réformer d'urgence le régime international de responsabilité et d'indemnisation des dommages de pollution par hydrocarbures. *La Semaine Juridique*, n. 12, Mar. 2008.

³⁵ THE IOPC Fund's 25 years of compensating victims of oil pollution incidents. *IOPC*, 2003. Available at: in www.iopc.com. p. 14.

The compensation paid⁴¹, per incident, under the IOPC Fund 1971 was originally 30,000,000 million SDR⁴² and passed, in 1987, to 60,000,000 million SDR⁴³. As regards the IOPC Fund 1992, the maximum limit is SDR 135,000,000 million, including the amount paid by the ship's owner and his insurer under CLC 1992. Since November 1, 2003, this limit has been increased to 203,000,000 million SDR, a figure that still does not satisfy some States Parties⁴⁴. And, since November 2003, the IOPC Fund 2003 has at its disposal 547,000,000 million SDR, in addition to the 203,000,000 million SDR already foreseen under the scope of the IOPC Fund 1992, to cover damage resulting from maritime pollution by hydrocarbons for countries that ratified the same.

3.2 The scope of application of the CLC

With regard to the CLC, its scope of application is materially and geographically delimited. With regard to the material delimitation, the CLC applies only to damage due to oil pollution resulting from heavy oil spills from a ship.

For a proper understanding of its material scope of application, it is necessary to understand the definition that the Convention assigns to some essential concepts such as: ship, oil and pollution damage.

In practice, several questions can be raised following the concept of ship, namely whether it is a "sea-going", that is, prepared for maritime navigation or not. After all, we can come across a ship that transports hydrocarbons as cargo, but that we can see it is not prepared, or it has not been designed for maritime navigation, despi-

te, in fact, carrying it out. We can also come across ships that transport hydrocarbons to a certain location and establish themselves there as storage platforms. And, in these cases, it is questioned whether, lacking the intention to continue the maritime journey, its qualification as a ship will be disputed⁴⁵.

In fact, it seems to us defensible that a situation could arise in which this type of vessel is considered a ship, for the purposes of the Convention, up to a certain point, and ceases to be so when certain characteristics are lost, namely the intention to continue its sea journey.

From the above, it appears that the identification of the ship is not automatic and requires analysis of the factual situation in question. To facilitate this task, some characteristics of the ship are, from the outset, pointed out by the Convention itself, such as:

- The ship does not need to be originally designed for the transport of hydrocarbons, it may in fact have been adapted for that purpose;
- To be considered a ship, the ability to transport hydrocarbons in bulk as cargo is not enough, it must actually be transporting hydrocarbons in bulk as cargo;
- If not, the Convention also applies, if it is the journey immediately following the carriage of hydrocarbons in bulk as cargo⁴⁶.

In this sequence, it is believed that only hydrocarbons transported as cargo are covered by the Convention, or on the journey immediately after that, its residues. However, reconciling it with the definition of hydrocarbons presented by the Convention, we will arrive at a slightly different conclusion⁴⁷.

<http://www.iopcfunds.org/about-us/membership/a-z-listing/>.

⁴¹ Finally, it is also up to the IOPC 1992 bodies to manage this entire compensation scheme for damage structured by the CLC and the IOPC Fund, bearing in mind the need to respond quickly and effectively to the multiplicity of interests involved. It is a process for claiming damage and compensation, tending to be out-of-court and which is basically governed by the criteria for receiving complaints and assessing damage provided for in the "claims manual", an interpretative document of the Convention approved by the General Assembly of the IOPC Fund.

⁴² Special Drawing is the unit of account stipulated in the Conventions under analysis, as defined by the IOPC.

⁴³ THE IOPC Fund's 25 years of compensating victims of oil pollution incidents. IOPC, 2003. Available at: in www.iopc.com. p. 15.

⁴⁴ SCHOENBAUM, Thomas J. Liability for damages in oil spill accidents: evaluating the USA and international law regimes in the light of deepwater horizon. *Journal of Environmental Law*, p. 1-22, 2012. p. 10.

⁴⁵ CORDEIRO, António Menezes. Da natureza jurídica do navio. In: GOMES, Januário da Costa (org.). *O Navio: II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 11 e 12 de novembro de 2010. Coimbra: Almedina, 2012. p. 7-44.; PINHEIRO, Luís de Lima. O navio em Direito Internacional. In: GOMES, Januário da Costa (org.). *O Navio: II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 11 e 12 de novembro de 2010. Coimbra: Almedina, 2012. p. 97-123.; MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*: vol. I: teoria geral. 4. ed. Brasil: Editora Manole, 2013. p. 120.

⁴⁶ CLC 1992. art. I, parag. 1.

⁴⁷ The damage resulting from spillage, even of heavy hydrocarbons, is not within the scope of the CLC, if these come, for example, from an offshore oil exploration platform. This gap in the Convention must be filled by the IMO and regional organizations

As can be seen in the concept of damage presented by CLC 1992, it comprises

(a) loss or damage caused outside the ship by contamination resulting from the escape or discharge of oil from the ship, wherever such escape or discharge may occur, provided that compensation for impairment of the environment other than loss of profit from such impairment shall be limited to costs of reasonable measures of reinstatement actually undertaken or to be undertaken; (b) the costs of preventive measures and further loss or damage caused by preventive measures⁴⁸.

That is, the Convention applies to damage resulting from hydrocarbons carried as cargo or as fuel on the Tanker, provided that they result from heavy hydrocarbons⁴⁹.

It is important, in view of this, to emphasize that the CLC regime is not a comprehensive regime. It does not have the ambition to respond to all damage resulting from maritime pollution. On the contrary, it is a regime with well-defined borders and perhaps because of this limited scope, it has managed to succeed and remain firm in international law as a source of inspiration for other regimes, whether in other sectors of activity, or in more comprehensive diplomas such as the Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage (hereinafter “Directive”).

In addition to the objective delimitation, the scope of application of the CLC is also geographically limited. In order to understand this delimitation, it is necessary to converge the information provided by article I, no. 6 (a) and article II, both of CLC 1992. The first states that damage due to pollution means any loss or damage external to the ship caused by contamination resulting from leakage or discharge of hydrocarbons from the ship, whatever the place where it may have occurred. Therefore, it is not the place where the damage occur-

red that will condition the application, or not, of the Convention. But then, what criteria should be followed?

In order to answer this question and complete the definition presented, it is necessary to resort to the aforementioned Article II, which expressly states that the Convention applies exclusively to damage due to pollution caused in the territory, including the territorial sea, of a State Party.

After 1992, and only for the States that ratified the 1992 CLC, the referred regime is expanded and now also covers the damage that occurred in the Exclusive Economic Zone (EEZ) of a State Party, established in accordance with the international law or, if a State Party has not established such a zone, in an area beyond that adjacent to the territorial sea of that State, as determined by that State in accordance with international law, to an extent not exceeding 200 nautical miles from the lines base used to delimit the territorial sea⁵⁰.

From the above, the CLC will be applicable even if the incident occurs in the territory of a non-Party State, provided that its effects are felt in the territory of a State Party. Consequently, damage resulting from pollution by hydrocarbons that occurs in the territory of a non-Party State, as well as that which occurs in the High Seas and does not result in damage, or imminent threat of damage, in the territory of a State Party is outside the scope of the CLC⁵¹.

3.3 Type of responsibility adopted in the CLC

The CLC provides that the owner of a ship, at the time an event occurs, or, if the event consists of a succession of facts, at the time the first occurs, is liable for any damage due to pollution caused by the ship and resulting from the event. That is, the owner of the ship is obliged to repair the damage, regardless of whether they are at fault⁵².

We thus have the establishment of the tendency that is beginning to gain more and more strength and which understands that, in the face of certain activities considered potentially dangerous, the attribution should be based on the risk and not based on the subject's fault.

competent to deal with the problem of marine pollution. SCH-OENBAUM, Thomas J. Liability for damages in oil spill accidents: evaluating the USA and international law regimes in the light of deepwater horizon. *Journal of Environmental Law*, p. 1-22, 2012. p. 5.

⁴⁸ CLC 1992. art. I, parag. 5.

⁴⁹ It does so because these types of hydrocarbons are considered difficult to naturally dissipate when released into the sea, requiring cleaning measures specially designed for this purpose. While the damage resulting from spills of light hydrocarbons, such as gasoline, refined diesel, and kerosene, tend to evaporate quickly, generally not requiring special cleaning measures.

⁵⁰ CLC 1992. art. II.

⁵¹ This type of situation is covered by the International Convention on intervention on the High Seas in the event of an accident that causes or may cause oil pollution, signed in Brussels in 1969.

⁵² CLC 1992. art. III, n. 1.

However, the Convention provides for the possibility of excluding the owner from liability, provided that it is proved that the damage in question:

- Resulted from an act of war, hostilities, civil war and insurrection or a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible character;
- Was wholly caused by an intentional act or omission by a third party to cause damage;
- Has been wholly caused by the negligence, or other harmful act, of any Government or another authority responsible for lights or other aids to navigation, in the exercise of that function⁵³.

These exclusions are not without problems, namely, they can raise questions when, for example, the pollution damage results directly from “*a natural phenomenon of an exceptional, inevitable and irresistible nature*”, but there is, upstream, an error of captain’s navigation that diverted the ship from a safe course. In these cases, it is questioned whether or not the ship’s owner can exempt himself from liability.

In this regard, it should be noted that, in the event that the Directive is not applicable, pursuant to its article 4, as this is damage resulting from incidents for which liability falls within the scope of application of the CLC, for example, in practice, we may be faced with a situation where the operator may not be subject to any type of liability for the damage caused to the natural environment.

Reinforcing the disclaimer, the Convention adopts a double degree of objectivity, with objective liability, on the one hand, and with the channelling of liability on the other⁵⁴.

In fact, the adoption of an objective type of liability regime is one of the great corollaries of the CLC. However, in order to adequately delimit its scope of application, it is important to understand the concept of “owner”⁵⁵. It means the person or persons registered as the owner of the ship or, in the absence of registration, the person or persons in possession of the ship. However, in the case of a ship owned by a State and operated

by a company which in that State is registered as the operator of the ship, owner means that company⁵⁶.

This means that, in principle, the person appearing in the ship’s property register - the owner - will be responsible for compensation for damage resulting from their vessel, regardless of the existence of proof of fault⁵⁷. It only suffices for the victim to prove the causal link between the fact and the damage, that is, between the leakage or discharge of hydrocarbons from the ship and the specific damage, as in traditional civil liability regimes⁵⁸.

It is important to take into account that, nowadays, with the complexity of relationships that develop in the context of the maritime transport of goods, this accountability can be efficient, but proves to be profoundly unfair⁵⁹. After all, currently, maritime shipment is characterized by a multiplicity of players, which means that the owner of the ship, in most situations, does not control the type of goods that are transported, nor do they have the authority or means to verify whether the appropriate safety and prevention measures are being taken by the charterer, carrier, shipowner, etc. This leads to cases of fictitious liability that do not correspond to the real subject responsible for the damage in question⁶⁰.

⁵⁶ CLC 1969. art. I, parag. 3. “owner means the person or persons registered as the owner of the ship or, in the absence of registration, the person or persons owning the ship. However in the case of a ship owned by a State and operated by a company which in that State is registered as the ship’s operator, “owner” mean such company”.

⁵⁷ DELEBECQUE, Philippe. *La pollution marine, rapport français*. In: VINEY, Geneviève; DUBUISSON, Bernard (org.). *Les responsabilités environnementales dans l’espace européen*. point de vue franco-belge. Bruxelles: Emile Bruylant, 2006. p. 375-395. p. 389.

⁵⁸ DELEBECQUE, Philippe. *La pollution marine, rapport français*. In: VINEY, Geneviève; DUBUISSON, Bernard (org.). *Les responsabilités environnementales dans l’espace européen*. point de vue franco-belge. Bruxelles: Emile Bruylant, 2006. p. 375-395. p. 390.

⁵⁹ For example: “[...] in the case of the Prestige, an oil tanker built in Japan, flying the Bahamas flag and owned by an obscure Greek shipping company, which transported Russian crude oil... it will be liable for damages with insurance and additional amounts obtained by the Fund”, DEL CASTILHO, Teresa Fajardo. *Contaminação por hidrocarbonetos depois da catástrofe do Prestige e seu impacto no Direito Internacional e Comunitário*. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo de Riscos, Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos*. Brasília: UNICEUB: UNITAR, 2005. p. 120-139. p. 226.

⁶⁰ ROBERT, Sabrina. *L’Érika: responsabilités pour un désastre écologique*. Paris: Pedone, 2003. p. 26.

⁵³ CLC 1992. art. III, parag. 2.

⁵⁴ ROBERT, Sabrina. *L’Érika: responsabilités pour un désastre écologique*. Paris: Pedone, 2003. p. 30.

⁵⁵ CLC 1969. art. I, n. 8, with the wording of 1992.

3.4 The channelling of liability

One of the greatest innovations of the Convention is not the adoption of strict liability, per se, but what is called “channelling of liability”. This means that, in addition to the responsible being objectively the owner, the Convention establishes that no other claim referring to damage due to pollution, which is not based on the provisions of the same, can be made against it.

Furthermore, the liability rests exclusively with the owner. The Convention establishes that no claim for compensation for damage due to pollution, whether or not based on its provisions, may be made against:⁶¹

- a) the servants or agents of the owner or the members of the crew;
- b) the pilot or any other person who, without being a member of the crew, performs services for the ship;
- c) any charterer (how so ever described, including a bareboat charterer), manager or operator of the ship;
- d) any person performing salvage operations with the consent of the owner or on the instructions of a competent public authority;
- e) any person taking preventive measures;
- f) all servants or agents of persons mentioned in subparagraphs (c), (d) and (e);⁶²

In practice, this means that, in principle, victims are prohibited from bringing claims for damage against persons other than the owner of the ship, as well as, with regard to the owner of the ship, claims for compensation for damage due to pollution that is not based on the provisions of the CLC⁶³.

Despite seeming somewhat restrictive, this regime was designed to protect the legal security of the victims, on the one hand, and the ship’s owner, on the other. With this, the aim is to overcome the burden of forcing the injured party to bring claims for compensation

against a series of subjects, which could jeopardize the effective compensation for the damage resulting from the pollution in question⁶⁴. And, furthermore, limiting the owner’s liability to the provisions of the CLC, thus compensating for the burden of being objectively liable for damage, even when there is no fault or willful misconduct in the occurrence of the same.

The exclusion of liability for the subjects mentioned in the CLC is one of the most important points of the regime, after all, it avoids the prosecution of lawsuits against them. However, no reference is made in CLC 1969, or in CLC 1992, regarding the owner of the cargo and the society responsible for the classification of the ship⁶⁵. Because of this, the Paris Correctional Court, in the Trial of January 16, 2008, regarding the Erika case, refused the classification society (RINA) the immunity provided for under article III, no. 4 (b) of CLC 1992, as it cannot be considered as a person providing services to the ship⁶⁶. The Court also considered that, when issuing official security certificates, it acted as an Agent of the State of Malta (Flag State). Therefore, like the latter, it enjoys immunity from jurisdiction. However, this would have to be invoked in a timely manner and, by failing to do so, it waived the same, for which it can be held liable and, in effect, criminally and civilly condemned for repairing the damage resulting from the accident involving the Tanker Erika⁶⁸.

⁶⁴ BRANS, Edward H. P. *Liability for damage to public natural resources: standing, damage and damage assessment*. Netherlands: Kluwer Law International, 2001. (International Environmental Law and Policy Series, 61). p. 315.

⁶⁵ GONZALO, Marco Lopez de. The liability of classification societies. In: GOMES, Januário da Costa (org.). *O Navio: II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 11 e 12 de novembro de 2010. Coimbra: Almedina, 2012. p. 125-136.

⁶⁶ GASDETA, Juan M. Velázquez. Reino de España v Americana Bureau of Shipping et al: punto final o punto aparte. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 163-191.; LÓPEZ, Francisco Javier Quel; AROCENA, M^a Dolores Bollo. Claves de la evolución reciente del derecho del mar en materia de prevención de la contaminación: hacia una revisión de las competencias del estado Rector Del Puerto, estado Ribereño y estado del Pabellón. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 35-64.

⁶⁷ PAPAPOPOULOU, Dandi. The role of french environmental associations in civil liability for environmental harm: courtesy of Erika. *Journal of Environmental Law*, v. 21, n. 1, p. 87-112, 2009. p. 88.

⁶⁸ IOPC/JUN10/3/1, 17, May 2010, in www.iopc.com.

⁶¹ Contrary to this, MARTÍN, Unai Belintxon. La responsabilidad civil en el Derecho Marítimo: la efectiva aplicación de las medidas de prevención en materia de seguridad marítima. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 193-245. p. 209. by providing that “Nevertheless it is not impeded to bring actions against other persons that could have caused the accident or even aggravated it”.

⁶² CLC 1992. art. III.

⁶³ GOMES, Manuel Januário da Costa. *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 393.

In March 2010, this decision was confirmed by the Court of Criminal Appeal and, with regard to the channelling of liability, other conclusions are still important to enunciate:

- The representative of the registered owner of the Tanker Erika was considered “owner’s agent”, as defined in article III 4 (a) of the CLC 1992 and despite being, theoretically, able to benefit from the channelling of liability provided for in the Convention, it was considered that he acted negligently and with the knowledge that such damage could occur, thus ruling out the possibility of taking advantage of the exemption provided for therein;
- The President of the management company (Panship) was an agent of the company providing services to the ship, article III 4 (b) and, as such, is not protected by the channelling of responsibility;
- Total SA was “de facto” the charterer of the Tanker Erika and, as such, can benefit from the channelling of liability provided for in article III 4 (c) of the CLC 1992⁶⁹.

However, channelling liability is not an absolute rule⁷⁰. In some situations, the owner’s liability may be waived, with some of those expressly immune subjects being held liable. This happens in cases where it is proven that the damage resulted from an act, or omission, of these persons with the intention to cause such damage or through imprudence and with the knowledge that such damage could occur⁷¹.

3.5 Limitation of liability in the CLC

Even if the owner is held liable, they will only be liable up to a certain limit expressly provided for in the CLC. In fact, the owner has the right to limit their liability to values defined by the Convention and according

⁶⁹ IOPC/JUN10/3/1, 17, May 2010, in www.iopc.com.

⁷⁰ DELEBECQUE, Philippe. La pollution marine, rapport français. In: VINEY, Geneviève; DUBUISSON, Bernard (org.). *Les responsabilités environnementales dans l’espace européen*: point de vue franco-belge. Bruxelles: Emile Bruylant, 2006. p. 375-395. p. 391.

⁷¹ CLC 1992. art. III, parag. 4.

to the weight of the ship⁷². To this end, it must set up a fund in the amount of the limit of its liability before the Court of any of the States Parties.

With regard to the CLC, following the Resolution adopted by the Legal Committee of the IMO on October 18, 2000, the values initially foreseen in 1992 were expanded. As of November 1, 2003, the owner of the ship has the right to limit their liability to a total amount, per event, which does not exceed, in any case, 89,770,000 million SDR, calculated as follows⁷³:

- 4,510,000 million SDR for a ship not exceeding 5,000 units;
- For a ship with a tonnage greater than that, for each additional tonnage unit, 631 SDR must be added to the aforementioned amount;

The figure of limitation of liability has its origins in general maritime law, namely, in the international conventions relating to the limitation of liability in matters of debts for maritime claims⁷⁴. However, it is in the right of civil liability for damage resulting from oil pollution that it reaches its highest limits, namely, in view of the values provided for in the CLC and in the London Convention of 1976, it appears that the ceilings established in the first are substantially higher than those provided for in the 1976 Convention⁷⁵.

In this sense, article V (3) of the CLC, in its post-1992 version, states that

For the purpose of availing himself of the benefit of limitation provided for in paragraph 1 of this Article the owner shall constitute a fund for the total sum representing the limit of his liability with the Court or other competent authority of any one of the Contracting States in which action is brought under Article IX or, if no action is brought, with

⁷² Claims Manual, International Oil Pollution Compensation Fund, 1992, 2019 Edition. This element of interpretation, prepared by the IOPC, despite not being binding, serves as an interpretative for the provisions presented in the CLC and IOPC.

⁷³ No. 3 of the Resolution of the Legal Committee of the IMO, of October 18, 2000, which amends the Limitation Values of the 1992 Protocol amending the 1969 CLC.

⁷⁴ The 1957 Brussels Convention and subsequently the 1976 London Convention deal specifically with this matter.

⁷⁵ MARTÍN, Unai Belintxon. La responsabilidad civil en el Derecho Marítimo: la efectiva aplicación de las medidas de prevención en materia de seguridad marítima. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige*: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 193-245. p. 194.

any Court or other competent authority in any one of the Contracting States in which an action can be brought under Article IX. The fund can be constituted either by depositing the sum or by producing a bank guarantee or other guarantee, acceptable under the legislation of the Contracting State where the fund is constituted, and considered to be adequate by the Court or other competent authority.⁷⁶

However, this faculty also presents some limitations, bringing to light another common rule in maritime law, which is the one that provides that the owner can no longer benefit from the limitation of liability if it is proved that the damage due to pollution resulted from an action or omission that is imputed to them, committed with the intention to cause such damage or recklessly and with the knowledge that such damage could occur.

Finally, the limitation of liability was one of the reasons why the USA did not ratify CLC 1992 and created its own regime – Oil Pollution Act 1990 (OPA)⁷⁷. This regime, which is more comprehensive than the international regime, does not provide for any limitation of liability, nor any channelling of responsibility to the owner of the ship⁷⁸. In addition, it provides coverage for a greater number of damage, unlike the CLC.

3.6 The mandatory insurance at CLC

In addition to the limitation, the CLC also provides for the possibility of transferring responsibility to the insurer, through the imposition of compulsory insurance, or other financial guarantee in the maximum amount of liability provided for in the CLC. This obligation is imposed on owners of ships registered in a Member State, with the capacity to transport more than 2,000 tons of hydrocarbons in bulk as cargo⁷⁹. Therefore, ships that have not been registered in a Member State are excluded from this obligation, whatever the quantity of hydrocarbons they carry⁸⁰.

⁷⁶ CLC post-1992 version, art. V, n. 3.

⁷⁷ SCHOENBAUM, Thomas J. Liability for damages in oil spill accidents: evaluating the USA and international law regimes in the light of deepwater horizon. *Journal of Environmental Law*, p. 1-22, 2012. p. 8.

⁷⁸ MARTÍN, Unai Belintxon. La responsabilidad civil en el Derecho Marítimo: la efectiva aplicación de las medidas de prevención en materia de seguridad marítima. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 193-245. p. 213.

⁷⁹ CLC 1969, art. VII, parag. 1.

⁸⁰ In this regard, we can say that, in reality, other regimes end up

On the other hand, a ship carrying less than 2,000 tons of hydrocarbons, even if it is registered in a Member State, is not obliged to take out insurance or maintain any other type of financial guarantee⁸¹. Bearing in mind that, most of the time, this type of transport is carried out by “single ship” companies, what happens is that in the face of an accident where the owner does not have insurance, the victims have no other guarantee of full compensation for the damage costs, as the ship in question may not be sufficient.

In reality, nothing guarantees that an accident with a ship carrying less than 2,000 tons of hydrocarbons is less serious than one carrying a value greater than that. The level of pollution depends on a series of factors such as: the success of the cleaning measures, the type and characteristics of the oil spilled, the weather and oceanographic conditions, as well as the possibility of natural dispersion⁸². Therefore, the severity and scale of the effects of oil spills from ships carrying less than 2,000 tons could be much greater than one carrying a greater amount than that⁸³.

4 The “Pollution Damage”

The “pollution damage” is a concept widely used in international maritime conventions, especially in those that follow the CLC regime. It is often mistakenly adopted as a synonym for damage caused to the environment. However, we will verify that its scope of application is not necessarily the same.

filling this gap, at least partially. For example, in the European Union all ships are required to have valid insurance to approach European ports.

⁸¹ BRANS, Edward H. P. *Liability for damage to public natural resources: standing, damage and damage assessment*. Netherlands: Kluwer Law International, 2001. (International Environmental Law and Policy Series, 61). p. 313.

⁸² THE IOPC Fund’s 25 years of compensating victims of oil pollution incidents. *IOPC*, 2003. Available at: in www.iopc.com. p. 40.

⁸³ MARTÍN, Unai Belintxon. La responsabilidad civil en el Derecho Marítimo: la efectiva aplicación de las medidas de prevención en materia de seguridad marítima. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 193-245. p. 210. E: BRANS, Edward H. P. *Liability for damage to public natural resources: standing, damage and damage assessment*. Netherlands: Kluwer Law International, 2001. (International Environmental Law and Policy Series, 61). p. 313.

The term “pollution damage” was adopted by CLC 1969 and its objective was to provide adequate compensation to victims for damage caused following a heavy oil spill.

The emphasis of the original regime was on compensation for the individual “victim” who suffered damage as a result of the contamination in question, not compensation for the damage caused to the natural environment, nor to the marine ecosystem.

In 1969, pollution damage meant loss or damage outside the ship caused by a leak or discharge of hydrocarbons from the ship, wherever they occur, including the costs of preventive measures and other losses resulting from their application⁸⁴. The ambiguity resulting from this definition has led over the years to different interpretations by national courts, even giving rise to a movement towards adopting a new, more complete definition, which would lead to a uniform application of the concept in the States Parties. Indeed, after a failed attempt in 1984, the provision was amended in 1992⁸⁵.

Thus, for the States that ratified the Protocol amending the CLC, “pollution damage” now means: a) loss or damage caused outside the ship by contamination resulting from the escape or discharge of oil from the ship, wherever such escape or discharge may occur, provided that compensation for impairment of the environment other than loss of profit from such impairment shall be limited to costs of reasonable measures of reinstatement actually undertaken or to be undertaken; b) the costs of preventive measures and further loss or damage caused by preventive measures.

It could be assumed that from 1992 the damage caused to the environment started, in fact, to be considered repairable under the concept of “pollution damage”. However, the way in which the definition of pollution damage is presented, even after 1992, does not indicate exactly what kind of damage it covers, which means that

almost all types of damage resulting from oil pollution can be included in this concept⁸⁶. However, does this mean a full incorporation of the damage done to the natural environment? The answer to this question depends, on the one hand, on the analysis of the eventual paradigm shift from 1969 to 1992, and, on the other hand, on the solutions adopted in four incidents: Antonio Gramsci in 1979, Patmos in 1985, Haven in 1991 and Erika in 1999. The latter will deserve, for the positions it assumes with regard to “ecological damage”, the greatest of our attention, after all, it reflects a change in attitude towards repairing this type of damage⁸⁷.

The issue of compensation for damage caused to the environment was raised for the first time, within the scope of the CLC and IOPC Fund regime, following the incident with the tanker Antonio Gramsci, on February 27, 1979, which resulted in the leakage of around 5,500 tons of heavy hydrocarbons on the coasts of the former USSR (Latvia and Estonia), Sweden and Finland, responsible for their pollution⁸⁸. As a result of this incident, and based on the Law of the former USSR, the Ministry of Water of the Soviet Union filed a lawsuit for damage to natural resources and for the costs and expenses related to cleaning up polluted waters. This is because the Soviet Law attributed the right of action to the Ministry of Waters, since the territorial sea was considered property of the State⁸⁹.

However, the controversial part of that action was based on the way in which the damaged natural resource was evaluated, since the damage was quantified using a mathematical formula called “Methodika”. Under this technique, the amount of damage was determined by multiplying the amount of polluted water, estimated on the basis of the amount of hydrocarbon spilled in Soviet waters, by two rubles per cubic meter⁹⁰.

⁸⁴ “Loss or damage caused outside the ship carrying oil by contamination resulting from the escape or discharge of oil from the ship, wherever such escape or discharge may occur, and includes the costs of preventive measures and further loss or damage caused by preventive measures”, International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969, art. I, n. 6. This definition was also included in article 1, paragraph 2, of the IOPC 1971.

⁸⁵ TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; TAQUARY, Catharina Orbage de Britto. The margin of interpretation of the treaties. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 104–124, Jan./June 2018. p. 105-113.

⁸⁶ RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement: implementation of international environmental: vol. 2008*: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011. p. 427.

⁸⁷ NEYRET, Laurent. Naufrage de L'Erika: vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement. *Recueil Dalloz*, n. 38, p. 2681-2689, 30 Oct. 2008. p. 2681.

⁸⁸ Fund/WGR.7/4, de 4 de janeiro de 1994.

⁸⁹ CHAO, Wu. *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: liability and compensation*. United Kingdom: Kluwer Law International, 1996. p. 361.

⁹⁰ RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes.

Despite the fact that compensation for this incident was not carried out through the 1971 IOPC Fund, since the former USSR was not a Party to it at that time, Resolution No. 3 of the IOPC deals with the subject of compensation for damage caused to the environment. The document reads “the assessment of the compensation to be paid by the IOPC Fund is not to be made on the basis of an abstract quantification of damages calculated according to theoretical models”⁹¹.

For the purposes of applying the CLC and the IOPC Fund, compensation can only be claimed from the ship owner if the victim has a legal right of action under national law and has suffered economic damage as a result of the pollution⁹².

After Antonio Gramisci, other incidents followed and national courts were obliged to rule on the acceptability or, otherwise, on compensation for damage caused to the environment, as well as on its eventual assessment⁹³.

On March 21, 1985, the Greek Tanker Patmos collided with the Spanish Tanker Castillo del Monte Aragon, offshore Costa da Calabria, Italy, spilling about 700 tons of heavy hydrocarbons⁹⁴. Since most of this was

dispersed naturally, only a few tons of hydrocarbons made their way to the coast of Sicily. Following this, several lawsuits were filed in the Court of Sicily against the owner of the ship and against the IOPC Fund 1971. What interests us here is to take into account the complaint brought by the Italian Government for damage to the marine environment⁹⁵.

The Italian Government based its argument on article I (6) of the CLC 1969, since, according to it, the definition of “pollution damage” was broad enough to also cover the damage suffered by the environment itself. On 30 July 1986, the Court of First Instance in Messina rejected the Italian action. And, to that end, it based its decision on two arguments: first, that territorial waters are not State property, but rather *res communis omnium* and marine flora and fauna constituted *res nullius*, so that the State did not have the right to claim compensation for them. Second, the Court declared that the State had not suffered any loss of earnings and incurred no costs as a result of the alleged damage to territorial waters, fauna and flora. The court ruled that the State did not suffer any economic damage either, adopting, in this decision, the official position of the IOPC Fund present in Resolution no. 3⁹⁶.

The Italian Government appealed the decision and on March 30, 1989, the Messina Court of Appeal reversed the original decision and declared the Italian Government’s action admissible. The Court argued that the right to the environment, considering the environment as a unitary asset, including natural resources, health and landscape, belongs to the State in its capacity as representative of the community. And, on the other hand, that despite recognizing that environmental assets do not have a market value and that they are, to that extent, difficult to assess, this is not a sufficient reason for not admitting the action, and that the damage caused to the environment can be compensated through a fair-

In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement: implementation of international environmental: vol. 2008: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011. p. 428.*

⁹¹ Cfr. “The Assembly of the International Oil Pollution Compensation Fund:

Conscious of the dangers of pollution posed by the world-wide maritime carriage of oil in bulk,

Aware of the detrimental effect of the escape or discharge of persistent oil into sea may have on the environmental and, in particular, on the ecology of the sea, Conscious of the problems of assessing the external of such damage in monetary terms,

Noting that under the civil liability convention a claim for ecological pollution damage has been raised against the ship-owner which was based on a theoretical model for assessment,

Confirms its intention that the assessment of compensation to be paid by the International Oil Pollution Compensation Fund is not to be made on the basis of an abstract quantification of damage calculated in accordance with theoretical models”. Annex, da Fund/WGR.7/4, de 4 de Janeiro de 1994.

⁹² 71FUND/A.4/16, de 2 de outubro de 1981.

⁹³ RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement: implementation of international environmental: vol. 2008: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011. p. 428.*

⁹⁴ CHAO, Wu. *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: liability and compensation*. United Kingdom: Kluwer Law International, 1996. p. 366-367.

⁹⁵ RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement: implementation of international environmental: vol. 2008: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011. p. 429.*

⁹⁶ RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement: implementation of international environmental: vol. 2008: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011. p. 430.*

ness judgment⁹⁷ which may be established by the Court based on expert opinion⁹⁸.

However, the position of the IOPC Fund regarding the arguments used was not known, because the amount stipulated by the Court for compensation for damage resulting from pollution did not reach the minimum amounts necessary to trigger the Fund's intervention.

On 11 April 1991, the Cyprus Tanker Haven⁹⁹ caught fire and was responsible for a series of explosions while anchoring seven miles offshore of Genova, Italy¹⁰⁰. The ship broke into three parts and spilled about 10,000 tons of heavy hydrocarbons. Many actions were received by the Court of Genova. However, the one that interests us for the present study is the one brought by the Italian Government, for damage caused to the marine environment. The position of the IOPC Fund remained in line with Resolution no. 3, even arguing that this type of claims for unquantifiable damage can be brought outside the scope of the Convention based on national law, but never within the scope of the Convention¹⁰¹.

Nonetheless, what is important to highlight in this example, in particular, is related to the decision of the Court of First Instance of Genova, which understood that the CLC and the IOPC Fund did not exclude claims for damage to the environment. And that, taking into account that they cannot be evaluated based on economic criteria, the damage must be quantified in proportion to approximately one third of the costs of cleaning operations¹⁰². This decision was subject to appeal by the

IOPC Fund. However, before the decision of the Court of Appeal was known, a global out-of-court agreement was concluded between the IOPC Fund, the owner of the ship and the P&I Club, by all actions brought by the Government in the Italian Courts¹⁰³.

More recently, this issue was put in evidence in Erika's case by the Court of Appeal's decision, on the 25th of September 2012. In the end, the damage caused to the natural environment was recognized as repairable¹⁰⁴. As such, the Erika judgment has been touted, in recent times, as a decisive step towards environmental protection. However, it deviates significantly from the provisions of the CLC and the IOPC Fund¹⁰⁵.

The Court of Appeal, in the decision rendered in Erika's case¹⁰⁶, accepted not only compensation for material damage (cleaning costs, restoration measures and property damage) and economic damage, but also moral damage resulting from pollution, including the "loss of enjoyment", damage to reputation, brand and image, as well as moral damage resulting from damage to natural heritage. Likewise, it also accepted the right to compensation for "*préjudice écologique*" (ecological damage)¹⁰⁷. That is, damage to environmental resources without market value that constitute a legitimate collective interest "separate from that given to the patrimonial and non-patrimonial interests of the subjects of law"¹⁰⁸.

In this decision, it is quite clear that compensation for damage caused to the environment should not be limited to the cost of the cleaning or repair measures undertaken. In this sense, the Court points out some elements that should be taken into account when assessing the amount thereof, such as:

⁹⁷ 71FUND/EXC.49/6 de 10 Junho 1996 e 71FUND/EXC.49/12 de 28 Junho 1996, in www.iopc.com.

⁹⁸ RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement: implementation of international environmental: vol. 2008: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011. p. 431.*

⁹⁹ Sobre o caso Haven, ver 71FUND/EXC.28/6, 2 Setembro 1991, 71FUND/EXC.28/6/Add.1, 2 Outubro 1991, 71FUND/EXC.28/9, 8 Outubro 1981, in www.iopc.com.

¹⁰⁰ CHAO, Wu. *Pollution from the Carriage of Oil by Sea: liability and compensation*. United Kingdom: Kluwer Law International, 1996. p. 368-369.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement: implementation of international environmental: vol. 2008: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011. p. 433.*

¹⁰² RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La*

mise en oeuvre du droit international de l'environnement: implementation of international environmental: vol. 2008: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011.

¹⁰³ FUNF/EXC.48/4 de 10 Abril 1996 e FUND/EXC.48/6 de 17 Abril 1996, in www.iopc.com.

¹⁰⁴ A total of 1016 complaints were rejected, cfr. IOPC/JUN10/3/1, 17 de Maio de 2010, in www.iopc.com.

¹⁰⁵ PAPADOPOULOU, Dandi. The role of french environmental associations in civil liability for environmental harm: courtesy of Erika. *Journal of Environmental Law*, v. 21, n. 1, p. 87-112, 2009. p. 88-89.

¹⁰⁶ JUSTE-RUÍZ, José. Compensation for pollution damage caused by oil tanker accidents: from «Erika» to «Prestige». *Aegean Revue Law Sea*, v. 1, p. 37-60, 2010. p. 44.

¹⁰⁷ L'arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 25 de setembro de 2012, n.º 3439, p. 231 (sentença do recurso no caso ERIKA).

¹⁰⁸ IOPC/JUN10/3/1, 17 de Maio de 2010, in www.iopc.com.

- The cost of reasonable remedial measures;
- The number of birds of each species affected by the spill;
- The capacity of nature to regenerate itself;
- The ability of relatively common species to compensate for their loss of reproduction;
- The ability to restore the population of rare birds¹⁰⁹.

From the foregoing, there is a notable evolution in the Court's position with regard to the inclusion of damage caused to the natural environment in the set of damage subject to repair. In fact, this also seems to be the position of the Convention if we only take into account the text of the 1992 version. However, in reality, the position of the bodies responsible for applying the Convention has been restrictive with regard to compensation for damage to the environment.

The bodies responsible for applying the CLC and the IOPC Fund, following the doubts raised regarding the coverage, or not, of damage caused to the environment within the scope of application of the regime, hastened to design the claims manual, as well as other manuals and brochures relating to the different types of damage covered by the regime¹¹⁰, making clear the interpretation followed with regard to repairable damage¹¹¹.

Thus, according to these: "it is virtually impossible to bring a damaged site back to the same ecological state that would have existed if the oil spill had not occurred"¹¹². As such, in accordance with Resolution No. 3 of the IOPC Fund, which was intended to clarify

the status of compensation for damage caused to the environment, "the assessment of compensation to be paid by the IOPC Fund is not to be made on the basis of an abstract quantification of damage calculated according to theoretical models"¹¹³.

It should be stressed that compensation will therefore be accounted for on the basis of the costs of reasonable reintegration measures, aimed at accelerating the natural recovery of the environment, not on the damage caused to the natural environment itself. This position became publicly known at the 1984 Conference, where the Fund's bodies stated that «the marine environment possessed no real value since it could not be marketed, nor could the sea creatures or fish in it until they were caught»¹¹⁴.

In this sense, problems arise when the size of the catastrophe has jeopardized a replacement, qua tale, for example, of the same animal or plant species. The broadest interpretation – and which also has the advantage of not rewarding the polluter – is the one that allows replacement to be made using equivalent components¹¹⁵.

5 Final remarks

From the foregoing, we can say that for the purposes of applying the CLC, the damage caused to the marine environment that does not materialize in repair measures carried out or to be carried out, and which are not within what is understood as reasonable, is not understood as covered damage since they have no market value. Similarly, moral damage should not be considered. After all, it only affects a collective interest and not a specific person.

Therefore, as a result of the strict interpretation applied in Resolution No. 3, this will only compensate the damage to the marine environment within the limits of

¹⁰⁹ L'arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, 25 de setembro de 2012, n.º 3439, p. 231 (sentença do recurso no caso ERIKA).

¹¹⁰ REIS, João Henrique Souza dos; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Reasons for using soft law in international environmental law. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 83–103, Jan./June 2018. p. 89-92.

¹¹¹ Notwithstanding their practical value, these manuals, these resolutions, or brochures, unlike the text of the CLC and the IOPC Fund, are not binding on the Courts of the Member States, being only used as a basis for interpreting the regimes provided for in those instruments. As such, if there is no agreement between the parties involved, the question of the interpretation of the damage covered by the CLC regime will have to be resolved in a jurisdictional seat, thus opening the way to ambiguity in the type of damage that can be covered under its aegis, depending on whether the Court of the country where the question is raised is more, or less, permissive.

¹¹² INTERNATIONAL Oil Pollution Compensation Fund 1992: Claims Manual, 2019 Edition.

¹¹³ Fund/WGR.7/4, de 4 de Janeiro de 1994.

¹¹⁴ Official Records of the Conference (1984-1992, Official Records, vol2, LEG/CONF.6/C.2/SR.15, p. 480. CHAO, Wu. *Pollution from the Carriage of Oil by Sea*: liability and compensation. United Kingdom: Kluwer Law International, 1996. p. 152.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes. In: MAIJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement*: implementation of international environmental: vol. 2008: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011. p. 437.

the measures implemented for its compensation, or for its prevention, leaving compensation for existing, but unquantifiable or future damage, not compensated¹¹⁶.

Actions following this type of damage are only accepted if sustained by economic damage, for example, if measures have been taken to reintegrate the environment¹¹⁷. Any other type of claim is strictly excluded for purposes of compensation under the CLC regime¹¹⁸.

In view of this, it can be seen that the position of the IOPC Fund falls short of those enshrined in the Courts and in the decisions described above, it is restrictive and makes us respond negatively regarding the paradigm shift with regard to compensation for damage caused to the environment from 1969 to 1992.

It appears that, even after the amendment occurred in 1992, and notwithstanding the text of the Convention allowing higher flights, the concept of “pollution damage” currently used still has as its main objective the compensation of victims of contamination, not the natural environment. The CLC regime essentially covers individual damage, still leaving a gap for the protection of the marine biodiversity damage.

However, at this point, it is necessary to make use of an ecosystem approach to interpretate the concept of damage of the CLC regime. In short, it is the time to abandon the traditional technique of protecting nature through the protection of specific species and to view the ecosystem as a whole, taking into account the relationship between species and the ecological conditions of the surrounding system, and ultimately including ecological services. Only a concept of damage with this type of approach will allow an evolution of the concept, which responds to current concerns and needs for the protection of the marine ecosystem.

¹¹⁶ MARTÍN, Unai Belintxon. La responsabilidad civil en el Derecho Marítimo: la efectiva aplicación de las medidas de prevención en materia de seguridad marítima. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige*: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 193-245. p. 208.

¹¹⁷ 71FUND/EXC.30/2, 29 novembro 1991, 71FUND/EXC.30/5, 17 dezembro 1991, in www.iopc.com.

¹¹⁸ BRANS, Edward H. P. *Liability for damage to public natural resources*: standing, damage and damage assessment. Netherlands: Kluwer Law International, 2001. (International Environmental Law and Policy Series, 61). p. 346.

References

BRANS, Edward H. P. *Liability for damage to public natural resources*: standing, damage and damage assessment. Netherlands: Kluwer Law International, 2001. (International Environmental Law and Policy Series, 61).

CHAO, Wu. *Pollution from the Carriage of Oil by Sea*: liability and compensation. United Kingdom: Kluwer Law International, 1996.

CORDEIRO, António Menezes. Da natureza jurídica do navio. In: GOMES, Januário da Costa (org.). *O Navio*: II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo, 11 e 12 de novembro de 2010. Coimbra: Almedina, 2012. p. 7-44.

COUDOING, Nadege. Le dommage écologique pur e l'article 31 du NCPC. *Revue Juridique de L'Environnement*, France, n. 2, p. 165-180, June 2009.

COUVIOUR, Karine. Après L'Érika: réformer d'urgence le regime international de responsabilité et d'indemnisation des dommages de pollution par hydrocarbures. *La Semaine Juridique*, n. 12, Mar. 2008.

DAVIS, Mark. Lessons unlearned: the legal and policy legacy of the BP Deepwater Horizon Spill. *Washington and Lee Journal of Energy, Climate, and the Environment*, v. 3, n. 2, p. 155-175, 2012.

DEL CASTILHO, Teresa Fajardo. Contaminação por hidrocarbonetos depois da catástrofe do Prestige e seu impacto no Direito Internacional e Comunitário. In: VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo de Riscos, Rede Latino-Americana-Europeia sobre Governo dos Riscos*. Brasília: UNICEUB: UNITAR, 2005. p. 120-139.

DELEBECQUE, Philippe. La pollution marine, rapport français. In: VINEY, Geneviève; DUBUISSON, Bernard (org.). *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen*: point de vue franco-belge. Bruxelles: Emile Bruylant, 2006. p. 375-395.

ELÓSEGUI, Nerea Magallón. Marine contamination by hydrocarbons and the Proyecto de Ley General de Navegación marítima: an amalgamation of normative sources. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige*: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 137-162.

FAURE, Michael; YING, Song. *China and international environmental liability*: legal remedies for transbounda-

- ry pollution: new horizons in environmental law. UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
- GASDETA, Juan M. Velázquez. Reino de España v Americana Bureau of Shipping et al: punto final o punto aparte. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige*: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 163-191.
- GAVOUNELI, Maria. State jurisdiction in relation to the protection and preservation of the Marine Environment. In: ATTARD, David. *The IMLI Manual on International Maritime Law*: vol. III: marine environmental law and maritime security law. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 5-32.
- GOMES, Manuel Januário da Costa. *Limitação de responsabilidade por créditos marítimos*. Coimbra: Almedina, 2010.
- GONZALO, Marco Lopez de. The liability of classification societies. In: GOMES, Januário da Costa (org.). *O Navio*: II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo, 11 e 12 de novembro de 2010. Coimbra: Almedina, 2012. p. 125-136.
- INTERNATIONAL Oil Pollution Compensation Fund 1992: Claims Manual, 2019 Edition.
- JUSTE-RUIZ, José. Compensation for pollution damage caused by oil tanker accidents: from «Erika» to «Prestige». *Aegean Revue Law Sea*, v. 1, p. 37-60, 2010.
- LÓPEZ, Francisco Javier Quel; AROCENA, M^a Dolores Bollo. Claves de la evolución reciente del derecho del mar en materia de prevención de la contaminación: hacia una revisión de las competencias del estado Rector Del Puerto, estado Ribereño y estado del Pabellón. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige*: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 35-64.
- MARTÍN, Unai Belintxon. La responsabilidad civil en el Derecho Marítimo: la efectiva aplicación de las medidas de prevención en materia de seguridad marítima. In: RUBIO, Juan José Álvarez (dir.). *Las lecciones jurídicas del caso Prestige*: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos. Navarra: Thomson Reuters: Arazandi, 2011. p. 193-245.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Norman A. *Limitation of liability in international maritime conventions*: the relationship between global limitation conventions and particular liability regimes. London: IMLI Studies in International Maritime Law: Routledge, 2011.
- MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de direito marítimo*: vol. I: teoria geral. 4. ed. Brasil: Editora Manole, 2013.
- NASCIMENTO, Leonardo Leite. International law environment: the transnational law as solution to effectiveness of international standards on freshwater. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 233-253, July/Dec. 2016.
- NEYRET, Laurent. Naufrage de L'Erika: vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement. *Recueil Dalloz*, n. 38, p. 2681-2689, 30 Oct. 2008.
- PAPADOPOULOU, Dandi. The role of french environmental associations in civil liability for environmental harm: courtesy of Erika. *Journal of Environmental Law*, v. 21, n. 1, p. 87-112, 2009.
- PINHEIRO, Luís de Lima. O navio em Direito Internacional. In: GOMES, Januário da Costa (org.). *O Navio*: II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo, 11 e 12 de novembro de 2010. Coimbra: Almedina, 2012. p. 97-123.
- REIS, João Henrique Souza dos; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Reasons for using soft law in international environmental law. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 83-103, Jan./June 2018.
- ROBERT, Sabrina. *L'Erika*: responsabilités pour un désastre écologique. Paris: Pedone, 2003.
- RODRÍGUEZ-LUCAS, Luisa. Compensation for damage to the environment per se under international civil liability regimes. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; LAVANYA, Rajamani (ed.). *La mise en oeuvre du droit international de l'environnement*: implementation of international environmental: vol. 2008: Leiden. Boston: Brill: Nijhoff, 2011.
- SARAIVA, Rute. Direito internacional privado, responsabilidade e ambiente. In: VICENTE, Dário Moura (org.). *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*: volume I. Coimbra: Almedina, 2005. p. 637-672.
- SCHOENBAUM, Thomas J. Liability for damages in oil spill accidents: evaluating the USA and international law regimes in the light of deepwater horizon. *Journal of Environmental Law*, p. 1-22, 2012.

SILVEIRA, Paula de Castro. *Dano à ecodiversidade e responsabilidade ambiental*. Portugal: Petrony Editora, 2019.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto; TAQUARY, Catharina Orbage de Britto. The margin of interpretation of the treaties. *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 104–124, Jan./June 2018.

THE IOPC Fund's 25 years of compensating victims of oil pollution incidents. *IOPC*, 2003. Available at: in www.iopc.com.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. Liability and compensation for ship-source oil pollution: an overview of the international legal framework for oil pollution damage from tankers: studies in transport law and policy: n. 1. *United Nations*, 2012.

UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 192*.

UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 194*.

UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 207 to 212*.

UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA. *UNCLOS article 235*.

ZHU, Ling. *Compulsory insurance and compensation for bunker oil pollution damage*. Hamburg studies on maritime affairs 5. Germany: Springer, 2007.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Prevention and reparation of marine pollution due to oil spills caused by ships under international and national law: case study of Vietnam

Prevenção e reparação da poluição marinha devida ao derramamento de petróleo causados por navios no âmbito do direito internacional e nacional: estudo de caso do Vietnã

Thang Toan Nguyen

Yen Thi Hong Nguyen

Thuong Thi Hoai Mac

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

Prevention and reparation of marine pollution due to oil spills caused by ships under international and national law: case study of Vietnam*

* Recebido em 26/06/2023

Aprovado em 28/03/2024

Funding: This article is financially supported by the Hanoi Law University (HLU), Vietnam.

** Dr. NGUYEN Toan Thang is a Lecturer at the Comparative Law Institute, Hanoi Law University. Dr. Nguyen Toan Thang received his Ph.D. in international law from Université Libre de Bruxelles (Belgium) with the thesis titled Coastal Artificial Extension and its Consequences in International Law. Dr. Nguyen Toan Thang holds teaching assignments (Associate Professor) at the International School (Hanoi National University) and Hanoi Open University. Dr. Nguyen Toan Thang has research interests in comparative law, ocean law and policy, the law of the sea in Southeast Asia, and the East Sea (South China Sea) issues. Dr. Nguyen Toan Thang took part in several projects dealing with the East Sea issues and was a speaker at various national and international Conferences. Email: ngthang2002@gmail.com

*** Dr NGUYEN, Thi Hong Yen is a senior lecturer and researcher in the International Law field in Vietnam. She is currently Head of the Public International Law Division of Hanoi Law University (HLU). She has carried out research projects and published many books and articles in prestigious law journals in Vietnam and other countries. From 2012-2015 she was known as an independent expert who joined to build up the National Action Plan on implementing the recommendations accepted by Vietnam during the 2nd cycle of UPR. She has obtained numerous governmental scholarships in public international law and assumed visiting appointments and fellow positions in some universities (i.e., The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law (Lund University, Sweden), The Norwegians Centre for Human Rights of Oslo University (Norway); The Human Rights Center of Abo Akademi University (Finland) and The Hague Academy of International Law (The Netherlands). Currently, she is interested in studying some legal areas such as Human Rights Law, International Environmental Law, Climate change, International Sea Law. Etc. Email: hongyennghuyen.hlu@gmail.com

**** Dr. MAC Thi Hoai Thuong is a Faculty of International Law lecturer at Hanoi Law University, Vietnam. She has 14 years of work experience in law as a Lecturer at Hanoi Law University, especially in public international law, treaty law, human rights, fundamental rights and obligations of citizens. She is a full member of the Asian Association of Law Professors. Email: macthihoaihuong.hlu@gmail.com

Prevenção e reparação da poluição marinha devida ao derramamento de petróleo causados por navios no âmbito do direito internacional e nacional: estudo de caso do Vietnã

Thang Toan Nguyen **

Yen Thi Hong Nguyen ***

Thuong Thi Hoai Mac****

Abstract

Marine pollution due to oil spills has been causing extremely serious consequences to the natural environment, society and mankind. As a coastal country with a coastline of more than 3,260 km, an exclusive economic zone and a continental shelf of more than one million square kilometer, the ocean economy plays a very important role in the existence, development and prosperity of Vietnam. A number of recent studies have shown that, despite being assessed as rich in natural resources and potential for development, Vietnam's seas are facing serious pollution problems, among which oil pollution is identified as the main pollution source. Although there have been many efforts in improving the legal system as well as implementing measures to prevent and deal with marine pollution due to oil spill, Vietnam currently has significant difficulties in keeping clean and sustainably developing its sea. The reason for this is limited financial resources, not yet fully developed technology, the legal system being in the process of completion, part of the population being not fully aware of the serious impacts of marine environmental pollution caused by oil spill. With the aim of deeply researching legal and practical issues on prevention and response to marine pollution caused by oil spills in Vietnam nowadays, in this article, the authors will focus on (i) assess the status and effects of marine pollution due to oil spills on the socio-economic situation in Vietnam nowadays; (ii) assess the compatibility of Vietnamese law with international commitments on prevention and treatment of marine pollution caused by oil spill; (iii) point out Vietnam's challenges in carrying out activities to prevent and remedy marine pollution caused by oil spills; finally (iv) propose solutions for Vietnamese government to improve the law and strengthen the capacity to deal with marine pollution caused by oil spills in the near future.

Keywords: oil spills; marine pollution; environmental law; sea law; international law.

Palavras-chave: derramamentos de petróleo; poluição marinha; direito ambiental; direito do mar; direito internacional.

Resumo

A poluição marinha devido ao derramamentos de petróleo tem causado consequências extremamente graves ao ambiente natural, à sociedade e à humanidade. Sendo um país costeiro com uma costa de mais de 3.260 km, uma zona económica exclusiva e uma plataforma continental de mais de um milhão de quilómetros quadrados, a economia oceânica desempenha um papel muito importante na existência, desenvolvimento e prosperidade do Vietnã. Vários estudos recentes demonstraram que, apesar de serem considerados ricos em recursos naturais e com potencial de desenvolvimento, os mares do Vietnã enfrentam graves problemas de poluição, entre os quais a poluição por derramamento de petróleo é identificada como a principal fonte de poluição. Embora tenham sido feitos muitos esforços para melhorar o sistema jurídico, bem como para implementar medidas para prevenir e lidar com a poluição marinha devida ao derramamento de petróleo, o Vietnã tem actualmente dificuldades significativas em manter o seu mar limpo e desenvolver de forma sustentável. A razão para isto são os recursos financeiros limitados, a tecnologia ainda não está totalmente desenvolvida, o sistema jurídico está em processo de conclusão, parte da população não está plenamente consciente dos graves impactos da poluição ambiental marinha causada pelo derramamento de petróleo. Com o objetivo de pesquisar profundamente questões legais e práticas sobre prevenção e resposta à poluição marinha causada por derramamento de petróleo no Vietnã atualmente, neste artigo, os autores se concentrarão em (i) avaliar o status e os efeitos da poluição marinha devido ao derramamentos de petróleo na situação socioeconómica no Vietnã hoje em dia; (ii) avaliar a compatibilidade da legislação vietnamita com os compromissos internacionais em matéria de prevenção e tratamento da poluição marinha causada por derramamentos de petróleo; (iii) salientar os desafios do Vietnã na realização de actividades para prevenir e remediar a poluição marinha causada por derramamentos de petróleo; finalmente (iv) propor soluções para o governo vietnamita melhorar a legislação e reforçar a capacidade de lidar com a poluição marinha causada por derramamentos de petróleo num futuro próximo.

1 Introduction

Marine pollution in general is a phenomenon in which sea water is affected by different causes leading to changes in its original properties, causing negative effects on the biochemical indices of seawater, at the same time, doing harm to human health and marine life. Marine pollution due to oil spills has been causing extremely serious consequences to the natural environment and humans. Indiscriminate discharge of oil into the marine environment, carelessness in technical safety procedures when operating ships at sea, immanent progress of nature, etc. are becoming the main causes for the occurrence of oil pollution zones in different seas of the world, causing great harm to both the environment and national economies.

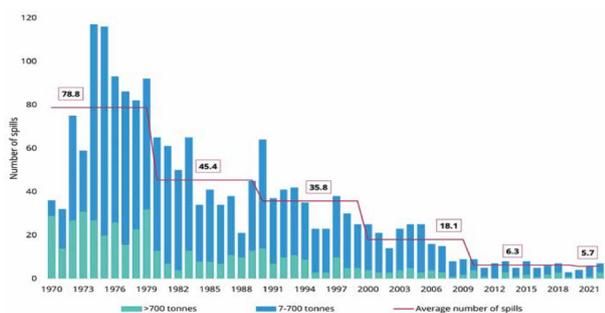
According to a report by The International Tanker Owners Pollution Federation Limited (ITOPF), between 1970 and 2022, about 5.88 million tons of oil were lost due to tanker incidents across the world. However, there has been a significant reduction in the volume of oil spills over the decades¹. Currently, the volume of oil lost in accidents is a tiny fraction of the volume transported safely to its destination each year². However, according to the report of this organization, in the last half century, statistics on the frequency of tanker spills of more than 7 tons have shown a clear downward trend. As illustrated in Figure 1 below, the average number of spills per year in the 1970s was about 79 and decreased by more than 90 percent to 6 in the 2010s. During this decade, the annual average is about 6, equal to the average recorded over the previous decade³.

