Produto similar: o caso dos biocombustíveis sustentáveis

Autor(es): Nobre, Márcio Albuquerque
Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39791>
DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-2_32
Accessed : 26-Apr-2023 12:27:48

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo II

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

PRODUTO SIMILAR: O CASO DOS BIOCOMBUSTÍVEIS SUSTENTÁVEIS *

1. Exposição do problema

A política de promoção de biocombustíveis da União Europeia iniciada em 2003 ¹ conduziu à aprovação de medidas que, pelo menos aparentemente, estão em rota de colisão com algumas normas da Organização Mundial do Comércio (OMC). Dentro destas medidas, interessa-nos, em particular, analisar os *critérios de sustentabilidade ambiental* consagrados na Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE (*Directiva das Energias Renováveis*).

* O presente estudo foi realizado no âmbito do projecto de investigação financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia através da Bolsa de Investigação com a referência SFRH/BD/77208/2011, financiada pelo POPH — QREN — Tipologia 4.1 — Formação Avançada, participado pelo Fundo Social Europeu e por fundos nacionais do MEC.

¹ Cfr. Directiva 2003/30/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Maio de 2003, relativa à promoção da utilização de biocombustíveis ou de outros combustíveis renováveis nos transportes (*Directiva dos Biocombustíveis*).

Os critérios de sustentabilidade incidem essencialmente sobre os *processos e métodos de produção*², tendo como objectivo prevenir os impactos ambientais dos biocombustíveis, e o seu cumprimento constitui uma condição indispensável para que os biocombustíveis possam não só ser contabilizados para efeitos do cumprimento dos objectivos nacionais e das obrigações em matéria de energias renováveis, mas também beneficiar de regimes de apoio criados pelos Estados-membros³.

Se os critérios de sustentabilidade se aplicassem exclusivamente aos biocombustíveis produzidos a partir de matérias-primas obtidas no território dos Estados-membros, não se levantariam grandes problemas quanto à conformidade dos mesmos com as normas da OMC. Todavia, não é esse o caso: os critérios de sustentabilidade aplicam-se tanto aos biocom-

² A expressão *processos e métodos de produção* começou por ser consagrada no *Agreement on Technical Barriers to Trade* em 1979 no contexto das negociações do *Tokio Round*: “Os procedimentos de resolução de litígios estabelecidos acima podem ser invocados nos casos em que uma Parte considera que as obrigações previstas neste Acordo estão a ser violadas através da imposição de exigências relativas aos processos e métodos de produção em vez de requisitos relativos às características dos produtos” (cfr. art. 14.25: “The dispute settlement procedures set out above can be invoked in cases where a Party considers that obligations under this Agreement are being circumvented by the drafting of requirements in terms of processes and production methods rather than in terms of characteristics of products”). Sobre este tema consultar STEVE CHARNOVITZ, “The Law of Environmental ‘PPMs’ in the WTO: Debunking the Myth of Illegality”, *Yale Journal of International Law*, vol. 27, 59, 2002, pp. 64-65.

³ Cfr. Arts. 4.º, 5.º e 17.º/1 da *Directiva das Energias Renováveis*. Ver também o ponto 3.1.6. do *Enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente* (2008/C 82/01): “Os auxílios ao investimento e/ou ao funcionamento para a produção de biocombustíveis devem ser apenas autorizados no que se refere aos biocombustíveis sustentáveis”.

bustíveis produzidos a partir de matérias-primas obtidas na União Europeia como em países terceiros ⁴.

Tudo aponta, assim, para a conclusão de que o regime previsto na *Directiva das Energias Renováveis* concede um tratamento diferenciado aos biocombustíveis em função dos processos e métodos de produção utilizados, violando o art. III do *General Agreement on Trade and Tariffs* (GATT) ⁵, e, a menos que se consiga justificar tal regime através da invocação de alguma das alíneas do art. XX do GATT ⁶, esse tratamento diferenciado é inadmissível à luz das normas da OMC.

⁴ Cfr. art. 17.º/1 da *Directiva das Energias Renováveis*.