¹ ITOPF. *Oil tanker spill statistics 2022*. London: ITOPF Ltd, 2023. p. 5-9.

² ITOPF. *Oil tanker spill statistics 2022*. London: ITOPF Ltd, 2023. p. 5-9.

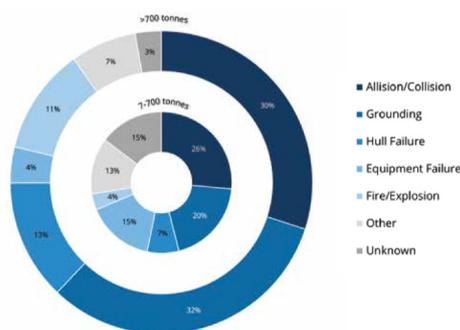
³ ITOPF. *Oil tanker spill statistics 2022*. London: ITOPF Ltd, 2023. p. 5-9.

Figure 1 - Number of medium (7-700 tons) and large (>700 tons) tanker spills from 1970-2022.⁴



In this analysis, the authors have also pointed out some of the main causes of oil spills greater than 7 tons including: collision, grounding, hull damage, equipment failure, fire/explosion, other and unknown (see figure 2). Events such as heavy weather damage and human error have been classified as “Other” and spills where relevant information is not available have been designated as Unknown and reported but excluded from the analysis⁵.

Figure 2 - Causes of tanker spills, 1970-2022.



The most frequent causes of oil spills (>7 tons) from tankers are Allisions/Collisions and Groundings.⁶

In terms of environment, oil spills will cause marine pollution, seriously affecting marine ecosystems, especially mangrove ecosystems, seagrasses, sandy tidal flats, lagoons and reefs. Coral. Oil pollution reduces the resilience, flexibility, and recovery capacity of ecosystems⁷. It is alarming that the oil spread on the sea and washed

ashore for a long time without being collected will reduce the number of organisms, causing damage to the fishing and aquaculture industry. Oil can also suffocate some small fish, invertebrates or birds, reducing the ability of birds and mammals to maintain body temperature⁸. Besides affecting the water environment, oil spills also pose a risk of heavy soil pollution. Just a layer of oil spilled on the ground, even though it is very thin, will also cause the ground to “suffocate” because of the lack of air as the gas exchange process is interrupted.

In terms of economy and public health, oil spills have great impacts on the aquaculture and fishing industries, the marine tourism industry, and agricultural production, and especially consumes a large amount of money for collection and oil spill treatment. Not only that, but oil spills also have a great impact on human health. Due to the physio-chemical properties of oil containing many toxic volatile organic compounds, oil spills will affect human health through contact and inhalation of oil vapors. Furthermore, oil spills also affect humans indirectly through the use of contaminated organisms. Oil can also affect liver and kidney function in the short term. They even cause some diseases such as cancer, lung disease, hormone disruption⁹.

As a coastal country with a coastline of more than 3,260 km and a sea area of more than one million square kilometer, the ocean economy plays a very important role in the existence, development and prosperity of Vietnam. However, like other coastal countries, Vietnam is also facing the problem of marine pollution, including pollution caused by oil spills. Some studies indicate that the main causes of marine pollution caused by oil in Vietnam are from the mainland, maritime activities and oil and gas exploitation. In addition, Vietnam’s sea is also affected by oil pollution of unknown origin in the central and southern sea areas¹⁰. Besides, Vietnam’s

⁴ ITOPE. *Oil tanker spill statistics 2022*. London: ITOPE Ltd, 2023. p. 8.

⁵ ITOPE. *Oil tanker spill statistics 2022*. London: ITOPE Ltd, 2023. p. 11-13.

⁶ ITOPE. *Oil tanker spill statistics 2022*. London: ITOPE Ltd, 2023. p. 12.

⁷ VIETNAM. Ministry of National Resources and Environment. *Báo cáo hiện trạng môi trường biển và hải đảo quốc gia giai đoạn 2016-2020*. [National report on the current situation of environment of the sea and island in the period of 2016-2020]. Ha Noi, 2021. p. 93-97.

⁸ NOAA’S OFFICE OF RESPONSE AND RESTORATION. *How oil harms animals and plants in marine environments*. 2021. Available in: <https://response.restoration.noaa.gov/oil-and-chemical-spills/oil-spills/how-oil-harms-animals-and-plants-marine-environments.html>.

⁹ LAN, Dongdong *et al.* Marine oil spill risk mapping for accidental pollution and its application in a coastal city. *Marine Pollution Bulletin*, v. 96, n. 1-2, p. 220-225, 2015; BÉ RANGÈRE, Péquin *et al.* Natural attenuation of oil in marine environments: a review. *Marine Pollution Bulletin*, v. 176, p. 1-22, 2022.

¹⁰ NGUYEN, Ba Dien. Tổng quan pháp luật Việt Nam về phòng, chống ô nhiễm dầu ở các vùng biển [Overview of Vietnamese law on prevention and control of oil pollution at sea]. *Journal of Science*, n. 24, p. 244, 2008.

sea has about 340 oil and gas exploration and exploitation wells, in addition to discharging oil and water in large volumes, on average, this activity also generates about 5,600 tons of petroleum waste each year, of which 20 - 30% is hazardous solid waste that has not yet been assigned landfill sites and treatment locations¹¹. According to statistics of monitoring data in areas such as Ha Long - Hai Phong, the average concentration of oil in the water is 0.26mg/l, in the area of Vung Tau - Da Nang, 0.29mg/l and in Ba Ria-Vung Tau, this figure ranges from 0.14 to 0.52mg/l, all of which exceed the limits of Vietnamese Standards. In general, the coastal sea water quality only achieves B and C levels according to QCVN 10:2008/BTNMT (National Technical Regulation on Coastal Water by Minister of Natural Resources and Environment)¹².

Faced with that situation, the Government of Vietnam has implemented many solutions, including legislative, executive and judicial ones in order to prevent and limit the increase in marine pollution caused by oil spills. In 2011, Vietnam Administration of Seas and Islands of Vietnam completed many large and high-quality projects such as Project Building a complete system of sensitive mapping for oil spills in the southern and southwestern coastal areas to serve the needs of responding, overcoming and dealing with consequences of oil spill incidents in the Gulf of Thailand; Project Investigation of geological features, geodynamics, mineral geology, environmental geology and forecast geological hazards in Vietnam's seas, the task of measuring and mapping the topography of the seabed at the scale of 1: 50,000 in Binh Thuan - Ben Tre area; However, it is hard to deny that Vietnam's ability to respond to oil spills at sea is still quite limited. Not yet fully developed technology, the legal system being in the process of completion, part of the population being not fully aware of the serious impacts of marine environmental pollution caused by oil spill are posing challenges for Vietnam in the process of keeping the sea clean.

Based on the current situation of Vietnam, in this article, the authors will focus on (i) assess the status and

¹¹ NGUYEN, Huu Nhat. *Ô nhiễm môi trường biển, ven bờ do các hoạt động hàng hải*. [Marine and coastal pollution due to maritime activities]. Environment Center – Transport Technological Science. Ha Noi, 2008.

¹² NGUYEN, Huu Nhat. *Ô nhiễm môi trường biển, ven bờ do các hoạt động hàng hải*. [Marine and coastal pollution due to maritime activities]. Environment Center – Transport Technological Science. Ha Noi, 2008.

effects of marine pollution due to oil spills on the socio-economic situation in Vietnam nowadays; (ii) assess the compatibility of Vietnamese law with international commitments on prevention and treatment of marine pollution caused by oil spill; (iii) point out Vietnam's challenges in carrying out activities to prevent and remedy marine pollution caused by oil spills; finally (iv) propose solutions for Vietnamese government to improve the law and strengthen the capacity to deal with marine pollution caused by oil spills in the near future.

In order to achieve the research objectives, in terms of methodology, besides collecting and analyzing data, in this article, the authors have used a combination of different research methods, including quantitative and qualitative methods to achieve research efficiency to acquire the most feasible and useful results. Among which, quantitative research involves reviewing the legal framework and analyzing data and reports, while qualitative research focuses on assessing capacity to respond to and resolve oil spills in sea areas. Based on that, the authors develop reasonable arguments and suggestions for the government of Vietnam to prevent and deal with marine pollution caused by oil spills. To prove and build a practical and legal basis for the arguments, the authors have used scientific data in official reports of relevant agencies and organizations in the world and in Vietnam, thereby making assessments and comments on both legal and practical aspects related to the prevention of marine pollution due to oil spills in both international and national spheres, building the basis to propose appropriate solutions to solve the difficulties and challenges that have been measured in the research.

2 International legal framework on preventing and reparation of marine pollution due to oil spills caused by ships

2.1 International treaties on prevention of pollution of the sea by oil

Marine pollution due to oil spills can be understood as the direct or indirect spill of oil into the marine environment, including estuaries, while it causes or is likely to cause harmful effects such as harming biolo-

gical resources, marine fauna and flora, endangering human health, interfering with marine activities, including fishing and other legal uses of the sea, altering the quality of sea water in terms of its use and reducing the aesthetic values of the sea¹³.

The process of formulating and developing legislation on prevention and control of marine pollution caused by oil spills began at an international convention in Great Britain in 1954. The first International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil (OILPOL) was approved on 12/05/1954, came into effect on 26/07/1958 with the purpose of controlling the activities of dumping oil from ships. In 1959, the International Maritime Organization (IMO) was established, carried out a global investigation into the extent of oil pollution, the possibility of waste receiving facilities onshore and studied measures to prevent the growing hazards posed by oil from ships. IMO convened a conference in 1962 to expand the scope of the 1954 Convention to ships of lower tonnage and to widen the restricted areas. Practical situation demands that additional and revised regulations were made in 1962, 1969, 1971 and in 1973, OILPOL were replaced by the MARPOL 73, adopted at the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships in 1973. In 1978, IMO convened an International Convention from 6-17 February 1978 to amend and supplement a number of points of the 1973 Convention with the 1978 Protocol (which came into force from October 2, 1983) with five new annexes, consolidated into one document, MARPOL 73/78. Next, in 1997, MARPOL 73/78 was amended by the 1997 Protocol with a sixth annex. Subsequently, the International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation 1990 (OPRC 90) was also developed.

Along with the international treaties on prevention and control of marine pollution due to oil spills mentioned above, international treaties on settlement of compensation for damage caused by pollution from ships were made such as: International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage 1969 (CLC 1969), International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties 1969 (Intervention 1969), International Convention on the Establishment of an International Fund for Compen-

sation for Oil Pollution Damage 1971 (FUND), International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage 2001 (BUNKER)¹⁴.

In general, the content of international treaties on prevention and control of marine pollution caused by oil spill can be summarized through the following groups of provisions:

a. Group of treaties on marine environmental protection in general

- 1972 *Stockholm Declaration on Environment and Development*, issued at the United Nations Conference on the Human Environment, stemmed from the awareness that protecting and improving the environment is an issue that affects the welfare of all people and economic development of the whole world. This declaration stipulates that member states have an obligation to ensure that activities within their control do not cause environmental damage. At the same time, countries have an obligation to cooperate to develop legislation on compensation for environmental damage, to cooperate to control, prevent, reduce and eliminate the causes of environmental pollution¹⁵ At the 1992 United Nations Conference on Environment and Sustainable Development in Rio de Janeiro, Brazil, member states continued to insist that states should enact national legislation on liability to compensate victims of environmental pollution. States should also cooperate urgently and decisively to further develop national legislation on liability and compensation for environmental harm resulting from activities within their jurisdiction or control, caused to areas outside the jurisdiction of the State.¹⁶

- The United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (UNCLOS 1982)¹⁷ is a legally binding global multilateral convention on issues of exploitation, ma-

¹³ TANAKA, Yoshifumi. *The international law of the sea*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. p. 333-335.

¹⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Liability and compensation for ship-source oil pollution: an overview of the international legal framework for oil pollution damage from tankers*. New York; Geneva, 2012; ROTHWELL, Donald R.; STEPHENS, Tim. *The international law of the sea*. 2. ed. Great Britain: Hart Publishing, 2016; ZHANG, Weipan *et al.* Governance of global vessel-source marine oil spills: characteristics and refreshed strategies. *Ocean and Coastal Management*, p. 1-12, 2021.

¹⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON THE HUMAN ENVIRONMENT. *Stockholm Declaration*, Principle 21, 22, 24. 1972; STOCKHOLM recommendations and their efficacy. *Stanford Journal of International Studies*, p. 79, 1973.

¹⁶ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Rio Declaration on Environment and Development*, Principle 13. 1992.

¹⁷ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Convention on the Law of the Sea*. 1982.

nagement and protection of the marine environment. According to UNCLOS 1982, problems of ocean space are closely interrelated and need to be considered as a whole¹⁸, therefore, the protection and preservation of the marine environment is an essential component of the international law of the sea¹⁹. UNCLOS 1982 affirms that “States have the obligation to protect and preserve the marine environment”. The regulations on environmental protection established by UNCLOS 1982 are based on a combination of general principles of the law of the sea and principles and approaches of international environmental law. The protection and preservation of the marine environment specified in Part XII is the result of this combination. However, due to the comprehensive nature of UNCLOS 1982 and the interdisciplinary nature of maritime issues, relevant provisions can be found in different parts of the Convention such as Parts II, II, IV, V etc. on the legal status of the seas and Part VII on the conservation and management of biological resources in the exclusive economic zone and the high seas or Part XIII on marine scientific research... and of course, this comprehensive approach leads to the limitation that UNCLOS 1982 only stops at the level of general provisions without specific provisions on legal standards in marine environmental protection²⁰.

b. Group of regulations on preventing marine pollution caused by oil spills:

- *International Convention on prevention of marine pollution caused by oil (OILPOL 54)*²¹ was adopted at the first international convention on oil pollution of the sea in 1954 with the aim of controlling dumping of oil deposits during the normal operations of the vessel. OILPOL 54 sets limits on oil sludge that ships can discharge into the sea, regulates where dumping is allowed, and encourages member states to install facilities receiving sludge. The Convention also provides for special areas where dumping of oil residues is prohibited. Vessels with violations will be handled in accordance with the law of the flag state. OILPOL 1954 continued to be revised in the

direction of expanding special areas prohibited from dumping oil in 1962, adding a mandatory process to reduce the amount of oil residue discharged into the sea in 1969. By 1971, it was proposed to expand the scope of application to small tankers because small tankers, although the damage caused is usually small, but with the number of ships, the total amount is not small. However, this was met with fierce opposition from the oil and gas industry and was unable to take effect²². The provisions of OILPOL 54 later continued to be inherited and recognized in MARPOL 73/78.

- The International Convention for the Prevention of Pollution from Ships 1973 was adopted by the International Convention on Marine Pollution by IMO in 1973. This convention was later amended by the abbreviated 1978 Protocol. is MARPOL 73/78²³. MARPOL 73/78 was developed to replace OILPOL 54 and to add a number of measures to prevent marine pollution from oil. The ultimate goal of the Convention is to end practices that intentionally pollute the marine environment with oil and other noxious substances, and to minimize the accidental discharge of such substances into the sea. MARPOL 73/78 establishes an international mechanism for the prevention of pollution from ships due to discharges during normal operation and unexpected pollution incidents. After that, MARPOL 73/78 was further amended by Protocol 1997 and Annex VI. In essence, MARPOL is a specification of regulations on marine environmental protection mentioned in Part XII of UNCLOS 1982. The MARPOL Convention does not only deal with pollution caused by oil from ships (mentioned in Appendix I) but also hazardous liquids, such as chemicals, that are transported in large quantities (Annex II); hazardous substances transported in packaged form (Appendix III); discharge of wastewater into the sea (Appendix IV); and treatment of garbage discharged by ships into the sea (Appendix V)²⁴.

¹⁸ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Convention on the Law of the Sea*. Preamble of the Convention. 1982.
¹⁹ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Convention on the Law of the Sea*, Article 192. 1982.
²⁰ BIRNIE, Patricia *et al.* *International law and the environment*. Oxford: University Press, 2009. p. 379-384.
²¹ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *The International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil (OILPOL)*. 1954.

²² VIETNAM REGISTER. *MARPOL 73/78L: consolidated edition*. 2006.
²³ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL)*. 1973.
²⁴ JULIAN, Michael. *MARPOL 73/78: the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships*. Maritime Studies, 2000, p. 16-23; TAN, Alan Khee-Jin. *Vessel-source marine pollution: the law and politics of international regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 139-155; MATTSON, Gini. *MARPOL 73/78 and Annex I: an assessment of its effectiveness*. *Journal of International Wildlife Law and Policy*, v. 9, p. 185-188, 2006; KARIM, Md.

- International Convention for the Safety of Life at Sea 1978 (SOLAS 74/78)²⁵. The objective of the convention is to set minimum standards for the structure and equipment of ships to protect the safety of life for all people on board, including passengers. The Convention holds the flag state responsible for ensuring that ships that fly its flag comply with regulations on marine safety, prevention and limitation of marine pollution through a series of certificates in accordance with the provisions of the Convention. The control provisions also allow a member state to inspect a ship of another member state if it has sufficient evidence that the ship does not meet the requirements of the Convention.

- International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation 1990 (OPRC 90)²⁶. was adopted by the International Maritime Organization (IMO) in November 1990 and entered into force in May 1995. OPRC is the largest international agreement dealing with cooperation of response to oil spill incidents. OPRC 1990 provides for preparedness, response and cooperation to overcome the consequences of oil pollution incidents at sea not only from ships but also at oil exploitation areas, ports, and oil pipelines in different sea areas. The Convention recognizes the principle that “polluters should pay” as a general principle of international environmental law.

c. Group of regulations on compensation for damage and providing remedies to pollution caused by oil spills:

- *The International Convention on Civil Liability for Damages Due to Oil Pollution (CLC)* was issued after the Torrey Canyon oil spill incident in 1969. The 1969 CLC guarantees compensation for environmental pollution damages through requiring State parties to fulfill their compulsory insurance obligations. Also, the 1969 CLC provided established additional fund to be contributed by parties who has ship carrying goods at the sea²⁷. Although the CLC 1969 stipulates the liability for dama-

ges and guarantees mechanism for the performance of the shipowner’s liability for damage, it limited that liability with certain fine. This leads to the consequence that small damage cases are usually fully compensated, but for serious oil spills, causing great damage, adequate compensation cannot be fully done. Therefore, in 1992, State parties amended and expanded the scope of application to the exclusive economic zone, expanded the scope of definition of “oil”, expanded the types of ships subject to the Convention, not only large oil tankers but also to all vessels, CLC 1992 increased the maximum compensation for a ship over 140,000 gross tonnage to 89.77 million SDR²⁸. To date, the number of State parties of the CLC 1992 has reached to 140 countries²⁹.

- International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage 1992 (FUND 1992). FUND 1992 is a Convention supplementing the CLC 1992 in order to establish a system for compensations that are not implemented fully and adequately under the CLC 1992³⁰. The International Oil Pollution compensation fund 1992 (IOPC 1992) was established under the 1992 FUND Convention when it entered in to force on May 30, 1996. The 1992 fund is a global intergovernmental organisation established to administer the compensation system under FUND 1992³¹.

- International Convention on Liability and Compensation for Loss Related to Transport of Hazardous and Toxic Substances by Sea 1996 (HNS). The HNS Convention recognises a regulation of liability and compensation of damage from two different funding sources. One is the compensation made by the shipowner and the other is paid by the HNS fund (the budget of the HNS fund is from contributions of State Parties involved in transportation of goods)³². The scope

Saiful. Implementation of the MARPOL Convention in developing countries. *Nordic Journal of International Law*, v. 79, p. 319-320, 2010.

²⁵ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS)*. 1978.

²⁶ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation (OPRC)*. 1990.

²⁷ PHAM, Van Tan. Chế độ trách nhiệm dân sự đối với ô nhiễm dầu tàu: vai trò của các quốc gia trong việc thiết lập các quy tắc thống nhất toàn cầu. [Civil liability to pollution due to oil: responsibilities of State parties in establishing worldwide unified regulations]. *Maritime Scientific Journal of Viet Nam*, v. 8, p. 118, 2022.

²⁸ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (CLC)*. 1992.

²⁹ GENNARO, Michael A. de. Oil pollution liability and control under international maritime law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 37, p. 274, 2004.

³⁰ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (FUND)*. 1992.

³¹ MARCHAND, Pauline. The international law regarding ship-source pollution liability and compensation: evolution and current challenges. *International Oil Spill Conference Proceedings*, p. 193-210, 2017.

³² INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. The HNS Convention: why it is need?

of application of compensation liability under HNS is relative wide, not only to compensation for damage caused by oil pollution but also other damages caused by different reasons such as fire and explosion due to dangerous and toxic substances. Compensation is not only for pollution damage occurring in the territory or territorial sea, but also extends to the exclusive economic zone.

- International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage 2001 (Bunker 2001). This Convention was designed to ensure prompt and full compensation for damage caused by oil spills.³³ The scope of the Convention includes any mineral oil hydrocarbon, including lubricants, used or intended for using in the operation or propulsion of ships and its residues causing pollution damage in the territory, territorial sea and exclusive economic zone of a member state. The Convention supplements to the CLC and FC systems for controlling marine pollution caused by other oils not covered by the CLC and FC.

2.2 Obligations of countries in preventing and providing remedies to marine pollution caused by oil spills in line with international laws

First, State parties have an obligation to prevent oil spills at sea. UNCLOS 1982 stipulates that protecting and preserving the marine environment is a common obligation of all State parties³⁴. This obligation under the Convention is divided into two groups: (i) national

obligation to prevent oil spills causing marine pollution caused by ships carrying flag of the State, and (ii) national obligation to control and prevent oil spill incidents occurring in the waters under their jurisdiction. Specifically:

To prevent pollution oil spills from ships, the Convention requires States to develop and ensure the implementation of legal provisions as well as other measures so that the marine pollution caused by ships carrying their State flag or being inspected by their own States can be prevented and minimized. States must ensure that ships with their State flags fully comply with international laws and standards and conduct investigations into any violations of marine pollution committed by those ships (Article 1. 217 of UNCLOS). These obligations are further specified in Article 7 of OILPOL 1954, Annex I MARRPOL 73/78, accordingly, the discharge of oil into the sea is prohibited in some areas and is restricted in other areas. Ships and Vessels must meet certain requirements in terms of structure and equipment and must have an oil log on board. Vessels shall be inspected and certified if they meet requirements of Annex 1. Ports shall have facilities to receive oil mixtures or sludge. For foreign ships operating in the waters under the jurisdiction of the state party, UNCLOS indicates that coastal countries have the right to set condition for foreign ships to enter its seaports in order to prevent and minimise marine environmental pollution caused by foreign ships³⁵, including ships exercising the right of innocent passage in the territorial sea as well as in the exclusive economic zones.³⁶

In order to prevent marine pollution from fishing activities in waters under national jurisdiction, from Article 192 to Article 237 Part XII of UNCLOS stipulates obligations of State members to take the necessary measures to prevent and control marine environmental pollution from any source (Article 194).

In addition to the above obligations, the OILPOL Convention 1954 and SOLAS Convention 74/78 also require State members to ensure national legislation to not regulate at a lesser level compared to the international regulations and standards. UNCLOS also asks State

³³ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage* (BUNKER). 2001.

³⁴ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Convention on the Law of the Sea*. Article 192, 194. 1982. Article 192 stipulates obligations of State parties in implementation of protective and preserving measures for marine environment, meanwhile do not harm and degrade it; *The South China Sea Arbitration (Merits)* (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China), Award of 12 July 2016, para. 941, Available in: <https://pca-cpa.org/en/cases/77/>. Some opinions state that obligations to protect environment has international customary nature; UNITED NATIONS CONFERENCE. *World Summit on Sustainable Development*. United Nations Convention on the Law of the Sea, a commentary (*Virginia Commentary*), v. 4, p. 36 et seq. 1982; BIRNIE, Patricia *et al.* *International law and the environment*. Oxford: University Press, 2009. p. 387; RAO, P. Chandrasekhara; GAUTIER, Philippe. *The International Tribunal for the Law of the Sea: law, practice and procedure*. 2018; CHELTENHAM, Edward Elgar, 2018, p. 327; SANDS, Philippe *et al.* *Principles of international environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 463-464.

³⁵ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Convention on the Law of the Sea*, Article 19, 25, 56. 1982.

³⁶ MAI, Hai Đăng. *Pháp luật quốc tế và pháp luật nước ngoài về chống ô nhiễm dầu trên biển từ tàu*. [International and foreign laws on responding to oil spills from ships]. 2003. Thesis (Ph.D) - Law Faculty, Hanoi National University, Hanoi, 2003. p. 72.

parties to collaborate, especially through international organisations, with the aim to establish regulations, international and regional standards and recommended practices relevant to marine pollution. The obligations of States to protect and preserve the marine environment and not to go against the legitimate interests of other States “pursuant to their environmental policies and in accordance with their duty to protect and preserve the marine environment” (Article 193).

Second, national obligations in responding to and provide remedies to marine pollution due to oil spills. For this obligation, international treaties stipulate that State parties must:

- Develop a Plan to Respond to Marine Pollution caused by Oil Spills: MARPOL 73/78, OPRC 1990 both require State members to establish an effective and timely response system in case of pollution incident.³⁷

It must specify the responsible agencies for preparedness and response to oil pollution; agency responsible for transmitting information about oil pollution; agency that has the power to request assistance on behalf of the state or to decide on assistance when needed; develop a national emergency response plan, coordinate with other relevant agencies in the provision and use of equipment and organize oil pollution response drills.

- Promote cooperation among States: UNCLOS 1982 stipulates that State parties are obliged to cooperate with other countries and relevant international organisations to minimise or eliminate harmful consequences caused by marine pollution (Article 199). In which developed countries have responsibilities to assist developing countries in the fields of science, education, economy and in other fields in order to prevent, minimise and control pollution of the marine environment (Article 202).³⁸

³⁷ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. (1973). *International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL 73/78)*, regulation 37, Annex I; International Maritime Organization (1990), *International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Co-operation (OPRC)*, Article 3.

³⁸ KOJIMA, Chic. *The duty to cooperate in the protection and preservation of the marine environment*. 2019; MOORE, J. N.; LONG, R. (ed.). *Cooperation and engagement in the South China Sea and Asia Pacific Region*. Brill, 2019. p. 126-128; KOJIMA, Chic. Integration of general principles of international environmental law into the law of the sea: assessment and challenges. *Marine Policy*, v. 149, p. 4, 2023. Cooperative obligation of State parties is affirmed in many judgements of international arbitrations such as: *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia)*, Judgment, I. C. J., Reports 1997, p. 68, para. 112; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I. C. J., Reports 2010, p. 67, para. 145; *MOX Plant (Ireland v. United*

In terms of obligation to compensate for damage from oil pills, UNCLOS 1982 states that State parties need to cooperate to ensure the application and development of international law on relevant responsibilities in assessment and compensation for damage and the settlement of related disputes and pay attention to draft appropriate standards and procedures for payment of compensation Article 225 Clause 3). Thus, according to the Convention, the determination of obligation to compensate for damage between countries and organization and individuals causing pollution is the obligation of States. Specifically, CLC 1992, HNS 1996, Bunker 2001 stipulates the obligation of countries to issue legislation that regulate the liability of ship owners for damage caused by oil pollution and ship owners must purchase compulsory insurance or financial security to secure its liability for damage caused by oil pollution from ships to ensure that oil spill damages are fully, promptly and adequately compensated.

Under the strong impact of different aspects of the environment, up to now, international environmental laws on prevention and control of marine pollution due to oil spills have had profound changes in both quantity and quality which creates important legal basis for the cooperation in oil spill prevention and control between countries around the world. All these changes are the result of the process of struggle, compromising and negotiation between parties and reflect urgent requirements of countries for environmental protection requirements in general and the marine environment in particular.

3 Policies and laws in viet nam on preventing and responding to marine pollution due to oil spills from ships

In recent years, along with promoting the policy of international integration and developing the marine

Kingdom), Provisional Measures, Order, 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 110, para. 82; *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Order, 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, p. 25, para. 92; *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC)*, Advisory Opinion, 2 April 2015, ITLOS Reports 2015, p. 43, para. 140; *The South China Sea Arbitration (Merits)* (The Republic of Philippines v. The People’s Republic of China), Award of 12 July 2016, para. 946.

economy, Viet Nam has set a sustainable development goal, paying special attention to environmental protection. The prevention and response to marine pollution and oil spills have been included in the national policies, thereby this issue has been stipulated in general normative documents and specialised legal documents. Viet Nam has made strides in developing and improving laws and internalising international treaties related to oil spill response at sea.

Up to now, Viet Nam has been proactive in joining international treaties related to this matter, specifically:

- On November 16, 1994, Viet Nam joined the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS 1982) – the constitution of all mankind on seas and oceans. The ratification of this Convention has created an important legal basis for the protection and preservation of the marine environment, and promotion of international cooperation in preventing, limiting and controlling marine pollution.

- On August 29, 1991, Viet Nam joined the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL 73/78) and two mandatory appendices which are Annexes I and II. On December 19, 2014, Viet Nam continued to adopt Annexes III, IV, V and VI. The adoption of this Convention has formulated an important legal basis for Viet Nam to require Vietnamese ships operating on international routes and foreign ships operating in Vietnamese waters to comply in regulations stipulated in the Annexes. This contributes to the preservation of the marine environment and effective dispute settlement.

- On 17 June 2003, Viet Nam joined the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage – CLC 1992. This is an important legal basis for Viet Nam to request parties that cause oil spill pollution to compensate for the environmental damage in a satisfactory manner.

In addition, Viet Nam also signed and adopted a number of other international treaties related to this issue such as BUNKERS 2001, AFS Convention 2001.

3.1 General regulations on the responsibility for environmental protection

Article 63 of the 2013 Constitution of Viet Nam stipulates:

The State shall adopt environmental protection policies, manage and use natural resources in an efficient and sustainable manner; conserve nature and biodiversity; and take the initiative in preventing and controlling natural disasters and responding to climate change... [...] Organisations and individuals that cause environmental pollution, natural resource exhaustion or biodiversity depletion shall be strictly punished and shall rectify and compensate for damage.

These regulations have become constitutional principles; accordingly, all agencies, organisations and citizens have the responsibility and obligation to protect the environment, no one is allowed to commit acts of environmental destruction.

Based on this Article of the Constitution, a range of legal documents have been issued for the purpose of managing the exploitation, use and protecting natural resources and the environment. In 2015, the National Assembly passed the Law on Natural Resources and Environment of Sea and Islands, in which Section 2, Chapter VI is dedicated specifically to the issues of marine environmental protection, prevention and handling marine pollution caused by oil spills (from Article 52 to 56). This Law clearly defines the principles of preventing, responding to and remedy for oil spill at sea; decentralise response process into three levels: grass-root – level, regional – level and national – level; and at the same time, stipulates the foundational regulations on rights and obligations of state agencies, organisations and individuals in prevention and handling of oil spills at sea. The 2015 Code (replacing the 2005 Maritime Code) also has particularly important recognition in marine protection, prohibiting acts of marine pollution in maritime activities³⁹.

Additionally, the Law on Fisheries 2017 requires organizations and individuals are responsible for protection of living environment of aquatic species when exploiting the resources.⁴⁰ The Law on Environmental Protection 2023 clearly indicates that the sources of waste, waste and other toxic substances polluting the marine environment must be collected and stored in specialised equipment and must be controlled and handled in accordance with environmental standards and prohibit all forms of dumping waste in Vietnamese wa-

³⁹ Viet Nam Maritime Code (2015), Clause 6 Article 12.

⁴⁰ Viet Nam Law on Fisheries (2003) expired on the day the Law on Fisheries 2017 takes effect.

ters⁴¹. The Law on Petroleum 2022 also defines marine environmental protection as a guiding principle that any entities conducting petroleum activities must comply with⁴². These are important legal basis for environmental protection, prevention and handling of pollution caused by oil spills.⁴³

3.2 Regulations on technical safety control

3.2.1 Regulations on control of technical safety of sea transport means

The Maritime Code stipulates that operating vessel must have a certificate of ship registration, certificate of maritime safety, maritime security and prevention of marine pollution in accordance with Vietnamese laws and international treaties to which Viet Nam is a member. These vessels are also subject to periodic inspection by the registry.⁴⁴ In order to be granted a certificate of technical safety and environmental protection, Vietnamese ships must satisfy Vietnam's criteria and standards on classification and ship building and ship's marine pollution prevention system. In addition, seagoing ships operating on international routes must also satisfy the provisions recognised in a number of international treaties such as: International Convention for the Safety of Human Life at Sea 1974; International of Pollution from Ships of 1973 and Protocol of 1978 (MARPOL 73/78).⁴⁵

⁴¹ Law on Environmental Protection No. 55/2014/QH13 amended and supplemented in accordance with the Law No. 35/2018/QH14, Law No. 39/2019/QH14 and Law No. 61/2020/QH14 expired on the day the Law on Environmental Protection 2023 takes effect.

⁴² Law on Petroleum dated 06 July 1993 amended and supplemented by the Law No. 19/2000/QH10, Law No. 10/2008/QH12 and Law No. 35/2018/QH14 expired when the Law on Petroleum 2022 takes effect.

⁴³ PHAN, Van Hung; KIM, Kwang-Soo. The present state of marine oil spills and the enhancement plans of national oil spill response capability in Vietnam: through the comparison of statistics and OSR System between Vietnam and Republic of Korea. *Journal of the Korean Society of Marine Environment & Safety*, v. 23, p. 690-698, 2017. Available in: <https://doi.org/10.7837/kosomes.2017.23.6.690>.

⁴⁴ Viet Nam Maritime Code, 2015, Article 29, 34.

⁴⁵ VIETNAM. Ministry of Transport. *Circular No. 40/2016/TT-BGTVT dated 07/12/2016* on Vietnamese ships registry (amended by Circular No. 16/2022/TT-BGTVT dated 30/6/2022 to amend and supplement some provisions of circulars in the field of registry). 2016.

In order to implement the Convention and enhance the effectiveness of preventing marine pollution, Viet Nam had internalised the provisions of the MARPOL Convention 73/78 into national legal documents, namely the Viet Nam Standards TCVN TCVN 6278:2003 on Regulations on safety equipment for ships (amended in 2005) and National technical regulation QCVN 26:2014/BGTVT on marine pollution preventative system of ships, in which specifies the inspection of design drawings, structures and equipment installed on ships and vessels operating in the sea to meet the standards for preventing marine pollution during construction of new ship and exploitation. These standards include standards of structures and equipment to prevent pollution caused by oil; standards of oil storage systems on board ships; oil discharge system; oil pollution response plan. Specifically:

a. Regarding the equipping of oil refining system for ships, Article 20 of the Regulation on marine safety equipment and marine pollution prevention installed on Vietnamese ships operating on domestic routes (Issued together with the Decision No. 59/2005/QD-BGTVT dated 21/11/2005 of the Minister of Transport) stipulates:

- Cargo ships, passenger ship under 1000GT, oil tanker under 400 GT are not required to be equipped with an oil filter system.

- Cargo ships, passenger ships from 1000GT to under 10.000GT, oil tankers from 400GT to under 10.000GT must be equipped with an oil filter system to ensure that any oil-water mixture after passing through the filter system must have an amount of oil not over 15 parts per million.

- Vessel of 10.000GT or more must be equipped with an oil filter system as prescribed in Clause 2 of this Article and that oil refining device must have light and sound signals and automatically close when the oil remains in the wastewater exceeds 15 parts per million.

In addition, National Technical Regulation QCVN 26:2010/BGTVT on Regulations on marine pollution prevention system of ships (replaced by National Technical Regulation QCVN 26:2014/BGTVT on marine pollution preventative system) also stipulates very specific issues about the thread holds on safety of ships for the environment, specifically as follows:

Firstly, on the inspection of design drawings, structures and and equipment to prevent marine pollution:

the inspection of equipment to control the discharge of oil-contaminated bilge water from the engine room, fuel oil tanks, dirty oil tanks... must satisfy the following requirements: Installation and operation of 15ppm separator/oil filter system, handling system and oil content measuring tools; installation and operation of an oil discharge recording and control system including automatic and manual controls of a drain shut-off device; oil retention system in the ship and the pump, pipeline, discharge equipment: ensure that the system of sump tanks or cargo oil tanks and the related pipeline system are in good working condition; check the oil discharge control and recording system, etc.

Second, regarding the standards for structures and equipment to prevent oil pollution. The content of this section concretises provision 12A MARPOL 73/78 Annex I for ships, drilling rigs, fixed and mobile offshore structures. In which, the standard provides regulations for oil tanks, protection of fuel oil tanks, protection of fuel oil tanks and equipment to prevent oil pollution from engine rooms. Each oil tanker of 150 gross tonnage and above and non-oil tank ship of 400 gross tonnage and above must be equipped with one or more tanks of adequate capacity to store residues resulting from fuel oil and lubricating oil cleaning, and oil leaking in the engine room; oil tanks must not be located in the bulbous bow compartment or before the collision bulkhead in ship; oil logbook to record related work. The regulations are completely consistent with and concretises provision 20, Annex I of the MARPOL Convention.

Third, the construction and equipment to prevent pollution caused by bulk carriers are also specified to apply to oil tankers of 600 gross tonnage and above as defined in Regulation 1.28.6 MARPOL, Annex I on Preventing Oil Pollution in the event of a collision or a run aground.

Fourth, regarding the oil storage system in the ship: oil ships with a gross tonnage of 150 or above must be equipped with an appropriate cargo tank cleaning system; allocate at least one sedimentation tank of sufficient capacity to hold sludge, oil residues and dirty ballast water; oil tankers with a gross tonnage of less than 150 must have a system to store oil mixtures on board to discharge them into the receiving vehicles; and oil tankers with a deadweight of over 70,000 tons must be arranged with at least 2 settling tank.

In addition, QCVN 26: 2010/BGTVT also stipulates the regulations on the oil discharge system as follows: on each oil tanker, discharge pipe with standardised flanges must be installed on the open decks on both sides of the ship to connect with a receiving facility for the discharge of dirty or oil-laden ballast; pipelines for the discharge of ballast or oil-laden water in cargo must be connected to the open decks or to the side of the ship above the waterline in the deepest line of ballast water, etc.

3.2.2 Regulations controlling the minimum level of safety of other activities at sea

The Law on Petroleum of Viet Nam 2022 has quite strict regulations for any entities conducting petroleum activities. Accordingly, individuals and organisations conducting petroleum activities must meet the requirements for means and equipment to ensure marine safety with advanced techniques and technology and comply with the provisions of Viet Nam laws on protection of natural resources and environment. Additionally, these organisations and individuals must also develop environmental protection plan and measures to prevent environmental pollution. The law also clearly stipulates the responsibilities of any entities conducting petroleum activities; at the same time, organisations and individuals conducting petroleum exploration and exploitation activities must perform tasks related to environmental protection and ensure safety while conducting petroleum activities (Article 6, 8, 10, 11, 30, 44, 46, 47, 52, 59).

For specific requirements on environmental protection in waste management of petroleum exploration, exploitation, transportation and related services at sea, Clause 2 Article 54 Decree 08/2022/NĐ-CP dated January 10, 2022 of the Government states that⁴⁶ hazardous and non-hazardous wastes resulting from petroleum exploration and exploitation activities are brought to the mainland by ships with certificates of hazardous goods transportation issued by competent state agencies.

⁴⁶ GOVERNMENT OF VIET NAM. *Decree No. 08/2022/NĐ-CP dated 10/1/2022* amended and supplemented by Decree No. 02/2023/NĐ-CP dated 01/02/2023 on detailed provisions on implementation of some provisions of the Law on Water Resources. 2022.

Regarding the waste treatment in general, and oil-containing waste in particular, Law on Natural Resources and Environment of the Sea and Islands 2015 requires the collection, classification, storage, transportation and treatment of hazardous waste products from marine activities. Owners of the vehicles transporting and storing gasoline, oil, chemicals, radioactive substances, toxicants and other substances that are likely to cause marine environmental incidents must have plans for prevention and response to environmental incidents; ensure no leakage, loss or spillage of these products into the sea.⁴⁷

3.3 Regulations to ensure the safety of means of transport when operating at sea

Article 105 of the Maritime Code 2015 regulates specifically on the assurance of the safety of means of transport when operating at sea. Accordingly, marine means of transport when operating in seaports and sea areas of Viet Nam is required to follow the instructions of maritime signals and comply with the rules of collision prevention. At the same time, in the navigational channel, at necessary positions along the coast, on islands, in waters with obstacles, other structures on the sea and in the seaport waters where ships are allowed to operate, marine means of transport must establish maritime signals in accordance with the regulations issued by the Minister of Transport.

In order to minimise ship collision at sea, on October 4, 2005, the Minister of Transport issued Decision No. 49/2005/QĐ-BGTVT on the application of International Regulations for Preventing Collisions at Sea, 1972 - Colregs 72, amended and supplemented in 1981, 1987, 1989, 1993 and 2001 (the rules for preventing ship collision). Circular No. 49/2005/QĐ-BGTVT has been replaced by Circular No. 19/2013/TT-BGTVT dated August 06, 2013, on applying the International Regulations for Preventing Collisions at Sea.

Additionally, to ensure the safety of vehicles during storms, the Ministry of Transport issued Circular No. 10/2019/TT-BGTVT dated March 11, 2019, stipulating prevention and response to natural disaster at sea. To guide vehicles operating at sea, the Ministry of Trade, the Ministry of Natural Resources and Environment

and the Ministry of Transport have issued Joint Circular No. 12/2005/TTLT – BTM – BTNMT – BGTVT dated July 08, 2005, guiding on marine environmental safety condition for oil supply activities for ships.

3.4 Regulations on response to oil spills at sea

Currently, oil spill response activities carried out directly or indirectly by individuals and organisations in the territory, exclusive economic zone and continental shelf of Viet Nam governed by the Regulations on oil spill response issued by the Prime Minister together with Decision No. 12/2021/QĐ-TTg ngày 24/3/2021. This Regulation specifically stipulates the organisation of response to oil spills, damage assessment, settlement of consequences, compensation for damage and responsibilities of relevant parties in handling the incident, etc.

Organisations and individuals that cause an oil spill or discover an oil spill have the responsibility to promptly report it to one of the following agencies: the national contact point for oil spills at sea; the nearest port authority; Regional Oil Spill Response Center; Regional Maritime Search and Rescue Coordination Center (in case of request for rescue at sea); Viet Nam coast radio stations to relay information to the agency in charge of the response to oil spills or the rescue and relief; Provincial Department of National Resources and Environment; nearest local authorities; standing agency for search and rescue of relevant ministries, ministerial – level agencies and localities. In addition, information can be sent to the Navy, Border Guard, Coastal Guard, and Waterway Traffic Police for processing or forwarding information to the agencies in charge of the response.⁴⁸

Along with stipulating the obligations to provide information on oil spills, the Regulation also recognises the decentralisation of response to oil spills based on the severity of the incident. Accordingly, the response to oil spills is carried out at three levels: grassroots level, regional level and national level. At the grassroots level, in the event of an oil spill caused by an accident of a ship, the owner of the ship shall organise and command his/her own force, vehicle or equipment or the force, vehicle or equipment under a contract on oil spill

⁴⁷ Law on Resource and environment of the Sea and islands (2015), Clause 1, 3, Article 45.

⁴⁸ PRIME MINISTER OF VIET NAM. *Decision No 12/2021/QĐ-TTg dated 24/3/2021* of Prime Minister on The Regulation on response to oil spills, Article 13. 2021.

response to timely handle the incident. The owner of the ship where the oil spill occurred is responsible for commanding at scene. In case the oil spill is beyond its capacity and the on-site resources are not enough to cope on its own, the owner must promptly report it to the authority or the Provincial or Communal People's Committee for assistance. In case a serious oil spill occurs, or an oil spill occurs in a priority protection area, the heads of agencies in charge of oil spill response will be the scene commander to report Provincial People's Committee where the incident occurs and the National Committee for Incident and Disaster Response and Search and Rescue for direction and prompt response.⁴⁹

At the regional level, when an oil spill occurs beyond the ship's ability to respond or an oil spill occurs of unknown causes in the localities, the provincial People's Committee of the province where the oil spill happens has the responsibility to directly chair and appoint a scene commander to coordinate the response according to local plans and is also allowed to mobilise urgently necessary resources from local state agencies, Regional Oil Spill Response Center for response. The focal point to assist the Provincial People's Committee in organising the response is the Provincial Commanding Committee for Prevention and Response to Natural Disaster and Search and Rescue. Based on the developments of the incident, the provincial People's Committee shall appoint the commander of the scene and urgently mobilise necessary resources from the relevant agencies in the locality for the response.⁵⁰

At the national level, when an oil spill occurs beyond the capacity of the region to respond, or occurs on a large inter-regional scale, or the oil spills is particularly severe, the National Committee of Response to National Disaster and Search and Rescue directly command the response activities in accordance with the National Oil Spill Response Plan. Response to oil spills on a large scale is divided by responding area at sea and in loca-

lities where oil spills occur. Provincial People's Committees shall directly chair and lead the organisation of response. The National Committee for Response to Natural Disaster and Search and Rescue shall appoint one or more commanders at scene to respond in each area based on the specific situation and development of the oil spill. The National Committee for Response to Natural Disaster and Search and Rescue directly leads all activities to respond to particularly serious oil spills.⁵¹

In addition, in case an oil spill occurs beyond the response capacity of national forces, the National Committee for Natural Disaster Response and Search and Rescue shall coordinate with ministries and ministerial – level agencies to report to the Prime Minister to request support from foreign oil spill response forces. The National Committee shall chair and reach agreement with relevant agencies on the request for assistance. The coordination to respond to oil spills in Viet Nam is conducted in accordance with the agreement on the request for assistance made by Parties. The licensing and coordination to respond to oil spills shall comply with the regulations on the licensing and coordinating a response with foreign support forces in Viet Nam.⁵²

The regulations of the responsibilities of parties in responding and providing remedy to oil spills are also stipulated in many other legal documents such as: Law on the Sea of Viet Nam 2012, Law on Natural Resources and Environment of Sea and Islands 2015, Maritime Code 2015, Law on Environmental Protection 2020, Law on Petroleum 2022, Decree No. 40/2016/NĐ-CP dated May 15, 2016, issued by the Government on guiding the implementation of some provisions of the Law on Natural Resources and Environment of Sea and Islands 2015, Decree No. 30/2017/NĐ-CP dated

⁴⁹ PRIME MINISTER OF VIET NAM. *Decision No 12/2021/QĐ-TTg dated 24/3/2021* of Prime Minister on The Regulation on response to oil spills, Clause 1, Article 5. 2021.

⁵⁰ PRIME MINISTER OF VIET NAM. *Decision No 12/2021/QĐ-TTg dated 24/3/2021* of Prime Minister on The Regulation on response to oil spills, Clause 2, Article 5 and Article 18. 2021. PHAN, Van Hung; KIM, Kwang-Soo. The estimation of regional oil recovery capacity based on marine oil spill response scenario in Vietnam. *Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping*, v. 2, n. 2, p. 97-111, 2019. Available in: <https://doi.org/10.1080/25725084.2018.1562512>.

⁵¹ PRIME MINISTER OF VIET NAM. *Decision No 12/2021/QĐ-TTg dated 24/3/2021* of Prime Minister on The Regulation on response to oil spills Clause 3, Article 5 and Article 20. 2021.

⁵² PRIME MINISTER OF VIET NAM. *Decision No 12/2021/QĐ-TTg dated 24/3/2021* of Prime Minister on The Regulation on response to oil spills, Clause 3, Article 5 and Article 21. 2021.; PHAN, Van Hung *et al.* Distribution of oil spill response capability through considering probable incident, environmental sensitivity and geographical weather in Vietnamese Waters. *Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping*, p. 31-41, 2018. Available in: <https://doi.org/10.1080/25725084.2018.1511240>; HOANG, Anh Tuan *et al.* A report of oil spill recovery technologies. *International Journal of Applied Engineering Research*, p. 4915-4928, 2018; KHOI, D. N. *et al.* Development of an integrated tool responding to accidental oil spills in riverine and shoreline areas of Ho Chi Minh City, Vietnam. *Environmental Impact Assessment Review*, p. 1-15, 2023.

March 21, 2017 issued by the Government on the organisation and conducting response to natural disaster and search and rescue, Decree No. 02/2019/NĐ-CP dated January 02, 2019 issued by the Government on Civil Defense.

3.5 Regulations on handling of violations against acts of polluting the marine environment

These provisions are reflected in documents such as the Civil Code 2015 (Article 601, 602) or the Penal Code 2015 (amended and supplemented 2017), in which the Penal Code of Viet Nam has dedicated a separate chapter XIX to stipulate environmental crimes, including environmental pollution crimes such as: crimes of causing environmental pollution (Article 235), crimes of violating regulations on hazardous waste management (Article 236), crime of violations on prevention, response and providing remedy of environmental incidents (Article 237).

In addition, the Government has also issued Decrees to impose administrative penalties for acts causing marine pollution such as Decree No. 142/2017/NĐ-CP dated December 1, 2017, by the Government regulating administrative sanctions in the maritime field (amended and supplemented by Decree No. 123/2021/NĐ-CP dated December 28, 2021, by the Government amending and supplementing a number of provisions of the Decrees on handling administrative violations in the field of in maritime field; road traffic, railway, civil aviation), Decree No. 162/2013/NĐ-CP dated November 12, 2013 by the Government regulating administrative sanctions for violations in the seas, islands, and continental shelf of the Socialist Republic of Viet Nam (amended and supplemented by Decree 23/2017/NĐ-CP dated March 13, 2017 by the Government and Decree No. 37/2022/NĐ-CP by the Government amending and supplementing a number of articles of the Decrees on administrative sanctioning in the fields of national defense and ciphers; management and protection of national borders; on the sease, islands and continental shelves of the Socialist Republic of Viet Nam). To apply the penalties in Decree No. 162/2013/NĐ-CP and Decrees amending and supplementing Decrees No. 162/2013/NĐ-CP, the Minister of National Defense issued Circular No. 105/2022/TT-BQP dated December 29, 2022, to provide guidelines on identi-

fying violations for marine pollution caused by ships.⁵³ Decree No. 45/2022/NĐ-CP dated July 07, 2022, by the Government on sanctioning of administrative violations in the field of environmental protection has indicated measures of sanctioning acts of polluting environment such as wastewater discharge, transportation of hazardous waste, especially violations in marine environmental protection and oil spill prevention in maritime and petroleum activities.⁵⁴ In addition, most of the documents on handling of violations of environmental pollution in Viet Nam stipulate on a case-by-case basis, additional sanctioning measures and remedial measures can be applied such as: deprivation of using environmental license with a definite or indefinite term; confiscate means of violation; force to implement the remedy to the pollution; temporarily suspend operations until environmental protective measures are competed.⁵⁵

With a relatively complete system of legal documents, it can be seen that Viet Nam has made a lot of efforts in internalising the provisions of international treaties on prevention and control of pollution caused by oil spills into national legal documents. Accordingly, many documents have reflected quite fully international practices, standards, technical standards and international maritime rules, handling of violations at sea, registration, and management of the operation of ships at sea, etc.

However, compared with the policy and legal system of other countries in the world, Viet Nam's legal system on prevention and control of marine pollution due to oil spills of Viet Nam still has certain limitations such as:

Firstly, Viet Nam does not have a specific law on the prevention and control of marine environmental pollution caused by oil spills, specifically in the field of compensation for damage. This causes the limitations in the coordination mechanism between agencies, which is an obstacle in monitoring the compensation obligations by the subject that causes marine pollution;

⁵³ VIETNAM. Ministry of National Defense. Ministry of National Defense (2022), *Circular No. 105/2022/TT-BQP dated 29/12/2022*, Article 13, 17, 18.

⁵⁴ GOVERNMENT OF VIET NAM. *Decree No. 45/2022/NĐ-CP dated 07/7/2022*, Article 18, 24, 27, 29, 30, 36, 39. 2022.

⁵⁵ GOVERNMENT OF VIET NAM. *Decree No. 162/2013/NĐ-CP dated 12/11/2013*, Article 4; Decree No. 142/2017/NĐ-CP dated 1/12/2017 Article 18, 24, 27, 29, 30, 36, 39; Decree No. 45/2022/NĐ-CP dated 07/7/2022 Article 4. 2013.

Second, most of the legal documents on this matter are sub-law documents. In addition, the legal documents issued by local authorities have not been given due attention, mainly for the purpose of meeting requirements of the central Government in responding to pollution, therefore, they are still poor in both quality and quantity, not enough to meet the needs of pollution prevention.

Third, the publicity and transparency of the contents of the Conventions are still weak.

Fourth, the level of sanctions for acts causing environmental pollution is generally low, not strict enough. Specifically, according to the provisions of Decree No. 142/2017/NĐ-CP on penalties for violations in the maritime, the acts of violation against the regulations on environmental protection caused by ships will be subject to a fine of from 80,000,000VND to 90,000,000VND (for acts of dumping mud, soil and waste from dredging at the wrong place) or a fine of from 90,000,000VND to 100,000,000VND (for acts of dumping mud, soil and waste from dredging at the wrong places within the navigational channel, the water area in front of bridge, the port, the anchorage area, the transshipment area, the pilot boarding area, the quarantine area) and also applying remedy for environment pollution. Moreover, the decision of violations and degree of pollution stipulated by the Decree based on national and local environmental technical standards and regulations, but the development of standards at local level has not yet been given proper attention and investment to be able to promptly update with the actual situation of the locality. This leads to the inconsistencies in actual degree and possibility of the pollution and cannot guarantee the prevention of marine pollution⁵⁶.

In addition, the prevention and control of marine pollution due to oil spill has some limitations in practice such as:

First, the mechanism for the implementation of the Conventions has not been unified, and the division of responsibility and authority is not clear and reasonable among relevant agencies. This leads to duplication, overlapping and waste of resources. There has not been a close and effective coordination between the central and local levels; between inspection and control forces

from the stage of new ship construction, equipment to the stage of operation of ships at ports and waters of Viet Nam; between the State and organisations and individuals engaged in maritime activities; among stage management agencies in charge of maritime and environment in the performance of obligations set forth by the Convention, leading to an overlapping in conducting mandates and tasks.

Second, Viet Nam still lacks fully trained human resources to meet the requirements of national laws for seafarers, resulting in many ships employing officers, crew members, safety management officer, technical manager of the ship do not have enough capacity and professional qualifications to perform jobs and tasks on board the ship as prescribed. This leads to inadequate implementation of regulations on safety of navigation and prevention of marine pollution from ships in accordance with the Convention.⁵⁷

Third, the inspection and monitoring of the implementation of conventions in this field still have limitations such as lack of strict inspection and supervision, handling violations is not tough enough; monitoring of ships in compliance with regulations on oil leak prevention under MARPOL 73/78 is not good; the inspection and control has not been paid due attention and invested properly leading to the fact that the Coast Guard forces and Inspectors are still not fully equipped with the necessary technical equipment and facilities to perform their duties on inspecting, monitoring and ensuring law compliance at sea. Therefore, the coordination with other relevant sectors of Viet Nam in ensuring the implementation of the legal provisions on prevention of marine pollution caused by ships under the convention has not yet met the current situation.⁵⁸

Fourth, the technical equipment is outdated, the professional level is rather low, therefore, it does not meet the standards in the process of building and repairing ships that do not guarantee to prevent pollution; the environmental industry has not yet developed, in-country environmental industry has not yet met the

⁵⁶ GOVERNMENT OF VIET NAM. *Decree No. 142/2017/NĐ-CP dated 1/12/2017*, Article 35. 2017.

⁵⁷ For example, the T-Fortuner of Truong Phat International Shipping and Trading Joint Stock Company was detained at the port of Zhanjiang, China on September 01, 2009 because the ship's security officers did not have the certificates issued under the STCW Convention.

⁵⁸ TRAN, Hung. Ứng phó sự cố tràn dầu tại Việt Nam. [Response to oil spills in Viet Nam]. *Journal of National Resources and Environment*, v. 3, p. 28-30, 2015.

demand; the cost of remedy for pollution is still too high to be able to invest in equipping consistently for ships, ports and floating structures in accordance with the provisions of the Convention.⁵⁹

4 Challenges and impacts of marine pollution due to oil spills caused by ships on implementing the sdgs goals in Vietnam

The term “sustainable development” first appeared in the 1970s and attracted the attention of countries when it was mentioned in the publication “World Conservation Strategy” published by the International Union for Conservation of Nature and Natural Resources – IUCN 1980.⁶⁰ This concept continued to be widely disseminated in 1987 through the Brundtland Report (also known as Our Common Future Report) of the World Commission on Environment and Development – WCED (Brundtland Commission). The report clearly states that: Sustainable development is the development that can meet the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.⁶¹ In other words, sustainable development must ensure effective economic development, a just society and a protected and preserved environment.

In 1992, in Rio de Janeiro, delegates to the United Nations Conference on Environment and Development continued to address sustainable development and sent a clear message to all levels of Governments on the urgency in promoting economic harmony, social development along with environmental protection. In 2002, at the World Summit on Sustainable Development

held in Johannesburg (South Africa), the concept of sustainable development was developed and completed. Accordingly, sustainable development is a process with a close, reasonable and harmonious combination of three aspects of development, including: economic development (especially economic growth), social development (especially implementation of social progress and justice; poverty reduction and increasing employment) and environmental protection (especially environmental treatment and remediation, restoration and improvement of the quality of the environment; prevention of fire and deforestation; rational exploitation and economical use of natural resources).⁶²

In order to be able to achieve concrete results on sustainable development, in 2015, State parties adopted 2030 Agenda at the United Nations Summit held in New York (United States of America) focusing on the combination and balance of three economic, social and environmental issues. The outcomes framework of the 2030 Agenda includes 17 general goals and 169 specific goals on sustainable development (SDGs). This is the United Nations’ appeal to all the nations of the world to address the great challenges facing humanity, towards a better and more sustainable future for all by 2030. SDGs deal with the most common issues, thereby providing guidance for individuals, entrepreneurs, governments and countries to know which matters need to care about and how to reduce poverty, protect the earth from the impact of human life and ensure the improvement of the quality of life of each person.⁶³

In Viet Nam, the view of sustainable development has been affirmed in the policies of the Party such as Directive 36-CT/TW dated June 25, 1998 of the Politburo on strengthening environmental protection in the current period of industrialisation and modernisation. Resolution No. 41-NQ/TW dated November 15, 2004 of the Politburo on environmental protection in the period of promoting industrialisation and modernisation

⁵⁹ DO, Hai. Xử lý tràn dầu trên biển: Yếu năng lực, thiết bị. [Handling oil spill at sea: weak in capacity and equipment]. *Journal of National Resources and Environment*, v. 3, p. 46-47, 2013; NGUYEN, Manh Hung; NGHIA, Chung. Oil spills in maritime field: an urgent problem in Vietnam. *Worldwide Journal of Multidisciplinary Research and Development*, p. 1-5, 2020.

⁶⁰ INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE AND NATURAL RESOURCES (IUCN). *World Conservation Strategy*; NGUYEN, Yen Thi Hong. 1980; NGUYEN, Yen Thi Hong; NGUYEN, Dung Phuong. The efforts to respond to climate change and implementation of the Sustainable Development Goals (SDGS) from the hardest-affected countries: Vietnam case analysis. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 164-191, 2022.

⁶¹ UNITED NATIONS. *Report of the World Commission on Environment and Development: our common future*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

⁶² NGUYEN, Yen Thi Hong; NGUYEN, Dung Phuong. The efforts to respond to climate change and implementation of the Sustainable Development Goals (SDGS) from the hardest-affected countries: Vietnam case analysis. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 164-191, 2022.

⁶³ LEITÃO, Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá; MONT’ALVERNE, Tarin Cristino Frota. The covid-19 pandemic as an impeller for the aggravation of marine plastic pollution and economic crisis: the reverse effect of health protection measures on human lives. *Brazilian Journal of International Law*, v. 18, n. 2, p. 140-142, 2021.

of the country⁶⁴. Specially, the global SDGs have been specified in the National Action Plan to implement the 2030 Agenda for Sustainable Development, issued together with the Prime Minister's Decision No. 622/QĐ-TTg dated May 10, 2017, with 115 specific goals to be in line with the developmental conditions and priorities of the country based on the achievements in implementation of the Millennium Development Goals. Then, on May 20, 2019, the Prime Minister issued Directive No. 13/CT-TTg; on September 25, 2020, the Government issued Resolution No. 136/NQ-CP on sustainable development to promote the implementation of the SDGs in different levels by 2030. After more than 5 years implementing the SDGs, Viet Nam has achieved certain results, including the environmental SDGs. However, environmental pollution caused by oil spills at sea continues to pose difficulties and challenges for Viet Nam, especially in the implementation of Goal 14 on conservation and sustainable exploitation of oceans, seas and marine resources sustainably.

In the past time, although Viet Nam has been controlling marine pollution, management and protection of marine and coastal ecosystems, in order to undertake SDGs on environment (SDGs 14.1 and 14.2), oil spills still occur in Vietnamese waters. These incidents have had negative environmental impacts and challenged Viet Nam in preventing, reducing significantly and controlling marine pollution (SDG 14.1). According to data recorded through the media and in reports, from 1992 to February 2023, there were 225 oil spills at sea⁶⁵. Oil spills in coastal areas occurred the most (47%) due to the higher risk in this area. Where the traffic density of large vessels, the higher risk of ships crashing into each other, or ships crashing into the wharf, getting stuck to

land is much higher than in the sea.⁶⁶ There are various causes of oil spills, including: high traffic density, lack of traffic control and appropriate safety measures on certain oil tankers, traffic accidents such as collisions, shipwrecks, perforations, leading to the spilling of oil from the ship's drilling rigs and tanks; due to natural disaster, the oil follow the water flow and spread to the sea on a large scale; due to human awareness to let the incident happen.⁶⁷

Oil spills pollute the marine environment, seriously affecting ecosystems, especially mangroves, seagrasses, tidal flats, lagoons and coral reefs (SDGs 14.2). Oil pollution reduces the resilience, flexibility and recovery of ecosystems. The amount of oil in the water increases, the oil films reduce the ability to exchange oxygen between the air and the water, decrease the oxygen in the water, and mix up the balance of oxygen regulation in the ecosystem. In addition, the oil spills contain toxins that damage the ecosystem, which can cause the destruction of ecosystem, because the oil contains many different components which can change the organism's cell structure, event causing death of the whole population.

Oil seeping into sand and mud at the coast can affect negatively for a very long time. There have been many cases of species dying due to the impact of oil spills. It

⁶⁴ NGUYEN, Yen Thi Hong; NGUYEN, Dung Phuong. The efforts to respond to climate change and implementation of the Sustainable Development Goals (SDGS) from the hardest-affected countries: Vietnam case analysis. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 164-191, 2022.

⁶⁵ 225 oil spill incidents including: 38 cases occurred offshore, taking up to 17%, 105 cases occurred inshore, taking up to 47% and 82 cases occurred on hand, accounting for 36%, refer to <https://tainguyenvamoitruong.vn/nhieu-kho-khan-trong-viec-khac-phuc-su-co-tran-dau-gay-o-nhiem-moi-truong-cid18137.html>; NGUYEN, Phuoc Quy Phong. The oil spill incident in Vietnam. *European Journal of Engineering Research and Science*, p. 1- 4, 2018; VIETNAM. Ministry of National Resources and Environment. *Báo cáo hiện trạng môi trường biển và hải đảo quốc gia giai đoạn 2016-2020*. [National report on the current situation of environment of the sea and island in the period of 2016-2020]. Ha Noi, 2021. p. 93-97.

⁶⁶ Some examples of oil spill incidents: -At 12:30 on August 6, 2017, at Nghe An seaport in between Thanh Hoa and Nghe An province, about 0.32 nautical miles southeast of Nghi Son's synthetic buoy No.0, the cargo ship Duc Cuong 06, owned by Duc Cuong Transport Company (Hai Phong) had an accident. At the time of the accident, the ship Duc Cuong 06 was carrying 4,597.44 tons of Clinker and 18 tons of DO oil. The inspection of 7-8 divers showed that the ship was sinking at a depth of minus 13.0 meters below sea level; between cargo No.1 and No.2, the ship was torn horizontally across the side of the ship. The Thanh Hoa Port Authority has written to Thanh Hoa Coastal Information Station to broadcast rescue information and also provide a plan to promptly respond when 18 tons of the DO oil spread out.

⁶⁷ At 5:00 a.m on January 14, 2021, an oil tanker with registered number DNa0607 owned by Hoa Khanh Trading and Service Co., Ltd (No. 14, Nguyen Tri Phuong street, Hai Chau ward, Da Nang) has just been launched and receiving oil, suddenly, the oil tanker had accident leading to the sinking of the ship. There was about 4 cubic meters of DO oil on board; the amount of oil that spread out to the surface was about 20 square meters. The competent authorities promptly control the area of oil spreading out and collected oil with specialised equipment such as oil-absorbing buoys and oil-absorbing sheets.

⁶⁷ NGUYEN, Dinh Duong *et al.* *Ô nhiễm dầu trên vùng biển Việt Nam và kế cận* [Oil Pollution in Viet Nam and adjacent waters]. *Journal on Science on Earth*, 2023. Available in: <https://sosmoitruong.com/o-nhiem-dau-tren-vung-bien-viet-nam-va-ke-can/>.

can also be alarming that the oil spread on the sea and washed ashore for a long time without being cleaned up will decrease the number of organisms, causing damage to the fishing and aquaculture industry. Oil pollutes the water environment causing mass fish deaths due to lack of dissolved oxygen. Oil attaches to the soil, rock embankments, and island banks influencing the landscapes and cause unpleasant odors, leading to heavy losses in the tourism industry. Oil spills also affect the operation of fishing ports, shipbuilding and repair facilities. Floating oil damages machinery and equipment for resource exploitation and shipping.⁶⁸

A survey at Lach Bang fishing port, Tinh Gia district, Thanh Hoa province, where thousands of fishing boats from many different regions are often anchored shows that the water pollution here is widespread throughout the region. 10 years ago, this estuary area was home to a very rich mangrove ecosystem, now almost the entire area of mangroves is dying due to oil pollution, leading to the extinction of brackish water plants and animals. There are also continuous oil pollution incidents that make hundreds of hectares of aquaculture lost, causing many households to abandon their traditional jobs.⁶⁹

The above effects show that oil spills can be considered as one of the types of incidents causing the greatest economic loss, among the types of environmental incidents caused by humans, negatively affecting the marine economic of Viet Nam. The degree of impact of oil spill incidents at sea depends on the size of each case and different response scenarios. In which, fisheries and tourism are the economical fields damaged the most; the most severely affected people are the people in coastal areas, especially the poor, women and children. In addition, marine pollution will be contributing factors in slowing down the implementation of sustainable development, eliminating achievements in environmental protection and be an obstacle for Viet Nam to reach SDGs within the timeframe. Biodiversity degradation and ecological imbalance; degradation of coastal ecosystem; increasing environmental pollution and food safety problems; resource depletion and

increasing environmental conflicts; causing threats to ecological security and environmental security across borders; increase in natural complication and environmental incidents.

Currently, identifying the oil spill location and responding to this incident in Viet Nam have many limitations, both in terms of legal basis and specialised and technical equipment to treat oil spill pollution. The process of implementing SDGs 14 shows that Viet Nam still lacks legal basis, legal documents clearly and fully stipulate for conducting mandates relating sea and island management; limited capacity to implement policy and laws, so the quality and efficiency are not high; equipment and facilities for the professional tasks and the collective management of seas and islands are outdated. Controlling marine environmental pollution, responding to oil spills for socio-economic development still poses challenges for Viet Nam in the coming time.⁷⁰

5 Conclusion and recommendations

Currently, marine pollution caused by oil spills is causing serious impacts on the quality of the marine environment and threatening the existence and development of marine ecosystems as well as human life. Not only Viet Nam but also the whole world. This requires countries to be active in preventing and minimising pollution in the marine environment from all different sources, especially marine pollution caused by oil spill from ships. With a favorable geographical location, strategic orientation of marine economic development and promotion of petroleum exploitation activities in the future, the risk of marine pollution of caused by oil spills from ships in Vietnamese waters is very high. Therefore, the prevention of environmental pollution in general and prevention of pollution caused by the operation of ships in particular is an inevitable issue, in line with the general trend of ensuring “sustainable development”.

Recognising the importance of prevention of marine pollution with upholding the principle of “prevention is better than responding”, Viet Nam has applied various measures to prevent marine pollution in which

⁶⁸ NGUYEN, Dinh Tuyen; TRAN, Cong Tri. Assessment of oil spill damage to marine ecosystems: some foreign experiences and conditions to be applied in Vietnam. *International Journal of Multidisciplinary Research and Publications*, v. 2, n. 4, p. 43-48, 2019.

⁶⁹ HAO, Van. *Những hậu quả ô nhiễm môi trường biển do tràn dầu* [Consequences of Environmental Pollution due to Oil Spills]. 2023. Available in: <https://www.vietnamplus.vn/nhung-hau-qua-o-nhiem-moi-truong-bien-do-tran-dau/173158.vnp>.

⁷⁰ UNITED NATIONS IN VIET NAM. *Viet Nam's Voluntary National Review on the Implementation of the Sustainable Developments Goals*. 2018.

the law plays a central role, creating a basis for the implementation of measures to prevent these incidents in consistent and effective manner.

5.1 Continue to fully implement international commitments on prevention and control of marine pollution caused by oil spills

As a member of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Viet Nam needs to continue to strictly implement the principles of the Convention, especially the Pacta sunt servanda regulated under Article 26 of this Convention. Meanwhile, Viet Nam also needs to strengthen the inspection and monitoring system to ensure that the issued regulations on safety and prevention of marine pollution are strictly enforced and can eliminate the sloppy implementation. Although Viet Nam has made progress and achieve positive results in joining and implementing international treaties on marine protection, there are still certain limitations such as the dissemination of the Convention and implementation of the Convention is still slow. In addition, Viet Nam has not yet adopted international treaties on responding to oil spills and hazardous substances spilled into the sea.

Figure 3 - Status of Conventions⁷¹

STATUS OF CONVENTIONS												
As at 1 June 2023												
	MARPOL 78/78 (Annex I)	MARPOL 78/78 (Annex II)	MARPOL 78/78 (Annex III)	MARPOL 78/78 (Annex IV)	MARPOL 78/78 (Annex V)	MARPOL Protocol of Annex V	London Convention 72	London Convention Protocol 98	INTERVENTION Convention 69	INTERVENTION Protocol 73	CLC Convention 69	CLC Protocol 96
Brunei Darussalam	x	x	x	x	x							
Cambodia	x	x	x	x	x							
Indonesia	x	x	x	x	x							
Lao People's Dem. Rep.												
Malaysia	x	x	x	x	x							
Myanmar	x	x	x	x	x							
Philippines	x	x	x	x	x							
Singapore	x	x	x	x	x							
Thailand	x	x	x	x	x							
Timor-Leste	x											
Viet Nam	x	x	x	x	x							
x= ratification												
d=denunciation												

Conventions related to oil spills and hazardous substances at sea. Singapore is the leading country in the region in joining the above-mentioned conventions which is 14/25 Conventions; Malaysia ranked the second with 13/25 Conventions. All countries in the Southeast Asia are parties to various Conventions related to oil spills and hazardous substances at sea, except for Laos, a landlocked country. This also has positive effects on

⁷¹ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. *Status of Conventions*, refer to: Status of Conventions (imo.org).

cooperation in responding to oil spills occurring in Viet Nam's waters in the East Sea. Notably, international conventions of IMO on oil spills and hazardous substances to which Viet Nam is not a member have very high participation rate of countries and shipping fleets in the world, over 50% of the tonnage of the world fleet. Therefore, in order to create the necessary legal framework, Viet Nam needs to continue to promote research and join other important international treaties on prevention and control of marine pollution and oil spills, such as: OPRC 90, OPRC-HNS 2000, INTERVENTION 69, FUND 92, 2003, HNS 96, especially OPRC 90 and OPRC-HNS 2000⁷².

5.2 Strengthening international cooperation activities on prevention of oil pollution at sea

Strengthening international cooperation on marine environmental protection, focusing on education and training; legislation; signing and implementing international treaties; organisation of state management on marine environmental protection, exchange of information and technologies. At the same time, Viet Nam needs to learn from the experiences of other countries in implementing the Convention, then Viet Nam can avoid the challenges they have encountered, and adopt and apply measure and solutions suitable with condition and situation of Viet Nam to promote the implementation of the Convention effectively. In addition, Viet Nam also needs to utilise the economic, technical and technological support from state parties and international organisations, especially IMO to strengthen the legal system and arrange the implementation of the Convention effectively.

⁷² NGUYEN, Manh Cuong *et al.* Tình hình tham gia các công ước quốc tế về ô nhiễm dầu và các chất nguy hiểm độc hại trên biển của Việt Nam. [The situation of Viet Nam in joining in international conventions on oil pollution and hazardous substance at the sea]. *Journal of Scientific Maritime*, v. 4, p. 60-61, 2017; DINH, Thi My Linh; PHAM, Van Tan. Civil liability for ship-source oil pollution damage: should Vietnam join FUND 1992? *Australian Journal of Maritime & Ocean Affairs*, v. 12, p. 259-268, 2020. Available in: <https://doi.org/10.1080/18366503.2020.1818964>.

5.3 Review, develop and improve the legal system on prevention and control of marine environmental pollution caused by oil spill

As analysed above, the process of internalising international treaties as well as developing Viet Nam's law on prevention and control of marine environmental pollution due to oil spills has made many remarkable achievements. However, regulations on preventing marine pollution, especially due to oil pollution, is mainly scattered in sub-law documents and remain general, not specific and also inconsistent. They are not suitable with current conditions and circumstances of Viet Nam, leading to difficulties in implementation or partial implementation. The Law on the Sea of Viet Nam issued in 2012, does not even have any direct provisions on this issue. It is recommended that the Law on the Sea of Viet Nam needs to add one Chapter on marine environmental protection, along with improving a strong and consistent legal system to become effective tools in the prevention of marine pollution caused by oil spills.

Viet Nam needs to add regulations on marine environmental protection in general and prevention and responding to marine environmental pollution due to oil spills into the Fisheries Cooperation Agreements, future Agreement on joint exploitation of petroleum with relevant countries, with the aim to create a solid legal basis for the implementation of the Agreements as well as the enforcement of the law on environmental protection.

Regarding sanctioning, Viet Nam should consider developing regulations on application of sanction with appropriate levels. The sanctions should be stipulated at higher level of fine against administrative violations and still in consistent with other countries in common fine level against this type of violation with the intention to increase deterrence and prevent intentional violations of national and international laws on prevention of marine environmental pollution.⁷³

⁷³ NGUYEN, Lan. *Bảo vệ môi trường biển Việt Nam trong hoạt động khai thác dầu khí và các quy định pháp luật cần hoàn thiện*. [Protection of marine environment of Viet Nam in petroleum activities and legal provisions that need to be improved]. *Journal of National Resources and Environment*, v. 9, p. 28-33, 2021.

5.4 Strengthening organisation and enhancing the quality of state management agencies in prevention and response to marine pollution due to oil spills

Firstly, regarding the inter-sectoral coordination: strengthening the management system of agencies in charge of implementation and application of the Convention's provisions in order to improve law enforcement capacity as well as management capacity through researching and applying an integrated marine environment management model by the establishment of interdisciplinary organisations on marine environmental protection due to oil spills; establishment of inspection and control inter-sectoral centers. At the same time, it is necessary to strengthen and improve the management structure between departments to avoid overlapping of authorities, create connections, coordinate and unify guidance between ministries and agencies from local to central level in management and prevention of marine environmental pollution.

Secondly, regarding training a cadre of experts, technical officers managing and monitoring activities that are likely to cause marine environmental pollution. Regularly send officials to participate in specialised training courses and workshops on prevention of marine pollution organised by national and international organisations. Drafting documents and organise trainings and oil spills response drills for stakeholders involved in the prevention and control of marine environmental pollution due to oil spills in line with international conventions and relevant national laws on environmental pollution.⁷⁴

5.5 Awareness raising of protection and responding marine pollution due to oil spills for all people, especially individuals, enterprises engaged in shipping business

Firstly, promote dissemination the knowledge and risks from marine pollution for all people. Improving the quality and diversifying forms of legal dissemination to achieve high efficiency in prevention and control of marine pollution caused by oil spills.

⁷⁴ TOAN, Nguyen Duc. *Phòng ngừa và ứng phó ô nhiễm dầu trên biển*. [Prevention and response to oil pollution at the sea]. *Journal of National Resources and Environment*, v. 9, p. 16-18, 2012.

Secondly, translate and explain the Convention and disseminate widely on the mass media, newspapers and specialised magazines so that all people can easily access and update information through media to fully comply with the provisions of the law, towards eliminating source of marine pollution.

In addition, it is necessary to regularly open training courses on prevention and control of marine pollution caused by oil spills for business owners and ship owners, so that everyone is aware of the investment to prevention of marine pollution including oil spills. Periodically organise action programmes on the marine environment protection, ect. to facilitate conditions for all people to engage in managing and protecting marine environment and also enhance social awareness of the rights and responsibilities in protecting marine environmental from oil spill incidents.

5.6 Enhancing technological knowledge to serve the prevention of marine pollution caused by oil spills

Viet Nam needs to strengthen the inspection and installation of oil pollution monitoring stations in ports and anchorages. Regularly take samples to analyse and assess the current status of the marine environment, thereby zoning areas at risk of oil pollution due to ship operation to take reasonable measures to manage and prevent marine pollution. Viet Nam also needs to oblige production and service facilities with oil-contaminated waste and ships to register hazardous emission sources for periodic and unscheduled inspection to control this source of waste, etc. It is recommended to adding regulations on the waste receiving planning system, construction of seaports, regulations on investment and construction of waste receiving equipment, etc. Additionally, it is necessary to supplement equipment to timely respond to oil spills such as adding more life vests, oil suction pumping equipment, etc. to increase active role of parties.

5.7 Establishment of a reserve fund to proactively respond to oil spills

Prevention and response to marine environmental protection caused by oil spills always require a great deal of financial and human resources. In order to promptly respond to oil spills, Viet Nam needs to establish a re-

serve fund and have a reasonable policy to use the fund with the aim to respond, handle and pay for damage caused by marine pollution in timely manner.

In summary, the efforts of the Government of Viet Nam in improving legal framework in order to prevent and provide remedy to marine pollution caused by oil spills is undeniable. Viet Nam also actively participate in international treaties to join the international community to reduce pollution sources and gradually eliminate pollution caused by oil from ships in Vietnamese waters. However, apart from the achievements, the prevention of marine pollution caused by oil spills in Viet Nam still has certain shortcomings and limitations as analysed in the article. Therefore, in order to prevent and respond to oil spills effectively, Viet Nam needs to continue considering to adopt relevant international treaties, improving the national legal framework to internalise the provisions of the Convention, at the same time, develop emergency response plans for oil pollution incidents due to oil spills; organise regular oil spill response drills at localities; enhance the national capacity in preparation of response to oil spills through bilateral or multilateral cooperation.

References

- BÉ RANGÈRE, Péquin *et al.* Natural attenuation of oil in marine environments: a review. *Marine Pollution Bulletin*, v. 176, p. 1-22, 2022.
- BIRNIE, Patricia *et al.* *International law and the environment*. Oxford: University Press, 2009.
- DINH, Thi My Linh; PHAM, Van Tan. Civil liability for ship -source oil pollution damage: should Vietnam join FUND 1992? *Australian Journal of Maritime & Ocean Affairs*, v. 12, p. 259-268, 2020. Available in: <https://doi.org/10.1080/18366503.2020.1818964>.
- DO, Hai. Xử lý tràn dầu trên biển: Yếu năng lực, thiết bị. [Handling oil spill at sea: weak in capacity and equipment]. *Journal of National Resources and Environment*, v. 3, p. 46-47, 2013.
- GAUTIER, Philippe. *The International Tribunal for the Law of the Sea: law, practice and procedure*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

- GENNARO, Michael A. de. Oil pollution liability and control under international maritime law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 37, p. 274, 2004.
- HOAN, Anh Tuan *et al.* A report of oil spill recovery technologies. *International Journal of Applied Engineering Research*, p. 4915-4928, 2018.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v Slovakia), Judgment, I. C. J., Reports 1997, p. 68, para. 112; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, I. C. J., Reports 2010, p. 67, para. 145.
- ITOPF. *Oil tanker spill statistics 2022*. London: ITOF Ltd, 2023.
- JULIAN, Michael. MARPOL 73/78: the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, maritime studies. 2000.
- KARIM, Md. Saiful. Implementation of the MARPOL Convention in Developing Countries. *Nordic Journal of International Law*, v. 79, p. 319-320, 2010.
- KHOI, D. N. *et al.* Development of an integrated tool responding to accidental oil spills in riverine and shoreline areas of Ho Chi Minh City, Vietnam. *Environmental Impact Assessment Review*, p. 1-15, 2023.
- KOJIMA, Chie. Integration of general principles of international environmental law into the law of the sea: assessment and challenges. *Marine Policy*, v. 149, p. 4, 2023.
- KOJIMA, Chie. *The duty to cooperate in the protection and preservation of the marine environment*. 2019.
- LAN, Dongdong *et al.* Marine oil spill risk mapping for accidental pollution and its application in a coastal city. *Marine Pollution Bulletin*, v. 96, n. 1-2, p. 220-225, 2015.
- LAND Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order, 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, p. 25, para. 92.
- LEITÃO, Adriana Isabelle Barbosa Lima Sá; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. The covid-19 pandemic as an impeller for the aggravation of marine plastic pollution and economic crisis: the reverse effect of health protection measures on human lives. *Brazilian Journal of International Law*, v. 18, n. 2, p. 140-142, 2021.
- MAI, Hai Đăng. *Pháp luật quốc tế và pháp luật nước ngoài về chống ô nhiễm dầu trên biển từ tàu*. [International and foreign laws on responding to oil spills from ships]. 2003. Thesis (Ph.D) - Law Faculty, Hanoi National University, Hanoi, 2003.
- MARCHAND, Pauline. The international law regarding ship-source pollution liability and compensation: evolution and current challenges. *International Oil Spill Conference Proceedings*, p. 193-210, 2017.
- MATTSON, Gini. MARPOL 73/78 and Annex I: an assessment of its effectiveness. *Journal of International Wildlife Law and Policy*, v. 9, p. 185-188, 2006.
- MOORE, J. N.; LONG, R. (ed.). *Cooperation and engagement in the South China Sea and Asia Pacific region*. Brill, 2019.
- MOX, Plant. (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order, 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 110, para. 82.
- NGUYEN, Ba Dien. Tổng quan pháp luật Việt Nam về phòng, chống ô nhiễm dầu ở các vùng biển. [Overview of Vietnamese law on prevention and control of oil pollution at sea]. *Journal of Science*, n. 24, p. 244, 2008.
- NGUYEN, Dinh Duong *et al.* Ô nhiễm dầu trên vùng biển Việt Nam và kế cận. [Oil Pollution in Viet Nam and adjacent waters]. *Journal on Science on Earth*, 2023. Available in: <https://sosmoitruong.com/o-nhiem-dau-tren-vung-bien-viet-nam-va-ke-can/>.
- NGUYEN, Dinh Tuyen; TRAN, Cong Tri. Assessment of oil spill damage to marine ecosystems: some foreign experiences and conditions to be applied in Vietnam. *International Journal of Multidisciplinary Research and Publications*, v. 2, n. 4, p. 43-48, 2019.
- NGUYEN, Duc Toan. Phòng ngừa và ứng phó ô nhiễm dầu trên biển. [Prevention and response to oil pollution at the sea]. *Journal of National Resources and Environment*, v. 9, p. 16-18, 2012.
- NGUYEN, Huu Nhat. *Ô nhiễm môi trường biển, ven bờ do các hoạt động hàng hải*. [Marine and coastal pollution due to maritime activities]. Ha Noi: Environment Center – Transport Technological Science, 2008.
- NGUYEN, Lan. Bảo vệ môi trường biển Việt Nam trong hoạt động khai thác dầu khí và các quy định pháp

luật cần hoàn thiện. [Protection of marine environment of Viet Nam in petroleum activities and legal provisions that need to be improved]. *Journal of National Resources and Environment*, v. 9, p. 28-33, 2021.

NGUYEN, Manh Cuong *et al.* Tình hình tham gia các công ước quốc tế về ô nhiễm dầu và các chất nguy hiểm độc hại trên biển của Việt Nam. [The situation of Viet Nam in joining in international conventions on oil pollution and hazardous substance at the sea]. *Journal of Scientific Maritime*, v. 4, p. 60-61, 2017.

NGUYEN, Manh Hung; NGHIA, Chung. Oil spills in maritime field: an urgent problem in Vietnam. *Worldwide Journal of Multidisciplinary Research and Development*, p. 1-5, 2020.

NGUYEN, Phuoc Quy Phong. The oil spill incident in Vietnam. *European Journal of Engineering Research and Science*, p. 1- 4, 2018.

NGUYEN, Yen Thi Hong; NGUYEN, Dung Phuong. The efforts to respond to climate change and implementation of the Sustainable Development Goals (SDGs) from the hardest-affected countries: Vietnam case analysis. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 164-191, 2022.

NOAA'S OFFICE OF RESPONSE AND RESTORATION. *How oil harms animals and plants in marine environments*. 2021. Available in: <https://response.restoration.noaa.gov/oil-and-chemical-spills/oil-spills/how-oil-harms-animals-and-plants-marine-environments.html>.

PHAM, Van Tan. Chế độ trách nhiệm dân sự đối với ô nhiễm dầu tàu: vai trò của các quốc gia trong việc thiết lập các quy tắc thống nhất toàn cầu. [Civil liability to pollution due to oil: responsibilities of State parties in establishing worldwide unified regulations]. *Maritime Scientific Journal of Viet Nam*, v. 8, p. 118, 2022.

PHAN, Van Hung *et al.* Distribution of oil spill response capability through considering probable incident, environmental sensitivity and geographical weather in Vietnamese Waters. *Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping*, p. 31-41, 2018. Available in: <https://doi.org/10.1080/25725084.2018.1511240>.

PHAN, Van Hung; KIM, Kwang-Soo. The estimation of regional oil recovery capacity based on marine oil

spill response scenario in Vietnam. *Journal of International Maritime Safety, Environmental Affairs, and Shipping*, v. 2, n. 2, p. 97-111, 2019. Available in: <https://doi.org/10.1080/25725084.2018.1562512>.

PHAN, Van Hung; KIM, Kwang-Soo. The present state of marine oil spills and the enhancement plans of national oil spill response capability in Vietnam: through the comparison of statistics and OSR System between Vietnam and Republic of Korea. *Journal of the Korean Society of Marine Environment & Safety*, v. 23, p. 690-698, 2017. Available in: <https://doi.org/10.7837/kosomes.2017.23.6.690>.

REQUEST for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion, 2 April 2015, ITLOS Reports 2015, p. 43, para. 140.

ROTHWELL, Donald R.; STEPHENS, Tim. *The international law of the sea*. 2. ed. Great Britain: Hart Publishing, 2016.

SANDS, Philippe *et al.* *Principles of international environmental law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

TAN, Alan Khee-Jin. *Vessel-source marine pollution: the law and politics of international regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TANAKA, Yoshifumi. *The international law of the sea*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

THACHER, Peter S. Assessment and control of marine pollution: the Stockholm recommendations and their efficacy. *Stanford Journal of International Studies*, p. 79, 1973.

THE SOUTH China Sea Arbitration (Merits) (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China). Award of 12 July 2016, para. 941. Available in: <https://pca-cpa.org/en/cases/7/>.

TRAN, Hung. Ứng phó sự cố tràn dầu tại Việt Nam. [Response to oil spills in Viet Nam]. *Journal of National Resources and Environment*, v. 3, p. 28-30, 2015.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Liability and compensation for ship-source oil pollution: an overview of the international legal framework for oil pollution damage from tankers*.

New York; Geneva, 2012.

UNITED NATIONS CONFERENCES. *World Summit on Sustainable Development*: United Nations Convention on the Law of the Sea, a commentary (Virginia Commentary), v. 4, p. 36 et seq. 1982.

UNITED NATIONS IN VIET NAM. *Viet Nam's voluntary national review on the implementation of the sustainable development goals*. 2018.

UNITED NATIONS. *Report of the World Commission on Environment and Development: our common future*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

VAN, Hao. *Những hậu quả ô nhiễm môi trường biển do tràn dầu*. [Consequences of Environmental Pollution due to Oil Spills]. 2023. Available in: <https://www.vietnamplus.vn/nhung-hau-qua-o-nhiem-moi-truong-bien-do-tran-dau/173158.vnp>.

VIETNAM. Ministry of National Defense. *Circular No. 105/2022/TT-BQP dated 29/12/2022*.

VIETNAM. Ministry of National Resources and Environment. *Báo cáo hiện trạng môi trường biển và hải đảo quốc gia giai đoạn 2016-2020*. [National report on the current situation of environment of the sea and island in the period of 2016-2020]. Ha Noi, 2021.

ZHANG, Weipan *et al.* Governance of global vessel-source marine oil spills: characteristics and refreshed strategies. *Ocean and Coastal Management*, p. 1-12, 2021.

Acknowledge

We want to convey our deepest appreciation to our family and close friends for sending us ongoing support and words of encouragement throughout our research. Additionally, we would like to express our sincere thanks to those who provided writing assistance, technical editing, language editing, and proofreading in order for us to have a flawless version of our study. Without your outstanding assistance, this study and the research that went into it would not have been possible. Thank you very much!

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A solidariedade e o direito internacional contemporâneo: desafios à emergência de um princípio

Solidarity and contemporary international law: challenges to the emergence of a principle

Gabriel Braga Guimarães

William Paiva Marques Júnior

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

A solidariedade e o direito internacional contemporâneo: desafios à emergência de um princípio*

Solidarity and contemporary international law: challenges to the emergence of a principle

Gabriel Braga Guimarães**

William Paiva Marques Júnior***

Resumo

A normatização de questões complexas, muitas vezes de origem e impacto transnacionais, demanda coordenação sólida entre os Estados. A noção de solidariedade é fundamental nessas circunstâncias, considerando a sua capacidade de congregiar diferentes perspectivas em função de um objetivo comum. Não obstante, há pouca segurança jurídica quanto ao efetivo conteúdo e operacionalidade desse importante conceito, bem como quanto a quais tipos de relações jurídicas ele se aplica e se ele vem sendo aplicado conforme a sua previsão *de jure*. Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é analisar os principais desafios à emergência da solidariedade com o *status* de princípio na ordem jurídica internacional. Utiliza-se metodologia bibliográfica e documental. A pesquisa é pura e de natureza qualitativa, com finalidade descritiva e exploratória. Quanto ao percurso material, divide-se a investigação em duas partes. Inicialmente, examina-se o desenvolvimento histórico da concepção de solidariedade em relação ao Direito Internacional. Posteriormente, analisa-se qual *status* legal melhor se adequa à solidariedade à luz dos instrumentos vigentes no ordenamento jurídico internacional. Por fim, depreende-se que a solidariedade transborda a moldura de um princípio. Com efeito, é um valor intrínseco aos sistemas legais, uma ferramenta de inspiração na construção e aplicação das normas internacionais. Todavia, na prática, mesmo que seja inegável sua relevância jurídica, ainda se percebe pouco claro em que situações a solidariedade pode ser vinculante nas normas de Direito Internacional, o que desafia a sua classificação como princípio desse ramo do Direito.

Palavras-chave: solidariedade; direito internacional; princípio emergente.

Abstract

The regulation of complex issues, often of transnational origin and impact, demands a solid coordination between States. The notion of solidarity is fundamental in these circumstances, given its ability to bring together different perspectives based on a common objective. However, there is little legal certainty as to the actual content and operability of this important legal concept, as well as to what types of legal relationships it applies and whether it

* Recebido em 01/05/2023
Aprovado em 11/08/2023

** Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre e graduado em Direito pela UFC. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto. Membro do Módulo de Pesquisa “Pobreza, Sustentabilidade e Direito Internacional” do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI) da UFC. Bolsista CAPES/BRASIL.
Email: gabrielbrag12@yahoo.com

*** Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFC. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFC de Direito Civil II e Direito Civil V. Professor do PPGD- UFC (Metodologia do Ensino Jurídico, Metodologia da Pesquisa Científica e Direito Internacional). Assessor do Reitor da UFC. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do Ceará.
Email: williammarques@ufc.br

has been applied the way it should be. In this sense, this paper analyzes the prime legal challenges to the emergence of solidarity as a principle of International Law. The paper analyzes the problem primarily through a theoretical-bibliographical study of the subject. Initially, it examines the delimitation of the legal content of solidarity in international law. Subsequently, it investigates which legal status best suits solidarity under the international legal order. In the end, it concludes that solidarity appears to overflow the legal framework of a legal principle. Indeed, it is an intrinsic value to legal systems and an inspirational tool in the construction and application of international legal standards. However, in practice, even if its legal relevance is undeniable, it is still unclear in what situations solidarity can be legally binding in the international law framework, challenging, therefore, its categorization as a principle of international law.

Keywords: solidarity; international law; emerging principle.

1 Introdução

Em um contexto de globalização cada vez mais avançada, o aprofundamento das relações e vínculos entre os diversos Estados corrobora a construção de um cenário de interdependência e necessidade de colaboração no enfrentamento dos desafios comuns. A normatização de questões complexas, muitas vezes de origem e impacto transnacionais, demanda elevado nível de coordenação entre os Estados. A noção de solidariedade é fundamental nessas circunstâncias, considerando a sua capacidade de congrega diferentes perspectivas em função de um objetivo comum.

As crises ocorridas no mundo, nos últimos anos — pandemia de Covid-19, crises migratórias, crises político-econômicas, guerras e conflitos de diversas ordens —, deixaram clara a importância da solidariedade, uma vez que evidenciam como os Estados precisam da ajuda de outros Estados para enfrentar esse tipo de situação¹. Desafios nessas proporções exigem respostas complexas que englobam os sistemas locais, regionais e internacionais.

¹ PASQUALI, Leonardo. Epilogue: lessons, questions, and outlook. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). *Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. p. 11.

Nesse cenário de emergência da necessidade de reforço ao suporte mútuo e harmonioso entre os Estados para o enfrentamento de situações desafiadoras comuns, a solidariedade é um importante conceito jurídico a que se pode recorrer². Não obstante, o conceito jurídico de solidariedade é bastante complexo, podendo abarcar grande quantidade de significados a depender do espectro de relações a que se aplica³. É um conceito jurídico polissêmico e fluido em diferentes aspectos⁴. Essa fluidez, inclusive, é uma das razões que dificulta a definição do seu significado, *status* legal e escopo no Direito Internacional.

A prática internacional, fundada no conceito de solidariedade, demonstra que este é capaz de fornecer as ferramentas necessárias para o enfrentamento dos desafios comuns emergentes⁵. Os instrumentos baseados no conceito de solidariedade promovem a busca de benefícios mútuos por meio do estabelecimento de um re-

² Vide, nessa perspectiva, o caso da implementação da Diretiva de Proteção Temporária (Diretiva 2001/55/CE do Conselho) na União Europeia no contexto dos fluxos migratórios oriundos dos conflitos subsequentes à invasão da Ucrânia em 2022. O mecanismo de proteção temporária presente no supramencionado instrumento jurídico tem como principal objetivo a promoção da solidariedade, nomeadamente entre os Estados-membros da UE. MOTTE-BAUMVOL, Julia; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; GUILMARÃES, Gabriel Braga. Ampliando a proteção social aos migrantes à luz da diretiva de proteção temporária da União Europeia: lições da invasão da Ucrânia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 2, p. 343-361, 2022.

³ GUILMARÃES, Gabriel Braga. Migração e desenvolvimento sustentável: a solidariedade como paradigma necessário. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 28, v. 109, p. 337-364, jan./mar. 2023. p. 342.

⁴ A solidariedade se apresenta como uma noção variável, considerando que adquire “força legal e significado específico de acordo com seu contexto sociocultural, político e econômico”. FEDERICO, Veronica. Conclusion: solidarity as a public virtue? In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (ed.). *Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 508.

⁵ Vide, por exemplo, os casos da Convenção Internacional para a Constituição de um Fundo Internacional para Compensação pelos Prejuízos Devidos à Poluição por Hidrocarbonetos, de 1992, (Convenção FIPOL 1992); da aliança internacional Covax Facility, organizada pela OMS, de 2021; e da proposta do Relator Especial sobre a Extrema Pobreza e os Direitos Humanos da ONU para a criação de um Fundo Mundial para a Proteção Social, de 2021. Todos os supramencionados instrumentos internacionais são explicitamente baseados no conceito de solidariedade. Para maior aprofundamento na análise dos supramencionados instrumentos sob o viés da solidariedade, vide MOTTE-BAUMVOL, Julia. La solidarité à l'aune du droit international du développement. In: RAMBAUD, Thierry; GRUBER, Annie (ed.). *Mélanges en l'honneur de Guy Feuer*. Paris: Dalloz, 2022.

gime universal⁶. Para mais, embora apresente diferentes níveis de desenvolvimento, nas diversas searas do Direito Internacional, o conceito de solidariedade aparenta ser bastante profícuo quando implementado na tutela de grupos vulneráveis, especialmente em períodos de crise⁷.

De forma geral, a solidariedade expressa a ideia de que todos os membros de uma determinada comunidade contribuem e, ao mesmo tempo, beneficiam-se dessa comunidade⁸. De raiz terminológica latina, oriunda da palavra *solidum*, o conceito de solidariedade revela a ideia de compartilhamento de responsabilidades para um objetivo comum e não individual⁹. Em sua matriz privatista-romanista, o termo *solidum* significa totalidade, ou seja, a integralidade obrigacional¹⁰. Como uma técnica jurídica, a solidariedade permite reunir diferentes atores e interesses heterogêneos na criação de uma responsabilidade coletiva¹¹.

O aspecto revolucionário do conceito de solidariedade, no que tange às relações sociais, é a ideia de igualdade entre doador e receptor¹². Ao contrário das relações verticais de caridade ou filantropia, nas quais o doador sente pena e, em razão disso, transfere parte de seus recursos, o conceito de solidariedade é baseado em uma relação horizontal¹³. No conceito de solidariedade,

portanto, a ajuda não constitui um ato de misericórdia, mas uma expectativa acordada¹⁴.

Há pouca segurança jurídica quanto ao efetivo conteúdo e operacionalidade desse importante conceito jurídico, bem como quanto a quais tipos de relações jurídicas ele se aplica e se ele se aplica da forma que deveria ser. Considerando as situações observadas nos últimos anos, percebe-se, por exemplo, que, quanto ao conteúdo jurídico da solidariedade e à sua amplitude, há uma variedade de interpretações. Ora é previsto na relação entre os Estados, em uma dimensão horizontal; ora é aplicado na relação entre os Estados e as pessoas, em uma dimensão vertical, ora é utilizado como uma espécie de princípio estruturante dos sistemas jurídicos em si, em uma dimensão sistêmica¹⁵. Em outras situações, ainda, o *status* jurídico de “princípio” da solidariedade sequer é reconhecido ou, se é reconhecido, tem sua força cogente amplamente mitigada¹⁶.

Em razão de suas características, o conceito de solidariedade tem grande potencial de contribuição para a construção do cenário jurídico contemporâneo¹⁷. Não obstante, faz-se essencial que seu conteúdo, sua natureza jurídica e seus limites sejam melhor explorados e examinados, principalmente em seu aspecto operacional¹⁸. A perspectiva trazida pelo conceito de solidariedade está, em certo aspecto, ainda, em construção no cenário internacional¹⁹, necessitando maior investigação pela doutrina.

⁶ MOTTE-BAUMVOL, Julia. La solidarité à l'aune du droit international du développement. In: RAMBAUD, Thierry; GRUBER, Annie (ed.). *Mélanges en l'honneur de Guy Feuer*. Paris: Dalloz, 2022.

⁷ MORENO-LAX, Violeta. Solidarity's reach: meaning, dimensions and implications for EU (external) asylum policy. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht, v. 24, n. 5, p. 740-762, out. 2017.

⁸ FEDERICO, Veronica. Conclusion: solidarity as a public virtue? In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (ed.). *Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 496.

⁹ DANN, Philipp. Solidarity and the law of development cooperation. In: BRUNS, Viktor (ed.). *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 57.

¹⁰ MARQUES JÚNIOR, William Paiva; ARAÚJO, Francisco Régis Frota. O princípio constitucional da solidariedade e seu caráter interdisciplinar na doutrina e jurisprudência brasileiras. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 28, n. 2, p. 41-60, 2008.

¹¹ FEDERICO, Veronica. Conclusion: solidarity as a public virtue? In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (ed.). *Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 496.

¹² DANN, Philipp. Solidarity and the law of development cooperation. In: BRUNS, Viktor (ed.). *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 57.

¹³ DANN, Philipp. Solidarity and the law of development cooperation. In: BRUNS, Viktor (ed.). *Beiträge zum ausländischen öffentlichen*

Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. p. 57.

¹⁴ DANN, Philipp. Solidarity and the law of development cooperation. In: BRUNS, Viktor (ed.). *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 57.

¹⁵ MORENO-LAX, Violeta. Solidarity's reach: meaning, dimensions and implications for EU (external) asylum policy. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht, v. 24, n. 5, p. 740-762, out. 2017. p. 743.

¹⁶ BORGMANN-PREBIL, Yuri; ROSS, Malcolm. Promoting european solidarity: between rhetoric and reality? In: ROSS, Malcolm; BORGMANN-PREBIL, Yuri (ed.). *Promoting solidarity in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 20-22.

¹⁷ MARQUES JÚNIOR, William Paiva. *União Europeia: um construto de integração pela solidariedade*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIÚ - SC: DIREITO INTERNACIONAL, 29., 2022, Florianópolis: CONPEDI, 2022. p. 351.

¹⁸ WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.). *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 34.

¹⁹ Nesse sentido, ressalta-se que “[d]octrinal hesitation fed by fragmented State practice, scattered over a variety of the most relevant

Diante das circunstâncias apresentadas, perquire-se, com o presente artigo, analisar os principais desafios jurídicos ao estabelecimento da solidariedade com o *status* de princípio do Direito Internacional. A análise da problemática do presente artigo é feita, primordialmente, por meio de estudo teórico a respeito do tema. Quanto à abordagem, a pesquisa é predominantemente qualitativa. No que se refere aos objetivos, trata-se de uma pesquisa descritiva e exploratória. Busca contribuir para o debate a respeito do tema, mediante uma análise bibliográfica e documental, valendo-se, prioritariamente, dos métodos indutivo e crítico.

Isso posto, com a finalidade de aprofundar a análise dos desafios à categorização da solidariedade com o *status* de Princípio do Direito Internacional, faz-se necessário, inicialmente, o exame da construção do conteúdo jurídico da solidariedade no Direito Internacional. Para tanto, averigua-se o percurso histórico da construção do conteúdo jurídico da solidariedade, com especial enfoque ao Direito Internacional. Posteriormente, realiza-se uma análise a respeito de qual *status* melhor se adequa à natureza jurídica da solidariedade à luz das normas vigentes no ordenamento jurídico internacional. Para atingir esse objetivo, examina-se o estado-da-arte dos principais instrumentos jurídicos de Direito Internacional que dispõem a respeito da solidariedade.

Ao final, argumenta-se que a solidariedade transborde a moldura de um princípio jurídico. Com efeito, é um valor intrínseco aos sistemas legais, uma ferramenta de inspiração para a construção e aplicação das normas internacionais. Não obstante seja inegável a relevância jurídica da solidariedade, depreendeu-se pouco delimitado em que situações esta pode ser juridicamente vinculante ao contexto da ordem jurídica internacional, o que torna desafiadora a sua classificação como Princípio do Direito Internacional.

branches of international law, has undoubtedly led to the almost omnipresent qualification of the merely “emerging” character of the solidarity principle”. WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 35.

2 A construção do conteúdo jurídico da solidariedade e suas repercussões no direito internacional contemporâneo

O conceito de solidariedade é relativamente novo na esfera jurídica²⁰. Considerando-se a concepção moderna de solidariedade, estima-se que tenha derivado do lema consagrado na Revolução Francesa — Liberdade, Igualdade e Fraternidade — particularmente em relação ao conceito de fraternidade²¹. A ideia cristã de “fraternidade” ou “irmandade” foi politicamente desenvolvida durante a Revolução de 1789, considerando-se a sua capacidade de “denotar um sentimento de comunidade política e o desejo de enfatizar o que era comum”²².

Em décadas posteriores, o conceito de solidariedade substituiu o de fraternidade²³. Todavia, ao contrário do conceito de fraternidade, que originalmente tinha conotação cristã, o conceito de solidariedade é etimologicamente originário do contexto jurídico romano e, por isso, tem conotações republicanas, ultrapassando a mera conjuração de uma noção de vínculo comum²⁴.

Nesse sentido, Erhard Denninger, considerando-se a atual superação do paradigma tradicional burguês, relativo à Revolução Francesa de 1789, cujos princípios são “liberdade, igualdade e fraternidade”, propõe, com base nos princípios de “segurança, diversidade e solida-

²⁰ VON BOGDANDY, Armin. Opening address. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 1.

²¹ KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. Solidarity Among Nations. *Archiv des Völkerrechts*, [S. l.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014.

²² STJERNØ, Steinar. *Solidarity in Europe: the history of an idea*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 27.

²³ Nessa perspectiva, ressalta-se que: “[a]fter 1792, fraternity became, together with the freedom and equality of the Declaration of 1789, the slogan of the Jacobin Revolution: *liberté, égalité, fraternité*. Then, in the course of the nineteenth century, the concept of solidarity continued alongside that of fraternity initially, only to replace it after the European Revolution of 1848—at first in the workers’ movement under the influence of Marx and Lassalle, then at the end of the century in sociology and jurisprudence, and today even in the texts of constitutions and international human rights pacts”. BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: The MIT Press, 2005. p. 1.

²⁴ BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: The MIT Press, 2005.

riedade”, estudar os reflexos que tal modificação possa impactar em relação ao tema dos direitos humanos²⁵.

Embora a solidariedade seja uma concepção moderna, a história da ideia de solidariedade remonta à definição igualitária e democrática do termo²⁶, considerando que “[...] o fenômeno da lealdade ao grupo e do compartilhamento de recursos existia muito antes do desenvolvimento da ideia de solidariedade”²⁷. Com efeito, ela remonta à época romana, se considerarmos a solidariedade na perspectiva de “[...] um sistema jurídico onde as liberdades e direitos individuais são subordinados aos interesses gerais e coletivos”²⁸. Isso explica a derivação da palavra “solidariedade” do adjetivo latino *solidus*, o qual pode ser relacionado à ideia de “forte”, “firme” e “denso”²⁹.

O principal instituto jurídico romano, relacionado à ideia de solidariedade, é a *obligatio in solidum*. Esse instituto diz respeito a uma obrigação para todos, uma responsabilidade solidária, uma dívida comum, uma obrigação solidária, portanto, implica que “[...] [t]odos assumem responsabilidade por quem não possa pagar sua dívida, e esse [do qual a dívida for paga] é inversamente responsável por todos os outros”³⁰. O instituto da *obligatio in solidum* vinculou, conseqüentemente, os codevedores de uma dívida à totalidade e não apenas a parte (*pro-rata*) da dívida. Isso significava, na prática, que a pessoa submetida à *obligatio in solidum* era responsável por toda a dívida de outra pessoa³¹.

Posteriormente, generalizou-se essa concepção do Direito Civil romano da solidariedade, combinada com o Princípio Republicano da vida pública durante a Revolução Francesa³², tendo adquirido o sentido de que a “[...] queda de um cidadão é a queda de todos os cidadãos”³³. Nessa perspectiva, ao reconhecer o Princípio da Solidariedade, chamado de fraternidade naquele contexto, como o marco sociojurídico da filiação ao Estado-nação, as comunidades nacionais recém-criadas dos séculos XVIII e XIX transformaram a solidariedade de um “conceito filosófico” em uma “norma jurídica vinculante”³⁴.

O aspecto revolucionário do conceito de solidariedade, quanto às relações sociais, é a ideia de igualdade entre doador e receptor³⁵. Ao contrário das relações

public virtue?: law and public policies in the European Union. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 496. Ademais, para maior aprofundamento no tema, vide SACCONI, Giuseppina. *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1973.; PARENTI, Lucio. *In solidum obligari: contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

³² Ressalta-se que, embora autores como Veronica Federico afirmem que “[i]t was the Napoleonic code in 1804 that forbade the presumption of solidarity based [...] of memberships in specific groups”, não se pode presumir que a solidariedade tenha se desenvolvido desde logo na sua atual concepção programática. Leonardo Pasquali esclarece, por exemplo, que o Código Napoleônico, ainda, mantém uma dimensão negativa — em que se impõem obrigações em vez de direitos — da solidariedade, similarmente às origens romanas do conceito. Nessa oportunidade, conforme o artigo 1200 do supramencionado Código de 1804: “Il y de la solidarité de la part des débiteurs, lorsqu’ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier”. FEDERICO, Veronica. Conclusion: solidarity as a public virtue? In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (ed.). *Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 496; PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). *Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli, 2022. FRANCE. *Code civil des Français*. Paris: Imprimerie de la République, 1804. p. 289.

³³ BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: The MIT Press, 2005. p. 2.

³⁴ FEDERICO, Veronica. Conclusion: solidarity as a public virtue? In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (ed.). *Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018. p. 497.

³⁵ DANN, Philipp. Solidarity and the law of development cooperation. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 57.

²⁵ DENNINGER, Erhard. Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity. *Constellations*, Oxford, v. 7, n. 4, p. 507-521, 2000.

²⁶ BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: The MIT Press, 2005.

²⁷ STJERNØ, Steinar. *Solidarity in Europe: the history of an idea*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 25.

²⁸ PETRUCCI, Aldo. Historical background of solidarity in European law. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). *Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. p. 29.

²⁹ PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). *Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli, 2022. p. 1-2.

³⁰ Tradução nossa do trecho: “[e]veryone assumes responsibility for anyone who cannot pay his debt, and he is conversely responsible for everyone else”. BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: The MIT Press, 2005. p. 2.

³¹ FEDERICO, Veronica. Conclusion: solidarity as a public virtue? In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (ed.). *Solidarity as a*

verticais, como a caridade ou a filantropia, nas quais o doador sente pena e, em razão disso dá, a solidariedade é baseada em uma relação horizontal³⁶. No conceito de solidariedade, portanto, a ajuda não é um ato de misericórdia, mas, sim, uma expectativa, ou mesmo um direito³⁷⁻³⁸. Malgrado o conceito de solidariedade tenha adquirido certo *status* legal após o seu desenvolvimento nos séculos XVIII e XIX, evoluindo de uma simples noção para um conceito político e, em seguida, tornando-se um princípio jurídico³⁹, os principais estudos a respeito da solidariedade não se iniciam, diretamente, na seara jurídica.

Portanto, o ideário da Revolução Francesa foi decisivo para a construção jurídica do Princípio da Solidariedade. A evolução histórica demonstra que a doutrina cristã, também, contribuiu sobremaneira para a consolidação da solidariedade em sua feição contemporânea.

Com efeito, explorou-se o conceito de solidariedade, inicialmente, no campo sociológico, tendo como um dos principais expositores o sociólogo francês Émile Durkheim⁴⁰. Durkheim distingue duas formas de so-

lidariedade: a solidariedade mecânica, numa sociedade tradicional, e a solidariedade orgânica, numa sociedade moderna⁴¹. A relação entre a solidariedade mecânica na sociedade tradicional e a solidariedade orgânica na sociedade moderna é um pouco obscura na abordagem de Durkheim⁴², no entanto, “[...] a interação social, em um sentido amplo, é uma pré-condição necessária para ambos os conceitos de solidariedade de Durkheim”⁴³. Isso significa que “[...] a intensidade da solidariedade é proporcional à intensidade da interação social”⁴⁴, o que justifica o porquê de a solidariedade florescer melhor em grupos integrados e unidos por laços mais fortes⁴⁵.

Os conceitos de solidariedade, desenvolvidos por Émile Durkheim e por outros estudiosos da sociologia, foram trazidos para o campo jurídico por Léon Duguit e, posteriormente, para o campo do Direito Internacional por George Scelle⁴⁶. A solidariedade tem sido, desde então, um “[...] elemento importante do discurso jurídico internacional”⁴⁷.

³⁶ DANN, Philipp. Solidarity and the law of development cooperation. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 57.

³⁷ DANN, Philipp. Solidarity and the law of development cooperation. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 57.

³⁸ Sintetizando o desenvolvimento primário das raízes históricas do conceito de solidariedade, Hauke Brunkhorst afirma que: “[f]rom the original solidary liability [Solidarhaftung] of the many for the debt of the individual, from an asymmetrical legal concept as well as from the asymmetrical ethic of brotherly care for the poor and weak, comes a single symmetrical concept that expresses the reciprocal duty of everyone to everyone” BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: The MIT Press, 2005. p. 60.