⁵ Durante o procedimento de aprovação da *Directiva Energias Renováveis*, falava-se já de uma possível disputa no seio da OMC a propósito da aplicação de *critérios de sustentabilidade*. A ameaça era feita por países como a Argentina, o Brasil, a Colômbia, o Malauí, Moçambique, a Serra Leoa, a Indonésia e a Malásia. Estes países argumentavam que a União estava a impor critérios injustificadamente complexos e que as medidas relativas ao uso dos solos eram desproporcionadas tendo em consideração as terras aráveis disponíveis. Cfr. A. V. GRINSVEN, *Towards a sustainable biofuel trade: an analysis of trade barriers and WTO consistency of certification schemes for biofuels as currently being developed in the EU*, Wageningen, 2009, p. 51.

Após a aprovação da *Directiva das Energias Renováveis* e de determinadas medidas adoptadas pelos Estados-membros, a Argentina desencadeou dois processos contra a União Europeia e determinados Estados-membros por violação das normas dos acordos da OMC (ver o caso *União Europeia e um Estado-membro — determinadas medidas relativas à importação de biodiesel*, WT/DS443/1, de 23 de Agosto de 2012, e o caso *União Europeia e determinados Estados-membros — determinadas medidas relativas à importação e comercialização do biodiesel e determinadas medidas de apoio ao sector do biodiesel*, WT/DS459/1, de 23 de Maio de 2013). Sobre o conflito entre a Argentina e a União Europeia e determinados Estados-membros, cfr. M. ALBUQUERQUE NOBRE, “A (in)sustentabilidade do livre comércio de biocombustíveis: Argentina contra União Europeia”, *Revista Temas de Integração*, 1.º Semestre de 2015, n.º 33.

⁶ Neste âmbito, faria sentido invocar as alíneas b) e g).

Esta conclusão parte, no entanto, de um pressuposto que consideramos questionável: os biocombustíveis que respeitam os critérios de sustentabilidade são *produtos similares* aos biocombustíveis que não os cumprem.

Para demonstrar a discutibilidade desta equiparação é necessário começar por desconstruir o entendimento segundo o qual, em abstracto, os *processos e métodos de produção* que não afectam o produto final são irrelevantes para efeitos da determinação da *similaridade* dos produtos ⁷. Na verdade, tem-se imposto uma orientação que segue a seguinte linha de racio-

⁷ Seguindo o entendimento de que os *processos e métodos de produção* não devem relevar para efeitos da determinação da similaridade dos produtos quando insusceptíveis de serem detectados no produto final, cfr. ARTHUR E. APPLETON, “Environmental Labelling Schemes Revisited: WTO Law and Developing Country Implications”, in GARY SAMPSON/JOHN WHALLEY, *The WTO, Trade and the Environment*, Cheltenham — Northampton: Edward Elgar, 2005, p. 551. Para uma análise desta orientação, vale a pena consultar a obra de LUÍS PEDRO CUNHA, “Responsabilidade e Mercado: Organismos Geneticamente Modificados e Comércio Internacional”, *Boletim de Ciências Económicas*, LIII, 2010, pp. 88-89. Este Autor aborda também a orientação, menos consensual, que admite a possibilidade de atender aos *métodos e processos de produção* quando os mesmos não afectam as *características* e os *efeitos* do produto final. Identificando alguns dos riscos desta orientação, cfr. L. P. CUNHA, “Responsabilidade e Mercado...”, cit., pp. 90-91. Todavia, é importante salientar que, não obstante os riscos identificados, este Autor não deixa de abrir a porta à consideração dos *métodos e processos de produção* que não afectam as *características* ou a *inocuidade* do produto final: “A nosso ver, este caminho — que permite a discriminação e a adopção de restrições comerciais baseadas unicamente em métodos e processos de produção — encerra naturalmente um risco, que não é despreciando, o de se assistir a um aumento significativo de barreiras não pautais e não apenas no que respeita aos produtos da biotecnologia. O caminho oposto, todavia, baseia-se num mito; o de que o mercado garante invariavelmente a eficiência na produção. A escolha terá então que ser feita, nos seus termos mais dicotómicos, entre responsabilidade e mercado”.

cínio: (i) produto similar significa produto com as mesmas características físicas; (ii) produtos que tenham diferentes *processos e métodos de produção* são similares se daí não resultarem alterações físicas na constituição dos produtos; e (iii), consequentemente, os produtos obtidos através de diferentes processos e métodos de produção devem ser tratados igualmente no caso de terem as mesmas características físicas ⁸. A esta linha de raciocínio junta-se ainda a resistência natural dos países em vias de desenvolvimento que, temendo a imposição de padrões ambientais que os prejudiquem economicamente, tendem a opor-se a qualquer tipo de regulamentação dos *processos e métodos de produção* ⁹.