³⁹ VIRALLY, Michel. Le rôle des “principes” dans le développement du droit international. In: BATELLI, M.; GUGGENHEIM, P. (ed.). *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*. Genève: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1968. p. 531-554 *apud* WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 4.

⁴⁰ Nesse sentido, Steinar Stjernø ressalta que a obra de Émile Durkheim “Da Divisão do Trabalho Social”, publicada em 1893, é a mais famosa e, provavelmente, mais citada referência da sociologia clássica no que tange à temática solidariedade. STJERNØ, Steinar. *Solidarity in Europe: the history of an idea*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 33.

⁴¹ A solidariedade mecânica se desenvolve em sociedades simples e homogêneas, nas quais há baixo grau de diferenciação, sendo as pessoas ligadas pelas semelhanças nas condições e estilos de vida, cultura e crenças comuns e pela religião e rituais compartilhados. Há, portanto, a predominância do senso de consciência coletiva entre os membros dessas comunidades. A solidariedade orgânica, por sua vez, desenvolve-se em sociedades modernas, em que há forte divisão e especialização do trabalho. A complexidade e heterogeneidade, em relação às condições de vida, cultura e às ideologias criam uma interdependência factual, em que as diferenças ocupacionais estabelecem uma interdependência complexa entre as atividades de diferentes produtores. Portanto, os cidadãos não estão ligados pela tradição ou normas sociais, mas, sim, pela interdependência oriunda da divisão e especialização do trabalho. Para maior aprofundamento, vide DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁴² STJERNØ, Steinar. *Solidarity in Europe: the history of an idea*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 34.

⁴³ STJERNØ, Steinar. *Solidarity in Europe: the history of an idea*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 35.

⁴⁴ PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). *Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli, 2022. p. 6.

⁴⁵ KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. Solidarity Among Nations. *Archiv des Völkerrechts*, [S. l.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014. p. 90.

⁴⁶ VON BOGDANDY, Armin. Opening address. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 2.

⁴⁷ VON BOGDANDY, Armin. Opening address. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 2.

Ao analisar os direitos como ideologias, averba Gregorio Robles que “Marx levanta a questão da solidariedade — como Durkheim, mais tarde, na sociologia —, mas, talvez, desconheça que uma verdadeira solidariedade somente é possível com base na liberdade humana”⁴⁸.

A respeito do campo jurídico, entretanto, especialmente da regulamentação das relações entre Estados, os conceitos de Durkheim podem ser desafiadores se aplicados diretamente, considerando que foram desenvolvidos para descrever e se aplicar a relações entre indivíduos e não entre Estados⁴⁹. Estados podem diferir, severamente, de pessoas quando se trata do compartilhamento de recursos para agir solidariamente, considerando que “[o] direito internacional contemporâneo ainda é um sistema jurídico pouco integrado, onde a vontade dos Estados desempenha um papel essencial”⁵⁰.

Apenas desde a década de 1990, o termo “solidariedade” tem sido mencionado, com mais frequência, em instrumentos jurídicos internacionais. Antes disso, com poucas exceções, sendo, provavelmente, a mais relevante a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, “[...] até a década de 1960, praticamente nenhuma menção à solidariedade foi feita nos tratados que estabeleceram organizações intergovernamentais”⁵¹. Observam-se, por exemplo, a Carta das Nações Unidas, de 1945, o Tratado do Atlântico Norte, de 1949, e o Estatuto do Conselho da Europa, de 1949. Nenhum desses tratados apresenta qualquer menção (ao menos de forma explícita) ao conceito de solidariedade. Efetivamente, com exceção do supramencionado caso da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁵² e da

União Africana (UA)⁵³, a situação quanto à menção expressa à solidariedade não mudou até a última década do século XX⁵⁴.

1948, conforme o parágrafo 4º do seu preâmbulo: “[c]ertos de que o verdadeiro sentido da *solidariedade americana* e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem” (grifo nosso); o artigo 1: “[o]s Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, *para promover sua solidariedade*, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional [...]” (grifo nosso); o caput e a alínea “d” do artigo 3: “[o]s Estados americanos reafirmam os seguintes princípios: [...] d) *A solidariedade dos Estados americanos* e os altos fins a que ela visa requerem a organização política dos mesmos, com base no exercício efetivo da democracia representativa” (grifo nosso); o artigo 29: “[s]e a inviolabilidade, ou a integridade do território, ou a soberania, ou a independência política de qualquer Estado americano forem atingidas por um ataque armado, ou por uma agressão que não seja ataque armado, ou por um conflito extracontinental, ou por um conflito entre dois ou mais Estados americanos, ou por qualquer outro fato ou situação que possa pôr em perigo a paz da América, os Estados americanos, em obediência aos princípios de *solidariedade continental*, ou de legítima defesa coletiva, aplicarão as medidas e processos estabelecidos nos tratados especiais existentes sobre a matéria” (grifo nosso); e o artigo 30: “[o]s Estados membros, inspirados nos princípios de *solidariedade* e cooperação inter-americanas, comprometem-se a unir seus esforços no sentido de que impere a justiça social internacional em suas relações e de que seus povos alcancem um desenvolvimento integral, condições indispensáveis para a paz e a segurança. O desenvolvimento integral abrange os campos econômico, social, educacional, cultural, científico e tecnológico, nos quais devem ser atingidas as metas que cada país definir para alcançá-lo” (grifo nosso). ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Bogotá, 1948. Subscrita em Bogotá em 1948 e reformada pelo Protocolo de Buenos Aires em 1967, pelo Protocolo de Cartagena de Índias em 1985, pelo Protocolo de Washington em 1992 e pelo Protocolo de Manágua em 1993.

⁵³ Quanto à Carta da Organização da Unidade Africana, de 1963, no parágrafo 5º do seu preâmbulo: “[i]nspired by a common determination to promote understanding among our peoples and cooperation among our states in response to the aspirations of our peoples for brotherhood and *solidarity*, in a larger unity transcending ethnic and national differences” (grifo nosso), bem como o parágrafo 1 e a alínea “a” do artigo II: “1. The Organization shall have the following purposes: (a) To promote the unity and *solidarity of the African States*”. (grifo nosso). ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY. *Charter of the Organization of African Unity (OAU Charter)*. Addis Ababa, 1963. Done in the city of Addis Ababa, Ethiopia 25th day of May 1963. The Charter was replaced by the Constitutive Act of the African Union.

⁵⁴ PASQUALI, Leonardo. Epilogue: lessons, questions, and outlook. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). *Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. p. 355.

⁴⁸ Tradução nossa do trecho: “MARX plantea el tema de la solidaridad — como después lo hará DURKHEIM desde la sociología — pero desconoce quizá que una verdadera solidaridad sólo es posible sobre la base de la libertad humana.”. ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997. p. 119.

⁴⁹ PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). *Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli, 2022. p. 14.

⁵⁰ PASCUAL-VIVES, Francisco. Solidarity and international investment law: reconciliation within the institutional framework? In: PASQUALI, Leonardo (ed.). *Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. p. 130.

⁵¹ PASQUALI, Leonardo. Epilogue: lessons, questions, and outlook. In: PASQUALI, Leonardo (ed.). *Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022. p. 355.

⁵² Quanto à Carta da Organização dos Estados Americanos, de

Não obstante, a solidariedade é considerada por grande parte da doutrina como parte do regime jurídico de Direito Internacional, sendo um “valor universal” que foi “integrado nas normas do direito internacional positivo”⁵⁵. Apesar de seu amplo e, relativamente, difuso reconhecimento pela doutrina, apreender o significado e as atribuições do conteúdo jurídico de solidariedade pode ser bastante desafiador, visto que este tem alcançado diferentes estágios de desenvolvimento em diferentes ramos do Direito Internacional⁵⁶, ocupando na contemporaneidade uma posição peculiar, devido ao seu *status* legal ambíguo.

Dessa forma, depreende-se ainda obscuro o potencial completo da solidariedade na seara do Direito Internacional, considerando a inconclusividade no que tange a sua definição, seu escopo de aplicação e sua natureza jurídica. Tendo-se investigado acerca da construção do conteúdo jurídico da solidariedade na presente seção, faz-se necessário examinar, na próxima seção, em maior profundidade, o *status* legal predominante, destinado à solidariedade no âmbito do Direito Internacional, buscando identificar se seria melhor categorizada como um valor, um princípio, uma regra, ou, ainda, se haveria alguma outra categorização jurídica *sui generis* mais adequada.

3 O *status* da natureza jurídica da solidariedade: valor, princípio ou regra?

A noção de solidariedade ultrapassa as fronteiras da esfera jurídica. É um fundamento universal, presente nas relações humanas, positivado nos mais diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente no Direito Internacional⁵⁷. Houve uma evolução do *status* da soli-

dariedade: inicialmente concebida como uma “noção”, transformando-se, posteriormente, em um “princípio político” e, finalmente, chegou ao *status* atual de “princípio jurídico” do Direito Internacional⁵⁸.

Todavia, a classificação quanto ao estágio final de “princípio jurídico” não é um tema pacífico na literatura especializada. Muitos não visualizam caráter vinculante na solidariedade, não a classificando como “princípio”, mas, sim, como “valor”, em razão do grau da sua força normativa⁵⁹. Uma vez que tem forte conteúdo ético-moral, é difícil identificar o *status* da natureza jurídica da solidariedade na seara das normas internacionais, tornando-se, por consequência, a sua aplicação desafiadora e intrincada⁶⁰.

stitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 42-47.

⁵⁸ VIRALLY, Michel. Le rôle des “principes” dans le développement du droit international. In: BATELLI, M.; GUGGENHEIM, P. (ed.). *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*. Genève: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1968. p. 531-554 *apud* WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 4.

⁵⁹ VIRALLY, Michel. Le rôle des “principes” dans le développement du droit international. In: BATELLI, M.; GUGGENHEIM, P. (ed.). *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*. Genève: Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, 1968, p. 531-554 *apud* WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 4.

⁶⁰ Nessa oportunidade, sintetizando a problemática que envolve o *status* legal ambíguo da solidariedade no Direito Internacional, Kostiantyn Gorobets afirma que: “[i]n contemporary international law, solidarity occupies a peculiar position. On the one hand, it is one of the most important ideals that legitimise international law, alongside justice, peace, prosperity, sustainability, etc. The promotion of solidarity is then a moral duty for states and other international actors, just like the promotion of other values of universal significance. When viewed as such, in international legal arguments there is no need to claim that peoples and states ought to show solidarity with other peoples and states. It is a moral duty, and moral duties, as is known, though they may be reinforced by law, do not depend thereon. On the other hand, the idea of solidarity is often depicted as a principle of international law. From this perspective, there is something more to solidarity than just a moral value. If it is a principle of international law, states and other subjects of international law not merely ought to act out of solidarity as a matter of moral duty, but they must do so as a matter of law”. GOROBETS, Kostiantyn. Solidarity as a practical reason: grounding the authority of international law. *Netherlands International Law Review*, [S. l.], v. 69, n. 1, p. 3-27, 28 fev. 2022. p. 4.

⁵⁵ WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 4.

⁵⁶ Vide KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. Solidarity Among Nations. *Archiv des Völkerrechts*, [S. l.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014. p. 90; WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 40.

⁵⁷ WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging con-

Para que se prossiga na investigação da problemática, faz-se necessário delimitar quais são as tipologias de natureza jurídica de um enunciado jurídico e o que se entende por cada uma. Não se pretende adentrar nas discussões quanto às diferentes categorizações, uma vez que há ampla doutrina que discute as minúcias do assunto⁶¹. Entretanto, faz-se necessário definir o que cada categoria significa, para que se possa avaliar em qual delas a solidariedade se encaixa no âmbito do Direito Internacional, considerando que “há diferenças importantes entre os vários tipos de normas reconhecidas pelo direito. Elas diferem em termos do seu estatuto, função e natureza prescritiva. E há diferenças em termos de seu contexto operacional”⁶².

No presente trabalho, parte-se do pressuposto de que as “normas jurídicas” são o gênero do qual “princípios” e “regras” são espécies⁶³. Além disso, utiliza-se, também, a concepção de “valor” na análise da problemática, com o objetivo de construir um espectro quanto à especificidade das proposições jurídicas, partindo-se da proposição mais abstrata e, muitas vezes, pré-normativa — o valor — em direção à proposição mais concreta e específica — a regra —, realizando uma comparação.

Valores e princípios têm definições correlatas, entretanto, diversas. Os princípios estão intimamente ligados aos valores, tendo em vista que, muitas vezes, validam, juridicamente, considerações de moralidade e convicções sociais que não podem entrar diretamente no plano normativo⁶⁴. Para Hans Kelsen, por exem-

plo, “uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo”⁶⁵, portanto, “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real”⁶⁶.

Nesse sentido, os valores pertencem ao âmbito da axiologia, cujo fundamento principal é “o bom”. Assim, suas respectivas avaliações atinam ao que seja considerado “melhor” ou “pior”⁶⁷. Os princípios, por sua vez, têm caráter deontológico, cujo fundamento é o “devido”⁶⁸. Desse modo, “as avaliações do que seja bom, mau, melhor ou pior, além de poderem ser as mais variadas possíveis, não são as razões que justificam o que é devido”⁶⁹, uma vez que “o dever-ser o é para todos e a todos vincula”⁷⁰, contudo, “o que é bom o é para alguns e, não sendo para outros, não admite entendê-lo por obrigatório”⁷¹.

Os princípios não se confundem com valores. Os valores diferentemente dos princípios, que têm sentido deontológico, “não determinam o que deve ser, mas o que é melhor”⁷² e “não indicam consequências jurídicas pelo não cumprimento do comportamento desejado”⁷³. Consequentemente, os valores não são considerados normas, uma vez que indicam, apenas, relações de preferência⁷⁴. Os princípios, por outro lado, possuem força

tional, substantive and comparative eu aspects. Leiden: Brill, 2017. p. 217.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 12.

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 12.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 153.

⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 153.

⁶⁹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 593.

⁷⁰ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 593.

⁷¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 593.

⁷² ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, 1999. p. 164.

⁷³ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 593.

⁷⁴ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 593.

⁶¹ Para os fins da presente investigação, escolhem-se as premissas de partida e se prossegue na análise com base nos referenciais teóricos adotados. Não obstante, para maior aprofundamento na temática, vide notadamente, dentre a vasta bibliografia existente, KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.; DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University, 2011.

⁶² BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 67.

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 87. Vide, outrossim, no mesmo sentido DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁶⁴ CUYVERS, Armin. General principles of EU law. In: CUYVERS, Armin; UGIRASHEBUJA, Emmanuel; RUHANGISA, John Eudes; OTTERVANGER, Tom (ed.). *East African community law: insti-*

normativa, tendo o poder de impor deveres e criar direitos⁷⁵.

Considerando a premissa de que “toda norma [jurídica] ou é uma regra ou é um princípio”⁷⁶, haja vista que “ambos dizem o que deve ser”⁷⁷. Os princípios são comandos de otimização (*optimization commands*), isto é, “normas que ordenam que algo seja realizado no mais alto grau legalmente possível”⁷⁸, podendo ser cumpridas em diferentes graus, uma vez que “o grau de cumprimento obrigatório depende não só dos fatos concretos, mas, também, das possibilidades jurídicas”⁷⁹. Não obstante, os princípios jurídicos podem ser difíceis de definir e descrever, pois, muitas vezes, sua flexibilidade e fluidez lhes permite cumprir com sucesso os diferentes papéis que desempenham⁸⁰.

Os princípios jurídicos são frequentemente utilizados na solução de controvérsias envolvendo a hermenêutica dos direitos fundamentais, abrindo espaços vanguardistas para a interpretação constitucional e para o pensamento jurídico pós-crítico no contexto epistemológico da contemporaneidade.

⁷⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil*: famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 593.

⁷⁶ ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Bologna, v. 13, n. 3, p. 294-304, Sept. 2000. p. 295. Outrossim, no mesmo sentido, vide DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. Nessa oportunidade, Ana Maria D’Ávila Lopes pondera que os princípios, na condição de comandos de otimização, nem sempre apresentam todos igual caráter *prima facie*. Da mesma forma são as regras, uma vez que nem todas têm o mesmo caráter definitivo. A realidade é muito mais complexa. Com efeito, “os princípios são considerados razões para regras, o que não significa que não possam ser também razões imediatas para juízos concretos de ‘dever ser’ nem que as regras, por sua vez, não possam ser razões para outras regras”. LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 92.

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 87.

⁷⁸ Tradução nossa do trecho: “[...] norms commanding that something be realized to the highest degree that is actually and legally possible”. ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Bologna, v. 13, n. 3, p. 294-304, Sept. 2000. p. 295.

⁷⁹ Tradução nossa do trecho: “[t]he mandatory degree of fulfilment depends not only on actual facts but also on legal possibilities”. ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Bologna, v. 13, n. 3, p. 294-304, Sept. 2000. p. 295.

⁸⁰ CUYVERS, Armin. General principles of EU law. In: CUYVERS, Armin; UGIRASHEBUJA, Emmanuel; RUHANGISA, John Eudes; OTTERVANGER, Tom (ed.). *East African community law*: institutional, substantive and comparative eu aspects. Leiden: Brill, 2017. p. 217.

As regras, por outro lado, são comandos definitivos (*definitive commands*), isto é, “[...] normas que só podem ser cumpridas ou não”⁸¹, considerando que “se uma regra é válida, ela exige que se faça, exatamente, o que ela exige, nada mais, nada menos. As regras compreendem, portanto, uma decisão no campo das possibilidades reais e jurídicas”⁸².

Nos documentos internacionais, a solidariedade aparece categorizada ora como valor, ora como princípio. Inicialmente, podem-se examinar os documentos que categorizam a solidariedade como valor. Observe-se, por exemplo, a Declaração do Milênio das Nações Unidas, de 2000, na qual se classifica a solidariedade como um “valor fundamental”, essencial para as relações internacionais no século XXI⁸³. Na supramencionada declaração, vincula-se o conceito de solidariedade à repartição de custos e responsabilidades de forma justa e equitativa, haja vista que o processo de globalização leva a diferentes estágios de desenvolvimento dos Estados, tendo estes mais beneficiados o dever de ajudar os menos beneficiados no enfrentamento dos desafios internacionais⁸⁴.

⁸¹ Tradução nossa do trecho: “[...] norms that can only be either complied with or not”. ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Bologna, v. 13, n. 3, p. 294-304, Sept. 2000. p. 295.

⁸² Tradução nossa do trecho: “[...] [i]f a rule is valid, it requires that one do exactly what it demands, nothing more and nothing less. Rules therefore comprise a decision in the fields of actual and legal possibilities”. ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Bologna, v. 13, n. 3, p. 294-304, Sept. 2000. p. 295.

⁸³ Observe-se o artigo 6º, caput e parágrafo 3º, da Declaração do Milênio das Nações Unidas: “consideramos que determinados valores fundamentais são essenciais para as relações internacionais no século XXI. Entre eles figuram: [...] A solidariedade. Os problemas mundiais devem ser enfrentados de modo a que os custos e as responsabilidades sejam distribuídos com justiça, de acordo com os princípios fundamentais da equidade e da justiça social. Os que sofrem, ou os que beneficiam menos, merecem a ajuda dos que beneficiam mais”. (grifo nosso). NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do milênio*. Nova Iorque, 2000.

⁸⁴ Observe-se o artigo 5º da Declaração do Milênio das Nações Unidas: “pensamos que o principal desafio que se nos depara hoje é conseguir que a globalização venha a ser uma força positiva para todos os povos do mundo, uma vez que, se é certo que a globalização oferece grandes possibilidades, atualmente os seus benefícios, assim como os seus custos, são distribuídos de forma muito desigual. Reconhecemos que os países em desenvolvimento e os países com economias em transição enfrentam sérias dificuldades para fazer frente a este problema fundamental. Assim, consideramos que, só através de esforços amplos e sustentados para criar um futuro comum, baseado na nossa condição humana comum, em toda a sua diversidade, pode a globalização ser completamente equitativa e favorecer a inclusão. Estes esforços devem incluir a adoção de políticas e medidas, a nível mundial, que correspondam às necessi-

Apesar da menção à solidariedade estar incluída no capítulo “Valores e Princípios”, percebe-se que, quando se refere aos princípios, a Declaração utiliza o termo para se referir, apenas, à dignidade humana, à igualdade e à equidade, em nível mundial⁸⁵, podendo-se presumir, portanto, que os demais elementos restantes mencionados no texto são “valores”.

Na Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) sobre a Promoção de uma Ordem Internacional Democrática e Equitativa (A/RES/59/193), de 2005, afirma-se que a solidariedade entre os Estados é a base para o direito a uma ordem econômica internacional democrática e equitativa⁸⁶. Explicita-se, igualmente, que a solidariedade é um “valor fundamental”, em razão do qual os desafios globais devem ser geridos, de uma forma que “distribua custos e encargos de forma justa, de acordo com princípios básicos de equidade e justiça social, e garanta que aqueles que sofrem ou menos beneficiam recebam ajuda de aqueles que mais se beneficiam”⁸⁷.

dades dos países em desenvolvimento e das economias em transição e que sejam formuladas e aplicadas com a sua participação efectiva”. NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do milênio*. Nova Iorque, 2000.

⁸⁵ Observe-se o artigo 2º do Capítulo I (Valores e Princípios) da Declaração do Milênio das Nações Unidas: “reconhecemos que, para além das responsabilidades que todos temos perante as nossas sociedades, temos a responsabilidade colectiva de respeitar e defender os princípios da dignidade humana, da igualdade e da equidade, a nível mundial. Como dirigentes, temos, pois, um dever para com todos os habitantes do planeta, em especial para com os mais desfavorecidos e, em particular, as crianças do mundo, a quem pertence o futuro.” (grifo nosso). NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do milênio*. Nova Iorque, 2000.

⁸⁶ Observem-se o *caput* e a alínea “e” do artigo 4º da Resolução para Promoção de uma Ordem Internacional Democrática e Equitativa (A/RES/59/193): “4. Affirms that a democratic and equitable international order requires, inter alia, the realization of the following: [...] (e) The right to an international economic order based on equal participation in the decision-making process, interdependence, mutual interest, *solidarity* and cooperation among all States”. (grifo nosso). UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Promotion of a democratic and equitable international order*. New York, 2005. Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2004, A/RES/59/193.

⁸⁷ Observe-se a alínea “f” do artigo 4º da Resolução para Promoção de uma Ordem Internacional Democrática e Equitativa (A/RES/59/193): “(f) Solidarity, as a fundamental value, by virtue of which global challenges must be managed in a way that distributes costs and burdens fairly, in accordance with basic principles of equity and social justice, and ensures that those who suffer or benefit the least receive help from those who benefit the most”. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Promotion of a democratic and equitable international order*. New York, 2005. Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2004, A/RES/59/193.

Não obstante, na supramencionada Resolução (A/RES/59/193), em seu preâmbulo, bem como na Resolução da AGNU sobre o Respeito pelos Propósitos e Princípios contidos na Carta das Nações Unidas para alcançar Cooperação na Promoção e Encorajamento do Respeito aos Direitos Humanos e às Liberdades Fundamentais e na Resolução de Problemas Internacionais de Caráter Humanitário (A/RES/59/204), de 2005, também, em seu preâmbulo, a solidariedade é classificada como “Princípio” da Carta das Nações Unidas⁸⁸.

Nessa oportunidade, percebe-se a qualificação da solidariedade como um dos “princípios” consagrados na Carta das Nações Unidas, a exemplo do que ocorrera em 1981 na Carta de Banjul⁸⁹ e em 1993 na Declaração e Programa de Ação de Viena⁹⁰, malgrado não

⁸⁸ Conforme os preâmbulos da Resolução para Promoção de uma Ordem Internacional Democrática e Equitativa (A/RES/59/193) e da Resolução sobre o Respeito pelos Propósitos e Princípios contidos na Carta das Nações Unidas para alcançar Cooperação na Promoção e Encorajamento do Respeito Direitos Humanos e pelas Liberdades Fundamentais e na Resolução Problemas Internacionais de Caráter Humanitário (A/RES/59/204): “considering the major changes taking place on the international scene and the aspirations of all peoples to an international order based on the *principles enshrined in the Charter, including* promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms for all and respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, peace, democracy, justice, equality, the rule of law, pluralism, development, better standards of living and *solidarity*”. (grifo nosso). UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Promotion of a democratic and equitable international order*. New York, 2005. Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2004, A/RES/59/193; UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Respect for the purposes and principles contained in the charter of the United Nations to achieve international cooperation in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms and in solving international problems of a humanitarian character*. New York, 2005. Resolution adopted by the General Assembly on 20 December 2004, A/RES/59/204.

⁸⁹ Em 1981, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Carta de Banjul) incluiu a solidariedade entre os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas. Embora tenha afirmado que o supramencionado fato ocorreu de forma implícita. Observe-se, nessa oportunidade, o parágrafo 1 do artigo 23º da Carta de Banjul: “[o]s povos têm direito à paz e à segurança, tanto no plano nacional como no plano internacional. O princípio da solidariedade e das relações amistosas implicitamente afirmado na Carta da Organização das Nações Unidas e reafirmado na Carta da Organização da Unidade Africana deve dirigir as relações entre os Estados”. (grifo nosso). ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA. *Carta africana dos direitos humanos e dos povos (carta de Banjul)*. Banjul, 1981.

⁹⁰ A Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, no nono parágrafo do seu preâmbulo, apregoa no mesmo sentido da Carta de Banjul: a consagração da solidariedade entre os princípios da Carta das Nações Unidas. Observe-se o supramencionado trecho do documento: “considering the major changes taking place on the international scene and the aspirations of all the peoples for an international order based on the *principles enshrined in the Charter of the United*

haja menção expressa alguma aos termos “solidariedade” ou “solidário(a)” no texto do referido documento. Em razão disso, conforme a doutrina, a expressão da solidariedade, que sustenta a Carta das Nações Unidas como um todo, seria refletida na assistência que todos os Estados-membros devem dar à ONU, em qualquer ação que ela tome de acordo com a Carta⁹¹. A solidariedade seria, nessas circunstâncias, uma espécie de Princípio Implícito da Carta das Nações Unidas.

Nesse sentido, a solidariedade aparenta ostentar uma transversalidade jurídica nos instrumentos legais internacionais. Ao mesmo tempo que é classificada como um “valor”, também estaria positivada como um “princípio”, ainda que implicitamente. Não obstante, “a linha entre o direito e o ‘não direito’ não pode ser turva. Há vantagens políticas, psicológicas e conceituais na manutenção da distinção entre, por exemplo, princípios morais e princípios jurídicos”⁹². Outrossim, destaca-se que “[n]ão importa o quão influente conceitos não jurídicos possam ser, na prática, apenas as normas jurídicas têm efeito jurídico direto nos processos, instrumentos e resultados”⁹³.

Assim, independentemente de o mérito da discussão a respeito da solidariedade ser ou não um princípio implícito da Carta das Nações Unidas ou mesmo do Direito Internacional, um princípio que não está inserido no sistema jurídico internacional pode ser melhor descrito como um “princípio moral”, um “ideal”, um “objetivo” ou uma “política”⁹⁴.

Nations, including promoting and encouraging respect for human rights and fundamental freedoms for all and respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, peace, democracy, justice, equality, rule of law, pluralism, development, better standards of living and *solidarity*”. (grifo nosso). UNITED NATIONS. *Vienna declaration and programme of action*. Vienna, 1993. Adopted on 25 June 1993 by the *World Conference on Human Rights in Vienna*.

⁹¹ MACDONALD, Ronald St. John. The International Community as a Legal Community. In: *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*. Brill | Nijhoff, 2005, p. 853-909 *apud* WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 28.

⁹² BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 68.

⁹³ BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 70.

⁹⁴ BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Acerca da normatividade da solidariedade no Direito Internacional, Leonidas Zeferino Fernandes Lima⁹⁵ diagnostica que Direitos Humanos e Solidariedade fazem parte do contexto do Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, em particular da determinação de que os Estados reafirmam a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres, das nações grandes e pequenas, na procura de estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, promovendo o progresso social e melhores condições de vida para todos os povos.

Nesse sentido, o compromisso de proteger o valor e a dignidade de cada pessoa é em si um ato de solidariedade, que sustenta a noção de “família humana” na qual a Declaração Internacional dos Direitos Humanos se baseia. No entanto, porque o mundo está em eterna metamorfose, se modificam, também, as ameaças potenciais aos direitos humanos, e, inclusive, os próprios direitos humanos tendem a mudar ou novos direitos humanos emergir como resposta às necessidades percebidas pela sensibilidade social modificada.

É nesse cenário que se firma a importância da solidariedade internacional como paradigma e referencial ético a orientar a ordem jurídica global. Existe uma grande manifestação coletiva da solidariedade internacional expressa em vários compromissos e documentos internacionais, relativos aos direitos humanos: implicitamente na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, nas Convenções de 1966 e na Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento de 1986; e explicitamente na Declaração de Viena e Programa de Ação em 1993 e na Declaração do Milênio de 2000.

A adoção da solidariedade nos compromissos e documentos internacionais eleva seu *status* do plano moral ao plano jurídico, comunicando-lhe sua aplicabilidade e efetividade, superando a pura alçada da Ética, que passa, inclusivamente, a assumir o caráter de um dever com repercussões jurídicas.

p. 68.

⁹⁵ LIMA, Leonidas Zeferino Fernandes. *A solidariedade no direito internacional: entre “lex ferenda” e “lex lata”*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. p. 237-238.

Nessas circunstâncias, alguns autores da literatura especializada, por exemplo, consideram a solidariedade um “princípio multifuncional”⁹⁶ ou um “princípio estrutural”⁹⁷, uma vez que contribui com a constituição do conceito de justiça no Direito Internacional Público⁹⁸, refletindo a transformação deste em um ordenamento jurídico internacional baseado em valores⁹⁹. Outros autores, por sua vez, classificam-na como um “princípio constitucional” do Direito Internacional, considerando o aspecto da instrumentalidade da solidariedade em relação à promoção da interpretação e aplicação das regras primárias em consonância com os fundamentos normativos da comunidade internacional¹⁰⁰.

Acerca da necessidade de construção de um processo de solidariedade global, Stefano Rodotà entende que:

nos tempos difíceis, é a força das coisas que faz referência a princípios que nos permitem escapar à

contingência e à lógica nua e crua do poder, redescobrimo uma raiz profunda da solidariedade como sinal de não agressão entre os homens, como necessidade ineliminável¹⁰¹.

Um dos termos mais utilizados para se referir à natureza jurídica da solidariedade no Direito Internacional é o de “princípio emergente”, isto é, um princípio que, ainda, está se desenvolvendo, isto é, está, apenas, emergindo no ordenamento jurídico internacional¹⁰². A ideia de que a solidariedade está emergindo no sistema legal internacional como um todo é derivada da sua utilização em regimes internacionais de ramos específicos do Direito Internacional, como o Direito Internacional Econômico, o Direito Internacional Ambiental ou o Direito Internacional Humanitário¹⁰³.

4 Considerações finais

A solidariedade é de difícil delimitação conceitual e de complexa taxonomia jurídica na contemporaneidade, não obstante tenha conteúdo jurídico reconhecido no Direito Internacional. Como acontece com outras noções duradouras, o significado, o escopo e a operacionalidade da solidariedade parecem permanentemente contestados¹⁰⁴. A tendência de usar a solidariedade para efeitos retóricos, muitas vezes, obscurece seu conteúdo teórico e sua capacidade¹⁰⁵.

⁹⁶ WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst states: an emerging structural principle of international law. In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.). *Völkerrecht als wertordnung*. Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl A. Rhein: Engel, 2006. p. 1100-1101.

⁹⁷ WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 40. Ademais, vide, no mesmo sentido, WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst states: an emerging structural principle of international law. In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.). *Völkerrecht als wertordnung*. Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl A. Rhein: Engel, 2006. p. 1087-1101.

⁹⁸ WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 7; KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. Solidarity Among Nations. *Archiv des Völkerrechts*, [S. l.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014. p. 74.

⁹⁹ WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst states: an emerging structural principle of international law. In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.). *Völkerrecht als wertordnung*. Festschrift für Christian Tomuschat. Kehl A. Rhein: Engel, 2006. p. 1100-1101.

¹⁰⁰ Nesse contexto, observe-se que: “[t]he principle of solidarity may rightfully claim constitutional status because of the high degree of constitutionalisation it has acquired within the UN law on the maintenance of international peace and security, because it is instrumental in protecting fundamental values shared by the international community, because it is increasingly ensuring the cohesion and consistency of the international legal order across various branches and because it operates with regard to both primary and secondary rules. Because of its constitutional function the principle of solidarity is gradually becoming one of the cornerstones of the normative framework”. WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 31.

¹⁰¹ Tradução nossa do trecho: “[n]ei tempi difficili è la forza delle cose a far avvertire come un bisogno ineliminabile il riferimento a principi che consentano di sottrarsi alla contingenza e alla nuda logica del potere, riscoprendo una radice profonda della solidarietà come segnale di non aggressione tra gli uomini.”

¹⁰² RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un’utopia necessaria*. 2. ed. Roma: Editori Laterza, 2016. p. 4.

¹⁰³ Essa concepção de “princípio emergente” ou “princípio *in statu nascendi*” é utilizada, também, por exemplo, por Klaus Bosselmann para se referir ao direito humano ao meio ambiente saudável, tendo em vista o seu reconhecimento explícito cada vez frequente, bem como o seu desenvolvimento nas normas de *soft law* internacionais. BOSSELMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 161.

¹⁰⁴ GOROBETS, Kostiantyn. Solidarity as a practical reason: grounding the authority of international law. *Netherlands International Law Review*, [S. l.], v. 69, n. 1, p. 3-27, 28 fev. 2022. p. 9-10.

¹⁰⁵ ROSS, Malcolm. Solidarity—A New Constitutional Paradigm for the EU? In: ROSS, Malcolm; BORGMANN-PREBIL, Yuri (ed.) *Promoting Solidarity in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 23.

¹⁰⁵ ROSS, Malcolm. Solidarity: a new constitutional paradigm for the EU? In: ROSS, Malcolm; BORGMANN-PREBIL, Yuri (ed.) *Promoting solidarity in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 23.

A solidariedade transborda a moldura de um princípio (jurídico). É um valor intrínseco aos sistemas legais, uma ferramenta de inspiração na construção e aplicação das normas internacionais¹⁰⁶. À vista disso, somando-se à hesitação doutrinária alimentada por uma prática fragmentada do Estados, espalhada por vários dos ramos mais relevantes do Direito Internacional, defende-se a qualificação majoritária do caráter meramente “emergente” do Princípio da Solidariedade¹⁰⁷.

O fato de a solidariedade ser considerada um “princípio” a tornaria uma norma jurídica com força vinculante sobre, se não todo o ordenamento¹⁰⁸, ao menos o ramo do direito ao qual se aplica¹⁰⁹. Todavia, na prática, ainda não se percebe bem delimitado esse aspecto nas normas de Direito Internacional que consagram a solidariedade. Embora seja inegável sua relevância jurídica, tendo, até mesmo, (alguma) função normativa, depreende-se pouco claro em que situações a solidariedade pode ser juridicamente vinculante.

Para mais, argumenta-se que o *status* de “princípio geral” ou “princípio estruturante” do Direito Internacional apresenta pouca consistência jurídica. Embora os princípios gerais de direito estejam previstos no artigo 38 do estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), como uma das fontes (suplementares) do Direito Internacional¹¹⁰, persistem pendentes várias questões teóri-

cas e práticas relativas aos princípios gerais do direito¹¹¹. A prática dos Estados e das cortes e tribunais internacionais é, muitas vezes, pouco clara ou ambígua¹¹². Além disso, defende-se que a abundância de literatura dedicada aos princípios gerais do Direito mostra não apenas a contínua relevância do tema, mas, também, a diversidade de visões existentes e a necessidade de esclarecimento¹¹³, especialmente no plano das relações internacionais.

Referências

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, Bologna, v. 13, n. 3, p. 294-304, Sept. 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Édson. *Direito civil: famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, 1999.

BORGMANN-PREBIL, Yuri; ROSS, Malcolm. Promoting european solidarity: between rhetoric and reality? In: ROSS, Malcolm; BORGMANN-PREBIL, Yuri (ed.). *Promoting solidarity in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BOSELTMANN, Klaus. *O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

dice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto”. (grifo nosso) INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Statute of the International Court of Justice*. 1946.

¹¹¹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *First report on general principles of law*. New York, 2019. By Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur. A/CN.4/732. p. 5.

¹¹² INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *First report on general principles of law*. New York, 2019. By Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur. A/CN.4/732. p. 5.

¹¹³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *First report on general principles of law*. New York, 2019. By Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur. A/CN.4/732. p. 5.

¹⁰⁶ Nessa oportunidade, Karel Wellens apregoa que: “[s]olidarity is more than just an inspirational principle, but it is also that”. WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 30.

¹⁰⁷ WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) *Solidarity: a structural principle of international law*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Berlin: Springer, 2010. v. 213. p. 35.

¹⁰⁸ Observem-se, por exemplo, os princípios constitucionais que têm aplicação sobre as demais normas constitucionais e sobre as normas infraconstitucionais.

¹⁰⁹ Observem-se, como exemplo, os princípios do Direito Administrativo, do Direito Penal ou do Direito Processual Civil.

¹¹⁰ Consoante o artigo 38 do estatuto da CIJ: “article 38 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. 2. This provision shall not preju-

- BRUNKHORST, Hauke. *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Tradução de Jeffrey Flynn. Cambridge: The MIT Press, 2005.
- CUYVERS, Armin. General principles of EU law. *In: CUYVERS, Armin; UGIRASHEBUJA, Emmanuel; RUHANGISA, John Eudes; OTTERVANGER, Tom (ed.). East African community law: institutional, substantive and comparative eu aspects*. Leiden: Brill, 2017.
- DANN, Philipp. Solidarity and the law of development cooperation. *In: BRUNS, Viktor (ed.) Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin: Springer, 2010. v. 213.
- DANN, Philipp. Solidarity and the law of development cooperation. *In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) Solidarity: a structural principle of international law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin: Springer, 2010. v. 213.
- DENNINGER, Erhard. Security, diversity, solidarity instead of freedom, equality, fraternity. *Constellations*, Oxford, v. 7, n. 4, p. 507-521, 2000.
- DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University, 2011.
- FEDERICO, Veronica. Conclusion: solidarity as a public virtue? *In: FEDERICO, Veronica; LAHUSEN, Christian (ed.). Solidarity as a public virtue?: law and public policies in the European Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2018.
- FRANCE. *Code civil des Français*. Paris: Imprimerie de la République, 1804.
- GOROBETS, Kostiantyn. Solidarity as a practical reason: grounding the authority of international law. *Netherlands International Law Review*, [S. l.], v. 69, n. 1, p. 3-27, 28 fev. 2022.
- GUIMARÃES, Gabriel Braga. Migração e desenvolvimento sustentável: a solidariedade como paradigma necessário. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 28, v. 109, p. 337-364, jan./mar. 2023.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Statute of the International Court of Justice*. 1946.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *First report on general principles of law*. New York, 2019.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KOTZUR, Markus Tobias; SCHMALENBACH, Kirsten. Solidarity Among Nations. *Archiv des Völkerrechts*, [S. l.], v. 52, n. 1, p. 68-91, mar. 2014.
- LIMA, Leonidas Zeferino Fernandes. *A solidariedade no direito internacional: entre “lex ferenda” e “lex lata”*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017.
- LOPES, Ana Maria D`Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2001.
- MARQUES JÚNIOR, William Paiva; ARAÚJO, Francisco Régis Frota. O princípio constitucional da solidariedade e seu caráter interdisciplinar na doutrina e jurisprudência brasileiras. *NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 28, n. 2, p. 41-60, 2008.
- MARQUES JÚNIOR, William Paiva. *União Europeia: um construto de integração pela solidariedade*. *In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIÚ - SC: DIREITO INTERNACIONAL*, 29., 2022, Florianópolis: CONPEDI, 2022.
- MOTTE-BAUMVOL, Julia. La solidarité à l'aune du droit international du développement. *In: RAMBAUD, Thierry; GRUBER, Annie (ed.). Mélanges en l'honneur de Guy Feuer*. Paris: Dalloz, 2022.
- MOTTE-BAUMVOL, Julia; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; GUIMARÃES, Gabriel Braga. Ampliando a proteção social aos migrantes à luz da diretiva de proteção temporária da União Europeia: lições da invasão da Ucrânia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 19, n. 2, p. 343-361, 2022.
- MORENO-LAX, Violeta. Solidarity's reach: meaning, dimensions and implications for EU (external) asylum policy. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Maastricht, v. 24, n. 5, p. 740-762, out. 2017.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Milênio*. Nova Iorque, 2000.

- ORGANIZAÇÃO DE UNIDADE AFRICANA. *Carta africana dos direitos humanos e dos povos (carta de Banjul)*. Banjul, 1981.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Bogotá, 1948.
- ORGANIZATION OF AFRICAN UNITY. *Charter of the Organization of African Unity (OAU Charter)*. Addis Ababa, 1963.
- PARENTI, Lucio. *In solidum obligari: contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- PASCUAL-VIVES, Francisco. Solidarity and international investment law: reconciliation within the institutional framework? *In: PASQUALI, Leonardo (ed.) Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022.
- PASQUALI, Leonardo. Epilogue: lessons, questions, and outlook. *In: PASQUALI, Leonardo (ed.) Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022.
- PASQUALI, Leonardo. Introduction. Solidarity: traditional international law vs. modern international law and universal international law vs. law of regional organizations. *In: PASQUALI, Leonardo (ed.) Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli, 2022.
- PETRUCCI, Aldo. Historical background of solidarity in European law. *In: PASQUALI, Leonardo (ed.) Solidarity in international law: challenges, opportunities and the role of regional organizations*. Turin: G. Giappichelli Editore, 2022.
- ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997.
- RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà: un'utopia necessaria*. 2. ed. Roma: Editori Laterza, 2016.
- ROSS, Malcolm. Solidarity: a new constitutional paradigm for the EU? *In: ROSS, Malcolm; BORGMANN-PREBIL, Yuri (ed.) Promoting solidarity in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SACCONI, Giuseppina. *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1973.
- STJERNØ, Steinar. *Solidarity in Europe: the history of an idea*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- UNITED NATIONS. *Vienna declaration and programme of action*. Vienna, 1993.
- UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Promotion of a democratic and equitable international order*. New York, 2005.
- UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. *Respect for the purposes and principles contained in the charter of the United Nations to achieve international cooperation in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms and in solving international problems of a humanitarian character*. New York, 2005.
- VON BOGDANDY, Armin. Opening address. *In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) Solidarity: a structural principle of international law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin: Springer, 2010. v. 213.
- WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (re-) emerging constitutional principle: some further reflections. *In: WOLFRUM, Rüdiger; KOJIMA, Chie (ed.) Solidarity: a structural principle of international law. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin: Springer, 2010. v. 213.
- WOLFRUM, Rüdiger. Solidarity amongst states: an emerging structural principle of international law. *In: DUPUY, Pierre-Marie (ed.) Völkerrecht als wertordnung: Festschrift für Christian Tomuschat*. Kehl A. Rhein: Engel, 2006.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Reflexões sobre a aplicação do
direito da neutralidade no século
XXI**

**Reflections on the application of
the law of neutrality in the 21st
century**

Bernardo Mageste Castelar Campos

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND
RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND
COMPARATIVE PERSPECTIVES

Reflexões sobre a aplicação do direito da neutralidade no século XXI*

Reflections on the application of the law of neutrality in the 21st century

Bernardo Mageste Castelar Campos**

Resumo

Analisam-se, neste artigo, questões relativas à aplicação e vigência do direito da neutralidade, atualmente levantadas pelo recente conflito russo-ucraniano. Analisam-se, especialmente, argumentos apresentados pela doutrina que questionam a compatibilidade do direito da neutralidade com outras regras do direito internacional, sua obsolência devido a alterações nos pressupostos jurídicos da aplicação de suas regras e sua desuetude em razão de sua não aplicação pelos Estados durante conflitos armados recentes. Concluiu-se que não obstante a significativa redução de sua aplicação em razão de algumas incompatibilidades com outras normas do direito internacional e de sua utilidade ao regular as relações entre Estados em conflito e Estados terceiros, não é possível afirmar que o direito da neutralidade foi extinto ou que não se encontra mais em vigor.

Palavras-chave: direito da neutralidade; uso da força; direito dos conflitos armados; obsolência; desuetude.

Abstract

The article aims to analyse issues relating to the application and validity of the law of neutrality currently raised by the recent Russian-Ukrainian conflict. In particular, it analyses arguments presented by the doctrine questioning the compatibility of the law of neutrality with other rules of international law, its obsolescence due to changes in the legal basis for the application of its rules and its desuetude due to the non-application by States during recent armed conflicts. The article concludes that despite the significant reduction in its application due to some incompatibilities with other norms of international law and its usefulness in regulating relations between States in conflict and third States, it is not possible to assert that the law of neutrality has been extinguished or that is no longer in force.

Keywords: law of neutrality; use of force; law of armed conflicts; obsolescence; desuetude.

* Recebido em 14/03/2024
Aprovado em 28/03/2024

** Doutor em Direito Internacional pela Università degli Studi di Milano-Bicocca (UNIMIB) e pós-doutorando na mesma instituição. Mestre em Direito Internacional Contemporâneo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Email: bernardo.mageste@gmail.com

1 Introdução

Recentemente, o direito da neutralidade passou a atrair a atenção de parte da doutrina internacionalista. O interesse nesse sistema de regras que regulam as relações entre Estados beligerantes e Estados que não participam das hostilidades foi reavivado pela fase do conflito russo-ucraniano iniciada em 2022. Diversos autores buscaram, no direito da neutralidade, um parâmetro para analisar a existência de limites impostos pelo direito internacional ao auxílio material e financeiro oferecido por países ocidentais à Ucrânia após a invasão militar em larga escala, iniciada pela Rússia em fevereiro daquele ano.¹

A utilização desse ramo do direito internacional, considerado como em “estado incerto”² ou em uma “espécie de meia-vida jurídica”³, como critério normativo para se avaliar a conduta de Estados que não estão envolvidos diretamente nas hostilidades, não somente levanta questões interessantes sobre a aplicação e vigência desse sistema específico de normas, mas também sobre como normas do direito internacional podem perder sua vigência pelo desuso ou se tornar obsoletas. Os estudos conduzidos pela doutrina e pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, nas últimas décadas, sobre a identificação de normas consuetudinárias internacionais e a determinação das consequências de graves violações de normas imperativas do direito internacional, são instrumentos úteis para a avaliação de tais questões.

¹ Veja, por exemplo, as obras de ARCARI, Maurizio. *The War in Ukraine and the International Legal Order*. *Pravni zapisi*, Belgrado, v. 14, p. 5-20, 2023; BARTOLINI, Giulio. *The provision of beligerent materials in the Russia-Ukraine conflict: Beyond the law of neutrality?* *Questions of International Law*, Nápoles, v. 99, p. 3-21, 2023; CLANCY, Pearce. *Neutral Arms Transfers and the Russian Invasion of Ukraine*. *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 72, p. 527-543, 2023; VAN STEENBERGHE, Raphaël. *Military Assistance to Ukraine: Enquiring the Need for Any Legal Justification under International Law*. *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, v. 28, p. 231-251, 2023; RONZITTI, Natalino. *Neutrality, non-belligerency, and permanent neutrality according to recent practice and doctrinal views*. *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, v. 29, p. 1-17, 2024; GIANELLI, Alessandra. *Le conseguenze dell'aggressione sul regime di neutralità*. *Rivista di diritto internazionale*, Roma, v. 107, p. 5-29, 2024.

² UPCHER, James. *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 9.

³ BAXTER, Richard Reeve. *Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law*. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 16, p. 1-26, 1975. p. 2.

A presente contribuição visa abordar críticas feitas pela doutrina em relação à compatibilidade e aplicação do direito da neutralidade em tempos atuais. Para isso, na primeira seção, busca-se definir o objeto da análise do estudo, conceituando o direito da neutralidade e determinando sua aplicação e principais regras. Na segunda seção, analisam-se problemas de compatibilidade entre o direito da neutralidade e o direito internacional contemporâneo, com especial referimento à possibilidade de conflitos normativos entre esse regime jurídico e o sistema de segurança coletiva, estabelecido pela Carta das Nações Unidas e as regras de responsabilidade internacional dos Estados. Na terceira seção, analisa-se se o direito da neutralidade poderia ser considerado obsoleto em razão da alteração observada desde 1945 dos pressupostos jurídicos de sua aplicação, em especial a proibição do uso da força. Na quarta seção, analisa-se se o direito da neutralidade teria sido extinto pela inaplicação de suas regras pelos Estados, fenômeno jurídico conhecido como dessuetude. Ao final apresentam-se algumas observações a título de conclusão sobre a relevância e a vigência do direito da neutralidade atualmente.

2 O que é o direito da neutralidade?

Em poucas palavras, o direito da neutralidade regula a situação jurídica de Estados que não participam de um conflito armado (ou Estados “neutros”) e sua relação com Estados beligerantes.⁴ A existência desse regime jurídico se baseia na premissa de que uma situação de conflito armado altera não somente as relações entre os Estados envolvidos nas hostilidades, mas também a relação entre estes e terceiros Estados, estranhos ao conflito.⁵ O desenvolvimento do direito da neutralidade adquire particular impulso a partir da necessidade de se estabelecerem regras de conduta para Estados beligerantes e Estados neutros.⁶ Por meio da prática dos

⁴ BOTHE, Michael. *Neutrality, Concept and General Rules*. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2015. parágrafo 1.

⁵ QUADRI, Rolando. *Diritto Internazionale Pubblico*. Nápoles: Liguori, 1968. p. 325. Por esta razão o direito da neutralidade fazia parte do que tradicionalmente se convencionou chamar de “direito da guerra”, as regras que regem as relações entre Estados em situações de conflito armado que se contrapunham àquelas que regem as relações entre Estados em situações normais (o “direito da paz”).

⁶ Alguns dos princípios da neutralidade encontram manifestação na

Estados em situações de conflito, normas de conduta se cristalizaram e adquiriram força vinculante, determinando os direitos e deveres para Estados neutros e beligerantes. Codificaram-se apenas parte das normas do direito da neutralidade em tratados, razão pela qual é difícil determinar, de forma clara, seu conteúdo e, conseqüentemente, sua aplicação.⁷

A aplicação do direito da neutralidade se diferencia da situação de neutralidade permanente, que é o comprometimento unilateral de um Estado em permanecer neutro em qualquer tipo de conflito armado. O Estado que adota a neutralidade permanente se obriga não somente a cumprir com os deveres impostos pelo direito da neutralidade em caso de conflito armado, mas também a observá-los em situações de paz, não fazendo parte de alianças militares ou não admitindo a instalação de bases militares estrangeiras em seu território.⁸

O direito da neutralidade estabelece a possibilidade dos Estados beligerantes de adotarem diversas medidas que afetam Estados neutros e que seriam consideradas ilícitas em situações de paz, incluindo limitações substanciais à liberdade de navegação e de comércio.⁹ Poucos direitos são reconhecidos aos Estados neutros, como o direito a não ter seu território violado e poder manter relações comerciais com todos os beligerantes preexistentes ao conflito. Ao contrário, reconhecem-se deveres neutros, baseados nos deveres gerais de imparcialidade e passividade.¹⁰ Um dos maiores problemas enfrentados pelo direito da neutralidade é como justi-

ficar essa desproporção entre os direitos e deveres de beligerantes e neutros. As diversas limitações impostas aos Estados que não participam das hostilidades poderiam facilmente encontrar uma justificativa na existência de obrigações recíprocas incumbentes tanto a Estados beligerantes quanto a Estados neutros, mas na prática se observa que as limitações impostas a neutros, criadas pelo direito da neutralidade, não encontram benefícios equivalentes para eles. A doutrina em geral menciona aspectos históricos¹¹ ou o simples reconhecimento de tais limites pelos Estados¹² para justificar tal desproporção.

Se, tradicionalmente, a proteção dos Estados neutros é apontada como o principal fundamento de existência do direito da neutralidade, do ponto de vista pragmático, sua existência se justifica pelo objetivo de evitar o envolvimento de outros países em um conflito armado, limitando seu alcance.¹³ Dessa forma, a observância de regras universais de conduta permitiria que Estados neutros não sejam considerados como inimigos por Estados beligerantes, evitando que sejam tragados para o conflito. Nas palavras de Clóvis Bevilacqua, a neutralidade não deveria ser encarada como manifestação egoísta dos Estados que não participam do conflito, mas como conjunto de regras possuindo o “nobre intuito” de restringir o campo de ação da guerra.¹⁴

Independentemente de seu fundamento, o direito da neutralidade clássica estabelece uma lista de medidas que podem ser adotadas pelos Estados beligerantes contra Estados neutros. Por exemplo, um beligerante pode restringir o comércio entre um Estado neutro e outro beligerante, impedindo o fornecimento de materiais que podem ser usados pelo esforço de guerra inimigo, o chamado contrabando de guerra.¹⁵ O controle

Idade Média, mas sua consolidação ocorreu principalmente a partir do Século XIX. Pallieri, por exemplo, situa no Século XVIII o período de consolidação das regras de neutralidade, em declaração unilateral e tratados firmados entre potências europeias, como a consolidação da Liga da Neutralidade Armada em 1780 em resposta à Guerra de Independência Americana. BALLADORE PALLIERI, Giorgio. *Diritto bellico*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1954. p. 372.

⁷ Entre os tratados mais relevantes que disciplinam a matéria estão as Convenções da Haia V e XIII de 1907, relativas aos Direitos e Deveres das Potências e Pessoas Neutras em Caso de Guerra Terrestre e Direitos e Deveres das Potências Neutras na Guerra Naval, respectivamente. Regras do direito da neutralidade também são estabelecidas pela Declaração de Londres de 1909 sobre as Leis da Guerra Naval e a Convenção de Havana sobre a Neutralidade Marítima de 1928, apesar da primeira não ter mais entrado em vigor e a segunda ter um número reduzido de ratificações.

⁸ BOTHE, Michael. Neutrality, Concept and General Rules. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2015. parágrafos 15 a 18.

⁹ BALLADORE PALLIERI, Giorgio. *Diritto bellico*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1954. p. 327.

¹⁰ QUADRI, Rolando. *Diritto Internazionale Pubblico*. Nápoles: Liguori, 1968. p. 326.

¹¹ CASTRÉN, Erik. *The Present Law of War and Neutrality*. Helsinki: Academia Scientiarum Fennica, 1954. p. 442. BALLADORE PALLIERI, Giorgio. *Diritto bellico*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1954. p. 374.

¹² OPPENHEIM, Lassa. *International Law: A Treatise*. 7. ed. Londres: Longmans, Green and Co., 1952. p. 653. Sobre as dificuldades de se justificar tais limitações, veja NEFF, Stephen. The Prerogatives of Violence – In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents’ Rights. *German Yearbook of International Law*, Kiel, v. 38, p. 41-72, 1995.

¹³ DE VISSCHER, Charles. *Theory and Reality in Public International Law*. Tradução de P. E. Corbett. Princeton: Princeton University Press, 1957. p. 296-297; GIANELLI, Alessandra. Le conseguenze dell’aggressione sul regime di neutralità. *Rivista di diritto internazionale*, Roma, v. 107, p. 5-29, 2024. p. 10-11.

¹⁴ BEVILACQUA, Clóvis. *Diritto Pubblico Internazionale*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939. t. 2. p. 337.

¹⁵ Os materiais que podem sofrer esse tipo de restrição são conhe-

de contrabando de guerra pode ser feito por meio do exercício do direito de visita de navios civis de Estados neutros por parte de navios ou aeronaves de guerra de um Estado beligerante, que podem confiscar os bens apreendidos.¹⁶ O direito da neutralidade também admite que o controle de contrabando seja feito por meio do estabelecimento de bloqueios navais ou aéreos aos portos inimigos, que impedem o tráfego de/ou para o território de um Estado beligerante.¹⁷ O estabelecimento, duração e medidas admitidas durante bloqueios são regulados pelo direito da neutralidade, em especial pela Declaração de Londres de 1909.

Em algumas circunstâncias, o direito da neutralidade permite ao Estado beligerante a possibilidade de uso da força armada contra o Estado neutro.¹⁸ Este é o caso, por exemplo, de navios neutros que exercem “serviço não neutro”, conceito que abrange formas de apoio militar ou logístico ao beligerante.¹⁹ Também se admite que a força armada seja utilizada por um beligerante em reação à violação por parte de outro beligerante da neutralidade de um Estado neutro, independentemente se este foi incapaz ou impossibilitado de defender sua neutralidade.²⁰

cidos como “contrabando de guerra” e são definidos na Declaração de Londres de 1909. A Declaração de Londres de 1909 diferencia o contrabando “absoluto” daquele “relativo”. No primeiro caso, estão armamentos, munição, explosivos, equipamento militar, veículos militares, uniformes e outros bens com um caráter distintamente militar (artigo 22). Já o contrabando relativo (artigo 24) se refere a bens suscetíveis de serem usados tanto na guerra quanto em situações de paz, como alimentos, ração para animais, roupas, tecidos, ouro, veículos de todo tipo, combustíveis e material de comunicação. Enquanto o contrabando absoluto pode ser confiscado pelo Estado beligerante, o relativo somente poderá ser confiscado se for comprovado que se destina ao uso pelas forças armadas de outro Estado beligerante.

¹⁶ UPCHEER, James. *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 162.

¹⁷ UPCHEER, James. *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 195.

¹⁸ DOSWALD-BECK, Louise (org.). *San Remo manual on international law applicable to armed conflicts at sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 12.

¹⁹ DOSWALD-BECK, Louise (org.). *San Remo manual on international law applicable to armed conflicts at sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 158.

²⁰ CASTRÉN, Erik. *The Present Law of War and Neutrality*. Helsinki: Academia Scientiarum Fennica, 1954. p. 487.

3 Compatibilidade do direito da neutralidade com o direito internacional contemporâneo

Atualmente, alguns autores contestam a aplicação do direito da neutralidade, e alegam que esse regime não seria admissível no ordenamento internacional contemporâneo.²¹ Em razão da existência de um conflito normativo, a aplicação das normas do direito da neutralidade seria preterida pela aplicação de outras regras do direito internacional, surgidas em um período posterior.

Uma das principais objeções nesse sentido se refere ao fato de que o direito da neutralidade é incompatível com a norma que proíbe o uso da força por Estados em suas relações internacionais, um dos princípios cardiais do direito internacional contemporâneo. A incompatibilidade estaria no fato de que o direito da neutralidade se desenvolveu no século XIX, período histórico em que o direito internacional impunha poucas limitações à liberdade dos Estados de utilizar a guerra como meio lícito de solução de controvérsias. Com a progressiva proibição do uso da força que se consolidou em 1945 com a inclusão no Artigo 2º, parágrafo 4º, da Carta das Nações Unidas, o direito da neutralidade não teria mais lugar no ordenamento internacional.²² Como o uso da força não é mais admissível exceto no exercício da legítima defesa e mediante autorização do Conselho de Segurança das Nações Unidas, um Estado agressor não poderia exercer os direitos reconhecidos a beligerantes pelo direito da neutralidade ou se beneficiaria do seu próprio ilícito, contrariando a regra expressa pelo princípio *ex injuria non oritur*.²³

²¹ LAUTERPACHT, Hersch. The Limits of the Operation of the Law of War. *British Yearbook of International Law*, Londres, v. 30, p. 206-243, 1953.

²² De acordo com Kelsen, a presunção de que o sistema de segurança coletivo estabelecido pela Carta das Nações Unidas seria reconhecido como parte integrante do direito internacional geral, “o instituto jurídico da neutralidade deve ser considerado abolido”. KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. Nova York: Rinehart and Company, 1959. p. 89.

²³ FENWICK, Charles Ghequiere. The Old Order Changeth, Yielding Place to New. *American Journal of International Law*, Washington, v. 47, p. 84-87, 1953. LAUTERPACHT, Hersch. The Limits of the Operation of the Law of War. *British Yearbook of International Law*, Londres, v. 30, p. 206-243, 1953. p. 212 e 237. SCHWARZENBERGER, Georg. The “Aid Britain” Bill and the Law of Neutrality: Some Reflections on the Scope of the Functional Approach to International Law. *Transactions of the Grotius Society*, Cambridge, v. 27, p. 1-29, 1941. p. 19.

Apesar da razoabilidade desse raciocínio, ficou clara, logo no início do funcionamento do sistema de segurança coletivo, estabelecido pela Carta das Nações Unidas, a dificuldade prática em se determinar o Estado responsável por iniciar um conflito armado e, portanto, estabelecer quando o uso da força será lícito. Como o Conselho de Segurança raramente se manifestava sobre a legalidade do uso da força por Estados, nas primeiras décadas de seu funcionamento, passou-se a um estado de indefinição em que o direito da neutralidade poderia continuar sendo aplicado.²⁴ No entanto, é consenso entre os autores que os deveres estabelecidos pelo direito da neutralidade não prejudicam a obrigação de todos os Estados-partes da ONU de auxiliá-la na aplicação de medidas fazendo uso da força armada autorizadas pelo Conselho de Segurança contra um Estado agressor.²⁵

Por outro lado, o direito da neutralidade pode ter sua aplicação afetada mesmo que o Conselho de Segurança não se pronuncie sobre a ocorrência de um ato de agressão ou autorize medidas contra tal ilícito internacional. O artigo 41 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, adotados pela Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU, em 2001, reconhece uma série de deveres incumbentes a todos os Estados frente à ocorrência de uma grave violação de uma obrigação oriunda de uma norma imperativa do direito internacional geral (ou norma de *jus cogens*) da qual a proibição de agressão é um dos principais exemplos. O artigo 41 dos Artigos estabelece que os Estados devem “cooperar para pôr fim, por meios legais, qualquer violação séria” de uma obrigação oriunda de uma norma de *jus cogens*, bem como não reconhecer como legal uma situação criada por tal tipo de violação e não prestar auxílio ou assistência para sua manutenção.²⁶ Como consequência, a conduta de Estados terceiros, conforme às obrigações reconhecidas pelo artigo 41, serão consideradas lícitas mesmo que contrariem as obrigações previstas pelo direito da neutralidade para Estados neutros.

²⁴ STONE, Julius. *Legal Controls of International Conflict*. Nova York; Londres: Rinehart & Company Inc., 1954. p. 382.

²⁵ PALCHETTI, Paolo. Consequences for Third States as a Result of an Unlawful Use of Force. In: WELLER, Marc (ed.). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 1227.

²⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 113-114.

Uma questão mais controversa refere-se ao fato de se, Estados terceiros, em determinadas circunstâncias, teriam a *obrigação* de adotar condutas que violem obrigações do direito da neutralidade, sob risco de contrariar as obrigações previstas no Artigo 41.²⁷ Um exemplo de tal situação é a necessidade do Estado terceiro em violar a obrigação de imparcialidade prevista pelo direito da neutralidade ao auxiliar o Estado agredido a pôr fim a um ato de agressão sofrido.²⁸ Apesar das questões levantadas, boa parte dos autores reconhece que parte significativa do direito da neutralidade foi recepcionado e é compatível com o direito internacional contemporâneo.²⁹

4 Obsolência do direito da neutralidade

Parte das contestações feitas à aplicação do direito da neutralidade se baseia no suposto caráter “obsoleto” desse conjunto de regras.³⁰ Não obstante a inexistência de um conceito definitivo, utiliza-se o termo *obsolência* de forma técnica no direito internacional para se referir à extinção de uma regra em razão do desaparecimento de uma situação legal que constituía uma de suas condições essenciais, uma aplicação do Princípio *Cessante Ratione Legis, Cessat Lex Ipsa* (se a razão da norma não

²⁷ GIANELLI, Alessandra. Le conseguenze dell'aggressione sul regime di neutralità. *Rivista di diritto internazionale*, Roma, v. 107, p. 5-29, 2024. p. 26.

²⁸ Outro exemplo fornecido por Palchetti é o do dever da imparcialidade previsto pelo direito da neutralidade, que estabelece que um Estado neutro não pode alterar suas relações comerciais preexistentes ao conflito para beneficiar uma das partes. No caso de um ato de agressão, o Estado terceiro terá a obrigação de cortar suas relações comerciais com o Estado agressor sob risco de auxiliá-lo a manter uma situação de ocupação militar de um território ocupado por meio do uso ilícito da força armada. PALCHETTI, Paolo. Consequences for Third States as a Result of an Unlawful Use of Force. In: WELLER, Marc (ed.). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 1224-1238.

²⁹ Veja por exemplo as conclusões de UPCHEER, James. *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. ANTONOPOULOS, Constantine. *Non-Participation in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

³⁰ Veja referências recentes a esta alegação em ANTONOPOULOS, Constantine. *Non-Participation in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022. p. 26. GAVOUNELI, Maria. Neutrality: A Survivor? *European Journal of International Law*, Florença, v. 23, p. 267-273, 2012.

existe mais, a norma também não existirá) no direito internacional.³¹

Uma norma poderá ser considerada obsoleta e conseqüentemente extinta do ordenamento internacional quando houver uma alteração substancial das circunstâncias essenciais que existiam no momento de sua criação.³² Este é o caso de cláusulas de tratados formuladas tendo como base determinadas dinâmicas políticas ou jurídicas não mais existentes nas relações internacionais, como situações de tensões ou conflitos armados. Um exemplo refere-se à validade de algumas disposições dos Artigos 53, 106 e 107 da Carta das Nações Unidas a respeito da possibilidade da adoção do uso da força contra “Estados inimigos”, entendidos como os países que estavam em guerra contra os signatários da Carta durante a Segunda Guerra Mundial.³³ A obsolência como causa de extinção de uma norma não requer um conflito normativo, mas a impossibilidade de sua aplicação pelo desaparecimento da situação jurídica que constituía uma de suas condições essenciais.³⁴

Alguns autores argumentam que ao menos algumas das normas do direito da neutralidade se tornaram obsoletas, seja pelos desenvolvimentos tecnológicos quanto por alterações na maneira de se realizar a guerra e nas

relações entre Estados.³⁵ Como mencionado anteriormente, boa parte das regras do direito da neutralidade se desenvolveu no século XIX, quando os Estados gozavam de considerável liberdade de uso da força e quando a condução das hostilidades se diferenciava consideravelmente das condições atuais.

A contestação da validade das regras do direito da neutralidade, em razão de alterações substanciais relativas aos avanços tecnológicos ou políticos, é antiga. Por exemplo, ainda na Primeira Guerra Mundial, a Alemanha argumentou que as regras sobre a condução da guerra naval não se aplicariam aos submarinos já que haviam sido elaboradas tendo em vista a guerra conduzida por navios.³⁶ Da mesma forma, nos anos 1930, argumentava-se que as regras do direito da neutralidade, relativas à possibilidade de controle de contrabando em navios mercantes privados, haviam se tornado obsoletas em razão da crescente intervenção dos Estados nos fluxos comerciais internacionais.³⁷ Tais alegações foram rechaçadas devido ao fato de que não alteravam, realmente, a possibilidade de aplicação das regras do direito da neutralidade, condição necessária para a ocorrência de sua obsolência.

Outros autores consideram que o direito da neutralidade teria se tornado obsoleto pela maneira com a qual a guerra enquanto fenômeno jurídico passou a ser entendida pela comunidade internacional. Politis, por exemplo, considerou, ainda em 1935, que o conceito de neutralidade como um todo teria deixado de existir no direito internacional após a conclusão do Tratado de Paris (Kellogg-Briand) de 1928.³⁸ A princípio seria possível considerar que a proibição do uso da força no direito internacional teria alterado, de tal forma, a situa-

³¹ KOHEN, Marcelo. Desuetude and Obsolescence of Treaties. In: CANNIZZARO, Enzo (org.). *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 350-359. p. 358.

³² HAFNER, Gerhard. L’“obsolescence” de certaines dispositions du Traité d’État autrichien. *Annuaire Français de Droit International*, Paris, v. 37, p. 239-257, 1991. p. 254-255. Apesar de se assemelhar muito com a hipótese de extinção de tratados pela impossibilidade superveniente de cumprimento, codificada no Artigo 61 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a obsolência se refere à impossibilidade legal de cumprimento da norma, enquanto a hipótese do Artigo 61 se refere à impossibilidade material. KOHEN, Marcelo. Desuetude and Obsolescence of Treaties. In: CANNIZZARO, Enzo (org.). *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 350-359. p. 358.

³³ KOHEN, Marcelo. Desuetude and Obsolescence of Treaties. In: CANNIZZARO, Enzo (org.). *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 350-359. p. 358. Outro exemplo é o de tratados de paz firmados após a Segunda Guerra Mundial considerando a lógica da Guerra Fria, como o Tratado de Amizade, Cooperação e Assistência Mútua entre Finlândia e a União Soviética de 1948 e Tratado do Estado Austríaco de 1955, analisados por HAFNER, Gerhard. L’“obsolescence” de certaines dispositions du Traité d’État autrichien. *Annuaire Français de Droit International*, Paris, v. 37, p. 239-257, 1991.

³⁴ KOHEN, Marcelo. Desuetude and Obsolescence of Treaties. In: CANNIZZARO, Enzo (org.). *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 350-359. p. 358.

³⁵ MIGLIAZZA, Alessandro. L’évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l’homme. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Haia, v. 137, p. 141-241, 1972. p. 225; WILLIAMS JR., Walter. Neutrality in Modern Armed Conflicts: A Survey of the Developing Law. *Military Law Review*, Charlottesville, v. 90, p. 9-48, 1980. p. 10.

³⁶ Em especial, a Alemanha argumentou que os comandantes de submarinos não estariam obrigados a seguir as mesmas condutas prescritas para comandantes de navios. Veja a argumentação alemã em relação ao afundamento do Lusitânia em GARNER, James Wilford. *International Law and the World War*. Londres: Longmans, Green and Co., 1920. p. 375.

³⁷ SCHWARZENBERGER, Georg. The “Aid Britain” Bill and the Law of Neutrality: Some Reflections on the Scope of the Functional Approach to International Law. *Transactions of the Grotius Society*, Cambridge, v. 27, p. 1-29, 1941. p. 14.

³⁸ POLITIS, Nicolas. *La neutralité et la paix*. Paris: Hachette, 1935. p. 23.

ção jurídica na qual se criaram as regras do direito da neutralidade ao ponto de torná-las obsoletas. No entanto, é possível perceber, por meio de uma análise mais atenta, que a *ratio legis* das regras do direito da neutralidade não é *per se* a legalidade ou não da guerra, mas sua existência factual. Como já mencionado, as regras do direito da neutralidade se desenvolveram tendo como objetivos garantir a proteção dos interesses de Estados terceiros e evitar a ampliação de um conflito armado. Tais objetivos não dependem do título jurídico utilizado pelo Estado beligerante para justificar o uso da força.

A divisão comumente feita entre as regras do *jus in bello* e do *jus ad bellum* são úteis para entender a razão pela qual a proibição do uso da força não teria afetado a validade do direito da neutralidade como um todo. O Direito da Neutralidade é classicamente identificado como parte do direito aplicável à condução de conflitos armados entre Estados, o chamado *jus in bello*, do qual também fazem parte as regras do direito internacional humanitário.³⁹ Por outro lado, a legalidade do uso da força por parte de um Estado compõe as normas do direito ao uso da força, ou *jus ad bellum*. Em princípio os dois conjuntos de regras regulam condutas diversas e, portanto, não interferem na legalidade uma da outra. Dessa forma, as regras de conduta entre Estados durante um conflito armado se aplicam independentemente da legalidade do uso da força. Da mesma forma, a aplicação correta das regras do *jus in bello* não interfere na avaliação da responsabilidade do Estado que iniciou o conflito armado pela violação das regras do *jus ad bellum*.

Mesmo que a divisão entre *jus in bello* e *jus ad bellum* possa ser criticada por diversas razões,⁴⁰ ela é útil por permitir a identificação dos pressupostos jurídicos de aplicação do direito da neutralidade. Tal como as regras que visam proteger a população civil, estabelecidas pelo direito internacional humanitário, as regras do direito da neutralidade que protegem Estados neutros não deixaram de ser aplicadas com a proibição do uso da força no direito internacional, já que sua razão de ser não é afetada por tal alteração jurídica.⁴¹

³⁹ RONZITTI, Natalino. *Diritto internazionale dei conflitti armati*. Turim: Giuffrè, 1998. p. 52.

⁴⁰ Veja um resumo das críticas em COHEN, Gal. Mixing oil and water? The interaction between *jus ad bellum* and *jus in bello* during armed conflicts. *Journal on the Use of Force and International*, Londres, v. 9, n. 2, p. 352-390, 2022.

⁴¹ COHEN, Gal. Mixing oil and water? The interaction between *jus ad bellum* and *jus in bello* during armed conflicts. *Journal on the Use of Force and International*, Londres, v. 9, n. 2, p. 352-390, 2022. p. 364.

5 Dessuetude do direito da neutralidade

Alguns autores sugerem que as regras do direito da neutralidade teriam sido extintas pela sua virtual não aplicação por Estados nos conflitos internacionais das últimas décadas.⁴² É possível verificar, por exemplo, que quase nenhum Estado reconheceu sua neutralidade em conflitos recentes, ao contrário do que requer o direito da neutralidade clássica.⁴³ Ao contrário, Estados tendem a se declarar com maior frequência como “não beligerantes” nos conflitos armados desde 1945 do que neutros.⁴⁴ Por essa razão, seria possível considerar que o direito da neutralidade teria sido extinto por *dessuetude*, hipótese de extinção de uma regra em razão do desuso ou da não aplicação no direito internacional que guarda algumas semelhanças com a obsolência.⁴⁵

⁴² KRAJEWSKI, Markus. Neither Neutral nor Party to the Conflict?: On the Legal Assessment of Arms Supplies to Ukraine. *Völkerrechtsblog*, 2022. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/neutral-nor-party-to-the-conflict/>. CHADWICK, Elizabeth. Back to the Future: Three Civil Wars and the Law of Neutrality. *Journal of Armed Conflict Law*, Oxford, v. 1, n. 1, p. 1-31, 1996. p. 2.

⁴³ UPCHER, James. *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 12.

⁴⁴ A não beligerância (ou “neutralidade qualificada”) é uma prática não prevista pelo direito da neutralidade em que um Estado presta auxílio a uma das partes de um conflito, mas não se declara como beligerante. A prática tem suas origens no século XVIII, mas só se tornou relevante após a Segunda Guerra Mundial, quando os Estados Unidos e a Itália inicialmente se declararam não beligerantes no conflito. A não beligerância é, na prática, uma maneira de um Estado de não se envolver no conflito diretamente e não se vincular às obrigações previstas pelo direito da neutralidade. Sobre a evolução histórica do conceito, veja BORCHARD, Edwin. War, Neutrality and Non-Belligerency. *American Journal of International Law*, Washington, v. 35, p. 618-625, 1941. p. 624. CASTRÉN, Erik. *The Present Law of War and Neutrality*. Helsinki: Academia Scientiarum Fennica, 1954. p. 451. Sobre a aplicação recente, veja RONZITTI, Natalino. Neutrality, non-belligerency, and permanent neutrality according to recent practice and doctrinal views. *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, v. 29, p. 1-17, 2024.

⁴⁵ Alguns autores utilizam o termo obsolência (“obsolence” em inglês e “caducité” em francês) como sinônimo de dessuetude, como CAPOTORTI, Francesco. L’extinction et la suspension des traités. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Haia, v. 134, p. 417-587, 1971. p. 517. KOLB, Robert. La désuétude en droit international public. *Revue générale de droit international public*, Paris, v. 111, p. 577-608, 2007. p. 592. Outros diferenciam os dois termos, como KOHEN, Marcelo. Desuetude and Obsolescence of Treaties. In: CANNIZZARO, Enzo (org.). *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 350-359. p. 358. JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. *Oppenheim’s International Law*. 9. ed. Oxford: Oxford University Press 2008. p. 1297.

A análise da prática dos Estados demonstra que, apenas em algumas situações beligerantes, justificaram sua conduta em relação a Estados terceiros durante conflitos armados com base nas normas do direito da neutralidade. Um exemplo disso é o estabelecimento de bloqueios, conduta regulada pelo direito da neutralidade. Bloqueios foram relevantes na maioria das guerras do século XIX e nas duas Guerras Mundiais, mas em poucas ocasiões, desde 1945, proclamaram-se, oficialmente, como o bloqueio realizado pelos Estados Unidos em 1950 ao litoral da Península Coreana, pela Índia no litoral do Paquistão Oriental (atual Bangladesh) em 1971 e por Israel nos litorais do Líbano em 2006 e da Faixa de Gaza desde 2009.⁴⁶ Outro exemplo é o exercício do direito de realizar o controle de contrabando de guerra, exercitado com base no direito da neutralidade apenas em 1951, quando o Egito interceptou navios no Canal de Suez que navegavam em direção à Israel, e, nos anos 1980, pelo Irã durante o conflito travado com o Iraque.⁴⁷

Ainda que tais ocasiões demonstrem a aplicação esporádica do direito da neutralidade, a simples escassez da prática dos Estados, ao aplicar uma norma, não basta para considerá-la extinta por dessuetude. A ocorrência da dessuetude requer não somente a ausência de aplicação da norma, mas também a evidência da formação de uma regra contrária que substitua a norma costumeira anterior, o que Kelsen chama de “efeito jurídico negativo do costume”.⁴⁸ Em outras palavras, uma norma só será extinta por dessuetude quando houver uma ausência prolongada de seu não cumprimento e a convicção dos Estados a ela vinculados que o seu comportamento em não aplicar a regra é legítimo, o que dá origem a uma nova norma.⁴⁹

O processo de dessuetude pode ser observado com relação à regra do Artigo 27, parágrafo 3º, da Carta das Nações Unidas, que estabelece que as decisões do Conselho de Segurança em questões não procedimentais devem ser “tomadas por voto favorável de nove membros, incluindo os votos de todos os membros permanentes”. Conforme confirmado pela Corte Internacional de Justiça na opinião consultiva sobre a *Namíbia* (1971), ao longo do tempo, estabeleceu-se a prática de se considerar que a abstenção de um membro permanente não impediria a adoção de uma decisão sobre uma matéria não procedimental, adotada pela maioria dos membros do órgão, prática que vai contra a regra do parágrafo 3º. A Corte entendeu que:

[O]s procedimentos do Conselho de Segurança, que se estendem por um longo período, fornecem evidências abundantes de que as decisões presidenciais e as posições adotadas pelos membros do Conselho, em particular seus membros permanentes, interpretaram consistentemente e uniformemente a prática de abstenção voluntária por um membro permanente como não constituindo uma barreira à adoção de resoluções.⁵⁰

No caso em questão, a Corte confirmou que a análise da vigência de normas, tais como aquelas do direito da neutralidade ou a elas contrária, deve ser feita por meio dos dois elementos constitutivos do costume internacional: a prática dos Estados e a consciência dos Estados de que tal prática é obrigatória para eles em razão da existência de uma regra que a imponha (*opinio juris*).⁵¹

exemplo, MORELLI, Gaetano. *Nozioni di diritto internazionale*. 7. ed. Pádua: CEDAM 1967. p. 50; QUADRI, Rolando. *Diritto Internazionale Pubblico*. Nápoles: Liguori, 1968. p. 134; CAPOTORTI, Francesco. L'extinction et la suspension des traités. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Haia*, v. 134, p. 417-587, 1971. p. 517; KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 174; GLENNON, Michael J. How International Rules Die. *Georgetown Law Journal, Washington*, v. 93, p. 939-991, 2005. p. 942.

⁵⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). *ICJ Rep.*, 21 jun. 1971. p. 22 (§22). WOUTERS, Jan; VERHOEVEN, Sten. Desuetudo. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008. Por outro lado, é possível considerar esta hipótese como uma interpretação da norma levando em conta uma prática seguida posteriormente na aplicação do tratado estabelecendo um acordo das partes relativo à sua interpretação, conforme previsto no Artigo 31, parágrafo 3º, alínea “b” da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

⁵¹ Tal entendimento já estava bem estabelecido no entendimento da Corte a partir do caso da Plataforma Continental do Mar do Norte. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continen-

⁴⁶ VON HEINEGG, Wolff Heintschel. Blockade. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2015.

⁴⁷ Upcher menciona outros exemplos em que um beligerante realizou a inspeção em navios de Estados terceiros, mas estas foram justificadas com base no exercício da legítima defesa ou na aplicação das outras regras do direito internacional. UPCHER, James. *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 162-202.

⁴⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 174. Sobre a importância da dessuetude no pensamento de Kelsen, veja MITCHELL, Ryan. International Law as a Coercive Order: Hans Kelsen and the Transformations of Sanction. *Indiana International and Comparative Law Review*, Indianápolis, v. 29, p. 245-302, 2019. p. 284 *et seq.*

⁴⁹ Ainda que este seja um critério exigente, diversos autores ressaltam que a dessuetude só se observa com o estabelecimento de uma nova norma costumeira contrária à norma existente. Veja, por

A análise da prática relevante dos Estados em relação à aplicação das regras do direito da neutralidade deve ser feita considerando aspectos temporais e geográficos quando necessário. Conforme determinou a CDI em suas Conclusões sobre a Identificação do Direito Costumeiro de 2018, a prática relevante para se determinar a existência de uma norma costumeira internacional deve ser “geral, o que significa que deve ser suficientemente difundida e representativa, bem como consistente”.⁵² Segundo a Comissão, as circunstâncias nas quais uma prática será relevante variam e a participação universal dos Estados não é necessária, sendo necessária apenas a verificação de um “uso virtualmente uniforme”.⁵³

No caso em análise, observa-se que o direito da neutralidade é invocado por alguns Estados beligerantes ao longo das décadas, ainda que de forma esporádica.⁵⁴ É preciso considerar que, por ser aplicado apenas em situações de conflitos armados internacionais ou híbridos, o direito da neutralidade possui uma frequência de aplicação significativamente menor em relação a outras normas do direito internacional. Conforme observado pela Comissão, não existem formulações exatas do que se entende por uma prática “difundida e representativa”, já que “as circunstâncias podem variar muito de um caso para outro”, tal como “a frequência com que surgem circunstâncias que exijam uma ação”.⁵⁵

Em relação ao elemento subjetivo do direito costumeiro, isto é, a consciência dos Estados de se vincularem às normas do direito da neutralidade, é possível perceber, de forma mais evidente, como existem indícios de que a aplicação do direito da neutralidade ainda é reconhecida por diversos Estados, que preveem em

manuais domésticos sua aplicação durante conflitos armados.⁵⁶ Este também é o caso da versão do *Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados nas Forças Armadas* lançada pelo Ministério da Defesa do Brasil em 2011, que reconhece a aplicação do direito da neutralidade.⁵⁷ Em suas Conclusões adotadas em 2018, a CDI entendeu que a evidência da existência do elemento subjetivo do costume pode adotar diversas formas, incluindo declarações públicas dos Estados, opiniões jurídicas, decisões de cortes nacionais e provisões de tratados.⁵⁸ Dessa forma, tais manuais podem ser entendidos como instrumentos relevantes para se determinar a *opinio juris* dos Estados em relação às regras que os mesmos reconhecem que são obrigados durante conflitos armados.⁵⁹

Outros elementos ajudam a confirmar a existência de uma consciência da comunidade internacional em reconhecer que as normas do direito da neutralidade são vinculantes, apesar de não serem emitidas, necessariamente, por Estados. Exemplo disso é o importante sinal emitido pela Corte Internacional de Justiça em sua opinião consultiva sobre a *Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares* (1996). Ao analisar se existiriam regras específicas regulando o uso de armas nucleares entre as regras aplicáveis em situações de conflitos armados, a Corte mencionou que:

[O] direito internacional não deixa dúvidas de que o princípio da neutralidade, qualquer que seja o seu conteúdo, que é de caráter fundamental semelhante ao dos princípios e regras humanitárias, é aplicável (sujeito às disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas) a todos os conflitos armados internacionais, qualquer que seja o tipo de armas que possa ser utilizado.⁶⁰

tal Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark). *ICJ Rep*, 20 fev. 1969. p. 44 (§77).

⁵² INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2018. v. 2. p. 135 (Conclusão 8, §1).

⁵³ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2018. v. 2. p. 136 (§3).

⁵⁴ Para uma análise complexiva da prática das últimas décadas dos Estados na aplicação do direito da neutralidade, veja UPCHER, James. *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

⁵⁵ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2018. v. 2. p. 136 (§3).

⁵⁶ Veja, por exemplo, ALEMANHA. *Joint Service Regulation: Law of Armed Conflict Manual*. Berlim: Federal Ministry of Defence, 2013. p. 175; AUSTRÁLIA. *The Manual of the Law of Armed Conflict*. Canberra: Defence Publishing Service, 2006. p. 189; ESTADOS UNIDOS. *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*. Norfolk: United States Department of the Navy, 2022. p. 107; NOVA ZELÂNDIA. *Manual of Armed Forces Law*. Wellington: New Zealand Defence Force, 2017. p. 458; REINO UNIDO. *The Manual of the Law of Armed Conflict*. Londres: Ministry of Defence, 2004. p. 351.

⁵⁷ BRASIL. *Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas*. Brasília: Ministério da Defesa, 2011. p. 23-24.

⁵⁸ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2018. v. 2. p. 140 (Conclusão 10).

⁵⁹ UPCHER, James. *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020. p. 29.

⁶⁰ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the*

Além disso, diversos projetos de associações internacionais de estudiosos e praticantes do direito internacional reconhecerem a aplicação do direito da neutralidade, como é o caso do *Manual de San Remo sobre o Direito Internacional Aplicável aos Conflitos Armados no Mar*, adotado em 1994 pelo Instituto Internacional para o Direito Humanitário,⁶¹ dos *Princípios de Helsinque sobre o Direito da Neutralidade Marítima* adotados pela International Law Association em 1998⁶² e pelo *Manual do Direito Internacional Aplicável à Guerra Aérea e com Mísseis* adotado pela Universidade de Harvard em 2010.⁶³ O direito da neutralidade também foi considerado aplicável pela CDI nos comentários aos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos de 2001. Em especial, a Comissão considerou que cabia ao direito da neutralidade regular os efeitos negativos de medidas de legítima defesa que porventura afetassem colateralmente Estados terceiros.⁶⁴

6 Considerações finais

Algumas conclusões podem ser delineadas a partir das questões levantadas por este artigo. É possível afirmar que o direito da neutralidade tal como tradicionalmente concebido sofre significativas limitações nos dias de hoje. Por um lado, restringiu-se a aplicação desse conjunto de regras por outras regras do direito internacional, tal como as provisões do sistema de segurança coletiva estabelecido pela Carta das Nações Unidas ou as obrigações incumbentes a Estados terceiros em caso de graves violações de obrigações oriundas de normas imperativas do direito internacional geral, como atos de agressão. Por outro lado, alterações na prática dos

Estados na condução dos conflitos armados levaram à redução de sua importância nas relações entre Estados.

No entanto, apesar das diversas limitações normativas e práticas observadas e a tendência de redução da relevância do direito da neutralidade e sua possível extinção no futuro observada por alguns autores, não é possível afirmar que tal conjunto de regras não está mais em vigor. Como visto, o direito da neutralidade como um todo não é obsoleto ou desueto, sendo aplicável ainda atualmente. Tal fato não impede que algumas das normas do direito da neutralidade tenham sua validade e aplicação questionadas, como a necessidade de uma declaração de guerra para a aplicação do direito da neutralidade, a diferenciação entre contrabando absoluto e condicional e a possibilidade da intervenção armada em território neutro por parte de um beligerante sem a ocorrência de um ataque armado.

Referências

- ALEMANHA. *Joint Service Regulation: Law of Armed Conflict Manual*. Berlim: Federal Ministry of Defence, 2013.
- ANTONOPOULOS, Constantine. *Non-Participation in Armed Conflict*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- ARCARI, Maurizio. The War in Ukraine and the International Legal Order. *Pravni zapsisi*, Belgrado, v. 14, p. 5-20, 2023.
- AUSTRÁLIA. *The Manual of the Law of Armed Conflict*. Canberra: Defence Publishing Service, 2006.
- BALLADORE PALLIERI, Giorgio. *Diritto bellico*. 2. ed. Pádua: CEDAM, 1954.
- BARTOLINI, Giulio. The provision of belligerent materials in the Russia-Ukraine conflict: Beyond the law of neutrality? *Questions of International Law*, Nápoles, v. 99, p. 3-21, 2023.
- BAXTER, Richard Reeve. Humanitarian Law or Humanitarian Politics? The 1974 Diplomatic Conference on Humanitarian Law. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 16, p. 1-26, 1975.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito Público Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

Threat or Use of Nuclear Weapons. ICJ Rep., 8 jul. 1996. p. 261 (§89).

⁶¹ DOSWALD-BECK, Louise (org). *San Remo manual on international law applicable to armed conflicts at sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

⁶² INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Report of the 68th Conference held at Taipei, 1998*. Londres: International Law Association, 1998. p. 496-516.

⁶³ PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH. *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 311.

⁶⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2. p. 75 (para 5).

- BORCHARD, Edwin. War, Neutrality and Non-Belligerency. *American Journal of International Law*, Washington, v. 35, p. 618-625, 1941.
- BOTHE, Michael. Neutrality, Concept and General Rules. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2015.
- BRASIL. *Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas*. Brasília: Ministério da Defesa, 2011.
- CAPOTORTI, Francesco. L'extinction et la suspension des traités. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Haia, v. 134, p. 417-587, 1971.
- CASTRÉN, Erik. *The Present Law of War and Neutrality*. Helsinki: Academia Scientiarum Fennica, 1954.
- CHADWICK, Elizabeth. Back to the Future: Three Civil Wars and the Law of Neutrality. *Journal of Armed Conflict Law*, Oxford, v. 1, n 1, p. 1-31, 1996.
- CLANCY, Pearce. Neutral Arms Transfers and the Russian Invasion of Ukraine. *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 72, p. 527-543, 2023.
- COHEN, Gal. Mixing oil and water? The interaction between jus ad bellum and jus in bello during armed conflicts. *Journal on the Use of Force and International Law*, Londres, v. 9, n. 2, p. 352-390, 2022.
- DE VISSCHER, Charles. *Theory and Reality in Public International Law*. Tradução de P. E. Corbett. Princeton: Princeton University Press, 1957.
- DOSWALD-BECK, Louise (org.). *San Remo manual on international law applicable to armed conflicts at sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- ESTADOS UNIDOS. *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*. Norfolk: United States Department of the Navy, 2022.
- FENWICK, Charles Ghequiere. The Old Order Change, Yielding Place to New. *American Journal of International Law*, Washington, v. 47, p. 84-87, 1953.
- GARNER, James Wilford. *International Law and the World War*. Londres: Longmans, Green and Co., 1920.
- GAVOUNELI, Maria. Neutrality: A Survivor? *European Journal of International Law*, Florença, v. 23, p. 267-273, 2012.
- GIANELLI, Alessandra. Le conseguenze dell'aggressione sul regime di neutralità. *Rivista di diritto internazionale*, Roma, v. 107, p. 5-29, 2024.
- GLENNON, Michael J. How International Rules Die. *Georgetown Law Journal*, Washington, v. 93, p. 939-991, 2005.
- HAFNER, Gerhard. L'“obsolescence” de certaines dispositions du Traité d'État autrichien. *Annuaire Français de Droit International*, Paris, v. 37, p. 239-257, 1991.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. *ICJ Rep.*, 21 jun. 1971.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons. *ICJ Rep.*, 8 jul. 1996.
- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark). *ICJ Rep.*, 20 fev. 1969.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Report of the 68th Conference held at Taipei, 1998*. Londres: International Law Association, 1998.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2001. v. 2.
- INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries. In: UNITED NATIONS. *ILC Yearbook*. Genebra: UN, 2018. v. 2.
- JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur. *Oppenheim's International Law*. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- KELSEN, Hans. *Principles of International Law*. Nova York: Rinehart and Company, 1959.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KOHEN, Marcelo. Desuetude and Obsolescence of Treaties. In: CANNIZZARO, Enzo (org.). *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 350-359.

- KOLB, Robert. La désuétude en droit international public. *Revue générale de droit international public*, Paris, v. 111, p. 577-608, 2007.
- KRAJEWSKI, Markus. Neither Neutral nor Party to the Conflict?: On the Legal Assessment of Arms Supplies to Ukraine. *Völkerrechtsblog*, 2022. Disponível em: <https://voelkerrechtsblog.org/neither-neutral-nor-party-to-the-conflict/>.
- LAUTERPACHT, Hersch. The Limits of the Operation of the Law of War. *British Yearbook of International Law*, Londres, v. 30, p. 206-243, 1953.
- MIGLIAZZA, Alessandro. L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Haia, v. 137, p. 141-241, 1972.
- MITCHELL, Ryan. International Law as a Coercive Order: Hans Kelsen and the Transformations of Sanction. *Indiana International and Comparative Law Review*, Indianápolis, v. 29, p. 245-302, 2019.
- MORELLI, Gaetano. *Nozioni di diritto internazionale*. 7. ed. Pádua: CEDAM 1967.
- NEFF, Stephen. The Prerogatives of Violence –In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights. *German Yearbook of International Law*, Kiel, v. 38, p. 41-72, 1995.
- NOVA ZELÂNDIA. *Manual of Armed Forces Law*. Wellington: New Zealand Defence Force, 2017.
- OPPENHEIM, Lassa. *International Law: A Treatise*. 7. ed. Londres: Longmans, Green and Co., 1952.
- PALCHETTI, Paolo. Consequences for Third States as a Result of an Unlawful Use of Force. In: WELLER, Marc (ed.). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 1224-1238.
- POLITIS, Nicolas. *La neutralité et la paix*. Paris: Hachette, 1935.
- PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH. *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- QUADRI, Rolando. *Diritto Internazionale Pubblico*. Nápoles: Liguori, 1968.
- REINO UNIDO. *The Manual of the Law of Armed Conflict*. Londres: Ministry of Defence, 2004.
- RONZITTI, Natalino. *Diritto internazionale dei conflitti armati*. Turim: Giuffrè, 1998.
- RONZITTI, Natalino. Neutrality, non-belligerency, and permanent neutrality according to recent practice and doctrinal views. *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, v. 29, p. 1-17, 2024.
- SCHWARZENBERGER, Georg. The "Aid Britain" Bill and the Law of Neutrality: Some Reflections on the Scope of the Functional Approach to International Law. *Transactions of the Grotius Society*, Cambridge, v. 27, p. 1-29, 1941.
- STONE, Julius. *Legal Controls of International Conflict*. Nova York; Londres: Rinehart & Company Inc., 1954.
- UPCHER, James. *Neutrality in Contemporary International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- VAN STEENBERGHE, Raphaël. Military Assistance to Ukraine: Enquiring the Need for Any Legal Justification under International Law. *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford, v. 28, p. 231-251, 2023.
- VON HEINEGG, Wolff Heintschel. Blockade. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2015.
- WILLIAMS JR., Walter. Neutrality in Modern Armed Conflicts: A Survey of the Developing Law. *Military Law Review*, Charlottesville, v. 90, p. 9-48, 1980.
- WOUTERS, Jan; VERHOEVEN, Sten. Desuetudo. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2008.

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Sea-level rise in international law
and the impacts on determining
the baseline of coastal states**

**A subida do nível do mar no
direito internacional e os
impactos na determinação
da linha de base dos Estados
costeiros**

Ngan Thi Kim Nguyen

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND
RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND
COMPARATIVE PERSPECTIVES

Sea-level rise in international law and the impacts on determining the baseline of coastal states*

A subida do nível do mar no direito internacional e os impactos na determinação da linha de base dos Estados costeiros

Ngan Thi Kim Nguyen**

Abstract

This article studies the impact of sea level rise on determining the baseline of coastal states through legal and practical perspectives. First, it analyzes the provisions of the 1982 UN Convention on the Law of the Sea on how to determine baselines. Next, referring to the practices of some countries, the article analyzes states' viewpoints on the impact of sea level rise on the baselines: maintaining the status quo of the baselines and changing the baselines subject to the impact of sea level rise. Finally, the article makes specific suggestions on this issue. The article mainly uses qualitative research methods on two main theoretical grounds: (i) The phenomenon of sea level rise creates new factual changes of circumstances; and (ii) The 1982 Convention on the Law of the Sea does not enshrine provisions for regulating sea level rise, thus leading to different interpretations and applications of the Convention. The article concludes that sea level rise inevitably leads to a change of circumstances and conditions that have been and are being used to determine the baselines of States. Supplementing provisions of the 1982 Convention on the Law of the Sea is a pressing need but far from achievable in a short period of time. In the short term, countries based on their sovereignty and interests can develop appropriate solutions when applying the provisions of the Convention but must not infringe on the sovereignty of other countries and must respect the principles of international law. For now, based on the principles of sovereignty and legitimate interests States should adopt appropriate measures for applying the Convention's provisions but shall not impair other States' sovereignty and fundamental principles of international law.

Keywords: the 1982 UN Convention on the Law of the Sea. Baseline. Sea Level Rise.

Resumo

Este artigo estuda o impacto da subida do nível do mar na determinação da linha de base dos Estados costeiros através de perspectivas jurídicas e práticas. Em primeiro lugar, analisa as disposições da Convenção das Nações

* Recebido em 26/02/2024
Aprovado em 28/03/2024

** Doctor on International Law at Hanoi Law University - Viet Nam. Senior Expert on International Law. Vice Dean of Post Graduate Department, Editorial Board Member of the Jurisprudence Journal of Ha Noi Law University; Executive Council Member of Viet Nam Society of International Law (VSIL). E-mail: nguyenkimngan@hlu.edu.vn. Email: nguyenkimngan@hlu.edu.vn

Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 sobre forma de determinar as linhas de base. Em seguida, referindo-se às práticas de alguns países, o artigo analisa os pontos de vista dos Estados sobre o impacto da subida do nível do mar nas linhas de base: manter o status quo das linhas de base e alterar as linhas de base sujeitas ao impacto da subida do nível do mar. Por último, o artigo apresenta sugestões específicas sobre esta questão. O artigo utiliza principalmente métodos de pesquisa qualitativa com base em dois fundamentos teóricos principais: (i) O fenómeno da subida do nível do mar cria novas alterações factuais das circunstâncias; e (ii) A Convenção de 1982 sobre o Direito do Mar não consagra disposições para regular a subida do nível do mar, o que leva a diferentes interpretações e aplicações da Convenção. O artigo conclui que a subida do nível do mar conduz inevitavelmente a uma alteração das circunstâncias e condições que foram e estão a ser utilizadas para determinar as linhas de base dos Estados. Completar as disposições da Convenção de 1982 sobre o Direito do Mar é uma necessidade urgente, mas está longe de ser exequível num curto período de tempo. A curto prazo, os países, com base na sua soberania e nos seus interesses, podem desenvolver soluções adequadas aquando da aplicação das disposições da Convenção, mas não devem infringir a soberania de outros países e devem respeitar os princípios da integridade e da proteção do ambiente.

Palavras-chave: Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, linha de base, subida do nível do mar.

1 Introduction

Climate change is changing the temperature of oceans around the world and leading to the phenomenon of sea level rise. Sea level rise has become a global issue affecting many countries and regions worldwide. Coastal countries are suffering the undesirable effects of sea level rise. Rising sea levels risk flooding low-lying coastal areas and land erosion and salinization. At the same time, the phenomenon of sea level rise increases the intensity and frequency of storm surges, endangering the lives and properties of people living in coastal areas. Under international law, sea level rise also raises many legal conundrums. The United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 (hereinafter UNCLOS 1982) was negotiated and signed at the

third Conference on the Law of the Sea (1973 - 1982). At that point, States could not predict the complicated developments of sea level rise. The UNCLOS 1982 also does not contain relevant provisions on this matter. Currently, sea level rise is subjecting many provisions of the UNCLOS 1982 to countless debates and arguments. In addition, due to sea level rise, coastal States have witnessed unwanted effects on the national baseline system. Sea level rise changes the coastal topography, which becomes unstable; some islands and coastal lands are submerged; thus, a State's base points and baseline system are also affected. One of the daunting challenges facing coastal States is to balance the protection of national sovereignty and interests with the interpretation and application of the UNCLOS 1982.

2 Determining the Baseline under the 1982 UN Convention on the Law of the Sea and The Impact of Sea Level Rise

According to the provisions of UNCLOS 1982, the baseline is an important basis for determining the boundaries of the maritime zones subject to state sovereignty and sovereign rights. For continental States, the UNCLOS 1982 provides two methods for determining normal and straight baselines in Articles 5–14. For archipelagic States, Article 47 of the UNCLOS 1982 is applicable as the method for determining archipelagic baselines. Dependent on their circumstances, States may draw their baselines by the normal baseline method, the straight baseline method, or the combination of both methods.

2.1. Normal Baseline

Under Article 5 of the UNCLOS 1982, “*the normal baseline for measuring the breadth of the territorial sea is the low-water line along the coast as marked on large-scale charts officially recognized by the coastal State.*” The normal baseline primarily applies to the State with a relatively flat coastline, without being indented, and the low-tide line is relatively obvious.

The low-tide line is the line at the intersection of the coastline with the lowest point of sea level. UNCLOS 1982 does not specify the means or method for deter-

mining the low-tide line, but leaves it open for States to determine for themselves based on the results of astronomical research. In fact, two commonly used methods by States for determining the lowest tide include Lowest Astronomical Tide (LAT) and Mean Low Water Springs (MLWS). LAT is the lowest tidal level that can be expected to take place under average meteorological conditions and under any combination of astronomical conditions. LAT is determined by inspecting predicted sea levels over several years. MLWS is the average height of two successive high waters during a 24-hour period when the range of the tide is at its greatest throughout the year (when the moon's maximum inclination is 23.5°).¹

The only ground for determining the normal baseline is the lowest tide line. In fact, the phenomenon of sea level rise directly affects the low-tide line and the normal baselines tend to "move" land-wards. However, legally speaking, is the coastal state obligated to re-draw its normal baselines? Apart from Article 5, which stipulates that normal baselines must be marked on large-scale charts and officially claimed by the coastal state, the UNCLOS 1982 does not address the issues after the coastal state has made the statement on its normal baseline, including potential revisions of or updates to the new baseline. Therefore, despite the actual effects of sea level rise, the coastal state is not obliged to adjust its normal baselines. This completely depends on the will and wishes of the State. In the case of a baseline change by a State, the change takes effect only when the State officially issues a new declaration on such change accompanied by the chart with the corresponding corrections.

The advantage of normal baselines is reflecting relatively accurately the topography of the coast and helping to limit the excessive expansion of the coastal state's maritime zones. However, this method also suffers certain limitations such as low flexibility due to sea level changes and difficulties applying to coastlines that are deeply indented and cut into, or a fringe of islands along the coastline. Hence, States tend to employ straight baselines or a combination of normal and straight baselines.

¹ National Tidal and Sea Level Facility. Definitions of Tidal Levels and Other Parameters. Available in: <https://ntslf.org/tgi/definitions>. Accessed on: 30 June 2022.

2.2 Straight Baseline

Straight baseline, in essence, overcome some of the limitations of normal baseline. This method can be easily applied to States with coastlines which are deeply indented and cut into. It is also a method that simplifies but does not modify or distort the coastal topography. However, coastal states can also abuse the straight baseline method by selecting base points to excessively extend their maritime zones. To remedy, the UNCLOS 1982 provides conditions for determining straight baselines.

According to Article 7 of UNCLOS 1982, there are three circumstances under which straight baselines are applied: 1) those are deeply indented and cut into; 2) a fringe of islands along the coast in its immediate vicinity; 3) the presence of a delta and other natural conditions the coastline is highly unstable. To determine a straight baseline, the coastal state chooses base points and connects them to form a straight baseline. The base points can be the the outermost point of the coast (for the indented and cut-into coastline) or the outermost point of the islands (for the coastline with a fringe of islands along the coast); or the point that was once the furthest point from the coast (for an unstable coastline). In determining a straight baseline, the coastal state must observe the conditions provided under Article 7(3)(4)(5)(6) of the UNCLOS 1982:

- The straight baselines must not depart to any appreciable extent from the general direction of the coast, and the sea areas lying within the lines must be sufficiently closely linked to the land domain to be subject to the regime of internal waters.

- Straight baselines shall be a clearly physical reality. Low-tide elevations shall not be chosen for determining a base point, unless lighthouses or similar installations which are permanently above sea level have been built on them or except in instances where the drawing of baselines to and from such elevations has received general international recognition.

- The straight baselines shall not be applicable by a State in such a manner as to cut off the territorial sea of another State from the high seas or an exclusive economic zone.

Although it provides for conditions on straight baselines, the UNCLOS 1982 also stipulates that, in deter-

mining certain straight baselines, the coastal state may take into consideration of particular economic interests distinct to that area, whose fact and importance have been clearly demonstrated by a long history of use.

For straight baselines, sea level rise can impact directly on selected base points as follows:

- Island as a base point: Article 121(1) of the UNCLOS 1982 stipulates that an island is a natural land area surrounded by water, which is still above water at high tide. Thus, “above water at high tide” is one of the important threshold to identify a geographical feature at sea as an island. This is also the criterion to differentiate an islands from low-tide elevations.

In fact, sea level rise can “submerge” some islands and “transform” some others into low-tide elevations. Thus, the base points chosen as these islands may no longer satisfy the condition of “clearly physical reality”. Even in the case that it is not “submerged” or “transformed” into a low-tide elevation, sea level rise will also extend the distance between the island and the coastline, and as a result, the baseline runs across the island may be “pushed” away from the general trend of the coastline, and the maritime zones within the baseline are not sufficiently connected to the mainland to be characterized as internal waters.

- Low-tide elevation as a base point: Article 13 of the UNCLOS 1982 stipulates that a low-tide elevation is a naturally formed area of land which is surrounded by and above water at low tide and below water at high tide. A low-tide elevation may be selected as a base point where that elevation is situated wholly or partly at a distance not exceeding the breadth of the territorial sea from the mainland or an island and where lighthouses or similar installations which are permanently above sea level have been built on them or except in instances where the drawing of baselines to and from such elevations has received general international recognition.

Similar to islands, sea level rise could either completely submerge the elevations, or push the elevations far away from the breadth of the territorial sea, and thus the base point becomes unqualified under the UNCLOS 1982, unless the determination of the baseline has been generally accepted internationally.

- Other base points: In addition to islands and low-tide elevations, sea level rise will also have an impact on the existing baselines in the baseline system of the

coastal state such as the outermost points of the coastline, the area of an indentation of bays, the points on the low-water line of the river banks. This impact is landward because according to Articles 7, 9 and 10 of the UNCLOS 1982, the determination of these points is associated with the lowest tide level.

Article 16 of the 1982 UNCLOS stipulates that the coastal state is obliged to publicize and deposit to the Secretary-General of the United Nations the charts showing the straight baselines and the list of geographical coordinates of the base points. Similar to the normal baselines, the UNCLOS 1982 does not address the obligation of the coastal state to update or amend the straight baselines in the event of a factual change in the coastal topography or other natural conditions, including changes caused by sea level rise, except for enigmatic Article 7(2) of the UNCLOS 1982. Accordingly, where the coast is highly unstable, the appropriate points selected along the low-water line moving landward, the established baselines will remain in effect until the coastal States amend them in accordance with the Convention. The phrase “remain effective until changed by the coastal State” presupposes the coastal State’s ability to modify its established straight baselines, but does not explicitly establish the obligation to modify the coastal State’s baseline in the situation stipulated under Article 7(2).

2.3 Archipelagic baselines

With the peculiarity of the geographical structure as “constituted wholly by one or more archipelagos and may include other islands” (Article 46 of UNCLOS 1982), archipelagic baselines are unilaterally established by archipelagic States based on the straight baseline method by connecting the outermost points of the outermost islands and drying reefs of the archipelago. According to Article 47 of UNCLOS 1982, archipelagic baselines must comply with the following conditions:

- Within such baselines are included the main islands and an area in which the ratio of the area of the water to the area of the land, including atolls, is between 1 to 1 and 9 to 1.

- The length of such baselines shall not exceed 100 nautical miles, except that up to 3 per cent of the total number of baselines enclosing any archipelago may ex-

ceed that length, up to a maximum length of 125 nautical miles.

- The system of such baselines shall not depart to any appreciable extent from the general configuration of the archipelago.

- Such baselines shall not be drawn to and from low-tide elevations, unless lighthouses or similar installations which are permanently above sea level have been built on them or where a low-tide elevation is situated wholly or partly at a distance not exceeding the breadth of the territorial sea from the nearest island.

- The system of such baselines shall not cut off from the high seas or the exclusive economic zone the territorial sea of another State.

- The baselines shall be shown on charts of an adequate scale or scales and publicized by the archipelagic State in due course.

In light of the above regulations, if the conditions for determining the straight baselines of the mainland State are not clear, the quantification of the conditions for determining the archipelagic baselines (ratio of water area to land area, length of each baseline) has relatively high accuracy, limits the excessive expansion of the maritime zones of archipelagic States, and balances the interests of archipelagic States and that of the international community. This quantitative regulation also facilitates the mechanism to check and monitor the legality of the archipelagic State's baseline system – a difference from the qualitative regulations when determining baselines of mainland States.

In addition to the above difference, the conditions for archipelagic baselines are similar to the straight baselines of a mainland State. Therefore, the impact of sea level rise on these two baselines also is similar. However, for archipelagic State, sea level rise may also increase the sea area surrounding the islands while the land area shrinks, leading to a ratio exceeding the 9/1 ratio and the gap between the islands may also be pushed beyond the limits as provided under the UNCLOS 1982.

Thus, in practice, sea level rise can affect the baselines of coastal States in the following ways: 1) the normal baselines “move” land-ward; 2) the straight baselines that “moves” land-ward or is “shifted” from the overall trend of the coastline depending on the baseline selected by the States; 3) the straight baselines no

longer conform to the provisions of UNCLOS 1982 because some of the baselines have completely “disappeared” or do not meet the criteria of the UNCLOS 1982. However, legally speaking, the UNCLOS 1982 does not obligate the coastal States to adjust its publicized baselines to accommodate the changing coastal topography due to sea level rise. The coastal States have the right to decide on this matter on the basis of their will and wishes.

3 The Practice of Determining the Baselines and the Views of States on the Impact of Sea Level Rise on the Baselines

Currently, there exist two groups of countries with completely different views and practices on determining baselines subject to the impact of sea level rise: one of the view on the baseline stability and the other supports modification of baselines.

3.1 States of the View of Maintaining the Baselines

Based on the argument that UNCLOS 1982 only requires States to declare and mark normal baselines on large scale charts (Article 5 of UNCLOS 1982); publicize and deposit with the Secretary-General of the United Nations charts showing the straight baselines and lists of geographical coordinates of the base points (Article 16(2) and Article 47(9) of UNCLOS 1982), it is argued that such charts publicized or deposited by the State, together with the list of geographical coordinates to the Secretary-General of the United Nations, are important legal grounds for making clear the baselines of the coastal State. The baselines will be independent of changes in coastal topography or other natural conditions, including sea level rise.²

This view also holds that the baselines are important for determining maritime zones, including those subject to national territory such as internal waters and territorial sea. Steadfastly maintaining the declared baselines is

² SOONS Alfred H.A. The Effects of Sea Level Rise on Baselines and Outer Limits of Maritime Zones. In: HEIDAR Tomas (Editor): New knowledge and changing circumstances in the law of the sea. Brill Nijhoff, 2020. p. 358 – 381.

to maintain the stability of the maritime zones subject to State sovereignty and sovereign rights and help prevent disputes from arising.³ Besides, the issue of having to change the baselines to accommodate changes in the coastline and other natural conditions will lead to the coastal state having to protect the baselines by using technical measures, installation of artificial works.⁴

The first states strongly supporting baseline stability are the small island states, including the Small Island Developing States (SIDS) in the Pacific Ocean. Due to the characteristics of the territorial structure of the land, which is mainly made up of small, low-sized islands and scattered over a wide sea surface, these countries will suffer numerous adverse impacts of sea level rise. Many States in this group such as Kiribati, Tuvalu, Solomon Islands, Timor Lester, Vanuatu, are underdeveloped economies and heavily dependent on marine resources. Many scientific data show that the trend of sea level rise is relatively salient in some States such as Samoa (+6.3 mm/year), Tonga (+8.4 mm/year), Tuvalu (+4.0 mm/year), and Tuvalu (+4.0 mm/year). /year), Solomon Islands (+7.1 mm/year), Papua New Guinea (+7.7 mm/year).⁵ With such trend of sea level rise, States in this group will face a series of threats by 2100 such as changing baselines and maritime boundaries; even if the islands in the territorial structure of the States are to be completely submerged, the statehood would be threatened.⁶ The serious threats mentioned above have compelled the countries in this group to take prompt political and legal actions to solve the climate-change-inducing sea level rise. States also resolutely affirm that they will take various measures, including the development of international law, to ensure that the baselines and boundaries of their maritime zones established in accordance with UNCLOS 1982 will not be impaired by sea level rise and climate change.⁷ Some States have also

taken steps for publicizing and depositing with the Secretary-General of the United Nations, charts showing straight baselines and lists of geographical coordinates of base points.