No presente estudo, pretendemos demonstrar, com o auxílio do caso dos biocombustíveis, que dois produtos fisicamente iguais podem não ser necessariamente *similares* se forem obtidos através de *processos e métodos de produção* distintos ¹⁰. Para esse efeito, começaremos por analisar a evolução do entendimento dos Painéis e do Órgão de Recurso da OMC no que respeita ao conceito de *similaridade*. Num segundo momento, abordaremos os critérios de sustentabilidade consagrados na *Directiva das Energias Renováveis* e averiguaremos a possibilidade de, seguindo o entendimento do Órgão de Recurso da OMC, conceder um tratamento dife-

⁸ Reproduzimos aqui os argumentos que se tentam rebater na obra de ROBERT HOWSE/DONALD REGAN, “The Product/Process Distinction — An Illusory Basis for Disciplining “Unilateralism” in Trade Policy”, *Environmental Journal of International Law*, vol. 11, n.º 2, 2000, p. 258.

⁹ Cfr. ARTHUR E. APPLETON, “Environmental Labelling Schemes Revisited...”, cit., p. 552.

¹⁰ Sobre esta possibilidade, cfr. ROBERT HOWSE/DONALD REGAN, “The Product/Process Distinction...”, cit., p. 260.

renciado a biocombustíveis obtidos através de *processos e métodos de produção* distintos.

2. Conceito de produto similar

2.1. Previsão normativa

A expressão *produto similar* surge em várias disposições normativas dos acordos da OMC e assume significados distintos em cada uma delas, mas no presente estudo interessa-nos apenas analisar o sentido de *produto similar* para efeitos da aplicação do art. III:4 do GATT. A parte inicial deste preceito dispõe o seguinte:

“Os produtos do território de qualquer membro importados para o território de qualquer outro membro devem receber um tratamento não menos favorável que o concedido aos *produtos similares* de origem nacional no que se refere a todas as leis, regulamentos ou prescrições que afectem a sua venda, colocação à venda, compra, transporte, distribuição ou utilização” (itálico nosso) ¹¹.

O texto transcrito consagra a *cláusula do tratamento nacional* (“national treatment rule”). Trata-se de uma cláusula que integra o *princípio da não discriminação* e tem como finalidade impedir a introdução de regulações ou imposições internas

¹¹ Tradução livre do original em inglês: “The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use”. Seguindo as notas explicativas do GATT de 1994, onde se lia “contracting party” deve agora ler-se “Member”.

que favoreçam os produtos nacionais em detrimento dos *produtos similares* importados¹². Determinar o que seja um *produto similar* é, portanto, uma tarefa importantíssima para efeitos da aplicação da *cláusula do tratamento nacional*. Se os produtos não são *similares* a *cláusula do tratamento nacional* não se aplica, sendo legítima a existência de um tratamento jurídico diferenciado.

2.2. Sentido(s)

A primeira aproximação ao sentido da expressão *produto similar* foi realizada nos anos 70. Na época adoptou-se uma abordagem prudente e considerou-se que, para garantir uma avaliação equitativa, a interpretação da expressão “produto similar” deveria ser examinada caso a caso. Além disso, sugeriu-se que este exame caso a caso tivesse em consideração os seguintes critérios: (i) o *fim* do produto num dado mercado; (ii) os *hábitos* e *gostos* dos consumidores; e (iii) as *propriedades*, *natureza* e *qualidade* do produto¹³. A estes critérios foi, mais tarde, acrescentado o critério da *classificação tarifária*¹⁴.

¹² Cfr. LUÍS PEDRO CUNHA, *O Sistema Comercial Multilateral e os Espaços de Integração