In the East Vietnam Sea (South China Sea), Thailand is also a supporter of keeping stable baselines and maritime boundaries established on the basis of the UNCLOS 1982 to maintain peace, stability and friendly relations among nations⁸. The Philippines and Indonesia share similar views.⁹ In Central America, Antigua and Barbuda (archipelagic States) have made a stronger claim in asserting that the interpretation of fixed baselines and maritime boundaries is consistent with the principles of stability and transparency in international law. A shifting baseline would violate this principle and the principle of a State's perpetual sovereignty over its natural resources. Antigua and Barbuda have publicized and submitted charts showing archipelagic baselines to the United Nations for nearly 40 years, and argued that States have no obligation to modify the baselines and can preserve its maritime zones.¹⁰

3.2 States of the View of Modifying the Baselines

For straight baselines, the advocates of modifying the baselines hold that Article 7(2) of the UNCLOS only deals with baseline stability at highly unstable coastal areas due to the presence of a delta and other natural conditions. Accordingly, the appropriate points can be selected along the low-water line, and even if the tidal line is shifted land-ward, the established baselines will remain in effect until the coastal States amended in ac-

³ CARON, David. When Law Make Climate Change Worse: Rethinking the Law of Baselines of Baseline in Light of a Rising Sea Level. *Ecology Law Quarterly*, 17(4), p. 621-637. 1990.

⁴ BUSCH, Signe Veierud. Sea Level Rise and Shifting Maritime Limits: Stable Baselines as a Response. *Arctic Review on Law and Politics*, 9, p.179. 2018.

⁵ Australian Government Bureau of Meteorology. South Pacific Sea Level and Climate Monitoring Project: Consolidated Data Reports. Available in: http://www.bom.gov.au/oceanography/projects/spslcmp/reports_6mths.shtml. Accessed on 16 Sept. 2021.

⁶ NGUYEN Hong Thao. Sea-Level Rise and the Law of the Sea in the Western Pacific Region. *Journal of East Asia and International Law*. Vol.13, No.1, p. 121 – 142, 2020.

⁷ Kainaki II Declaration for Urgent Climate Action Now. 50th Pacific Islands Forum Communique. Available in: <https://www.tuvaluclimatechange.gov.tv/document/50th-pacific-islands-forum-communicue-kainaki-ii-declaration>. Accessed on: 16 Sept. 2021.

⁸ Summary record of the 24th meeting: 6th Committee, held at Headquarters, New York, on Tuesday, 29 October 2019, A/C.6/74/SR.24, para 99-100. Available in: <https://digitallibrary.un.org/record/3841582?ln=en>. Accessed on: 16 Sept. 2021.

⁹ First issues paper by Bogdan Aurescu and Nilüfer Oral, Co-Chairs of the Study Group on sea-level rise in relation to international law, International Law Commission 72nd session Geneva, 27 April–5 June and 6 July–7 August 2020, A/CN.4/740. Available in: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/053/91/PDF/N2005391.pdf?OpenElement>. Accessed on: 16 Sept. 2021.

¹⁰ International Law Commission. Sea-level rise in relation to International Law, Comments by Governments - Antigua and Barbuda. Available in: https://legal.un.org/ilc/sessions/72/pdfs/english/slr_antigua_barbuda.pdf. Accessed on: 16 Sept. 2021.

cordance with the Convention. In other cases, when the topography changes, the baseline must shift.¹¹

With respect to normal baselines, the International Law Association (ILA) took a position in explaining Article 5 of the UNCLOS 1982 in its 2012 Report on Baselines in the International Law of the Sea. This view makes clear, in the case of an unstable coastline due to sea level rise, the baselines can be flexibly changed according to the geographical conditions of the coast.¹² This means that it will create a baseline system that reflects actual geographic conditions by flexible modification.¹³ However, recently, in Resolution 5/2018, the ILA adjusted its position when it said: “For maintaining stability and legal certainty, and for that the baselines and outer boundaries of maritime zones of the coastal States or archipelagic States have been determined in accordance with the UNCLOS 1982, such baselines and boundaries should not be subject to reconsideration when sea level rise alters the actual topography of the coastline.”¹⁴

Some countries support the view of shifting the baselines according to the change of coastal topography such as the UK, the Netherlands, Finland, Romania, the United States. Countries have clearly expressed their views in the reports submitted to the International Law Commission (ILC) within the framework of the ILC’s studies on “Sea level rise in relation to international law”.¹⁵

The baselines of the Netherlands are determined under the Law on Territorial Seas enacted in 1985, consisting of normal baselines and straight baselines. The normal baselines are determined by the low-tide line, which is the line showing the depth of 0m publicized on large scale charts, issued under the guidance of the Dutch Ministry of Defense. In some maritime zones of the Netherlands (the waters in the south of the North Sea), the seafloor is mutable, leading to frequent changes in the low-water line and affecting the normal baselines determined in the zones. there. In the event of a change with an error of 0.1 nautical miles, the Netherlands will take steps to adjust its normal baselines.¹⁶

For Romania, Article 2 of Law No. 17/1990 on the legal status of internal waters, territorial seas and contiguous zones of 1990 stipulates that the baselines of Romania are determined according to the low-tide line along the coast, or the straight baselines connecting the outermost points of the coastline. The geographical coordinates of the base points are listed in the appendix attached to Law No. 17/1990. In the event where the base points of the straight baselines are changed for objective reasons, the coordinates of the new baselines will be established through a decision of the Government. The position in favor of shifting maritime boundaries, including baselines, was also affirmed by Romania in the 2003 Treaty on the Regulation of Borders between Romania and Ukraine. The two countries have agreed as in the Treaty on how to determine the maritime boundary between the parties; determine the territorial sea of each side with the breadth of 12 nautical miles from the baselines. The Treaty also clearly states that if there are objective changes due to natural phenomena, not related to human activities, subjecting the coordinates of the maritime boundaries to change, the parties will establish a Joint Committee to negotiate and sign a new agreement.¹⁷

Although it must be a member of the 1982 UNCLOS, but has joined the 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, the United States of America draws its baselines based on the

¹¹ SEFRIOUI Sarra. Adapting to Sea Level Rise: A Law of the Sea Perspective. In ANDREONE Gemma (Editor). *The Future of the Law of the Sea*, Switzerland: Springer, 2017. P. 3-22. Available in: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-51274-7_1. Accessed on: 25 June 2022.

¹² International Law Association, Sofia Conference. *Baselines under the International Law of the Sea*. 2012, pp. 2-3. Available in: <https://ilareporter.org.au/wp-content/uploads/2015/07/Source-1-Baselines-Final-Report-Sofia-2012.pdf>. Accessed on: 27 June 2022.

¹³ SCHOFIELD Clive Schofield. *Against a Rising Tide: Ambulatory Baselines and Shifting Maritime Limits in the face of Sea Level Rise*. Faculty of Law, Humanities and the Arts. 2019. Available in: <https://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1321&context=lhapers>. Accessed on: 27 June 2022.

¹⁴ International Law Association. *Resolution 5/2018*. Committee on International Law and Sea Level Rise. Available in: https://www.ila-hq.org/images/ILA/Resolutions/ILAResolution_5_2018_Sea-LevelRise.pdf. Accessed on: 7 July 2022.

¹⁵ International Law Commission. *Sea-level rise in relation to International Law, Comments by Governments*. Available in: https://legal.un.org/ilc/guide/8_9.shtml. Accessed on: 28 June 2022.

¹⁶ International Law Commission. *Sea-level rise in relation to International Law, Comments by Governments – Netherlands*. Available in: https://legal.un.org/ilc/sessions/72/pdfs/english/slr_netherlands.pdf. Accessed on: 28 June 2022.

¹⁷ International Law Commission. *Sea-level rise in relation to International Law, Comments by Governments – Romania*. Available in: https://legal.un.org/ilc/sessions/72/pdfs/english/slr_romania.pdf. Accessed on: 28 June 2022.

provisions of the 1958 Geneva Convention. The U.S. affirms the view that the baseline of the coastal state is flexible. If the low-tide line along the coast shifts (landward or seaward), this shift will also affect the outer boundary of the coastal State's maritime zones. The U.S. conducts periodic surveys of the coastline and assesses the possibility of a changing impact on the baselines. If the displacement margin is greater than 500m, the new baseline will be redetermined and approved by an interagency US committee. Outer boundaries beyond the maritime zones will also be changed corresponding to new baselines and publicized on large scale charts. The U.S. also believes that sea level rise can lead to flooding or erosion of coastal land, thereby changing the baselines and boundaries of the State's maritime zones. The U.S. supports the efforts of States to protect their own waters without prejudice to the rights and interests of others. Such measures include strengthening the coastline, building sea embankments, sea dykes; protect and restore coastal ecosystems.¹⁸

Thus, besides the group of States that support the view of maintaining stable baselines, many States advocate the stance that the baseline shift according to the change of coastal topography due to objective reasons, including sea level rise. That shows the disagreement in the views and practices of States in dealing with the impacts of sea level rise.

Two opposing views, maintaining stability or shifting according to the change of coastal topography due to sea level rise, are also different views and approaches of States towards the boundary demarcation of maritime zones (territorial seas, contiguous zones, exclusive economic zones, continental shelves) and even the delimitation of overlapping maritime zones between States, because baselines, or in some cases coastline, which are important grounds for determining these boundaries. The baseline or coastline changes may or may not affect these boundaries depending on the tendency to accept the view of "maintaining" or "shifting" the baselines in particular and in general the maritime boundaries of States. For the delimitation of overlapping maritime boundaries through the signing of international treaties, in addition to the provisions of the UNCLOS 1982, it is also governed by the 1969 Vienna Convention on the

Law of Treaties. Article 62 of the 1969 Vienna Convention stipulates that a fundamental change of circumstances may not be invoked to terminate or suspend international border treaties. With this provision, the phenomenon of sea level rise will not affect the maritime boundary (delimitation of overlapping internal waters or territorial sea) which has been determined on the basis of international treaties between the States concerned; In other words, the national borders at sea, formed on the basis of international treaties, are always stable in the face of changes in circumstances, including the phenomenon of sea level rise leading to changes in maritime boundaries.

Contrasting views of States on the impact of sea level rise on baselines and maritime boundaries, which, in addition to national interest considerations, also stem from ambiguous and vague provisions of the UNCLOS 1982. At the time of negotiation and signing of the Convention (Third Law of the Sea Conference 1973-1982), the issue of environmental protection garnered concerns from States and codified into the UNCLOS 1982. However, States could not have predicted the serious impacts of climate-change-induced sea level rise on the way maritime zones are determined and regulated. In addition, the compromise of wills and interests among States, to a certain extent, also makes the provisions of UNCLOS 1982 lack "radical feature". Against the existing backdrop of various complex conundrums, theoretical, legal, and practical, posed by the phenomenon of sea level rise poses, the UNCLOS 1982 also needs to be revised and supplemented with more adequate and comprehensive provisions to address this issue.

Despite divergent views, it is clear that the view of maintaining stable baselines receives support from many States, especially those in the Asia Pacific region. In the current context, maintaining the stability of the baselines and thereby maintaining the stability of the maritime boundaries are considered a formula with various advantages so as to ensure the stability of the legal order at sea, which is established by the UNCLOS 1982 and prevent disputes from arising in the establishment and protection of maritime zones subject to State sovereignty and sovereign rights.

¹⁸ International Law Commission. Sea-level rise in relation to International Law, Comments by Governments – The United States of America. Available in: https://legal.un.org/ilc/sessions/72/pdfs/english/slr_us.pdf. Accessed on: 28 June 2022.

4 Legal and Practical Solutions to the Impact of Sea Level Rise on the Baselines of the Coastal State

As analyzed above, international law of the sea in general and the UNCLOS 1982 in particular do not foresee the phenomenon of sea level rise and its impacts. The provisions of the UNCLOS are currently being interpreted and applied differently in the practice of determining States' baselines. For an overarching understanding of the impact of sea level rise on legal rights of coastal States, including the determination of baselines, various methods have been introduced ranging from the amendment of the Law of the Sea Convention, drafting of a legal instrument for the implementation of the UNCLOS, to request the United Nations General Assembly to enact a resolution or refer to the International Court of Justice's advisory opinion on this issue. In theory, all of the above methods pave the way for a desired outcome of forming a coherent legal viewpoint on the impacts of sea level rise. However, some methods may not be feasible or troubled with uncertainties.

First of all, according to Article 312 of the UNCLOS 1982, 10 years after its entry into force, if an amendment to the UNCLOS 1982 proposed by a member State receives support of greater than 50 percent of the member States, the United Nations Secretary General will convene a conference for such purpose. If there is no objection within 12 months from the date of notification of the amendment proposal, pursuant to Article 313(3) of the UNCLOS, the proposal is considered to have been adopted by the member States under the simplified procedure. But so far, this provision has been largely dormant after nearly 30 years of the UNCLOS coming into force. This does not mean that States were completely satisfied with the provisions of UNCLOS, but this document is the result of a lengthy negotiation process, demonstrating the harmony of legal views and interests of various States. The overall integrity of UNCLOS has always been emphasized, thus a proposal to amend one or several provisions of the Convention is very likely to face oppositions from States. Reopening the negotiation process would be complicated and uncertain to bring about a desired outcome, as evidenced by the failure of the Second United Nations Conference on the Law of the Sea.

The alternative of devising a legal document for the implementation of the UNCLOS is somewhat less demanding than revising the entire instrument. Since the signing of the UNCLOS until now, there have been two documents of this kind, namely the Agreement on the Implementation of Part XI of the UNCLOS dated November 16, 1994 and Agreement on the Implementation of the Provisions of the UNCLOS relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks dated August 4, 1995. The States parties to the UNCLOS are also in the process of developing a legal instrument on the conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction as the third document on the implementation of the UNCLOS. However, a proposal for a document related to the effects of sea level rise has not yet been made. Although States are aware of the impacts of sea level rise, the process of negotiating and approving a multilateral treaty on this matter is not painless; nor is it an optimal alternative.

Although not as binding as an international treaty, the International Court of Justice's advisory opinion or the UN General Assembly's resolution is of great significance because it provides the interpretation of the UN bodies on the provisions of the UNCLOS. Pursuant to Article 96 of the UN Charter, the General Assembly, the Security Council and UN agencies as well as specialized organizations may request the ICJ to give opinion on legal issues within its competence. A Pacific island nation, Vanuatu, announced that it would join forces with other Pacific island nations to push the UN General Assembly to adopt a resolution requesting the ICJ to provide an advisory opinion on the right of present and future generations to be protected from climate change and sea level rise.¹⁹ Apart from requesting the ICJ to give an advisory opinion, the UN General Assembly may also adopt a Resolution as a basis for the development of a future multilateral treaty on sea level rise. This is also how the multilateral conventions on human rights (ICCPR and ICESCR) were negotiated and signed based on the 1948 Universal Declaration of Human Rights introduced in the form of a UN General Assembly resolution.²⁰ However, gaining the support of

¹⁹ CHLOÉ Farand. Vanuatu Publishes Draft Resolution Seeking Climate Justice at UN Court. Available in: <https://www.climatechangenews.com/2022/11/30/vanuatu-publishes-draft-resolution-seeking-climate-justice-at-un-court/>. Accessed on: 25 June 2022.

²⁰ The Universal Declaration of Human Rights was adopted by the

the majority of States for the adoption of a UN General Assembly resolution is far from easy considering a large gap in the views of the States on the impacts of sea level rise regarding “maintaining” or “shifting” the baselines.

Legal measures are considered long-term solutions. Before forming a coherent legal view on the impacts of sea level rise, on the basis of respect of international law, States can take the following measures to protect their national sovereignty against the undesirable effects of sea level rise on their baselines:

First, deposit the charts and the list of geographical coordinates of the national baselines to the UN Secretary General in accordance with Article 16(2) of the UNCLOS 1982. This action has special importance for coastal States that advocates the view of maintaining the stability of baselines for that they have fulfilled the procedural obligation to deposit charts and geographic coordinates to Secretary General of the United Nations. The fulfillment of this obligation also requires States to define a complete baseline system, thereby promoting maritime delimitation negotiations with neighbouring States to determine base points and to make specific claims on baselines in relation to overlapping zones.

Second, strengthening policies and laws on environmental protection, combating climate change and sea level rise; taking the content of combating climate change in socio-economic development strategies, master plans and plans; building mechanisms to facilitate the coordination among territories, sectors and economic components, strengthening and improving the operational efficiency of the organizational and management apparatus related to environmental protection, mitigating the impacts of climate change and sea level rise.

Thirdly, take measures to protect the coastline to prevent the risk of flooding and erosion caused by sea level rise such as planting mangroves, building and reinforcing dykes, sea embankments, etc., with adequate investments. These measures are completely legal under international law to protect the baseline system against the effects of sea level rise.

Fourth, continue to conduct scientific research, forecast potential sea level rise, assess legal impacts of sea level rise, develop alternative scenarios, take initiative in addressing and responding to sea level rise in the face

of its adverse impacts such as those on the base points and on the entire national baseline system.

Fifth, promote international cooperation in the field of environment to adopt measures in concert at the global level for the protection of the environment and prevention of climate change, thereby mitigating the phenomena of global warming and sea level rise.

5 Conclusion

Sea level rise is one of the top concerns of the international community and many States. It seriously affects the coastline and legal boundaries of the maritime zones subject to State sovereignty and sovereign rights, including the baseline. At the same time, it adversely impacts on the environment, socio-economic development and national security and defense of each State. In order to protect their sovereignty, sovereign rights and other legitimate rights and interests at sea, States need to join hands to take comprehensive measures, political, diplomatic, legal, economic, social, in accordance with the provisions of international law of the sea and relevant national laws.

References

- Australian Government Bureau of Meteorology. South Pacific Sea Level and Climate Monitoring Project: Consolidated Data Reports. Available in: http://www.bom.gov.au/oceanography/projects/spslcmp/reports_6mths.shtml. Accessed on 16 Sept. 2021.
- BUSCH, Signe Veierud. Sea Level Rise and Shifting Maritime Limits: Stable Baselines as a Response. *Arctic Review on Law and Politics*, 9, p.179. 2018.
- CARON, David. When Law Make Climate Change Worse: Rethinking the Law of Baselines of Baseline in Light of a Rising Sea Level. *Ecology Law Quarterly*, 17(4), p. 621-637. 1990.
- CHLOÉ Farand. Vanuatu Publishes Draft Resolution Seeking Climate Justice at UN Court. Available in: <https://www.climatechangenews.com/2022/11/30/vanuatu-publishes-draft-resolution-seeking-climate-justice-at-un-court/>. Accessed on: 25 June 2022.

First issues paper by Bogdan Aurescu and Nilüfer Oral, Co-Chairs of the Study Group on sea-level rise in relation to international law, International Law Commission 72nd session Geneva, 27 April–5 June and 6 July–7 August 2020, A/CN.4/740. Available in: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/053/91/PDF/N2005391.pdf?OpenElement>. Accessed on: 16 Sept. 2021.

Kainaki II Declaration for Urgent Climate Action Now. 50th Pacific Islands Forum Communique. Available in: <https://www.tuvaluclimatechange.gov.tv/document/50th-pacific-islands-forum-communique-kainaki-ii-declaration>. Accessed on: 16 Sept. 2021.

NGUYEN Hong Thao. Sea-Level Rise and the Law of the Sea in the Western Pacific Region. *Journal of East Asia and International Law*. Vol.13, No.1, p. 121 – 142, 2020.

SCHOFIELD Clive Schofield. Against a Rising Tide: Ambulatory Baselines and Shifting Maritime Limits in the face of Sea Level Rise. Faculty of Law, Humanities and the Arts. 2019. Available in: <https://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1321&context=lhapapers>. Accessed on: 27 June 2022.

SEFRIQUI Sarra. Adapting to Sea Level Rise: A Law of the Sea Perspective. In ANDREONE Gemma (Editor). *The Future of the Law of the Sea*, Switzerland: Springer, 2017. P. 3-22. Available in: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-51274-7_1. Accessed on: 25 June 2022.

SOONS Alfred H.A. The Effects of Sea Level Rise on Baselines and Outer Limits of Maritime Zones. In: HEIDAR Tomas (Editor): *New knowledge and changing circumstances in the law of the sea*. Brill Nijhoff, 2020. p. 358 – 381.

Summary record of the 24th meeting: 6th Committee, held at Headquarters, New York, on Tuesday, 29 October 2019, A/C.6/74/SR.24, para 99-100. Available in: <https://digitallibrary.un.org/record/3841582?ln=en>. Accessed on: 16 Sept. 2021.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Entre o acesso ao conhecimento e a propriedade intelectual: colisão de regimes no sistema internacional de proteção aos direitos de autor

Between access to knowledge and intellectual property: collision of regimes in the international copyright protection system

Hugo de Oliveira Martins

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

Entre o acesso ao conhecimento e a propriedade intelectual: colisão de regimes no sistema internacional de proteção aos direitos de autor*

Between access to knowledge and intellectual property: collision of regimes in the international copyright protection system

Hugo de Oliveira Martins**

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza***

Resumo

O presente estudo tem por objeto os dilemas enfrentados no sistema internacional de proteção aos direitos de autor no que diz respeito ao conflito de interesses entre a proteção de direitos de propriedade intelectual e a garantia de acesso ao conhecimento, na forma do direito à ciência e cultura. Essa colisão de regimes é analisada desde o ponto de vista da fragmentação do direito global e da concepção de um pluralismo legal estabelecido internacionalmente no qual, à diferença do Estado nacional, não existe um único centro decisório que concentra a interpretação e aplicação do direito. Desse modo, assumindo a premissa que o conhecimento é um bem público global cuja produção e difusão devem ser estimuladas, objetiva-se analisar os principais modelos que se propõem a equilibrar a proteção aos direitos de autor com o interesse coletivo de que a obra intelectual objeto dessa proteção seja potencialmente acessível a todos de forma universal e igualitária. Por meio do uso do método hipotético-dedutivo, materializado por meio de revisão bibliográfica, normativa e jurisprudencial, busca-se testar três vias diferentes como possíveis estruturas das quais o sistema internacional pode fazer uso para concretizar essa finalidade (elaboração de instrumentos internacionais de limites e exceções, construção de uma jurisprudência internacional quanto aos princípios e objetivos desse sistema e estímulo a uma litigância doméstica voltada ao estabelecimento de parâmetros de aplicação nacional desses direitos). A conclusão deste estudo é de que todas são igualmente válidas e que o direito tem um papel significativo no estabelecimento de um sistema internacional de direitos de autor que englobe também a concretização do direito à ciência e cultura como parte fundamental de sua finalidade.

Palavras-chave: direito internacional; direitos de autor; direitos humanos; acesso ao conhecimento.

* Recebido em 28/02/2023
Aprovado em 23/10/2023

** Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD-UFPE).
Email: hugodomartins@gmail.com

*** Doutora (UFPE, 2000) e Mestre (UFPE, 1994) em Direito. Professora Associada 3, Departamento de Direito Público Especializado, Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas (CCJ), Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pesquisadora nas áreas de Direito Internacional, Integração Latino-Americana, Direito do Comércio Internacional, e Bioética. Líder do Grupo de Pesquisa "Integração regional, globalização e direito internacional" e membro dos Grupos "Integração regional e comércio internacional" (líder Prof. Aurélio Bôaviagem, UFPE) e "Núcleo de Estudos de Política Comparada e Relações Internacionais - NEPI (líderes Prof. Marcelo de Almeida Medeiros e Prof. Rodrigo Barros de Albuquerque, UFPE).
Email: eugenia.barza@ufpe.br

Abstract

The object of the present study is the dilemmas faced in the international system of copyright protection regarding the conflict of interests between the protection of intellectual property rights and the guarantee of access to knowledge, in the form of the right to science and culture. This collision of regimes is analyzed from the standpoint of the fragmentation of global law and the conception of an internationally established legal pluralism in which, unlike the nation state, there is no single decision-making center that concentrates the interpretation and application of law. Thus, assuming the premise that knowledge is a global public good whose production and dissemination must be stimulated, the objective of this article is to analyze the main models that propose to balance the protection of copyright with the collective interest that the protected intellectual work may be potentially accessible to all in a universal and equal manner. Through the use of the hypothetical-deductive method, materialized into and out of bibliographical, normative and jurisprudential review, the aim is to test three different ways as possible structures that the international system can make use of to achieve this purpose (elaboration of international limit instruments and exceptions, construction of international jurisprudence regarding the principles and objectives of this system and encouragement of domestic litigation aimed at establishing parameters for the national application of these rights). The conclusion of this study is that all of those are equally valid and that Law has a significant role in the establishment of an international system of copyright that also encompasses the substantiation of the right to science and culture as a fundamental part of its purpose.

Keywords: international law; copyright; human rights; access to knowledge.

1 Introdução

Os direitos de autor, assim como os demais direitos de propriedade intelectual, apresentam mais de uma característica que os torna singular: além de constituírem ramo jurídico *sui generis*, carregando em si aspectos de outros campos do direito, como o direito privado e os direitos humanos, mas sendo suficientemente únicos

para desafiar sua incorporação em qualquer um deles, eles também foram objeto de duas das primeiras grandes empreitadas em matéria de tratados multilaterais para a harmonização de direito: as Convenções de Paris (1883) e Berna (1886).

A relação entre direitos de autor e direito internacional, portanto, é patente, inclusive havendo sido por meio de um sistema internacional de proteção que Estados nacionais foram incitados a adotar internamente regulações próprias sobre a matéria, a partir dos padrões estabelecidos internacionalmente. Essa importância do direito internacional para o estabelecimento dos padrões mínimos de proteção em cada país, por conseguinte, confere ao sistema internacional de proteção aos direitos de autor um importante papel de estabelecer os parâmetros de sua aplicação, em especial na hipótese de colisão de direitos.

Esse é o caso do direito à ciência e cultura (artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos), frontalmente ameaçado por algumas das regras de proteção aos direitos de autor, as quais, ao resguardar certas garantias aos seus detentores de um lado, diminuem o potencial acesso à produção intelectual em matéria artística, científica e literária do outro.

Essa tensão se deve a um cenário de fragmentação do direito global, em que irritações entre sistemas sociais provocam reverberações no plano jurídico. A pluralidade de centros decisórios dentro do direito internacional tem como resultante o fato de não haver um único direito correto em pontos de intersecção de interesses conflitantes, razão pela qual não se pode esperar uma resolução definitiva a esse conflito no âmbito exclusivo do direito. Em outras palavras, esse problema, portanto, não começa no direito e não é razoável se esperar que nele se possa encerrar.

Porém, como argumenta parte da doutrina, essa tensão pode ser dirimida ao se dar atenção a um aspecto da própria proteção aos direitos de autor: os chamados limites e exceções, mecanismos que têm por finalidade garantir que esses direitos não sejam absolutos e que a produção intelectual possa ser em algum nível acessível, por meio de, entre outras coisas, uma limitação temporal (após a qual a obra entra no chamado domínio público) ou a possibilidade de acesso de partes da obra para fins específicos, a exemplo de finalidades educacionais.

Além disso, certos tratados internacionais sobre a matéria, como o Acordo sobre Aspectos dos Direitos

de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs), da Organização Mundial de Comércio, carregam, em seu conteúdo normativo, determinados princípios e objetivos que já preveem que os direitos ali contidos devem se adequar a uma função social. Esses dispositivos, no entanto, não são enfrentados com frequência por cortes internacionais ou órgãos quase-judiciais, razão pela qual restam prejudicadas sua interpretação e aplicação.

Resta, portanto, a problemática de como compatibilizar os interesses aparentemente conflitantes de ampliação às restrições ao acesso às obras artísticas, científicas e literárias, como forma de garantir uma proteção adequada aos direitos derivados da autoria, ao tempo em que se possibilita o máximo acesso a essa mesma produção.

Por meio da aplicação do método hipotético-dedutivo, que se concretiza com base em uma revisão abrangente de literatura, normas e jurisprudência, objetivo principal deste estudo é o de investigar três possíveis abordagens pelas quais o sistema internacional pode concretizar a finalidade de garantir o direito à ciência e à cultura. Essas abordagens incluem: a elaboração de instrumentos internacionais que estabeleçam limites e exceções, a construção de uma jurisprudência internacional relacionada aos princípios e objetivos desse sistema e o estímulo à litigância doméstica para estabelecer parâmetros de aplicação desses direitos em nível nacional.

A hipótese levantada neste projeto é de que, diante de um cenário de pluralidade de regimes jurídicos, é possível fazer uso da estrutura de mecanismos de direito internacional e de direito interno para, gradativamente, ampliar o sistema internacional de proteção aos direitos de autor que consiga equilibrar os interesses díspares em conflito, de forma cooperativa entre as abordagens suscitadas, consolidando a noção de um direito à ciência e cultura como principal finalidade dessa proteção.

2 O sistema internacional de proteção aos direitos de autor e o conhecimento como bem público global

A origem do sistema internacional de proteção à propriedade intelectual, nos moldes como o conhece-

mos na atualidade, remonta à formação dos Estados nacionais na Europa. Com a expansão da imprensa e o crescimento de um mercado próprio às obras intelectuais, diferentes mecanismos legais foram criados para se atenuar a censura estatal frente à ampla divulgação de ideias e atender a interesses emergentes, associados a princípios liberais como a liberdade de expressão e a livre iniciativa.

No entanto, a formação do pensamento jurídico em cada país, a respeito de como deveriam se constituir esses mecanismos, diferiu enormemente. Não havia, ainda, uma categorização clara das diferentes modalidades de bens imateriais, o que viria a ser desenvolvido no futuro com a criação de um gênero (propriedade intelectual) que abarcasse duas espécies (direitos de autor e propriedade industrial), das quais novas subespécies seriam derivadas (direitos conexos, patentes, desenho industrial, marcas etc.).

Especificamente quanto às obras artísticas, científicas e literárias, o continente europeu, a fins do século XVIII, contava com pelo menos dois grandes modelos de proteção: os direitos de autor (*droit d'auteur*), amplamente difundidos na Europa continental e tendo como principal referência a França e as diversas leis ali promulgadas a partir da Lei Chénier (1783), e o *copyright*, desenvolvido no Reino Unido, tendo por referência o que costuma se classificar como a primeira e possivelmente mais influente lei sobre o tema, o Estatuto da Rainha Ana (1710), e difundido pelo Império Britânico e antigas colônias, como os Estados Unidos, que adotou sua própria lei, o *Copyright Act*, em 1790.

Embora se reconheça a existência de particularidades normativas originais nos diversos ordenamentos jurídicos da Europa continental, um elemento em comum garantia certa unidade no pensamento naqueles países: os direitos morais, base fundamental dos direitos de autor juntamente aos direitos patrimoniais, que atestam um vínculo pessoal entre autor e obra, fundado no direito civil de personalidade. O *copyright*, no entanto, possui um viés mais pragmático: o vínculo entre autor e obra não gera direitos de personalidade e é, portanto, alienável em sua totalidade¹.

Importante ressaltar que tanto o Estatuto da Rainha Ana como o *Copyright Act* norte-americano assu-

¹ GINSBURG, Jane C. A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America. *Tulane Law Review*, Nova Orleans, v. 64, n. 5, p. 991-1031, maio 1990.

miam, em seu preâmbulo, a finalidade de “estimular a aprendizagem”². Apesar disso, parte da doutrina sustenta que essa finalidade não era observada na prática: argumenta-se que o fato de a Alemanha haver resistido a adotar leis similares foi um fator determinante para seu desenvolvimento industrial no século XIX³. Além disso, até 1891 a lei estadunidense não abrangia obras de autoria de estrangeiros, mesmo que residentes no país, o que facilitava a difusão da produção intelectual internacional no país⁴.

De toda sorte, já a fins do século XIX, essa pluralidade de ordenamentos jurídicos gerou a necessidade nos países europeus de harmonizar regras relativas a direitos sobre os bens imateriais. Surgiram nesse contexto dois importantes tratados multilaterais sobre o tema: a Convenção de Paris (1883) e a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886), esta uma iniciativa da Associação Literária e Artística Internacional (França)⁵, inspirada pelo pensamento jurídico dominante na Europa continental.

Ratificada em 1887 por um pequeno grupo de países europeus, entre os quais França, Alemanha e Reino Unido, a Convenção de Berna, assim como a Convenção de Paris antes dela, inaugurou um modelo internacional de proteção aos direitos de autor, pautado em princípios territoriais e, portanto, de direito internacional privado, os quais definiriam as futuras normativas sobre o tema⁶. Desse modo, não há de se falar nesse momento em uma unificação de um direito internacional do autor, mas tão somente de um conjunto de normas que buscam a harmonização de ordenamentos jurídicos nacionais, de modo a minimizar a possibilidade de um conflito de leis no espaço.

De ambas as Convenções se originaram Uniões, que constituem organismos internacionais nos quais se depositaram os tratados e aos quais foi garantida autoridade para fiscalizar a aplicação de seus termos. Por essa razão, esse sistema é conhecido como Sistema Unionista⁸. Essas Uniões posteriormente se unificaram na forma dos Escritórios Unificados Internacionais para a Proteção da Propriedade Industrial, Literária e Artística (*Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*, BIRPI), órgão que no futuro se converteria na Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), atualmente uma das agências especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU).

O texto da Convenção de Berna, cujo objeto são os direitos derivados da autoria de obras artísticas, científicas e literárias, se encontra constituída sobre a base fundamental de três princípios básicos: o Princípio do Tratamento Nacional, o Princípio da Proteção Automática e o Princípio da Independência da Proteção⁹.

O conteúdo normativo de cada um desses princípios é, respectivamente, a igualdade de tratamento entre autores nacionais e estrangeiros em quaisquer dos países membros, a impossibilidade de se exigir formalidades para a constituição de quaisquer dos direitos derivados da autoria e a necessidade de se garantir proteção a qualquer autor dentro do território do país membro independentemente de existir ou não proteção em seu país de origem.

Com base nesses princípios, a Convenção também elenca uma série de direitos de autor que deverão ser observados por seus signatários, a exemplo do direito de exclusividade (do qual derivam, entre outros, o direito de autorizar a tradução¹⁰ ou adaptação¹¹ de sua obra).

² No original: *encouragement of learning* (tradução nossa).

³ GIBBONS, Llewellyn Joseph. Do as i say (not as i did): putative intellectual property lessons for emerging economies from the not so long past of the developed nations. *SMU Law Review*, Dallas, v. 4, n. 3, p. 923-974, jan. 2011.

⁴ ROTHCHILD, John A. How the United States stopped being a pirate nation and learned to love international copyright. *Pace Law Review*, Detroit, v. 39, n. 1, p. 361-452, jan. 2018.

⁵ GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's Highway: from Gutenberg to the celestial jukebox*. Stanford: Stanford University Press, 2003. p. 150.

⁶ ALIKHAN, Shahid. Role of the Berne Convention in the promotion of cultural creativity and development: recent copyright legislation in developing countries. *Journal of the Indian Law Institute*, Nova Déli, v. 28, n. 4, p. 423-440, out. 1986.

⁷ RICKETSON, Sam. The international framework for the protection of authors: bendable boundaries and immovable obstacles. *Columbia Journal of Law & the Arts*, v. 41, n. 3, p. 341-367, out. 2018.

⁸ OMPI. *Guia da convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas: acta de Paris, 1971*. Genebra, 1980. Disponível em: https://tind.wipo.int/record/40446/files/wipo_pub_615.pdf. Acesso em: 01 abr. 2023.

⁹ OMPI. Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. *WIPO*, 1886. Disponível em: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html. Acesso em: 20 mar. 2023.

¹⁰ Artigo 8. Os autores de obras literárias e artísticas protegidos pela presente Convenção gozam, durante toda a vigência dos seus direitos sobre as suas obras originais, do direito exclusivo de fazer ou autorizar a tradução das mesmas obras. *In: BRASIL. Decreto no 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. art. 8.

¹¹ Artigo 12. Os autores de obras literárias ou artísticas gozam do

O tratado também se refere à determinação do período de duração mínimo (cinquenta anos após a morte do autor¹²) e uma série de direitos morais, assim entendidos os direitos de reconhecimento de autoria e vedação à alteração da obra em prejuízo da pessoa do autor¹³. É nesse campo dos direitos morais que reside a maior diferença entre o *copyright* e o *droit d'auteur*.

Nesse sentido, em que pese haver o Reino Unido sido um dos signatários originais da Convenção, a incorporação plena das regras previstas naquele tratado enfrentou certa resistência inicial. Naquela ocasião, o país seria o mais afetado pela mudança de regras, notadamente em razão da influência da tradição jurídica continental sobre o texto final. Dessa forma, a incorporação plena ao sistema unionista naquele país ocorre, apenas, em 1988, com a promulgação do *Copyright, Designs and Patents Act*.

Essa resistência britânica foi espelhada pelos Estados Unidos, que, por muito tempo, resistiram a incorporar o tratado em seu direito doméstico. O país, inclusive, impulsionou a criação de um tratado multilateral concorrente à Convenção de Berna: a *Universal Copyright Convention*, redigida no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), e que, entre outras diferenças ao sistema unionista, exigia o registro da obra como condição para sua proteção, contrariando o Princípio da Proteção Automática¹⁴.

direito exclusivo de autorizar as adaptações, arranjos e outras transformações das mesmas obras. In: BRASIL. *Decreto no 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. art. 12.

¹² Artigo 7. 1. A duração da proteção concedida pela presente Convenção compreende a vida do autor e cinquenta anos depois da sua morte [...]. In: BRASIL. *Decreto no 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. art. 7.

¹³ Artigo 6-bis.1. Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo depois da cessão dos citados direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a toda deformação, mutilação ou a qualquer dano à mesma obra, prejudiciais à sua honra ou à sua reputação. In: BRASIL. *Decreto no 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. art. 6.

¹⁴ OLIAN JÚNIOR, Irwin A. International copyright and the needs of developing countries: the awakening at Stockholm and

Além disso, paralelamente às mudanças que ocorriam na Europa, o continente americano também desenvolvia um sistema regional próprio de harmonização de regras de direitos de autor, seguindo a tendência da Convenção de Berna. Denominado Sistema Interamericano pela doutrina, esse sistema engloba tratados que vão desde o Acordo de Montevideu (1889) até a Convenção de Washington (1946), diferenciando-se do Sistema Unionista, entre outras razões, pela não consagração do Princípio do Tratamento Nacional.

Portanto, até 1989, quando os Estados Unidos formalmente ingressam no Sistema Unionista¹⁵, resultando numa adesão quase universal à Convenção de Berna a princípios da década de 1990¹⁶, o sistema internacional de proteção à propriedade intelectual se encontrava subdividido em vários subsistemas com fundamentos, objetivos e princípios distintos.

Esse período transicional esteve marcado por uma forte inclusão do tema de proteção aos direitos de autor, bem como demais direitos de propriedade intelectual, nas negociações comerciais internacionais. Desse modo, novas discussões originadas no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), as quais resultariam, posteriormente, na criação da Organização Mundial de Comércio (OMC) na Rodada do Uruguai (1994), tiveram por consequência também a criação do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS), inaugurando uma nova fase do sistema internacional de proteção aos direitos de autor.

A base principiológica do TRIPS consagrou vários dos aspectos da Convenção de Berna, estabelecendo o Princípio do Tratamento Nacional e o da Nação Mais Favorecida, além de consagrar uma série de direitos exclusivos de autor e padrões mínimos de proteção aos quais os membros da recém-criada OMC deveriam se

Paris. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 7, n. 2, p. 86-88, maio 1974.

¹⁵ ROSS, Deborah. The United States joins the berne convention: new obligations for authors' moral rights. *North Carolina Law Review*, Charlotte, v. 68, n. 2, p. 363-387, abr. 1990.

¹⁶ À época da assinatura do acordo de criação da OMC, em 15 de abril de 1994, a Convenção de Berna contava com a adesão de 105 países, entre os quais, além dos membros fundadores, estavam Estados Unidos e Brasil. Atualmente, 179 países são signatários da Convenção. Dados disponíveis em: OMPI. Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. *WIPO*, 1886. Disponível em: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html. Acesso em: 20 mar. 2023.

adequar em nível doméstico. No entanto, atendendo a pedidos dos Estados Unidos, o TRIPS excluiu do seu âmbito de abrangência os direitos morais previstos na Convenção de Berna, bem como incluiu programas de computador como objeto de proteção dos direitos de autor¹⁷.

De outra banda, à medida em que ganhavam força no cenário internacional discussões sobre a proteção a direitos de propriedade intelectual, fortalecia-se, também, a noção da importância do conhecimento enquanto bem necessário ao desenvolvimento humano, conhecimento este difundido por meio de obras artísticas, científicas e literárias.

Assim, reconhecendo-se a importância do acesso às manifestações do conhecimento humano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabeleceu em seu artigo 27 o que posteriormente se convencionou denominar direito ao acesso à ciência e à cultura, bem como a garantia de proteção aos direitos de autor de natureza moral e econômica:

Artigo 27

1. Todos os seres humanos têm o direito de participar livremente na vida cultural da comunidade, de beneficiar das artes e de participar no processo científico e dos seus benefícios.

2. Todos os seres humanos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.^{FONTE}

Esse direito ganhou maior força ao ser incluído no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), tratado multilateral de natureza vinculante, em cujo artigo 15 faz constar que:

Artigo 15

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) Participar da vida cultural;
- b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações;
- c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas

necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.^{FONTE}

Ao interpretar os direitos decorrentes desses dispositivos, a doutrina originalmente fazia referência ao que se convencionou denominar acesso ao conhecimento (*access to knowledge, A2K*). Embora seu conceito não seja de fácil definição, teóricos da matéria costumam compreendê-lo a partir de três dimensões: a primeira de que conhecimento é um recurso essencial à humanidade; a segunda de que dito recurso deve, por sua própria essência, ser acessível; e a última de que a promoção a esse acesso é um dever dos Estados, que serão agentes ativos em sua implementação¹⁸.

O conceito de acesso ao conhecimento, mais tarde, daria espaço à construção do direito à ciência e cultura, direito esse derivado da cognição do artigo 27 da DUDH e artigo 15 do PIDESC.

O princípio que norteia esse direito humano é o de que o conhecimento produzido deve ser acessível a todos os membros da sociedade, os quais poderão tanto usufruir dos avanços dele derivados, como poderão participar do processo de difusão e produção de mais conhecimento, a partir da matéria preexistente¹⁹. Farida Shaheed, antiga Relatora Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas no campo de direitos culturais, o define como o

direito de explorar e desenvolver plenamente o potencial criativo de alguém, de se beneficiar da criatividade humana de outras pessoas e de aproveitar e desenvolver ainda mais essa criatividade de maneiras autodeterminadas e fortalecedoras²⁰.

¹⁷ OMAN, Ralph; FLACKS, Lewis. Berne revision: the continuing drama. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Nova York, v. 4, n. 1, p. 139-156, jan. 1993.

¹⁸ SHAVER, Lea. Defining and Measuring Access to Knowledge: towards an A2K Index. *Yale Law School Student Scholarship: Student Scholarship Papers*, New Haven, v. 22, 2007. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/22/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F22&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 03 mar. 2023.

¹⁹ SHAVER, Lea. The right to science and culture. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 1, n. 1, p. 121-184, jan. 2010.

²⁰ No original: the right to fully explore and develop one's creative potential, to benefit from the human creativity of others, and to enjoy and further develop this creativity in self-determined and empowering ways. SHAHEED, Farida. Introductory remarks by the

A partir de uma abordagem negativa relacionada à propriedade intelectual, Lea Shaver sintetiza a ideia relacionada a um direito à ciência e cultura com base em três preceitos fundamentais: em primeiro lugar, não se deve entendê-lo como um direito humano à propriedade intelectual; segundo, esse direito não pode se esgotar na retórica, devendo-se traduzir em um compromisso estatal efetivo que busque estabelecer um sentido legal claro, definir as obrigações dos entes públicos e possíveis violações que pode sofrer, além de torná-lo exigível judicialmente.

Por fim, para Shaver, o direito à ciência e cultura não pode, em nenhuma hipótese, ser compreendido como equivalente normativo da propriedade intelectual sob risco de nulificar suas pretensões, haja vista que regras de proteção a direitos de propriedade intelectual podem ter impactos negativos na concretização de um acesso efetivo ao conhecimento²¹.

Desse modo, em relação ao sistema internacional plural e não unificado, que protege, de um lado, os direitos de autor; e do outro, o direito à ciência e cultura, dificilmente poderia se encontrar uma solução única que equilibre os interesses díspares em aparente conflito. No entanto, o que se pode depreender dos principais instrumentos internacionais sobre o tema é de que apresentam, sim, objetivos em comum, notadamente o estímulo à inovação e a busca do equilíbrio de interesses privados e coletivos.

Nesse sentido, nos termos do artigo 7º do TRIPS, que define o princípio do acordo:

a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.^{FONTE}

Dessa forma, a produção e difusão do conhecimento está intimamente ligada à proteção aos direitos de autor. Se, por um lado, a proteção a interesses privados se justifica pela promoção da inovação e estímulo à difusão do conhecimento, a ideia de um direito humano

à ciência e cultura faz frente a uma proteção de direitos de propriedade intelectual que gere obstáculos a uma produção de conhecimento que seja verdadeiramente efetiva.

3 A colisão de regimes entre direito privado e direitos humanos quanto ao papel das obras intelectuais na difusão do conhecimento

O economista Joseph E. Stiglitz defende que o conhecimento deve ser tratado como um bem público global, conceito que abarca para o autor outros quatro tipos de bens: estabilidade econômica internacional, estabilidade e segurança política, meio ambiente internacional e assistência humanitária internacional²².

A inclusão do conhecimento nessa categoria se deve ao fato de satisfazer aos dois requisitos definidos por Paul Samuelson na formulação de sua teoria sobre os bens públicos: trata-se de um bem não rival (o fato de mais de um indivíduo consumi-lo não implica custo adicional) e não excludente (é altamente improvável, ou, inclusive, impossível que outros indivíduos sejam obstados da possibilidade de consumi-lo)²³.

Os bens públicos globais, por sua vez, possuem uma terceira característica essencial: eles não se encontram limitados por limites territoriais de Estados nacionais, mas são compartilhados por todos os indivíduos. Desse modo, enquanto os bens públicos na teoria de Samuelson deveriam ser tutelados pelo Estado, os bens públicos globais necessitam de uma cooperação entre internacional para que possam ser efetivamente protegidos, razão pela qual o direito internacional é particularmente importante na matéria.

Special Rapporteur. In: GEIGER, Christophe (ed.). *Intellectual property and access to science and culture: convergence or conflict?* California: Global Perspectives for the Intellectual Property System, CEIPI-ICTSD, 2016. p. 19.

²¹ SHAVER, Lea. The right to science and culture. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 1, n. 1, p. 121-184, jan. 2010.

²² STIGLITZ, Joseph E. Knowledge as a global public good. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. (org.). *Global public goods: international cooperation in the 21st century*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

²³ PICKHARDT, Michael. Fifty years after Samuelson's "the pure theory of public expenditure": what are we left with? *Journal of the History of Economic Thought*, Cambridge, v. 28, n. 4, p. 439-460, dez. 2006.

Considerando a excludibilidade como um contínuo, e não uma mera característica binária^{24,25}, seria possível, ainda, incluir uma categoria intermediária para os bens públicos em termos de excludibilidade: alguns bens seriam, em verdade, semiexcludentes, ou seja, bens tentativamente excludentes, mas que não possuem mecanismos para garantir a observância dessa característica na prática. Exemplos claros dessa categoria são as obras intelectuais obtidas por algum meio que viole direitos de autor, seja por uma violação material (ex. obras pirateadas), caso em que seriam bens rivais, ou formal (ex. o acesso a uma obra por mais usuários do que o que havia sido acordado em sua aquisição ou aluguel), hipótese em que seriam não rivais.

Shaver, complementando a visão de Stiglitz, vai além e ressalta uma quarta característica que o diferencia dos demais bens públicos globais: diferentemente de outros tipos de bens, o conhecimento aumenta quando é compartilhado, não diminui²⁶. Todas essas características destacadas demandam que o conhecimento não seja observado como um tipo comum de propriedade, que possa se adequar à lógica do mercado sem maiores ressalvas.

Nesse sentido, Wendy J. Gordon leciona que

direitos autorais e patentes são diferentes dos bens materiais comuns em diversos aspectos. Desde uma perspectiva econômica, o objeto sobre o qual incidem direitos autorais e patentes mais se assemelha a “bens públicos” inesgotáveis, que são por via de regra *res nullius*, do que a “bens privados” exauríveis. Além disso, há interesse pessoal e público na composição de muitas das regulações de propriedade intelectual, fazendo com que o direito garanta menos controle de mercado aos seus “proprietários” do que à maioria dos proprietários de bens materiais comuns. No entanto, com o passar do tempo, a propriedade intelectual está se tornando mais parecida à propriedade material comum (tradução nossa)²⁷.

²⁴ OSTROM, Elinor. Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems. *American Economic Review*, Nashville, v. 100, p. 1–33, jun. 2010.

²⁵ KAPCZYNSKI, Amy; SYED, Talha. The continuum of excludability and the limits of patents. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 122, p. 1900-1963, jul. 2013.

²⁶ SHAYER, Lea. The right to science and culture. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 1, n. 1, p. 121-184, jan. 2010.

²⁷ No original: *Copyright and patent are unlike ordinary tangible property in a number of ways. From an economic perspective, the subject-matters of copyright and patent are more like inexhaustible ‘public goods’ that are ordinarily un-owned, than they are like exhaustible ‘private goods’. Further, there are both personal and public interest components to many IP doctrines, leading the law to give less market control to ‘owners’ than to most owners of ordinary tangible property. However, over time, IP is becoming more like ordinary tangible prop-*

O argumento de Gordon é de que entender a propriedade intelectual como um tipo de propriedade comum pode operar no sentido de prejudicar o acesso ao conhecimento. Certas particularidades são próprias às criações do espírito e lhes permitem ser, em essência, acessíveis, como demonstrado alhures. No entanto, observa-se uma tendência no plano internacional de restringir, por meio de meios indiretos, o acesso a essa produção, reduzindo o conhecimento a um mero bem de valor economicamente apreciável.

Além disso, Jessica Litman argumenta que a base dos direitos de propriedade é a alienabilidade do bem e o controle do seu detentor sobre este. Como resultado, ao se compreender os direitos de autor como propriedade, retira-se a figura do próprio autor do centro das discussões, uma vez que nem sempre ele será o detentor dos direitos em questão (no caso do *copyright* isso é ainda mais verdade, uma vez que os direitos morais não consubstanciam parte importante da regulação). Isso, argumenta Litman, não estimula a inovação, que, em essência, é um trabalho de indivíduos, não de empresas²⁸.

No entanto, defensores de um sistema dotado de regras rígidas de direitos de autor argumentam que é necessário que haja um elevado grau de proteção a determinados interesses individuais frente ao coletivo que, em última análise, garantem esse estímulo à inovação. Caso isso não ocorra, haverá um campo fértil para os *free-riders*, assim compreendidos aqueles que se aproveitaram do trabalho e investimento de outros sem nenhum tipo de contrapartida²⁹.

Esse pensamento, por óbvio, ancora-se numa visão econômica liberal e no papel do livre mercado como fomentador desses incentivos, mas importa por estabelecer como elemento central a inovação. Dessa feita, sobressai a dúvida: qual modelo apresenta a melhor proposta para garantir um crescente fluxo de inovação, resguardando certos direitos de autor e garantindo o acesso a conhecimento de forma universal e igualitária? Exsurge o papel do direito de estabelecer mecanismos que consigam equilibrar essas tensões.

erty. GORDON, Wendy J. Intellectual Property. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (org.) *The Oxford handbook of legal studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

²⁸ LITMAN, Jessica. What we don’t see when we see copyright as property. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 77, n. 3, p. 536-558, nov. 2018.

²⁹ LEMLEY, Mark A. Property, intellectual property, and free riding. *Texas Law Review*, Austin, v. 83, n. 4, p. 1031-1076, nov. 2005.

Nesse sentido, Shaver identifica quatro correntes distintas que abordam a tensão entre direitos de propriedade intelectual e direitos humanos³⁰: a primeira corrente identifica os direitos de propriedade intelectual como direitos humanos, consubstanciando ausência de conflito; uma segunda corrente aponta a existência conflitos, mas apenas em áreas específicas, como direito à saúde (ex. patentes de produtos farmacêuticos), alimentação (ex. patentes de variedades alimentícias; transgênicos) e educação (ex. direitos autorais em material acadêmico).

A terceira corrente, mais crítica, defende que o direito ao desenvolvimento é ameaçado por uma maior proteção aos direitos de propriedade intelectual, adequada apenas para países desenvolvidos; por último, a quarta corrente, à qual se filia Shaver, afirma haver uma tensão sistemática entre a proteção dos direitos de propriedade intelectual e os direitos humanos, na medida em que aqueles transformam bens “públicos” em bens privados, havendo, portanto, uma tensão fundamental com base no direito à ciência e cultura.

Para esses últimos, a proteção à propriedade intelectual não deve ser abolida, mas sim cuidadosamente considerada e justificada, com especial atenção aos seus impactos negativos ao acesso ao conhecimento. Deve-se buscar, então, um equilíbrio entre a proteção de direitos do autor ou criador da obra protegida, sobretudo os de natureza moral, e a necessidade de tornar acessível ao público a produção do conhecimento. A busca por esse equilíbrio, como se pode observar na evolução história narrada no início deste estudo, sempre figurou como um dos pontos centrais na evolução da disciplina jurídica da propriedade intelectual.

Nesse sentido, Helfer e Austin entendem que tanto o sistema de proteção à propriedade intelectual como o direito à ciência e cultura, compreendidos em nível internacional, têm o escopo de vincular Estados a uma obrigação de, por um lado, recompensar e reconhecer o trabalho intelectual humano, estimulando a criatividade e a inovação, e, por outro, garantir o acesso de seus cidadãos aos benefícios gerados nesse processo. O grande desafio, continuam os autores, é encontrar o equilíbrio entre esses dois objetivos³¹.

³⁰ SHAVER, Lea. The right to science and culture. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 1, n. 1, p. 121-184, jan. 2010.

³¹ HELFER, Laurence R.; AUSTIN, Graeme W. *Human rights and intellectual property: mapping the global interface*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

Essa colisão de regimes não é um fenômeno exclusivo do direito internacional da propriedade intelectual. Diversos outros ramos do direito encontram dificuldade em solucionar em si próprios conflitos de regimes que não se originam dentro do próprio sistema do direito, mas sim derivam da irritação entre sistemas sociais distintos. Esse fenômeno é o que Fischer-Lescano e Teubner denominam fragmentação do direito global³².

Sobre essa teoria, algumas considerações devem ser tecidas. Fischer-Lescano e Teubner remontam sua teoria diretamente à previsão de Niklas Luhmann que, em 1971, ao desenvolver seu conceito de sociedade global, anteviu uma transformação da normatividade em expectativas cognitivas, com a primazia estrutural do problema da adaptação de aprendizado. A fragmentação do direito global, portanto, originar-se-ia não com base no espectro geográfico-normativo, mas sim a partir de conflitos entre os diversos setores que compõem a sociedade global.

Nesse sentido, os autores fazem referência ao que entendem como dois reducionismos acadêmicos: o oriundo do pensamento jurídico tradicional, que vê na fragmentação um risco à unidade do sistema legal global, e aquele oriundo da ciência política, que entende o conflito normativo como uma derivação do conflito entre políticas e cuja solução necessariamente escaparia ao direito e entraria nesse segundo ramo. Para os autores, essas visões são reducionistas porque apresentam respostas unidimensionais a uma questão essencialmente multidimensional.

Além disso, uma outra falha do pensamento jurídico é dar preponderância a uma visão hierárquica do direito global que replique o modelo do Estado nacional. Para os autores, a sociedade global é policêntrica, sendo essa aparente fragmentação legal uma mera manifestação de um fenômeno mais profundo, oriundo da colisão de racionalidades distintas, originadas nos diversos setores sociais.

Uma melhor forma de compreender esse fenômeno para o direito é observá-lo desde a lógica do centro-periferia, pela qual as cortes internacionais ocupariam o espaço central ao passo que os diversos regimes autônomos, variando desde regimes simples a constituições

³² FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, out. 2004.

sociais, estariam na periferia do sistema, em zonas de irritação com setores sociais autônomos (economia, política etc.). Nesse esquema, esses regimes acabam por desenvolver linguagens próprias que não se comunicam diretamente com a dos demais. A fragmentação do direito é, portanto, uma “reprodução legal das colisões entre as diversas racionalidades dentro da sociedade global”³³.

Para abordar o problema derivado desse cenário, isto é, o conflito de normas originado a partir do conflito de racionalidades, os autores sugerem uma abordagem com base na Teoria das Redes: no lugar de recorrer à solução do direito internacional privado de analisar qual ordenamento jurídico melhor estaria apto a solucionar o caso concreto, deve-se “fortalecer a observância mútua entre nós de ligação de redes”. Ou seja, o esforço se deve basear em uma compatibilidade normativa, na legiferação a partir da irritação mútua e descentralização dos modos de lidar com conflitos de leis³⁴.

Um dos vários exemplos suscitados pelos autores diz respeito justamente aos direitos de autor em nível transnacional. Tradicionalmente, conflitos de leis relacionados a direitos de autor, pela sistemática da Convenção de Berna, devem ser enfrentados com base em critérios territoriais, portanto de direito internacional privado. No entanto, aceitando que esse conflito se dá não territorialmente, mas sim a partir de uma “afiliação ao regime funcional” de cada parte, perfaz-se uma mudança de paradigma pela qual se apresenta como solução a “possibilidade de desenvolvimento de regras substantivas através do próprio direito de conflitos inter-regimental”³⁵.

Complementando a visão de Fischer-Lescano e Teubner, Gregory Shaffer aborda diretamente a questão da produção e difusão de bens públicos em um cenário de pluralismo legal no plano internacional, ou seja, de fragmentação do direito global. O autor, no entanto, à

diferença daqueles primeiros, entende que essa visão do direito internacional, embora fundada na realidade, é apenas uma entre várias formas de interpretação possíveis do fenômeno transnacional e que, em verdade, convive com outras visões distintas, cada qual com vantagens e limitações próprias³⁶.

Aqui também uma análise mais detida da teoria proposta por Shaffer merece destaque.

O autor entende que a visão pluralista do direito internacional decorre, em parte, do desencanto de parte da doutrina com o modo pelo qual as suas instituições se desenvolveram e consolidaram nas últimas décadas. Não há, de fato, uma hierarquia no direito internacional, mas sim uma pluralidade de ordens jurídicas autônomas que se justapõem umas às outras. Essa pluralidade pode ser observada desde três diferentes sentidos: uma pluralidade horizontal (proliferação de organizações e cortes internacionais), vertical (diferentes níveis de governança, que perpassam regras nacionais e internacionais) e de ordenamentos jurídicos públicos e privados, ante a interdependência econômica dos diversos atores que compõem o sistema.

A visão pluralista, em lugar de tomar como desordenada essa multiplicidade de regimes autônomos, em verdade, escolhe por observar um sistema único que é constituído da interação desses conjuntos. No entanto, impõem-se certas desvantagens comparativas nesse sistema especificamente no que diz respeito à produção de bens públicos globais: uma pressuposição básica é de que nenhum Estado ou outro ator internacional investiria na produção de bens públicos globais se (1) sua ação independente não possa produzir impactos significativos, e (2) é possível colher os frutos do investimento alheio (*free-riding*).

Para abordar essas questões, Shaffer propõe a classificação de bens públicos globais em três categorias distintas: haveria bens públicos globais que demandariam um melhor esforço único (*single best effort*), que dependem de um elo mais fraco (*weakest link*) e que demandam esforço agregado (*aggregate effort*).

Em escala crescente, cada uma dessas categorias individualmente compreendida precisa de instituições mais centralizadas que a anterior: enquanto bens pú-

³³ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, out. 2004.

³⁴ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, out. 2004.

³⁵ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, out. 2004.

³⁶ SHAFFER, Gregory. International law and global public goods in a legal pluralist world. *The European Journal of International Law*, Oxford, v. 23, n. 3, p. 669-693, out. 2012.

blicos de melhor esforço único são facilmente obtidos num sistema que aceita o pluralismo jurídico como regra (ex. a explosão de um cometa em rota de colisão com a Terra), as outras duas categorias de bens necessitam de uma ação coletiva e coordenada de Estados, que não ocorre sem o alinhamento dos incentivos.

Além disso, ocorrem desafios de natureza distributiva a respeito dos ônus e bônus que cada Estado deverá de arcar na produção de determinado bem público global. Os três desafios distributivos encontrados pelo autor são: o estabelecimento dos termos específicos da colaboração para a produção de bens públicos globais; as escolhas entre a produção de um o outro bem em razão da limitação de recursos; e o potencial de conflito de finalidades na busca pela produção de bens distintos.

Shaffer destaca ainda que a produção eficiente de bens puramente privados é relegada à discricionariedade do mercado. Essa lógica, contudo, não pode se aplicar a bens públicos, cuja definição depende de preferências democráticas, em regra estabelecidas no âmbito dos Estados nacionais. No entanto, ao tratarmos de bens públicos globais, ou seja, cujas repercussões atravessam as fronteiras territoriais dos países, as decisões políticas internas de cada Estado podem, e efetivamente em muitos dos casos vão entrar em conflito umas com as outras. Nesse sentido, reside o papel fundamental do direito internacional na produção de bens públicos globais: coordenar as relações entre Estados para a produção, proteção e difusão desses bens.

Nesse cenário, Shaffer encontra três diferentes abordagens possíveis, as quais não são mutuamente excluídas: (1) o constitucionalismo global, com a centralização das instituições internacionais, potencialmente mais eficiente porém de menor legitimidade por desconsiderar em grande parte preferências democráticas e diferentes regimes; (2) o pluralismo jurídico global, baseado na constante interação entre instituições nacionais e internacionais e, portanto, dotado de maior legitimidade para dar espaço a mais vozes no cenário internacional, porém potencialmente ineficiente para bens que demandam ações coletivas; e (3) o direito administrativo global, que atua de forma a simular as agências regulatórias nacionais no âmbito internacional, com um grau intermediário de legitimidade (seus membros serão escolhidos por representantes de governos nacionais) e que oferecem mecanismos para a responsabilização dos atores.

Em resumo, essas abordagens são igualmente válidas e imperfeitas. Ainda assim, o direito internacional (ele mesmo possivelmente um bem público global, para Shaffer) é responsável por facilitar o processo de produção de bens públicos e de gerar obrigações positivas e negativas aos Estados que possam orientar essa produção. Nesse universo, convivem, e têm igual importância para a persecução dessa finalidade, ações unilaterais dos atores (que apesar de ignorar os interesses distintos em jogo são responsáveis por movimentar esse processo) e ações multilaterais (que devem podar os excessos individuais e estabelecer regras gerais de contenção).

4 O papel do direito para a compatibilização de regimes e os mecanismos de limites e exceções aos direitos de autor

Ao se aceitar a autoridade das teorias propostas, de um lado, por Teubner e Fischer-Lescano e, do outro, por Gregory Shaffer, é forçoso reconhecer a necessidade de uma mudança de paradigma.

Efetivamente, Fischer-Lescano e Teubner são de opinião que o papel do direito nesse cenário de fragmentação é de contenção de danos. Não há, para os autores, forma de o direito se colocar como solução de um problema que não tem origem no seu próprio sistema. Dessa maneira, seu papel se assemelha ao de um mediador que, incapaz de resolver ou impedir a ocorrência do conflito, assume a responsabilidade de manter a compatibilidade e a comunicação entre os litigantes.

Uma importante contribuição dos autores é a compreensão do papel do direito como sendo o de garantir equilíbrio a situações de fato que estão além de sua capacidade transformadora, se é que podemos afirmar que dita capacidade existe. Sua abordagem tenta se manter sempre próxima à realidade dos fatos, numa tentativa de adequar o pensamento jurídico ao cenário, e não o contrário, como defendem alguns juristas.

Em uma passagem elucidativa e que bem resume esse pensamento, Fischer-Lescano e Teubner afirmam que a

certeza legal dentro desse sistema legal policêntrico não pode ser provida por uma instância decisória hierarquicamente superior localizada no centro do direito. Em lugar disso, o que se pode realisti-

camente esperar é uma absorção da incerteza em um processo de conexão iterativa de decisão legal a decisão legal³⁷.

Retomando o exemplo dos “direitos de autor transnacionais”, particularmente interessantes ao objeto de estudo deste trabalho, uma maneira adequada de se enfrentar eventuais problemas surgidos dessa fragmentação (e.g. interesses conflitantes entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, colisão de racionalidades entre ciência, tecnologia e arte, economia e direito etc.), seria, conforme sugerem os autores, a adoção de uma “técnica de compatibilização”³⁸, uma “ficção operativa”³⁹ que permita encontrar abstratamente referências comuns, resultando numa “tradução das colisões de racionalidade dentro da *quaestio juris*”⁴⁰.

Paralelamente, para Shaffer, diferentes abordagens, nesse sistema amplo, possuem vantagens e desvantagens comparativas a depender do bem público em questão, observado a partir do caso concreto. Não há preponderância de uma abordagem sobre a outra, havendo situações em que organizações supranacionais são mais eficientes (por exemplo, na produção de bens de esforço agregado, como é o caso da Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira – *Frontex*), enquanto em outras ações unilaterais de um único Estado implicam menores custos relativos aos demais (por exemplo, o caso da vacina da pólio desenvolvida por Jonas Salk, que não foi objeto de patente).

Desse modo, certos dilemas na produção do conhecimento em nível internacional, enquanto bem público global, serão melhor enfrentados a depender da abordagem escolhida. Assim, o direito internacional se beneficia de uma frente ampla de subsistemas e atores variados, que vão desde esforços isolados e independentes até grandes empreitadas coletivas levadas a cabo por um

grupo diverso desses mesmos atores. Em alguns casos, ações unilaterais serão mais vantajosas; em outros, as ações coletivas devem preponderar, e deve-se fazer uso de mecanismos que permitam que assim o seja. Esses mecanismos, portanto, decorrem do direito internacional.

Ambas as teorias dão ênfase ao enfrentamento do caso concreto e ao papel do direito internacional de compatibilizar interesses distintos e coordenar esforços entre Estados para que se possa atingir certas finalidades. Isso não é diferente para o caso da propriedade intelectual.

Além disso, o que grande parte da doutrina entende, e esse pensamento em parte se encontra traduzido no sistema internacional de proteção a direitos de propriedade intelectual, é que direitos de propriedade intelectual não devem ser absolutos. Haja vista o interesse social existente na divulgação do conhecimento — afinal, o conhecimento necessita ser acumulado e compartilhado para poder se multiplicar —, certas normas limitadoras são necessárias para garantir a finalidade precípua, qual seja a de se estimular a difusão do conhecimento e inovação.

Essa compatibilização de interesses por meio do direito pode ser alcançada por pelo menos três caminhos alternativos: em primeiro lugar, a criação de instrumentos internacionais que expandam os limites e exceções à proteção aos direitos de autor, criando assim um freio a tendências maximalistas que eventualmente se apresentem.

Em segundo, a construção de uma jurisprudência internacional quanto aos princípios e objetivos desse sistema, expandindo a aplicação de dispositivos previstos em tratados internacionais por meio de seu enfrentamento por cortes e tribunais internacionais com competência para tanto, a exemplo do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial de Comércio (OSC/OMC).

Finalmente, uma terceira via a ser evocada diz respeito à consolidação de regras originárias do direito internacional por meio de iterações no direito interno, em especial através da jurisprudência e de ações no âmbito do Poder Judiciário, como forma de construir interpretações de princípios e conceitos abertos com base nos casos concretos, mas também do processo legislativo, com mudanças graduais nas normativas que disciplinam a matéria.

³⁷ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, out. 2004.

³⁸ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, out. 2004.

³⁹ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, out. 2004.

⁴⁰ FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, out. 2004.

Sobre a primeira via, Hugenholtz e Okediji advogam pela existência de um sistema internacional de limitações e exceções à propriedade intelectual, delineado a partir da tradição do copyright, com a cooperação entre a OMC e a OMPI, além dos Estados, para que o problema seja enfrentado pela via multilateral. Essa regulação deve ter por objeto cinco objetivos centrais: 1. Eliminação de barreiras comerciais; 2. Facilitação do acesso à informação; 3. Promoção da inovação e competitividade; 4. Apoio a mecanismos de promoção e defesa de garantias fundamentais; e 5. Consistência e estabilidade a nível internacional a partir da promoção do equilíbrio legal que garanta a difusão de conhecimento⁴¹.

As vantagens desse caminho são a de fazer uso de uma estrutura bem-sucedida, que permite a elaboração de tratados multilaterais com adesão considerável entre países, a partir de negociações prévias para estabelecer um direcionamento claro para esses direitos. Por outro lado, suas desvantagens estão atreladas à dificuldade de se atingir um consenso em nível internacional sobre temas sensíveis e a respeito dos quais as visões de países desenvolvidos e em desenvolvimento diferem enormemente, resultando que apenas pontos muito específicos conseguem ser objeto desse tipo de iniciativa.

A esse respeito, um importante exemplo é o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em 2013. Esse tratado, como o próprio nome sugere, cria uma série de limites e exceções aos direitos de autor com o intuito de tornar acessíveis obras protegidas a pessoas com qualquer tipo de deficiência visual. Nesse sentido, o artigo 4º do referido tratado assim dispõe

Artigo 4º. Limitações e Exceções na Legislação Nacional sobre Exemplares em Formato Acessível

1.(a) As Partes Contratantes estabelecerão na sua legislação nacional de direito de autor uma limitação ou exceção aos direitos de reprodução, de distribuição, bem como de colocação à disposição do público, tal como definido no Tratado da OMPI sobre Direito de Autor, para facilitar a disponibilidade de obras em formatos acessíveis aos beneficiários. A

⁴¹ HUGENHOLTZ, P. Bernt; OKEDIJI, Ruth L. *Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright*: final report. Amsterdam: Institute for Information Law University of Amsterdam; Minnesota: University of Minnesota of School, 2008. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/conceiving-international-instrument-limitations-and-exceptions-copyright>. Acesso em: 25 abr. 2023.

limitação ou exceção prevista na legislação nacional deve permitir as alterações necessárias para tornar a obra acessível em formato alternativo.

(b) As Partes Contratantes podem também estabelecer uma exceção ao direito de representação ou execução pública para facilitar o acesso a obras para beneficiários.^{FONTE}

Esse tratado, inclusive, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro a partir do procedimento especial previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição da República⁴², ou seja, tendo valor de emenda constitucional (Decreto nº 9.522/2018).

Nesse sentido, o Tratado de Marraqueche enfrenta o problema desde um viés marginal, qual seja o de limitar regras exclusivas que protegem obras intelectuais para um grupo minoritário de indivíduos com dificuldades de ordem física. Tal iniciativa configura importante exemplo para o fortalecimento do acesso ao conhecimento, servindo como paradigma para que outras empreitadas de similar natureza que garantam o acesso a obras protegidas por direitos de autor a diversos outros grupos minoritários.

Como uma segunda solução possível, também caberia pensar sobre o papel do judiciário internacional.

Com a criação da OMC, questões envolvendo a disciplina da propriedade intelectual ganharam um importante foro decisório: o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC/OMC). Esse órgão quase-judicial goza de maior capacidade vinculante em razão do sistema de consenso adotado e de sua importância na manutenção de regras de comércio internacional que estimulem menores entraves econômicos nas negociações entre países. Além disso, por seu caráter reconhecidamente técnico, o OSC é tido como um foro imparcial e legítimo e suas decisões são, em grande parte dos casos, cumpridas sem maiores ressalvas.

Não obstante, o OSC/OMC, exatamente por essa primazia da tecnicidade, dificilmente aborda em suas decisões pontos controvertidos relacionados a normas de matriz principiológica. A respeito disso, em sua aná-

⁴² BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 dez. 2023. Artigo 5º, §3º, CR/88. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

lise do paradigmático caso DS362 China – Medidas que afetam a proteção e observância dos direitos de propriedade intelectual, oriundo do OSC/OMC, no qual foram enfrentadas questões relativas à proteção dos direitos de autor, Peter K. Yu argumenta que houve uma perda de oportunidade para determinar o alcance interpretativo de dispositivos do TRIPS que dizem respeito aos princípios (artigo 8º), objetivos (artigo 7º) e abrangência das obrigações (artigo 1.1) previstas no acordo⁴³.

Para Yu, esses dispositivos são de grande relevância por estabelecerem a base de todo o sistema de proteção à propriedade intelectual no âmbito da OMC e discorda de parte da doutrina que os considera meramente retóricos ou de aplicação limitada. O autor ainda destaca que muito embora as partes (Estados Unidos e China) não tenham evocado a violação de ditos artigos na controvérsia em questão, a interpretação dos pontos controvertidos do acordo por parte do Grupo Especial e Órgão de Apelação deveria ter sido explicitamente orientada por essas regras, o que não ocorreu no caso em tela⁴⁴.

De fato, cortes internacionais e órgãos quase-judiciais, a exemplo do OSC/OMC, possuem um papel fundamental no estabelecimento de parâmetros interpretativos para normas de teor aberto ou principiológico, cujas repercussões não são apresentadas no texto dos tratados de formas explícitas como, por exemplo, normas procedimentais ou outras de teor mais técnico. Sem uma jurisprudência consolidada sobre como essas regras se comportam na prática, dificilmente seria possível garantir que normas maximalistas de propriedade intelectual assumam o papel central nos fóruns de negociação.

Observa-se, no entanto, uma falta de interesse em assumir o protagonismo que lhes foi garantido em troca de uma suposta imparcialidade técnica (no caso do OSC/OMC), ou uma dificuldade de implementar as decisões (caso de cortes internacionais dotadas de menor poder de coerção, como cortes internacionais de direitos humanos).

Por fim, um terceiro caminho possível diz respeito à consolidação de uma jurisprudência nacional em torno tanto da concretização de medidas para estabelecimento de parâmetros e medidas para a concretização do direito à ciência e cultura, como para traçar limites interpretativos para regras de direitos de autor que gerem obstáculos desnecessários ao acesso ao conhecimento, ou ainda interpretar extensivamente mecanismos de limites e exceções legalmente previstos no caso concreto.

Diversos autores já destacaram o papel de órgãos judiciais nacionais para a consolidação de direitos estabelecidos no plano internacional. Nesse sentido, Anthea Roberts ressalta a importância de cortes e tribunais domésticos na interpretação de boa-fé dos termos de tratados, ainda que o resultado disso seja a ausência de uniformidade na interpretação⁴⁵. Isso estimula que operadores do direito levem questões decorrentes de tratados internacionais a seus respectivos julgadores nacionais, o que, eventualmente, pode resultar, inclusive, num diálogo entre diferentes instâncias decisórias domésticas.

Além disso, não menos importante é o papel do legislativo nacional no estabelecimento de limites e exceções aos direitos de autor. No caso brasileiro, encontra-se em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 2.370/2019 que, entre outras propostas de modernização à Lei n.º 9.610/1996 (Lei de Direitos Autorais), busca expandir os limites e exceções elencados no artigo 46 daquele texto legal para incluir, por exemplo, os diferentes meios de “utilizações de obras para uso exclusivo de pessoas com deficiência mediante quaisquer formatos acessíveis, na medida exigida para efetivar o pleno acesso à fruição da obra e desde que não haja intuito de lucro” (inciso IX)⁴⁶.

Em suma, não há prevalência entre uma ou outra dessas alternativas, sendo todas as vias perfeitamente possíveis, desde um ponto de vista pragmático. Assim, essas possíveis vias de compatibilização, com suas vantagens e desvantagens, são necessárias para que a proteção à propriedade intelectual, e mais especificamente

⁴³ YU, Peter K. TRIPS enforcement and developing countries. *American University International Law Review*, Washington, v. 26, n. 3, p. 727-782, out. 2011.

⁴⁴ YU, Peter K. TRIPS enforcement and developing countries. *American University International Law Review*, Washington, v. 26, n. 3, p. 727-782, out. 2011.

⁴⁵ ROBERTS, Anthea. Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 60, p. 57-92, jan. 2011.

⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 2.370/2019*. 14 set. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198534>. Acesso em: 23 mar. 2023.

aos direitos de autor, não se apresente como um obstáculo à concretização de direitos que permitam a efetiva difusão do conhecimento.

Em um cenário ideal, o sistema de proteção internacional da propriedade intelectual convive em harmonia com o acesso ao conhecimento, garantindo, por um lado, a proteção ao autor (e demais detentores de direitos decorrentes dessa cadeia de normas) e a difusão da produção intelectual, estimulando a inovação e o desenvolvimento humano. No entanto, o que se observa no plano internacional é uma tendência maximalista dessa proteção, que ganha contornos mais rígidos a cada novo tratado de teor comercialista.

Alertando para os malefícios de um sistema de proteção à propriedade intelectual excessivamente garantista, Stiglitz afirma que

um regime de propriedade intelectual mal projetado - considerando os benefícios de melhores incentivos e todos os outros efeitos adversos que observamos - leva a um ritmo mais baixo de inovação; com design apropriado, o equilíbrio entre os benefícios e os custos de propriedade intelectual pode ser alterado. Mas, como observamos anteriormente neste capítulo, os direitos de propriedade intelectual são apenas uma maneira de incentivar e financiar P&D e aprendizado. Os direitos de propriedade intelectual devem ser vistos como parte do sistema de inovação de um país e deve haver um equilíbrio entre direitos de propriedade intelectual e outras abordagens (tradução nossa)⁴⁷.

Stiglitz segue seu argumento criticando os defensores de um sistema mais rígido de propriedade intelectual, afirmando que essa via não é necessária, nem mesmo a mais adequada, para se garantir o estímulo à inovação. Para o autor, outras abordagens mais vantajosas seriam o incentivo público à pesquisa, a ampliação do código aberto ou um sistema de premiações. Também existem outros mecanismos ligados ao mercado, como os *trade secrets*, que melhor cumprem seus objetivos. Predomina, segundo o economista, uma ênfase excessiva e injustificada na importância dos incentivos financeiros para a

⁴⁷ No original: a poorly designed IPR regime on balance — taking into account the benefits of improved incentives and all the other adverse effects we have noted—leads to a lower pace of innovation; with appropriate design, the balance between the benefits and costs of IPR can be changed. But as we noted earlier in the chapter, IPR is only one way of incentivizing and financing R & D and learning. IPR needs to be seen as part of a country's innovation system, and there needs to be a balance between IPR and other approaches. STIGLITZ, Joseph E.; GREENWALD, Bruce C. *Creating a learning society: a new approach to growth, development, and social progress*. Nova York: Columbia University Press, 2015.

inovação, na medida em que a maioria dos importantes avanços foram motivados por outras razões, como o desejo de reconhecimento por parte de seus pares ou mesmo a simples busca pelo saber⁴⁸.

Nesse sentido, Shaffer argumenta que

em suma, o direito internacional representa uma importante “restrição à definição unilateral de um bem público global”. O rigor dessa restrição, entretanto, deve variar à luz do objetivo em jogo, da eficácia de uma alternativa multilateral e da possibilidade de que a medida nacional possa levar melhor em consideração suas implicações para os estrangeiros de maneira imparcial. Existem, portanto, razões convincentes para redirecionar a atenção do direito internacional público para os processos de ordenamento jurídico transnacional nos quais o direito internacional é um elemento em um processo iterativo mais amplo (tradução nossa)⁴⁹.

Com efeito, essa multiplicidade de regimes e centros decisórios, características do direito global, não pode ser subestimada. A existência de diferentes atores, com diferentes poderes e capacidades específicas, expande os campos de atuação nos quais o exercício do direito pode, de alguma forma, apresentar soluções aos casos concretos. Subestimar algum desses espaços pode gerar campos abertos para que o sistema econômico ou político faça as vezes do direito, razão pela qual um enfrentamento às tensões entre direito à ciência e cultura e direitos autorais deve necessariamente partir de todas as frentes existentes.

5 Considerações finais

A finalidade de se conferir proteção jurídica aos autores de obras artísticas, científicas e literárias sofre diversas mudanças a depender do contexto histórico e geográfico analisado. Se na França do final do século XVIII dominava a ideia de que essas garantias seriam

⁴⁸ STIGLITZ, Joseph E.; GREENWALD, Bruce C. *Creating a learning society: a new approach to growth, development, and social progress*. Nova York: Columbia University Press, 2015. p. 269-272.

⁴⁹ No original: *in sum, international law represents an important 'constraint on the unilateral definition of a global public good'. The stringency of this constraint, however, should vary in light of the objective at stake, the effectiveness of a multilateral alternative, and the possibility that the national measure can take better account of its implications on outsiders in an unbiased manner. There are thus compelling reasons to refocus attention from public international law to processes of transnational legal ordering in which international law is one element in a broader interactive process*. In: SHAFER, Gregory. *International law and global public goods in a legal pluralist world. The European Journal of International Law*, Oxford, v. 23, n. 3, p. 669-693, out. 2012.

necessárias à salvaguarda de direitos de personalidade (direitos morais), nos Estados Unidos do final do século XX, observou-se a adoção de uma postura pragmática diante de um sistema internacional de proteção aos direitos de autor, que, no entanto, reduziu a relevância dos direitos morais e acentuasse a importância da proteção aos demais direitos de autor.

Apesar disso, é possível observar uma finalidade central para esse sistema, que, de alguma maneira, se encontra reproduzida nos diversos instrumentos internacionais ao seu respeito: o valor do conhecimento para o desenvolvimento socioeconômico, e a importância de se garantir que seja estimulada a inovação. Esses valores se manifestam tanto por meio de tratados de direitos humanos como de tratados multilaterais de comércio.

No entanto, também há diferenças consideráveis nos vários regimes: em que pese existir algum consenso sobre a finalidade dessa proteção, subsistem profundas divergências sobre como atingi-la. Se, desde um ponto de vista estritamente econômico, os padrões de proteção devem ser elevados e legalmente demandáveis, cabendo ao Estado o *enforcement* desses direitos para garantir um cenário de estímulo à criatividade e inovação, sob a ótica exclusiva dos direitos humanos, essa proteção deve ser a mínima possível com vistas a tornar o conhecimento acessível e concretizar sua natureza de bem público global.

Essa tensão é resultado da fragmentação do direito global, a qual, por sua vez, é resultante de irritações entre diferentes sistemas sociais. Não se inicia essa disputa no direito internacional, não sendo, portanto, ali onde se encerrarão. No entanto, o direito tem um importante papel na compatibilização desses regimes dissonantes na medida em que é capaz de criar tanto limites e exceções como mecanismos garantidores de direitos específicos como forma de concretizar o direito à ciência e cultura, ao tempo em que preserva certas garantias e direitos necessários ao autor.

Além disso, há diversas possibilidades de mitigar os efeitos negativos desse conflito de interesses, desde ações internacionais (produção de tratados internacionais e jurisprudência nas cortes internacionais e órgãos quase-judiciais) até iniciativas de direito interno, que visem a traduzir preceitos internacionais em construções jurídicas domésticas, por meio do uso de litigância estratégica em cortes nacionais. As conclusões deste estudo são de que todas essas vias são legítimas e encontram

vantagens e desvantagens em sua aplicação. Além disso, todas podem conviver nesse cenário policêntrico em que se funda o direito internacional, e serão mais ou menos eficazes a depender do contexto analisado.

De toda sorte, o direito não pode entregar aos agentes econômicos o controle sobre a matéria, sob o risco de uma expansão injustificável dos padrões mínimos de proteção. Deve-se assumir uma postura ativa para consolidar o direito à ciência e cultura como parte integrante de um sistema internacional de proteção aos direitos de autor, que vise não somente resguardar interesses de atores privados, mas também de garantir a proteção aos interesses coletivos e, de um lado, estimular a produção intelectual e, do outro, torná-la universalmente acessível.

Referências

ALIKHAN, Shahid. Role of the Berne Convention in the promotion of cultural creativity and development: recent copyright legislation in developing countries. *Journal of the Indian Law Institute*, Nova Déli, v. 28, n. 4, p. 423-440, out. 1986.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 dez. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.370/2019*. 14 set. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198534>. Acesso em: 23 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto no 75.699, de 6 de maio de 1975*. Promulgada a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 23 mar. 2023.

CANE, Peter; TUSHNET, Mark (org.) *The Oxford handbook of legal studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of*

- International Law*, Ann Arbor, v. 25, n. 4, p. 999-1046, out. 2004.
- GEIGER, Christophe (org.). *Intellectual property and access to science and culture: convergence or conflict?* Strabourg, FR: ICTSD/CEIPI, 2016.
- GIBBONS, Llewellyn Joseph. Do as i say (not as i did): putative intellectual property lessons for emerging economies from the not so long past of the developed nations. *SMU Law Review*, Dallas, v. 4, n. 3, p. 923-974, jan. 2011.
- GINSBURG, Jane C. A tale of two copyrights: literary property in revolutionary France and America. *Tulane Law Review*, Nova Orleans, v. 64, n. 5, p. 991-1031, maio 1990.
- GOLDSTEIN, Paul. *Copyright's Highway: from Gutenberg to the celestial jukebox*. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- GORDON, Wendy J. Intellectual Property. In: CANE, Peter; TUSHNET, Mark (org.) *The Oxford handbook of legal studies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- HELPER, Laurence R.; AUSTIN, Graeme W. *Human rights and intellectual property: mapping the global interface*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- HUGENHOLTZ, P. Bernt; OKEDIJI, Ruth L. *Conceiving an international instrument on limitations and exceptions to copyright: final report*. Amsterdam: Institute for Information Law University of Amsterdam; Minnesota: University of Minnesota of School, 2008. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/publications/conceiving-international-instrument-limitations-and-exceptions-copyright>. Acesso em: 25 abr. 2023.
- KAPCZYNSKI, Amy; SYED, Talha. The continuum of excludability and the limits of patents. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 122, p. 1900-1963, jul. 2013.
- KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. (org.). *Global public goods: international cooperation in the 21st century*. Nova York: Oxford University Press, 1999.
- LEMLEY, Mark A. Property, intellectual property, and free riding. *Texas Law Review*, Austin, v. 83, n. 4, p. 1031-1076, nov. 2005.
- LITMAN, Jessica. What we don't see when we see copyright as property. *Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 77, n. 3, p. 536-558, nov. 2018.
- OLIAN JUNIOR., Irwin A. International copyright and the needs of developing countries: the awakening at Stockholm and Paris. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 7, n. 2, p. 86-88, maio 1974.
- OMAN, Ralph; FLACKS, Lewis. Berne revision: the continuing drama. *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, Nova York, v. 4, n. 1, p. 139-156, jan. 1993.
- OMPI. *Guia da convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas: acta de Paris, 1971*. Geneva, 1980. Disponível em: https://tind.wipo.int/record/40446/files/wipo_pub_615.pdf. Acesso em: 01 abr. 2023.
- OMPI. Summary of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. WIPO, 1886. Disponível em: https://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/summary_berne.html. Acesso em: 20 mar. 2023.
- OSTROM, Elinor. Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems. *American Economic Review*, Nashville, v. 100, p. 1-33, jun. 2010.
- PICKHARDT, Michael. Fifty years after Samuelson's "the pure theory of public expenditure": what are we left with? *Journal of the History of Economic Thought*, Cambridge, v. 28, n. 4, p. 439-460, dez. 2006.
- RICKETSON, Sam. The international framework for the protection of authors: bendable boundaries and immovable obstacles. *Columbia Journal of Law & the Arts*, v. 41, n. 3, p. 341-367, out. 2018.
- ROBERTS, Anthea. Comparative international law? The role of national courts in creating and enforcing international law. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 60, p. 57-92, jan. 2011.
- ROSS, Deborah. The United States joins the berne convention: new obligations for authors' moral rights. *North Carolina Law Review*, Charlotte, v. 68, n. 2, p. 363-387, abr. 1990.
- ROTHCHILD, John A. How the United States stopped being a pirate nation and learned to love international copyright. *Pace Law Review*, Detroit, v. 39, n. 1, p. 361-452, jan. 2018.
- SHAFFER, Gregory. International law and global public goods in a legal pluralist world. *The European Journal of International Law*, Oxford, v. 23, n. 3, p. 669-693, out. 2012.

SHAHEED, Farida. Introductory remarks by the Special Rapporteur. In: GEIGER, Christophe (ed.). *Intellectual property and access to science and culture: convergence or conflict?* California: Global Perspectives for the Intellectual Property System, CEIPI-ICTSD, 2016.

SHAVER, Lea. Defining and Measuring Access to Knowledge: towards an A2K Index. *Yale Law School Student Scholarship: Student Scholarship Papers*, New Haven, v. 22, 2007. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/22/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F22&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 03 mar. 2023.

SHAVER, Lea. The right to science and culture. *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 1, n. 1, p. 121-184, jan. 2010.

STIGLITZ, Joseph E. Knowledge as a global public good. In: KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. (org.). *Global public goods: international cooperation in the 21st century*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

STIGLITZ, Joseph E.; GREENWALD, Bruce C. *Creating a learning society: a new approach to growth, development, and social progress*. Nova York: Columbia University Press, 2015.

YU, Peter K. TRIPS enforcement and developing countries. *American University International Law Review*, Washington, v. 26, n. 3, p. 727-782, out. 2011.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O soft law de direito internacional e a concretização dos direitos sociais: breves notas sobre as recomendações da OMS e as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a pandemia

The soft law of international law and the implementation of social rights: brief notes on the WHO recommendations and the decisions of the Supreme Federal Court on the pandemic

Daniel Damásio Borges

Thiago Giovani Romero

Ana Cristina Alves de Paula

VOLUME 20 • N. 3 • 2023

DOSSIÊ ESPECIAL/SPECIAL ISSUE: OIL SPILL PREVENTION AND RESPONSE: INTRODUCTORY NATIONAL, INTERNATIONAL, AND COMPARATIVE PERSPECTIVES

O *soft law* de direito internacional e a concretização dos direitos sociais: breves notas sobre as recomendações da OMS e as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a pandemia*

* Recebido em 18/07/2023

Aprovado em 07/12/2023

** É professor associado de direito internacional público da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP - câmpus de Franca, sendo vinculado aos programas de graduação em direito e em relações internacionais e de pós-graduação em direito desta instituição. Possui graduação em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2001), mestrado em direito internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2005) e pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne - 2006), doutorado em direito pela Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne - 2011) e livre-docência em direito internacional público pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017). Obteve o título de doutor na Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne) com a nota máxima: “très honorable avec les félicitations du jury”. Foi pesquisador visitante na École de Droit de la Sorbonne, Collège de France e no Instituto Universitário Europeu de Florença (2015-2016).
Email: daniel.damasio@unesp.br

*** Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Damásio Educacional. Especialista em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Graduado em Direito no Centro Universitário Toledo (UNITOLEDO). Professor nos cursos de pós-graduação em Direito do Damásio Educacional. Professor do curso de graduação em Direito da Fundação Educacional de Penápolis (FUNPEPE). Professor Associado no portal Direito Internacional sem Fronteiras (DIsF)
Email: thiago.romero@live.com

**** Doutoranda em Direito pela Unesp (campus de Franca/SP). Mestranda em Letras pela Unesp (campus de São José do Rio Preto/SP). Mestre em Direito (2018) pela Unesp (campus de Franca/SP). Bacharel em Direito (2016) pela Unesp (campus de Franca/SP). Licenciada em Letras Português/Francês (2022) pela Unesp (campus de São José do Rio Preto/SP). Atualmente, trabalha como servidora Pública do Município de São José do Rio Preto/SP (RIOPRETOPREV) e professora de Língua Francesa.
Email: a.cris.direito@gmail.com

The soft law of international law and the implementation of social rights: brief notes on the WHO recommendations and the decisions of the Supreme Federal Court on the pandemic

Daniel Damásio Borges**

Thiago Giovanni Romero***

Ana Cristina Alves de Paula***

Resumo

O objetivo do presente artigo é tratar sobre a relevância da *soft law* no direito internacional contemporâneo, propondo uma reflexão sobre a possibilidade de considerar a *soft law* como uma fonte direta do direito internacional público. A pesquisa pretende lançar uma revisitação aos pensamentos sobre as fontes do direito internacional público, a fim de analisar o papel que a *soft law* exerce a respeito da modificação do panorama tradicional das fontes do direito internacional, destacando as recomendações da OMS e as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) para o combate à pandemia de Covid-19. Para a construção da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, amparado por uma revisão bibliográfica especializada. Pode-se concluir que as recomendações publicadas pela OMS confirmam a importância dos *standards* internacionais para o enfrentamento do coronavírus no mundo.

Palavras-chave: covid-19; direito internacional público; fontes do direito internacional; recomendações da OMS; *soft law*.

Abstract

The purpose of this article is to deal with the relevance of soft law in contemporary international law, proposing a reflection on the possibility of considering soft law as a direct source of public international law. The research intends to revisit the thoughts on the sources of public international law, in order to analyze the role that soft law has been playing in modifying the traditional panorama of sources of international law, highlighting the WHO recommendations and the decisions of the Supreme Federal Court to combat the Covid-19 pandemic. In the construction of the research, the

deductive method was used, supported by a specialized literature review. It can be concluded that the recommendations published by the WHO confirm the importance of international standards for dealing with the coronavirus in the world.

Keywords: covid-19; public international law; sources of international law; WHO recommendations; *soft law*.

1 Introdução

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde veio a público e declarou oficialmente que o mundo estava diante de uma emergência sanitária global, ainda sem precedentes, uma pandemia de COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) ou Novo Coronavírus, que vem produzindo repercussões não apenas de ordem biomédica e epidemiológica em escala global, mas também repercussões e impactos sociais, econômicos, políticos, culturais e históricos sem precedentes na história recente¹.

Os problemas e questionamentos levantados a respeito das fontes do Direito Internacional Público não são novos e sempre despertaram o interesse dos internacionalistas. Isto porque, diante do aparecimento de novos atores internacionais, houve uma ampliação dos meios clássicos pelo qual o Direito Internacional é operacionalizado. Assim, sabe-se que as soluções para os problemas e questionamentos residem no estudo de suas fontes, que, juntamente ao Direito dos Tratados, constituem o núcleo do Direito Internacional Público e do seu regime jurídico no âmbito internacional.

Nos últimos anos, muitas mudanças aconteceram no campo das fontes do Direito Internacional Público. Uma delas é o fenômeno da descentralização das fontes do direito das gentes, ou seja, há uma reavaliação e atualização das fontes tradicionais, que estão em um processo de constante interação, na doutrina e na jurisprudência².

Precisamente, desde o acontecimento da Segunda Guerra Mundial até os dias atuais, a sociedade inter-

nacional passou por grandes mudanças sociais, econômicas, comerciais, ambientais e culturais. Assim, é relevante mencionar que as fontes do Direito Internacional Público não são apresentadas de forma engessada ou homogênea, ou seja, não possuem natureza igualitária ou de semelhante estrutura, função e distribuição. Exemplos clássicos da não homogeneidade são os atos comissivos, omissivos ou formalmente internacionais, realizados pelos Estados, organizações e atores internacionais, que estão aptos para criar, modificar, extinguir direitos no âmbito internacional e que representam a materialização das fontes do Direito Internacional Público.

Na doutrina internacionalista, as fontes do Direito Internacional Público podem ocupar até três classificações: as fontes primárias, as fontes como meios auxiliares e as chamadas novas fontes. O cerne desta pesquisa se baseia nessa última modalidade, especialmente sobre as normas *soft law*, que devem e merecem ser estudadas à luz das transformações ocorridas na sociedade internacional devido ao surgimento de novos atores internacionais e meios de produção das normas jurídicas. As transformações que o plano internacional vem experimentando, de progressos e desequilíbrios, constituem fatores determinantes para uma reavaliação ou revisão do estudo das fontes do Direito Internacional Público.

São exemplos clássicos o *Gentlemen's Agreement* (Acordos de Cavalheiro, um compromisso moral e de boa-fé firmado entre chefes de estado que não implica sanção jurídica), as agendas (como a Agenda 21) e as recomendações das organizações internacionais.

A fim de encontrar a resposta pertinente à problemática levantada, o artigo está estruturado da seguinte forma: (i) no primeiro momento, buscar-se-á tratar sobre a relevância da *soft law* no direito internacional contemporâneo, propondo uma reflexão sobre a possibilidade de considerar a *soft law* como uma fonte direta do direito internacional público; (ii) na sequência, será lançada uma revisão aos pensamentos sobre as fontes do direito internacional público, a fim de analisar o papel que a *soft law* exerce na modificação do panorama tradicional das fontes do direito internacional; por fim, (iii) investigar-se-ão as recomendações da OMS, que são instrumentos *soft law* (e guardam pela sua estrutura um importante debate no estudo das fontes do direito internacional público), para o enfrentamento da pandemia

¹ FIOCRUZ. *Impactos sociais, econômicos, culturais e políticos da pandemia*. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/impactos-sociais-economicos-culturais-e-politicos-da-pandemia>. Acesso em: 04 abr. 2021.

² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 19.

de Covid-19 e as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a pandemia. Optou-se, para a construção deste artigo, pelo método dedutivo, por meio de revisão bibliográfica.

Dessa maneira, o questionamento deste estudo versa sobre a necessidade de proceder à revisitação (ou reavaliação) das fontes clássicas do direito internacional público, propondo-se analisar se estas não estariam integradas por novas obrigações e normas jurídicas, como a *soft law*, provenientes das mudanças pelas quais o direito internacional contemporâneo vem passando, caracterizando, então, um novo desafio que a área deverá enfrentar nos próximos anos e reforçando o compromisso dos Estados membros para a utilização da cooperação internacional, das boas práticas e, sobretudo, que as medidas de combate à COVID-19 sejam embasadas em evidências científicas. Parte-se do pressuposto de que a *soft law* pode ser reconhecida ou equiparada como uma fonte primária do direito internacional por meio da Teoria da Filosofia do Direito, chamada “positivismo inclusivo” de Norberto Bobbio. Defende-se, por meio desta teoria, que o direito é composto não apenas por normas jurídicas positivadas, mas também por normas não positivadas, como o *soft law*, que são reconhecidas como fontes do direito internacional.³ Para a realização da pesquisa, foi adotado o método dedutivo como método de abordagem, e a técnica de pesquisa bibliográfica como método de procedimento, visando ao aprofundamento dos conceitos e dos elementos caracterizadores dos institutos em investigação, com base na doutrina e na legislação pertinentes à matéria.

2 As fontes tradicionais do direito internacional

A doutrina internacionalista, ao tratar sobre o tema das fontes do Direito Internacional Público, tem o costume de dividi-la em fontes materiais e formais, de acordo com Dionizio Anzilotti⁴. Antagonicamente, Miguel

Reale⁵ demonstra sua crítica a respeito dessa divisão. No seu entendimento, uma fonte de direito apenas poderia ser classificada como fonte formal, já que a sua representatividade reside em uma estrutura normativa com que processará e formalizará, resultando a validade objetiva da norma, positivada em uma lei, costume, sentença ou contrato. Corroborando com esse entendimento James Crawford⁶.

Miguel Reale⁷ ainda menciona que classificar as fontes como materiais seria o mesmo que dizer que elas não pertencem à Ciência do Direito, mas sim à Política do Direito. Esta se refere ao conjunto de fatores sociológicos, culturais, comerciais, econômicos, que atua como condicionante da decisão do poder no ato de edição e formalização das fontes do Direito.

Merece destaque o panorama feito por Hubert Thierry⁸, o qual elucida que, no plano do Direito interno, existem determinadas necessidades sociais de elaboração da norma, mas, no plano do Direito Internacional, as tais necessidades surgem ou são criadas pelas relações dos Estados e das organizações internacionais.

Nesse sentido, as fontes do Direito são protagonistas na função de determinar o conteúdo das normas jurídicas, tanto no plano interno como no internacional. Tais necessidades podem ter origens sociais, econômicas, morais, políticas, comerciais, religiosas, entre outras⁹.

Jean-Marie Lambert¹⁰ afirma que a grande fonte de produção de normas no âmbito internacional está ligada, diretamente, ao substrato econômico. Além disso, aponta que o Direito Internacional é uma espécie de lei do mais forte, ou seja, reflete os valores dos Estados que em determinado momento estão impondo seus pontos de vista.

Quanto às fontes formais do Direito, estas se caracterizam pelos métodos ou procedimentos para a criação

³ CARVALHO, Daniel Ferreira de Souza. *O fenômeno soft law bate à porta do direito internacional contemporâneo*. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Relações Internacionais) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/9609/1/20277941.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2023.

⁴ ANZILOTTI, Dionizio. *Cours de droit international*. Paris: Editions Panchéon-Assas, 1999. p. 67.

⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4.

⁶ CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 20-21.

⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4.

⁸ THIERRY, Hubert. *L'évolution du droit international: cours général de droit international public*. Recueil des Cours, 1990. p. 30.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 129.

¹⁰ LAMBERT, Jean-Marie. *Curso de direito internacional público*. Goiânia: Kelps, 2004. p. 69.

das normas jurídicas. São essas técnicas que permitirão avaliar se uma norma pertencerá ou não ao mundo jurídico, de modo que possa efetivamente vincular as partes¹¹.

Assim, as fontes formais no plano interno são exemplificadas pelas Constituições dos países, suas leis internas que regulamentam o processo legislativo, os costumes, os princípios gerais de Direito, as decisões judiciais que podem ser representadas pela jurisprudência e a doutrina¹².

Por um lado, enquanto no plano interno as fontes formais são marcadas pela simplicidade, no plano internacional a situação é complexa, diante de não existir uma autoridade superior (como uma Constituição) que exerça a subordinação dos países à sua vontade, ao passo que as decisões tomadas poderiam ser efetivadas com sucesso¹³.

Como exposto por Matusalém Gonçalves Pimenta¹⁴, não se pode olvidar da existência de teorias que negam o Direito Internacional, como Direito propriamente dito, ou seja, não lhe atribuem o caráter de norma jurídica. Essas teorias são fundamentadas pela inexistência de um Poder Legislativo Internacional, como também de uma autoridade internacional soberana, com capacidade de impor sua jurisdição, de forma obrigatória, e, ao mesmo tempo, garantir sanções àqueles que a violam.

John Austin¹⁵ aponta que as normas jurídicas internacionais não seriam fundamentadas no direito, mas sim na moral. Logo, baseou a sua teoria no fato de que as normas internacionais não poderiam ser consideradas jurídicas propriamente ditas, embora, em seu cerne, haja senso moral positivado, já que correm o risco de sofrerem alterações, leves ou rígidas, em nome dos interesses dos países.

Ampliando o sentido dessa ideia, alguns internacionalistas entendem que as normas internacionais são

práticas reiteradas pelos Estados, organizações e atores internacionais, podendo estar sujeitas ao descumprimento, sem nenhuma possibilidade de aplicar sanções ou ter, efetivamente, controle da prática dos atos daqueles.

Ian Brownlie¹⁶ afirma que, no campo das relações internacionais, a expressão “fonte formal” é utilizada de forma inadequada, pois corrobora o sentido de um mecanismo constitucional para a elaboração de normas como acontece no plano interno dos Estados.

Har¹⁷ reconhece que as normas internacionais têm efeito vinculante, independentemente de possíveis sanções formais que poderão ser estabelecidas. Ademais, ainda demonstra que o Direito Internacional pode ser compreendido por meio das suas diferenças com o Direito no plano interno.

Nessa linha de pensamento, Hart¹⁸ aponta que, mesmo que um determinado Estado seja mais forte que o outro, aquele irá ponderar seus atos antes de dar início a qualquer forma de agressão. Isto porque existem riscos envolvidos no possível cometimento de agressões, como a forma que os demais Estados (aqueles não envolvidos) irão se comportar. Logo, nota-se que os Estados estão vinculados às normas estabelecidas no plano internacional, mesmo que não haja sanções ou previsões delas.

Avançando a temática, o primeiro texto internacional que estabeleceu as fontes do Direito Internacional Público foi a Convenção de Haia de 1907, responsável pela criação do Tribunal Internacional de Presas. No seu artigo sétimo, trouxe a previsão de que, caso não existissem regras internacionalmente reconhecidas pelos Estados, a Corte poderia decidir de acordo com os princípios gerais de direito e da equidade.¹⁹

Em seguida, alguns anos depois, a comunidade internacional passou a adotar como fontes formais do Di-

¹¹ DINH, Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 113.

¹² BUERGENTHAL, Thomas. *Public international law*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 25.

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 129.

¹⁴ PIMENTA, Matusalém Gonçalves; PIMENTA, Carmen L.S. Grau de coercibilidade da soft law. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, p. 64-73, 2016.

¹⁵ AUSTIN, John. The province of jurisprudence determined. In: AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and the uses of jurisprudence*. Indianapolis, IN: Hacket Publishing Company, 1998. p. 59.

¹⁶ BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 13.

¹⁷ HART, H. L. A. *O conceito do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 281.

¹⁸ HART, H. L. A. *O conceito do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 282.

¹⁹ If a question of law to be decided is covered by a treaty in force between the belligerent captor and a Power which is itself or whose subject or citizen is a party to the proceedings, the Court is governed by the provisions in the said treaty. In the absence of such provisions, the Court shall apply the rules of international law. If no generally recognized rule exists, the Court shall give judgment in accordance with the general principles of justice and equity.

reito Internacional Público, aquelas previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, que estabelece como fontes do Direito Internacional Público.²⁰

No artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, não há nenhuma menção a respeito de que o rol exposto deva ser considerado como fontes do Direito Internacional Público. Jorge Miranda²¹ leciona que não há, no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, uma enumeração exaustiva ou taxativa, pois o dispositivo não pretende esgotar os meios de produção do Direito Internacional. Antônio Augusto Cançado Trindade²² considera, assim como outros internacionalistas, que as fontes do Direito Internacional Público correspondem, perfeitamente, aos meios e instrumentos previstos no dispositivo do Estatuto, sendo elas os tratados, costumes e princípios gerais do direito. Ressalta-se que são admitidas como fontes subsidiárias: a doutrina e as decisões reiteradas do Tribunal, a chamada jurisprudência.

Não se aborda, no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a existência de hierarquia entre as fontes formais do Direito Internacional Público elencadas; logo não há que se falar de uma possível existência de maior valia entre tratados, costumes ou princípios de direito, podendo ser considerado isto como regra, conforme afirma Antônio Remiro Brotons²³.

Há duas exceções sobre a inexistência de hierarquia das fontes formais do Direito Internacional Público, uma delas prevista no artigo 103 da Carta das Nações Unidas, o qual demanda primazia à Carta sobre qualquer outro compromisso internacional feito por seus

membros; e as normas *jus cogens*, que devem prevalecer sobre quaisquer regras ou obrigações internacionais²⁴.

Matusalém Gonçalves Pimenta²⁵ reforça a importância de diferenciar os tratados internacionais dos costumes. Baseia essa distinção em dois critérios primordiais: formação e demonstração. Inicialmente, explica que, no critério “formação”, os tratados são criados mediante a vontade dos Estados-membros; já os costumes são consolidados por meio do comportamento reiterado dos Estados e pela conscientização de que tal prática é revestida de obrigatoriedade, também chamada de “*opinio juris*”. Quanto ao critério “comprovação”, os tratados internacionais são revestidos de legalidade a partir da simples ratificação pelos Estados; por outro lado, os costumes são mais complexos, dependem da comprovação de existência dos elementos objetivo e subjetivo, condição “*sine qua non*”.

Diante do caráter relativo e não homogêneo das fontes de Direito Internacional Público elencadas no rol do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, há espaço para que as novas fontes e meios auxiliares de interpretação das normas jurídicas internacionais possam ser criados e aplicados pela Corte, independentemente, da obrigatoriedade de previsão expressa em um dispositivo de tratado internacional.

Matusalém Pimenta²⁶ afirma que, nos limites do tratamento das fontes formais do Direito Internacional Público, há internacionalistas que admitem as normas *soft law* como fonte do Direito Internacional, inclusive, estas ocupariam o mesmo patamar em relação aos tratados internacionais. Sinaliza também que esta é uma visão contemporânea e retrata um novo posicionamento pelos internacionalistas, ainda em construção, mas que consideram as transformações ocorridas no plano internacional (diante de fatores sociais, econômicos, comerciais, ambientais) e a necessidade de que uma expressiva parte dos tratados internacionais foram elaborados mediante normas mais flexíveis, ou seja, por meio das *soft law*.

²⁰ 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

^{a)} international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c) the general principles of law recognized by civilized nations; d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

² This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto.

²¹ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. Cascais: Princípiã, 2012. p. 40.

²² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. v. 1. p. 81.

²³ REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público*. Madrid: Tornos, 1987. v. 2. p. 82.

²⁴ REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público*. Madrid: Tornos, 1987. v. 2. p. 82.

²⁵ PIMENTA, Matusalém Gonçalves; PIMENTA, Carmen L.S. Grau de coercibilidade da *soft law*. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, p. 64-73, 2016.

²⁶ PIMENTA, Matusalém Gonçalves; PIMENTA, Carmen L. S. Grau de coercibilidade da *soft law*. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, p. 64-73, 2016.

Mario Giovanoli²⁷ expõe uma ideia pertinente a respeito da *soft law* e do *hard law*, e, *a priori*, afirma que não há uma distinção exata, mas que existe uma gradação em nível prático das normas:

In fact, there is no black and white distinction to be made between 'soft law' and 'hard law', but rather a gradation, from professional and trade practice and so-called 'natural' (it not legally enforceable) obligations, at the lowest level, to guidelines and progressively more binding arrangements, with various degrees of consequences in the event of non-compliance (from implementation left to discretion of the parties concerned to various forms of assessment, surveillance, penalties and arbitration).

Pode-se concluir que os meios auxiliares e as novas fontes do Direito Internacional Público, especialmente a *soft law*, exercem influência jurídica sobre os Estados. Por outro lado, a *soft law*, considerada fonte do Direito Internacional Público pode ser posta em paralelo de igualdade com as o rol de fontes elencados no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, como uma maneira prática de se fazer norma jurídica internacional para atender as necessidades da sociedade internacional²⁸.

Nota-se que o sistema de fontes é um produto emergente da interação entre sujeitos, variando em rigidez de acordo com essa dinâmica interacional. Uma implicação é a complexidade em estabelecer uma lista exaustiva de fontes em um sistema jurídico, tornando qualquer tentativa de fechamento provisória dada a natureza mutável do sistema. Em meio a essa dinamicidade, cada sistema jurídico, notadamente o internacional, é uma rede sem um centro claro. Tentativas de limitar as fontes de produção do direito se revelam como atos comunicativos de alguns agentes, não necessariamente vinculativos para outros, dentro de certos limites.²⁹

²⁷ GIOVANOLI, Mario. A new architecture for the global financial market legal: legal aspects of international financial standard setting. In: GIOVANOLI, Mario (ed.). *International monetary law: issues for the new millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 31.

²⁸ PIMENTA, Matusalém Gonçalves; PIMENTA, Carmen L.S. Grau de coercibilidade da *soft law*. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, p. 64-73, 2016.

²⁹ SANZ, Rafael; FOLLONI, André. El *soft law* como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 243-259, 2017.

3 *Soft law* como fonte do direito internacional público

No século XX, houve o surgimento de três novas formas de obrigações jurídicas, que se relacionam, diretamente, com as fontes do Direito Internacional Público, são elas as obrigações *erga omnes*, as normas de *jus cogens* e a *soft law*, objeto do presente estudo.

Posto isso, o fenômeno jurídico conhecido como *soft law* pode ser legitimamente identificado ou equiparado como uma fonte primária do direito internacional, conforme preconizado pela perspectiva do positivismo inclusivo no domínio da filosofia do direito.³⁰ Essa teoria sustenta a concepção de que o direito é configurado não apenas por normas jurídicas claramente positivadas, mas também por normas não codificadas, exemplificadas pelo *soft law*, reconhecidas como fontes legítimas no âmbito do direito internacional.³¹ Como é sabido, o positivismo inclusivo postula que o direito é um fenômeno social que se desenvolve a partir de normas tanto positivadas quanto não positivadas. Nesse contexto, a *soft law* pode ser caracterizado como uma fonte primária do direito internacional, uma vez que representa uma

³⁰ O positivismo inclusivo é uma corrente do positivismo jurídico que admite tanto normas positivadas quanto não positivadas, como o *soft law*, como fontes do direito. Alguns dos principais representantes e desenvolvedores do positivismo inclusivo incluem: Álvaro Ricardo de Souza, um dos principais proponentes do positivismo inclusivo no Brasil, tendo escrito sobre a teoria e suas implicações no direito brasileiro; Bernardo Augusto Ferreira Duarte, jurista brasileiro que apoia a teoria do positivismo inclusivo, defendendo a inclusão de normas não positivadas no repertório de fontes do direito; David Lyons, um dos principais representantes da corrente positivista inclusiva, tendo escrito sobre a teoria e suas implicações no direito internacional; Jules Coleman: outro autor que apoia o positivismo inclusivo, tendo escrito sobre a teoria e suas implicações no direito internacional; Rodrigo de Souza Tavares, jurista brasileiro que tem escrito sobre o positivismo inclusivo e sua relação com o positivismo exclusivo, defendendo a Teoria do Direito como uma síntese entre as duas correntes; Norberto Bobbio, embora seja um positivista exclusivo, sua teoria do direito também pode ser vista como uma forma de positivismo inclusivo, pois ele defende a importância de aspectos morais e éticos no direito, além das normas positivadas. Esses juristas e teóricos têm contribuído para o desenvolvimento e a discussão do positivismo inclusivo, defendendo a inclusão de normas não positivadas, como o *soft law*, no repertório de fontes do direito internacional e nacional.

³¹ VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Pode o *soft law* ser considerado fonte de direito internacional tributário? *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 2, 2007. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/index>. Acesso em: 4 dez. 2023.

norma não codificada reconhecida como tal pela comunidade internacional.³²

Ademais, a equiparação da *soft law* a uma fonte primária do Direito Internacional também encontra respaldo na sua extensa utilização na prática internacional, desempenhando um papel significativo na formação do direito internacional. Embora considerada classicamente como desprovida de caráter vinculante, a *soft law* exerce influência sobre a conduta dos Estados e organizações internacionais, servindo como uma ferramenta orientadora na interpretação e aplicação do direito.

Nesse sentido, a abordagem positivista inclusiva de Norberto Bobbio pode ser usada para fundamentar o reconhecimento ou equiparação da *soft law* como uma fonte primária do Direito Internacional, pois essa abordagem reconhece a importância de aspectos não positivados no Direito. Norberto Bobbio, embora seja considerado um positivista exclusivo, defende a importância de aspectos morais e éticos no direito, além das normas positivadas.³³ A Teoria do Positivismo Inclusivo, que reconhece tanto normas positivadas quanto não positivadas como fontes do direito, está alinhada com a visão de Norberto Bobbio sobre a importância de considerar aspectos não positivados no direito.³⁴ Portanto, a abordagem positivista inclusiva respalda o reconhecimento da *soft law* como uma fonte primária do direito internacional, uma vez que considera a relevância de normas não positivadas na formação do direito.³⁵

Além disso, a *soft law*, por ser um instrumento do direito internacional que influencia o ordenamento jurídico interno, pode ser considerada como uma forma de norma não positivada que contribui para a efetividade

do direito. Logo, a abordagem positivista inclusiva de Norberto Bobbio respalda o reconhecimento da *soft law* como uma fonte primária do direito internacional, ao considerar a importância de aspectos não positivados no direito e sua influência na formação do ordenamento jurídico.

Matusalém Pimenta aduz que não há um marco regulatório internacional que sinalize o preciso surgimento das normas *soft law*. Todavia, pode-se dizer que esse regramento especial é fruto das relações internacionais tidas no início do século passado. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, houve a criação da Organização das Nações Unidas, do Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT). Por meio dessas organizações internacionais, as normas *soft law* como fonte do Direito Internacional passaram a ganhar visibilidade e a influenciar as relações entre os Estados, produzindo, então, efeitos jurídicos.

Percebe-se que as normas *soft law* se adaptam com mais facilidade, em comparação às normas *hard law*. Na prática, é como acontece nas relações econômicas e sobre as preocupações com o meio ambiente. Os Estados, organizações e atores internacionais passaram a dar preferência à utilização de normas *soft law*, em razão da sua celeridade de aprovação, como também pela possibilidade de alterações futuramente necessárias. Assim, é usual e perceptível o crescimento dessas normas no plano internacional.

Matusalém Pimenta aponta que o conceito das normas *soft law*, no plano do Direito Internacional, ocupam o mesmo espaço das normas jurídicas tradicionais, principalmente, sendo prolatadas por organizações ou entidades internacionais, como a Organização das Nações Unidas e suas agências, até mesmo por organizações regulatórias, como a Câmara Internacional do Comércio. Salienta, ainda, que as normas *soft law* se diferenciam das demais normas jurídicas em razão do caráter flexível e dependência de governança.

Sabe-se que a expressão e o conceito de *soft law* foi cunhado pela doutrina norte-americana, em uma relação de oposição à noção de *hard law*, que, por sua vez, se refere ao Direito clássico, propriamente dito. No plano do direito brasileiro, as normas *soft law* correspondem a um conjunto de regras, cujo valor normativo teria certa limitação, em razão dos instrumentos que as contêm não seriam juridicamente obrigatórias, por não terem

³² OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na evolução do direito internacional. *RIDB*, ano 1, n. 10, p. 6265-6289, 2012; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. Soft law e direito privado estrangeiro: fontes úteis aos juristas brasileiros. *Migalhas*, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-privado-estrangeiro/380100/soft-law-e-direito-privado-estrangeiro-fontes-uteis-aos-juristas>. Acesso em: 4 dez. 2023.

³³ PRACUCHO, Davi Marcussi. Norberto Bobbio: um positivista inclusivo? *Aurora*, Marília, v. 10, n. 1, p. 121-132, jan./jul. 2017.

³⁴ GRIS, Anna Christina; DAL RI, Luciene. A função do Direito e o pós-positivismo jurídico. *Direito em Debate*. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, ano 27, n. 49, jan./jun. 2018.

³⁵ BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito. Barueri, SP: Manole, 2007; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições sobre filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

força de criar obrigações de direito positivo ou criariam obrigações pouco constringentes.

Guido Fernando Silva Soares afirma que, para analisar as normas *soft law*, é necessária prudência, em razão de ser um instituto novo e de contornos ainda em construção. Entretanto, essas normas, de maneira alternativa, passaram a orientar a conduta da sociedade internacional, diante do contexto dinâmico da globalização, que proporciona, a cada dia, um maior fluxo de bens, de serviços³⁶, de informações e de pessoas entre as fronteiras. Por essa razão, conforme o autor, houve um aumento visível da interdependência entre os Estados, que passaram a exigir meios mais ágeis e flexíveis para estabelecer as regras de convivência.

De acordo com Salem Hikmat Nasser³⁷, as normas *soft law* podem assumir as seguintes modalidades:

- a) normas, jurídicas ou não, de linguagem vaga ou de conteúdo variável ou aberto ou, ainda, que tenham caráter principiológico ou genérico, impossibilitando a identificação de regras claras e específicas;
- b) normas que prevejam mecanismos de solução de controvérsias, como a conciliação e a mediação;
- c) atos concertados entre os Estados que não adquiram a forma de tratados e que não sejam obrigatórios;
- d) atos das organizações internacionais que não sejam obrigatórios;
- e) instrumentos produzidos por entes não-estatais que consagrem princípios orientadores do comportamento dos sujeitos de Direito Internacional e que tendam a estabelecer novas normas jurídicas.

Inegáveis são os efeitos e a influência trazidos pela *soft law* para as relações multilaterais, que atingem, diretamente, o cerne do direito internacional público. Mesmo não sendo uma espécie de tratado internacional, como posto na Convenção de Viena, nem mesmo se aproxima do conceito clássico de costume. As normas *soft law* traduzem um novo desenho criado pela própria sociedade internacional, a fim de viabilizar e manter suas relações. Logo, para que ganhassem força, passaram a defender uma campanha para não permitir que tais normas sejam enquadradas como de menor importância ou que delas não se espere obediência. Tal argumentação é válida diante da relevância e importância dos seguintes documentos internacionais, *soft law*, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Agenda 21 da Eco-92,

³⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional pública*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 138.

³⁷ NASSER, Salem Hikmat. *Fontes do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 26.

e, inclusive, o uso dos padrões adotados pela *International Organization for Standardization*.³⁸

Em síntese, a evolução do Direito Internacional está inserida em instrumentos de codificação, que estão sendo alterados por novas formas de cooperação transfronteiriça, muitas vezes através de processos legiferantes informais.³⁹ Destaca-se a ascensão da *soft law*, que se refere a normas, em tese, menos vinculantes e mais flexíveis, desafiando a concepção tradicional das fontes do direito internacional. Nesse sentido, há diversas categorias e graduações de *soft law*, com base na distinção entre *negotium* (conteúdo do acordo) e *instrumentum* (forma do instrumento).⁴⁰

Portanto, o conceito de *soft law* é discutido, enfatizando que se refere a regras com valor normativo menos constringente que as normas jurídicas tradicionais. Com base na mudança nos atores e processos na ordem jurídica internacional, questiona-se a eficácia da implementação de normas com conteúdo vago devido à ausência de sanções e órgãos competentes para aplicação em caso de não cumprimento. A influência das *soft laws* na tomada de decisões no espaço público tem um papel significativo, especialmente em setores que buscam a harmonização normativa.⁴¹

4 A coercitividade das normas *soft law*

Atualmente, as normas *soft law* desempenham um importante papel nas relações internacionais, amparadas pelo Direito Internacional Público. Matusalém Pimenta⁴² aponta a existência de uma conscientização internacional, operada por meio da governança inter-

³⁸ PIMENTA, Matusalém Gonçalves; PIMENTA, Carmen L.S. Grau de coercibilidade da *soft law*. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, p. 64-73, 2016.

³⁹ SOUZA, Leonardo da Rocha; LEISTER, Margareth Anne. A influência da *soft law* na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015.

⁴⁰ SOUZA, Leonardo da Rocha; LEISTER, Margareth Anne. A influência da *soft law* na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015.

⁴¹ SOUZA, Leonardo da Rocha; LEISTER, Margareth Anne. A influência da *soft law* na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015.

⁴² PIMENTA, Matusalém Gonçalves; PIMENTA, Carmen L.S. Grau de coercibilidade da *soft law*. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, p. 64-73, 2016.

nacional, que, por sua vez, tem o condão de aceitar tal norma como cogente, ou seja, quais os Estados e particulares estarão obrigados a cumprir.

Mário Giavanoli⁴³ afirma que as normas *soft law*, na área do comércio internacional, assumem um alto nível de aceitação, quanto à sua obrigatoriedade. Ainda menciona que não se pode imaginar tal área do direito internacional, como nos campos de importações e exportações, sem as normas *soft law*, que são seguidas rigidamente pelos Estados, exemplificado por meio da existência dos *Incoterms (International Commercial Terms)*⁴⁴.

O meio ambiente também encontra soluções por meio de normas *soft law*, que propiciam sua proteção em nível internacional. Logo, as normas de proteção internacional do meio ambiente estão tendo capacidade de produzir eficácia em um curto espaço de tempo, diferentemente como acontecia quando os tratados eram utilizados. O fator vantajoso das normas *soft law* para o meio ambiente reside no seu caráter flexível, pois podem ser revistas periodicamente e, quando necessário, podem ser adaptadas às novas realidades⁴⁵.

Algumas áreas são bem amparadas e respeitadas pela *soft law*; a sua coercitividade não é unânime para os internacionalistas. Sabe-se que, em relação às fontes clássicas do Direito Internacional Público, previstas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, não há qualquer questionamento a respeito da obrigatoriedade de cumprimento.

O debate sobre a possibilidade de sanções diante do descumprimento de normas internacionais pelos Estados e atores internacionais, na esfera do Direito Internacional Público, é vista de maneira relativizada. Isto porque, como já dito anteriormente, não há uma autoridade central com capacidade coercitiva para o cumprimento das normas internacionais (seja por tratados, costumes, princípios, entre outros) pelos Estados. Sabe-se, também, que as decisões prolatadas pelos Tribunais

Internacionais necessitam do consentimento dos Estados, que devem se submeter a elas⁴⁶.

Hart⁴⁷ aponta que os Estados, ao momento que violam as normas internacionais, não se esquivam ou se defendem pela fundamentação de que elas não são obrigatórias. Pelo contrário, partem do pressuposto que, de fato, nunca houve qualquer violação. Assim, entende que a coercitividade, no plano internacional, está ligada ao temor dos Estados por represálias e/ou retaliações.

Entretanto, aquilo que essas normas exigem é considerado obrigatório e como tal é mencionado; há uma pressão generalizada em favor da obediência a elas; pretensões e reconhecimentos de baseiam nessas normas e considera-se que sua transgressão justifica não apenas exigências insistentes de reparação como também represálias e medidas de retaliação. Quando as normas são desobedecidas, não é com base no argumento de que não são vinculantes; pelo contrário, envidam-se esforços para esconder os fatos.

Nesse sentido, com as normas *soft law* ocorre a mesma problematização quando se trata do grau de coercitividade. Assim, caso seja violada, aparentemente ou formalmente, não haverá a aplicação de uma sanção tradicional, mas o Estado que a violou poderá experimentar perdas nos seus compromissos internacionais, sofrer retaliações e ou represálias dos outros Estados, organizações e atores internacionais, nos mesmos moldes que acontecem com as normas *hard law*⁴⁸.

Dinah Shelton⁴⁹ elucida que a aceitação da *soft law* como norma jurídica obrigatória é cada vez mais crescente no plano internacional:

The growing complexity of the international legal system is reflected in the increasing variety of forms of commitment adopted to regulate state and non-state behavior with regard to an ever-growing number of transnational problems. It is unlikely that we will see the return of a law/freedom of action dichotomy. Instead, the various international actors will create and attempt to comply with a range of international commitments, some of which will be in legal form, others of which will be contained in non-binding instruments. The lack of binding form may reduce the options for enforcement

⁴³ GIOVANOLI, Mario. A new architecture for the global financial market legal: legal aspects of international financial standard setting. In: GIOVANOLI, Mario (ed.). *International monetary law: issues for the new millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 33.

⁴⁴ Nesse sentido: With a few exceptions in respect of rules embodied in proper instruments of international law [...], most of the international rules, guidelines, standards and other arrangements governing cross-border financial relations are not a legally binding nature and are therefore generally referred to as 'soft law'.

⁴⁵ PIMENTA, Matusalém Gonçalves; PIMENTA, Carmen L. S. Grau de coercibilidade da *soft law*. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, p. 64-73, 2016.

⁴⁶ HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 72.

⁴⁷ HART, H. L. A. *O conceito do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 36.

⁴⁸ NASSER, Salem Hikmat. *Fontes do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 89.

⁴⁹ SHELTON, Dinah. Law, non-law and the problem of 'soft law'. In: SHELTON, Dinah (ed.). *The role of non-binding norms in the international legal system*. New York: Oxford University Press, 2000. p. 16.

in the short term (i.e., no litigation), but this does not deny that there can exist sincere and deeply held expectations of compliance with the norms contained in the non-binding form.

Como já dito, o posicionamento sobre o grau de coercitividade de normas *soft law* ainda estão em discussão pelos internacionalistas. Isto porque há o entendimento de que alguns documentos internacionais, como as recomendações e relatórios, ainda são desprovidos de efeitos obrigatórios, consequentemente, sem condão coercitivo por parte dos Estados⁵⁰.

Por fim, diante das ideias expostas, pode-se dizer que as normas *soft law*, podem ser consideradas como uma norma obrigatória com grau de coercitividade, caso não sejam observadas pelos Estados. Outro ponto relevante reside na essência da norma *soft law*, sua flexibilidade vem ao encontro das transformações sociais, econômicas, comerciais e culturais que a sociedade internacional vem passando.

A *soft law* merece ser considerada parte integrante das fontes diretas do Direito Internacional, pois são indispensáveis para a função do Direito. Assim, justifica-se a adoção desses instrumentos pela OMS, como maneira efetiva para garantir o direito à saúde, pois como conjunto de normas ou *standards* normativos, seu objetivo é criar vinculações exortatórias, opondo-se à obrigatoriedade dos instrumentos *hard law*, de modo que a expectativa de cumprimento está baseada na autonomia da vontade e boa-fé dos Estados, conforme afirma Fernando da Silva Gregório⁵¹.

Esclarece-se que a utilização de instrumentos *soft law* é viável diante da flexibilidade, celeridade e maleabilidade na sua aplicação, inclusive, ressaltam que estes instrumentos não ferem a soberania dos Estados⁵². Ainda, pode-se dizer que a adoção de *soft law* como *standards* normativos “[...] busca criar certos comportamentos sociais”, segundo Fernando da Silva Gregório⁵³.

⁵⁰ DINH, Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 68.

⁵¹ GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistemáticas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 95, abr./jun. 2016.

⁵² ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Why states act through formal international organizations. *The Journal of Conflict Resolution*, v. 42, n. 1, p. 3-32, fev. 1998. p. 3-32.

⁵³ GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistemáticas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 95, abr./jun. 2016.

5 Notas sobre as recomendações da OMS e a Covid-19

Ao lado dos Estados, há como sujeitos de Direito Internacional as organizações internacionais (também chamadas de organizações intergovernamentais), que têm ganhado crescente importância, especialmente a partir da segunda metade do século XX, como produto da lenta evolução das relações (bilaterais ou multilaterais) entre Estados.

Não existe uma definição precisa de organização internacional capaz de expor, de maneira satisfatória, toda a complexidade do fenômeno organizacional. Mas, para os fins deste artigo, colaciona-se a definição de Paulo Dourado de Gusmão⁵⁴, para quem

a organização internacional é o organismo, com personalidade jurídica, autônomo em relação aos países que o compõem, dotado de órgãos e ordenamento jurídico próprios e de meios de ação internacional, fundado no Princípio de Igualdade de seus membros.

Consoante Antônio Augusto Cançado Trindade, “as organizações internacionais romperam o pretendido monopólio estatal da personalidade e capacidade jurídicas internacionais, com todas as consequências jurídicas que daí advieram”⁵⁵.

Após o advento das duas Grandes Guerras do século XX, tornou-se inquestionável a insuficiência dos Estados para atuar perante as relações jurídicas frente a sociedade internacional, escancarando a necessidade de criação de novos meios capazes de assegurar a manutenção da paz e a concretização de políticas no âmbito internacional.

Quando o Direito Internacional Público fortalece a existência de mecanismos e instituições internacionais capazes de conciliar os atritos e divergências entre os Estados, surgem as organizações internacionais, criadas por acordo mútuo para agir em seu nome. O que os Estados não fazem é dar poderes plenos a tais organizações internacionais, reservando-lhes as atribuições necessárias para o cumprimento de suas funções.

Para Hildebrando Accioly⁵⁶,

⁵⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 162.

⁵⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 9.

⁵⁶ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 20.

as organizações internacionais multiplicam-se à medida que aumenta a conscientização a respeito dos problemas especificamente internacionais, ante os quais são impotentes os estados, mesmo os que se arrogam a condição de mais poderosos, evidenciando as crescentes necessidades de operação coordenada por parte dos estados. Este seria o “modelo clássico” de expressão das organizações internacionais.

É nesse contexto que as Organizações Internacionais se consolidam no âmbito do Direito Internacional Público, figurando como verdadeiros sujeitos de Direito Internacional, com aptidão para atuar nas mais diversas questões afetas à comunidade internacional. É o caso, por exemplo, da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Diante da importância das organizações internacionais no cenário atual, foi-lhes conferida a correspondente personalidade jurídica internacional, de forma que ostentam direitos e obrigações na ordem internacional, independentemente dos Estados que delas sejam membros.

Vale mencionar que, a partir da manifestação da Corte Internacional de Justiça (CIJ) no caso *Folke Bernadotte*, de 1949, proferida no exercício de sua função consultiva, que se passou a reconhecer a personalidade jurídica internacional das organizações internacionais. Essa personalidade é denominada na doutrina de derivada, pois decorre dos Estados.

Para que uma organização internacional seja considerada como tal, alguns elementos e características devem se fazer presentes. Ela deve ser criada em virtude da convergência de vontade livre dos Estados, razão pela qual são tidas como interestatais e de base voluntarista. Aos Estados membros originários da organização, podem ser agregados outros que venham futuramente a ela aderir, assim como algum Estado originário pode, a depender do caso, retirar-se da organização por ato de vontade própria ou perder seu status como forma de penalidade. Ademais, a organização deve ser instituída por meio de tratado internacional multilateral, que a constitua e estabeleça suas regras e competências, inclusive prescrevendo os direitos e obrigações dos Estados membros para com a organização.

As organizações internacionais também possuem órgãos próprios, de caráter permanente, cuja estrutura

e atuação não se confunde com os órgãos dos Estados que a compõem, e que primam pelos interesses da organização.

Para que as organizações internacionais desempenhem suas atividades, é necessário reconhecer privilégios e imunidades no exercício de suas funções, os quais constam normalmente do tratado internacional constitutivo de sua personalidade jurídica. E, como decorrência dessa previsão em documento escrito, pode-se afirmar que as imunidades das Organizações têm natureza absoluta, observados os estritos limites que constem no tratado constitutivo respectivo e em relação aos Estados que o aderiram.

A propósito, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), no julgamento do caso *Waite and Kennedy vs. Alemanha*, ressaltou que a concessão de privilégios e imunidades às organizações internacionais é um meio de assegurar seu funcionamento apropriado, de forma livre e independente, além de protegê-las das interferências unilaterais dos governos. Sendo assim, quando se trata de organizações internacionais, mesmo havendo conflito com o direito positivo nacional (ainda que se trate de questão trabalhista ou de mera gestão), a imunidade da organização não pode ser afastada.

Atualmente, em virtude da complexidade das relações internacionais, é grande o número de organizações internacionais existentes, fundadas na impossibilidade que Estados têm, seja por questões de ordem estrutural, econômica, militar, política ou social, de conseguir realizar sozinhos alguns de seus objetivos comuns no âmbito do cenário internacional.

Todavia, questões de ordem econômica, política, científica e técnica, bem como o tema da multiplicidade cultural, repercutem e condicionam as atividades das organizações internacionais. A formação e desenvolvimento de blocos regionais, ao lado das políticas mundiais de expansão de mercados, geram choques entre os interesses díspares dos Estados e dificuldades de negociação entre os países em desenvolvimento e os países economicamente mais fortes, sem falar nos percalços para os pagamentos de dívidas avalizadas pelo sistema financeiro internacional. As organizações internacionais são atingidas por regulamentos (nem sempre jurídicos) alheios ao seu âmbito próprio de atuação.

Ademais, matérias como a proteção internacional dos direitos humanos, o direito internacional do meio ambiente, a proteção internacional do trabalhador e o

direito internacional penal, que estão na pauta do dia da agenda internacional, vêm trazendo grandes mudanças para as organizações internacionais, que contribuem para a regulamentação e a solução de problemas (nas áreas da saúde, trabalho, meio ambiente etc.) que ultrapassam fronteiras e não têm como ser resolvidos senão pela cooperação internacional. Grandes mudanças ocorreram no mundo em virtude do processo de globalização, cujos reflexos são marcantes e decisivos para o entendimento da normativa internacional em questão.

Embora a multilateralidade seja característica do direito internacional público contemporâneo, outro fator condicionante da atuação das organizações internacionais é o da crise do multilateralismo, que debilita a força econômica, política e cultural das organizações.

Muitas organizações vêm sendo taxadas de disfuncionais, por não auxiliarem os Estados-membros na tomada de suas decisões — no exemplo acima, supostamente privando estes de informações cruciais relacionadas à saúde internacional, dando margem à exacerbação do questionamento quanto ao reconhecimento de sua personalidade jurídica internacional.

Por fim, os Estados-membros, empresas privadas e organizações não governamentais também influenciam as atividades das organizações internacionais, embora não sejam propriamente sujeitos do Direito Internacional Público.

Para funcionarem, as organizações internacionais se organizam estruturalmente, podendo funcionar por meio de uma Assembleia ou Conselho (reunindo todos os membros), ou com um Secretário Geral (que gerencia a organização sozinho), havendo, ainda, a possibilidade de terem um mecanismo de solução de controvérsias (jurisdicional ou não), além de outros órgãos específicos, de acordo com sua finalidade.

Seus membros são Estados, que podem ser membros permanentes, temporários ou mesmo meros observadores. Ainda que das votações participem ativamente os seus Estados-membros, as organizações internacionais operam de modo independente da vontade individual daqueles e têm total autonomia. Mas como os Estados-membros são dotados de soberania (o atributo do Estado que confere igualdade no âmbito internacional e supremacia no âmbito interno), podem, por isso, influenciar as organizações.

Com a ampla predominância do regime capitalista e o avanço da globalização, o direito internacional público é chamado a exercer o papel de escudo contra a limitação das atividades das organizações internacionais, assentindo com as regras de justiça social internacionalmente aceitas.

Considerando a atual pandemia do COVID-19, uma doença para a qual não há informações e protocolos concretos, por exemplo, espera-se um protagonismo da Organização Mundial da Saúde (OMS), que tem como objetivo levar à população de todos os Estados elevados níveis em saúde. Entretanto, tem-se observado, na prática, uma falta de tal protagonismo e, para além disso, o estabelecimento de uma disfunção na própria OMS, já que o atual *hegemon* do Sistema Internacional, os Estados Unidos, tomaram a decisão de se retirarem da organização alegando um atraso na divulgação das informações sobre a COVID-19.

Criada em 1946, com sede em Genebra, a finalidade da Organização Mundial da Saúde é alcançar o mais elevado índice de saúde para todos os povos do planeta. Tal como se estabelece em sua Constituição, o objetivo da OMS é que todos os povos possam gozar do máximo grau de saúde possível. Para a Constituição da OMS, a expressão “saúde” não significa apenas a ausência de doenças ou enfermidades, mas o estado de completo bem-estar físico, mental e social dos indivíduos. Entre as suas funções, podem ser destacadas: a erradicação das epidemias e endemias; a assistência técnica e os serviços sanitários; o auxílio aos governos; e as pesquisas sobre saúde.

As recomendações da OMS são instrumentos internacionais, destituídos da natureza de tratados, respeitantes a assuntos internacionais de saúde, estando dispensadas de ratificação. São, como o próprio nome está a indicar, propostas e sugestões feitas aos seus Estados-membros relativamente a questões que tratem de saúde, os quais, baseando-se na conveniência e oportunidade da recomendação, transformem-na em lei ou tomem medidas de outra natureza em relação à matéria nela versada.

Consoante o art. 23 da Constituição da OMS, a Assembleia da Saúde terá autoridade para fazer recomendações aos Estados membros com respeito a qualquer assunto dentro da competência da Organização. E cada Estado membro apresentará anualmente um relatório sobre as medidas tomadas em relação às recomendações

ções que lhe tenham sido feitas pela Organização (art. 62).

A segunda metade do século XXI ficará marcada na história da humanidade pelo surgimento e a rápida proliferação de uma nova espécie de vírus da família do Coronavírus (Sars-Cov-2), decorrente de uma mutação na já conhecida espécie viral e responsável pela patologia designada de Covid-19, causadora, especialmente, de uma síndrome respiratória aguda.

Conforme pesquisas ainda em andamento, o vírus surgiu no final de 2019, na cidade de Wuhan, uma metrópole chinesa com mais de 11 milhões de habitantes. O surto inicial atingiu pessoas que tiveram alguma associação a um mercado de frutos do mar na cidade (indicando, segundo especialistas, que a mutação viral decorreu de transmissão entre animais exóticos e humanos), mas rapidamente se espalhou para os demais habitantes da cidade, ensejando a adoção de diversas medidas restritivas pelo governo chinês.

Contudo, há alegações de que a demora em comunicar a existência da nova espécie viral e as restrições no acesso às informações e transmissão dos dados científicos não permitiram que os demais países tivessem a exata dimensão do impacto do vírus que avançava.

Nos países ocidentais, o avanço e a letalidade da Covid-19 foram percebidos intensamente nos países europeus com ampla abertura ao turismo, especialmente na Itália, Espanha, França e Inglaterra. A ineficácia de conter a proliferação do vírus, a constatação dos casos de transmissão sustentada ou comunitária (quando não é possível saber de onde veio a transmissão) e a letalidade do vírus demonstraram uma evolução diferente daquela vista na China, o que despertou uma maior preocupação da comunidade internacional.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou uma situação de emergência de saúde pública de importância internacional, reconhecendo a existência de riscos sanitários de propagação internacional do vírus e exigindo, portanto, uma ação mundialmente coordenada para seu enfrentamento.

A despeito das medidas e recomendações adotadas, não se conseguiu frear com sucesso a propagação do vírus. Em 11 de março de 2020, a OMS atualizou o status do surto de Covid-19 de epidemia para pandemia, reconhecendo oficialmente que o vírus se espalhou por todo o mundo. Em meados de abril de 2020, o novo

Coronavírus já acumulava quase 02 milhões de casos no mundo, espalhados por mais de 185 países, com mais de 120 mil mortes (conforme dados do *John Hopkins – coronavirus resource center*).

Embora o mundo já tenha experimentado outras pandemias (desde a avassaladora gripe espanhola de 1918 até a mais recente — mas muito menos letal e contagiosa — gripe suína de 2009), há diversos fatores que contribuem para que essa seja uma experiência única vivenciada pela sociedade internacional, especialmente ao se considerar o elevado nível de globalização atual (em que a economia mundial é inter-relacionada), a necessidade de distanciamento e isolamento social para frear o contágio (indicando uma inequívoca retração na economia de cada país), a escassez de certos insumos e o interesse mundial comum por determinados utensílios (como os equipamentos de proteção individual, os testes do coronavírus e os ventiladores utilizados para os cuidados intensivos de pacientes graves).

Inegável que esses pontos de tensão ensejam reflexões sobre as repercussões dos comportamentos dos Estados no âmbito da responsabilidade internacional, como a demora da China em notificar o surto de casos de síndrome respiratória aguda ou mesmo uma eventual omissão de informações (técnica e precisas) em relação ao combate do coronavírus em Pequim e nas demais grandes cidades chinesas; ou também na suposta prática de retenção de itens médicos destinados a outros países pelos EUA — em um ato chamado de *pirataria moderna* por parte de autoridades alemãs e igualmente criticado e denunciado por outras lideranças mundiais.

Há, outrossim, a necessidade de se analisar se as medidas internas adotadas pelos Estados são compatíveis com a proteção internacional dos direitos humanos, como a efetividade (segundo a melhor evidência científica) das medidas adotadas para proteger a vida e saúde dos indivíduos frente à pandemia. Também se deve ponderar a compatibilidade dos direitos humanos com eventuais medidas restritivas de direitos individuais para conter o avanço do vírus, assim como as políticas públicas e econômicas desenvolvidas para garantir os direitos econômicos e sociais básicos à população vulnerável afetada.

Além disso, é certo que diversos outros questionamentos surgirão sobre o comportamento do Direito Internacional (assim como do Direito Internacional dos

Direitos Humanos) frente à pandemia do novo coronavírus.

A responsabilidade internacional dos Estados por atos internacionalmente ilícitos é um instituto jurídico por meio do qual um Estado busca responsabilizar outro, em virtude da prática de um ato atentatório ao Direito Internacional e que tenha lhe causado prejuízos. Cumpre recordar que essa hipótese de responsabilidade internacional envolve litígios entre Estados, que podem ser solucionados por meios diplomáticos, quase judiciais ou judiciais.

Nesse sentido, pertinente a realização de algumas reflexões sobre as seguintes indagações: a China deve ser responsabilizada internacionalmente pela pandemia do novo coronavírus? Deve ela compensar os prejuízos econômicos e sociais suportados pelos demais Estados?

Trata-se de tema extremamente complexo. Inclusive, não há precedentes internacionais sobre a responsabilidade de qualquer Estado por epidemias e pandemias já vivenciadas na humanidade. A despeito disso, entende-se que a reflexão deve envolver a análise dos elementos que caracterizam a responsabilidade internacional: ato internacionalmente ilícito, imputabilidade e prejuízo.

Quanto ao ato internacionalmente ilícito, a ponderação deve considerar as obrigações internacionais dos Estados em comunicar as situações que possam constituir emergências de saúde pública internacional, conforme estabelecido pelo art. 6º do Regulamento Sanitário Internacional de 2005 (*International Health Regulations*), um documento editado pela Organização Mundial da Saúde. Além disso, o art. 7º do referido Regulamento trata do dever de compartilhamento de informações durante eventos sanitários inesperados ou incomuns. Portanto, cabe refletir se as ações (ou omissões) do governo chinês obedecerem às normas do Direito Internacional, dentre as quais o Regulamento mencionado.

Cabe pontuar, contudo, que o Regulamento Sanitário Internacional não é propriamente um tratado internacional e sua elaboração não envolveu a participação direta dos Estados membros da ONU. Na verdade, trata-se de um documento elaborado pela Assembleia Mundial da Saúde, que funciona como um órgão plenário da OMS. Embora seja possível sustentar sua força vinculante, não se pode negar que a ausência de adesão voluntária dos Estados pode eventualmente ensejar questionamentos.

A despeito dos inquestionáveis prejuízos (de todas as ordens) causados pela pandemia, é necessária a reflexão sobre a imputabilidade deles ao governo chinês. Ou seja, será possível afirmar o nexo causal, uma relação de causa e efeito, entre os comportamentos do governo chinês com todos os prejuízos experimentados pelos Estados? Se a China tivesse agido de forma distinta, os prejuízos não teriam ocorrido? E as ações e omissões de outros Estados também não contribuíram com a propagação do vírus?

A dificuldade em responder essas indagações reafirma a complexidade do tema. Inclusive, a estrutura da responsabilidade internacional dos Estados — ainda que na forma proposta no Projeto de Convenção Internacional da ONU — é insuficiente para solucionar as complexas questões decorrentes das crises sanitárias internacionais, epidemias e pandemias.

Além disso, o fator político certamente também representará um grande empecilho para que eventuais Estados reclamem a responsabilidade internacional de outro por causa da pandemia, especialmente de grandes potências mundiais como a China, já que tais medidas certamente trariam diversas implicações socioeconômicas e geopolíticas.

De qualquer forma, a discussão da responsabilidade internacional pela pandemia do novo coronavírus merece uma abordagem diferenciada, deixando-se de lado a tentativa de responsabilizar um único Estado pelo infortúnio para acolher uma visão de solidariedade, conclamando os países mais desenvolvidos da sociedade internacional a ocupar um papel de proeminência no auxílio dos países em desenvolvimento. Daí a importância da aplicação do princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada, nas epidemias, por meio do qual os países mais ricos devem assumir maiores responsabilidades e auxiliar os países em desenvolvimento a superar todos os impactos decorrentes das epidemias e pandemias.

Ademais, diante do contexto da pandemia do novo coronavírus, uma série de medidas devem ser adotadas para salvaguardar os direitos humanos da população, notadamente o direito à vida e o direito à saúde. Também é fundamental que direitos econômicos e sociais sejam promovidos para a população mais vulnerável e mais impactada pela pandemia, cabendo ao Estado a adoção das medidas internas pertinentes para tanto.

Além disso, o enfrentamento da Covid-19 também exige que os Estados restrinjam alguns direitos individuais, mas devem o fazer somente no estrito limite do necessário e sem promover quaisquer distinções injustificadas entre a população. Tais limitações, contudo, devem ser compatíveis com a proteção internacional de direitos humanos, e caso haja a suspensão de determinados direitos previstos em documentos internacionais, deve haver a imediata comunicação ao Secretário-Geral da OEA ou da ONU (a depender do tratado internacional em que se encontra previsto o direito temporariamente suspenso).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão pertencente à Organização dos Estados Americanos (OEA), editou a Resolução n.º 01/2020, em que trata sobre pandemia e direitos humanos nas Américas. Trata-se de documento internacional destinado a orientar que a ação dos Estados do Continente Americano no combate ao novo Coronavírus seja pautada no respeito e promoção aos direitos humanos. Dessa forma, a CIDH estabelece diversas recomendações específicas para a tutela de direitos humanos, com especial atenção na efetividade do direito à saúde e demais direitos econômicos sociais e culturais; na proporcionalidade e transitoriedade das medidas restritivas de direitos humanos; e na particular atenção que deve ser dispensada aos grupos vulneráveis — tais como idosos, pessoas privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, migrantes, crianças e adolescentes, população LGBTQIA+, afrodescendentes e pessoas com deficiência.

Portanto, caso os Estados não adotem as medidas internas necessárias para proteger e promover os Direitos Humanos na situação de pandemia, os indivíduos lesados (ou seus representantes legais), após o esgotamento dos recursos internos, poderão pleitear a responsabilização internacional do Estado perante órgãos e tribunais internacionais de proteção de direitos humanos.

6 Decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a pandemia

O Poder Judiciário tem como função típica a função jurisdicional. Entre os órgãos do Poder Judiciário elencados no art. 92 da CF/88, destaca-se o Supremo Tribunal Federal, a quem compete o papel de guardião da

Constituição, nos moldes do art. 101 e 102 da CF/88. Se a jurisdição constitucional falhar na guarda da Constituição, tanto o modelo político quanto o modelo de direitos fundamentais restarão prejudicados.

Destaca-se, nesse sentido, o entendimento do Ministro Celso de Mello na ADI 2.010-MC:

A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal — que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte — não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídicoinstitucional.⁵⁷

A seguir, buscar-se-á entender a escolha de alguns ministros do STF por adotar as recomendações da OMS, instrumentos *soft law*, para o enfrentamento da pandemia, evento singular e sem precedentes, no território brasileiro. As decisões abaixo detalhadas são muito relevantes para o estudo das fontes do direito internacional, pois confirmam a importância dos *standards* internacionais à luz da pandemia global Covid-19.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 2.010-MC/DF. Servidores públicos federais. Contribuição de seguridade social. Lei n. 9783/99 [...]. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 de setembro de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>. Acesso em: 4 dez. 2023.

6.1 Supremo Tribunal Federal, medida provisória de 31 de março de 2020 sobre campanha publicitária do governo federal — conhecida como “O Brasil não pode parar” — natureza vinculativa das recomendações de organizações internacionais, soft law, pandemia global⁵⁸

Desde o início da pandemia Covid-19, o ex-presidente Bolsonaro minimizou a escala da crise sanitária. Segundo ele, o Covid-19 seria uma “gripezinha” e o governo federal não deveria se curvar à “histeria” criada pela mídia. A negação mantida pelo chefe de Estado brasileiro o levou a defender uma política contra medidas de contenção e distanciamento social. Para o governo federal, a atividade econômica deve continuar a todo custo, de forma a evitar o desemprego e a pobreza. Em contrapartida, muitos municípios e estados da federação brasileira têm adotado uma política muito mais cautelosa. Reconhecendo a gravidade da crise, eles estabeleceram um conjunto de restrições de viagens e reuniões. Diante de tal contexto, houve um verdadeiro conflito federal: um profundo desentendimento entre os governos federal, estados e municípios sobre as medidas a serem tomadas para enfrentar a pandemia.

De acordo com a Constituição Brasileira de 1988, a saúde pública é uma competência compartilhada entre a União — o governo federal —, estados e municípios. Os três têm, portanto, poderes para legislar e adotar atos vinculativos para proteger a saúde da população. No contexto da pandemia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência dos estados e municípios para impor medidas de distanciamento social.

Ao desafiar essas medidas de governadores e prefeitos, o governo federal lançou uma campanha publicitária — chamada “O Brasil não pode parar”. Esta se compunha de vídeos e comerciais que incentivaram os brasileiros a retomar suas atividades econômicas.

Um partido político — “Rede Sustentabilidade”, a Rede Sustentável — interpôs uma ação no Supremo Tribunal Federal para banir a campanha publicitária. O

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 669-MC/DF*. Direito Constitucional e sanitário. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental [...]. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

juiz Luís Roberto Barroso acolheu favoravelmente o recurso. Entre os argumentos apresentados por Barroso em apoio à sua decisão, o juiz Barroso citou as recomendações da OMS ao isolamento.

Em sua decisão, o juiz Barroso se referiu a relatórios da Organização Mundial da Saúde sobre a evolução da pandemia no mundo, em particular o número de pessoas infectadas e o número de mortes. Em seguida, ele transcreveu a Declaração do Diretor-Geral da OMS de 25 de março de 2020. Nessa declaração, o Diretor-Geral recomendou que os países tomem medidas de distanciamento social para desacelerar a disseminação da Covid-19 e reduzir a pressão sobre os sistemas de saúde. Barroso também citou a posição de sociedades eruditas, e acadêmicos que partilhavam da mesma opinião. Por outro lado, Barroso observou que, mesmo que houvesse dúvidas sobre a eficácia das medidas de isolamento social, elas deveriam ser aplicadas em nome do princípio da precaução.

Por esses motivos, Barroso considerou que a campanha publicitária era contrária ao direito à saúde, garantido pela Constituição brasileira. Portanto, tal campanha deveria ser banida. A alusão à OMS na decisão do juiz Barroso foi tanto mais significativa quanto o ex-presidente Bolsonaro criticou severamente a mesma organização em suas coletivas de imprensa sobre a pandemia.

Se o ex-presidente brasileiro, assim como foi seu homólogo americano, Donald Trump, foi cada vez mais hostil aos organismos multilaterais, a situação é diferente no que diz respeito a mais alta autoridade judiciária brasileira.

6.2 Supremo Tribunal Federal, medidas provisórias de 02 e 06 de maio de 2020 — *habeas corpus* a favor dos diplomatas venezuelanos — expulsão de diplomatas, Convenção de Viena, pandemia global⁵⁹

Ademais, desde que o presidente Bolsonaro assumiu o cargo em 2019, o Brasil e a Venezuela têm uma relação muito tensa. O Brasil foi um dos países que re-

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Habeas Corpus. *HC 184.828 MC/DF*. Direito constitucional. Habeas Corpus. Decisão político administrativa pelo descredenciamento de diplomatas venezuelanos. [...]. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 6 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC184828.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

conheceu o adversário Juan Guaidó como presidente interino. Além disso, a retórica impetuosa do presidente brasileiro ao governo autoritário de Nicolas Maduro quebra a tradição da diplomacia brasileira de certa prudência e moderação. Para o governo brasileiro de extrema direita, a Venezuela representa a ameaça comunista na América do Sul.

Nesse contexto, o governo brasileiro convocou funcionários diplomáticos brasileiros na Venezuela e pediu a Caracas que fizesse o mesmo com seus representantes no Brasil. Em 28 de abril de 2020, o Ministro das Relações Exteriores enviou, por meio de comunicado oficial, uma mensagem clara à embaixada da Venezuela: os agentes consulares e diplomáticos deste país devem deixar o território brasileiro, definitivamente, até 02 de maio de 2020.

Após esse comunicado, o deputado federal Paulo Pimenta, do Partido dos Trabalhadores, iniciou ação de *habeas corpus* em favor de agentes diplomáticos e consulares venezuelanos perante o Supremo Tribunal Federal. Politicamente, essa ação é tanto mais significativa quanto os ex-presidentes Lula e Dilma Rousseff, militantes do Partido dos Trabalhadores, sempre apoiaram o chavismo na Venezuela. Portanto, na base dessa ação judicial, estava o debate sobre a mudança radical da política externa brasileira em relação à Venezuela.

Em 02 de maio de 2020, o juiz da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, concedeu *habeas corpus* a funcionários diplomáticos e consulares venezuelanos. Em 16 de maio de 2020, o juiz confirmou sua primeira decisão. O juiz Barroso disse que o governo brasileiro deve se abster de expulsar diplomatas e funcionários consulares até que o estado de calamidade pública, declarado devido à pandemia Covid-19, termine.

O juiz Barroso reconheceu a Constituição brasileira garante ao Presidente da República papel de destaque na política externa. De acordo com a Constituição brasileira, cabe ao Presidente da República manter relações com os Estados estrangeiros. É assim que embaixadores de países estrangeiros são credenciados a ele. Por essa razão, o Juiz Barroso considerou que o ex-Presidente brasileiro poderia perfeitamente informar ao Estado venezuelano que os funcionários diplomáticos e consulares venezuelanos não deveriam mais ser considerados representantes de tal Estado. Por consequência, esse pessoal perderia suas imunidades consulares e diplomá-

ticas. Tratou-se, segundo Barroso, de uma decisão de política externa, que coube ao Presidente da República.

No entanto, observou Barroso, este poder do Presidente não era absoluto. Em um Estado de Direito, o ex-Presidente da República, como qualquer outra autoridade pública, está sujeito aos limites impostos pela Constituição, pelas leis e pelas obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro. Nesse caso, o artigo 9 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas estipula um “prazo razoável” para o Estado que envia destituir seu pessoal diplomático. Para o juiz Barroso, a noção de “tempo razoável” deve ser lida à luz da pandemia global Covid-19. Essa pandemia tem levado os diversos governos a impor medidas de contenção e distanciamento social, em particular no que se refere ao deslocamento de pessoas. Assim, para Barroso, o prazo previsto no comunicado oficial do Ministério das Relações Exteriores não era razoável.

Além disso, para Barroso, tal demora é contrária aos tratados de direitos humanos e às leis brasileiras, pois põe em risco a vida de funcionários diplomáticos e consulares venezuelanos.

Por consequência, Barroso determinou que os funcionários diplomáticos e consulares venezuelanos tinham o direito de permanecer em território nacional até o fim do estado de calamidade pública, declarado devido à pandemia de Covid-19.

A decisão do juiz Barroso surge no contexto de disputas entre o Supremo Tribunal Federal e o presidente brasileiro. Bolsonaro não deixou de dizer que representava uma usurpação das funções presidenciais na política externa. O juiz Barroso, por outro lado, aproveitou para reafirmar a função do Tribunal de coibir os abusos autoritários do chefe do Poder Executivo.

Em suma, fato é que governo de Jair Bolsonaro rompe com a tradição da diplomacia brasileira de privilegiar o multilateralismo.

7 Considerações finais

Não é infrequente afirma-se que os direitos fundamentais sociais — aqueles que estão essencialmente previstos no Capítulo II do Título I da Constituição de

1988⁶⁰ — como sendo demasiado imprecisos e vagos, de modo a tornar difícil determinar as suas implicações jurídicas⁶¹. Deveras, em muitos casos, o modo pelo qual esses direitos são formulados constitui um óbice para que eles possam produzir todos os seus efeitos jurídicos⁶².

Por outro lado, o §1º do art. 5º determina que os direitos fundamentais — inclusive os de natureza social, já que o parágrafo não estabelece qualquer tipo de restrição aos direitos fundamentais a que se refere — devem ter aplicabilidade imediata. Em outros termos, o parágrafo impõe que os direitos fundamentais sejam efetivamente realizados, sem permanecer à espera de uma legislação ulterior que especifique o seu conteúdo e regime jurídico.

Não parece haver dúvidas sobre o sentido do parágrafo em apreço: ampliar o máximo possível os efeitos da positivação dos direitos sociais como direitos fundamentais. Não se deve usar o álbi da ausência de legislação que regulamente a sua significação concreta e o modo de exercitá-lo.

Com a finalidade de sanar essas lacunas legislativas, pode-se perfeitamente recorrer à analogia, aos costu-

mes, aos princípios gerais de direito e o direito comparado. Tal assertiva é respalda pelo art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁶³ e pelo art. 8º da CLT⁶⁴.

Nesse contexto, as normas de *soft law* de direito internacional público podem prestar um valioso serviço em direção à concretização dos direitos sociais fundamentais. Em primeiro lugar, convém esclarecer o sentido em que empregamos esse termo. *Soft law* são simples recomendações, e não normas propriamente ditas. Elas constam em instrumentos jurídicos que, a rigor, não geram efeitos obrigatórios — que não vinculam juridicamente —, a exemplo das resoluções e recomendações de organizações internacionais. Sob esse ponto de vista, elas se opõem às fontes de *hard law* do direito internacional público, como os tratados e costumes, os quais criam obrigações jurídicas para os Estados⁶⁵.

Em virtude das características da *soft law*, não se pode defender o seu caráter vinculante, quer pelo direito internacional público⁶⁶, quer pelo direito brasileiro⁶⁷.

⁶³ “Art. 4. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

⁶⁴ “Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único – O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

⁶⁵ Adota-se, neste artigo, a definição de “soft law” que consta no dicionário de direito internacional público de Jean Salmon: “D’une façon générale, le concept est invoqué à propos de résolutions ou recommandations adoptées par diverses organisations internationales dans divers domaines, comme, par exemple, celui du droit international économique (notamment du développement), celui de la protection de l’environnement, ou celui de droits de l’homme, qui sont l’expression d’une aspiration de groupes d’États, majoritaires ou au sein des organes délibérants d’organisations internationales (à vocation universelle ou même régionale) à créer de nouvelles juridiques sans forcément passer par la voie conventionnelle”. SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxellas: Bruylant, 2001. p. 1039.

⁶⁶ VIRALLY, Michel. La valeur juridique des recommandations des organisations internationales. In: VIRALLY, Michel. *Annuaire Français de Droit International*. 1956. v. 2. p. 66-96.

⁶⁷ O caráter vinculante dos tratados na ordem jurídica brasileira baseia-se, na jurisprudência do STF, na analogia entre o processo de

⁶⁰ Nos termos da definição de direitos fundamentais aqui adotada, tais direitos são aqueles que são considerados de tal modo importantes para os indivíduos que eles desfrutam da proteção das fontes de direito nacional mais elevadas — as normas constitucionais. Sobre esse sentido de direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29-30.

⁶¹ V., entre muitos outros: VIERDAG, E. W. The legal nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights. In: VIERDAG, E. W. *Netherlands Yearbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. v. 9. p. 69-105. Para uma visão crítica sobre essa visão corrente: GREWE, Constance. Les droits sociaux constitutionnels. In: BENOIT-ROHMER, Florence; GREWE, Constance. *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2003. p. 67-74; BORGES, Daniel Damasio. *O alcance dos tratados sobre os direitos sociais no direito brasileiro*. Curitiba: Appris, 2019. p. 29-96.

⁶² Em sua análise do art. 7º da CF de 1988, José Afonso da Silva sublinha essa característica dos direitos nele previstos. Para ele, o inciso XX do referido artigo — “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” — é tão genérico e abstrato que se torna muito difícil determinar o direito subjetivo que lhe corresponde. De, o inciso XXV — “a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas — seria suficiente preciso para poder ser assegurado pela via judicial. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 148-194.

De outra parte, as recomendações e resoluções de organizações internacionais de natureza social — como a OIT e a OMS — explicitam uma visão consensual da comunidade internacional sobre a linha de conduta a ser adotada, em uma determinada situação, para melhorar as condições sociais na sociedade internacional. A esse título, elas são elementos objetivos que nos indicam o melhor caminho para a realização dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, Norberto Bobbio, embora considerado como positivista exclusivo, enfatiza a importância de elementos morais e éticos no direito, para além das normas positivadas. Sua teoria do positivismo inclusivo, que reconhece tanto normas positivadas quanto não positivadas como fontes do direito, alinha-se às normas *soft law*, enquanto instrumento do Direito Internacional com influência no ordenamento jurídico interno, que é compreendida como uma forma de norma não positivada que contribui para a efetividade do Direito.

Diante do exposto, as normas *soft law* se apresentam como melhores opções para as transformações que vêm ocorrendo no plano internacional. Assim, serem consideradas como fonte de Direito Internacional Público, trará mais força e efetividade para sua aplicação e cumprimento. Caso seja negada sua posição como fonte, deve-se consentir que essas normas já assumiram status vinculativos, como acontece no comércio internacional e nas questões sobre a proteção do meio ambiente, há uma evidente demonstração de *opinio juris*.

Por derradeiro, os casos de *soft law* apresentados retratam hipóteses de declarações, diretrizes ou ajustes internacionais não formalmente vinculantes aos Estados. Embora não possuam propriamente valor jurídico vinculante, ou possuam-no de forma mitigada, sua importância para o direito internacional persiste.

aprovação de uma lei e o processo de aprovação de um tratado internacional. Ora, no caso das recomendações, tal analogia não se aplica, pois ela não passa pela mesma processualística de aprovação de um tratado internacional. Na verdade, para que uma recomendação da OIT ou da OMS seja vinculante, é necessário que uma lei ou um ato administrativo, conforme for o caso, reproduza as disposições de tal recomendação. Sobre essa analogia, BORGES, Daniel Damasio. *O alcance dos tratados sobre os direitos sociais no direito brasileiro*. Curitiba: Appris, 2019. p. 133-142.

Referências

ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Why states act through formal international organizations. *The Journal of Conflict Resolution*, v. 42, n. 1, p. 3-32, fev. 1998.

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANZILOTTI, Dionisio. *Cours de droit international*. Paris: Editions Panchéon-Assas, 1999.

AUSTIN, John. The province of jurisprudence determined. In: AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and the uses of jurisprudence*. Indianapolis, IN: Hackett Publishing Company, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos da teoria do Direito*. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições sobre filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BORGES, Daniel Damasio. *O alcance dos tratados sobre os direitos sociais no direito brasileiro*. Curitiba: Appris, 2019.

BRASIL. *Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 2.010-MC/DF*. Servidores públicos federais. Contribuição de seguridade social. Lei n. 9783/99 [...]. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 de setembro de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Habeas Corpus. *HC 184.828 MC/DF*. Direito constitucional. Habeas Corpus. Decisão político administrativa pelo descredenciamento de diplomatas venezuelanos. [...]. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 6 de abril de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC184828.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 669-MC/DF*. Direito Constitucional e sanitário. Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental [...]. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.
- BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- BUERGENTHAL, Thomas. *Public international law*. México: Pondo de Cultura Económica, 1994.
- CARVALHO, Daniel Ferreira de Souza. *O fenômeno soft law bate à porta do direito internacional contemporâneo*. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Relações Internacionais) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.uni-ceub.br/jspui/bitstream/235/9609/1/20277941.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2023.
- CRAWFORD, James. *Brownlie's principles of public international law*. 8 ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- DINH, Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- FIOCRUZ. *Impactos sociais, econômicos, culturais e políticos da pandemia*. 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/impactos-sociais-economicos-culturais-e-politicos-da-pandemia>. Acesso em: 04 abr. 2021.
- GIOVANOLI, Mario. A new architecture for the global financial market legal: legal aspects of international financial standard setting. In: GIOVANOLI, Mario (ed.). *International monetary law: issues for the new millennium*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistemáticas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 95, abr./jun. 2016.
- GREWE, Constance. Les droits sociaux constitutionnels. In: BENOIT-ROHMER, Florence ; GREWE, Constance. *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2003. p. 67-74.
- GRIS, Anna Christina; DAL RI, Luciene. A função do Direito e o pós-positivismo jurídico. *Direito em Debate*. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí, ano 27, n. 49, jan./jun. 2018.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao estudo do direito*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HART, H. L. A. *O conceito do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. Cascais: PrincípiA, 2012.
- NASSER, Salem Hikmat. *Fontes do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias. Soft law e direito privado estrangeiro: fontes úteis aos juristas brasileiros. *Migalhas*, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-direito-privado-estrangeiro/380100/soft-law-e-direito-privado-estrangeiro-fontes-uteis-aos-juristas>. Acesso em: 4 dez. 2023.
- OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na evolução do direito internacional. *RIDB*, ano 1, n. 10, p. 6265-6289, 2012.
- PAULA, Ana Cristina Alves; BORGES, Daniel Damásio; ROMERO, Thiago Giovanni. As respostas *soft law* como reafirmação do papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no enfrentamento da pandemia de COVID-19. In: DUARTE NETO, José (org.). *Os ODS - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as perspectivas da cidadania: investigações jurídicas em comemoração do aniversário de 30 anos do Programa de Pós-Graduação em Direito e de 60 anos da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais - UNESP*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2023. v. 1. p. 215-242.
- PIMENTA, Matusalém Gonçalves; PIMENTA, Carmen L.S. Grau de coercibilidade da soft law. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, p. 64-73, 2016.
- PRACUCHO, Davi Marcussi. Norberto Bobbio: um positivista inclusivo? *Aurora*, Marília, v. 10, n. 1, p. 121-132, jan./jul. 2017.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- REMIRO BROTONS, Antonio. *Derecho internacional público*. Madrid: Ternos, 1987. v. 2.
- ROMERO, Thiago Giovanni. *A soft law da Organização Mundial da Saúde para emergências de saúde pública: as recomendações da pandemia de COVID-19 como fonte do direito internacional*. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.
- SALMON, Jean. *Dictionnaire de droit international public*. Bruxellas: Bruylant, 2001.
- SANZ, Rafael; FOLLONI, André. El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 243-259, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SHELTON, Dinah. Law, non-law and the problem of ‘soft law’. In: SHELTON, Dinah (ed.). *The role of non-binding norms in the international legal system*. New York: Oxford University Press, 2000.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.
- SOUZA, Leonardo da Rocha; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 767-784, 2015.
- THIERRY, Hubert. *L'évolution du droit international: cours général de droit international public*. Recuei/des Cours, 1990.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. v. 1.
- VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Pode o soft law ser considerado fonte de direito internacional tributário? *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 2, 2007. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/index>. Acesso em: 4 dez. 2023.
- VIERDAG, E. W. The legal nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights. In: VIERDAG, E. W. *Netherlands Yearbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. v. 9. p. 69-105.
- VIRALLY, Michel. La valeur juridique des recommandations des organisations internationales. In: VIRALLY, Michel. *Annuaire Français de Droit International*. 1956. v. 2. p. 66-96.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. Revista de Direito Internacional classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a comissão editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Comissão Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresen-

tação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

7. Com a publicação do artigo o autor receberá cinco exemplares da revista. No caso de resenha o autor receberá dois exemplares.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a Revista de Direito Internacional passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

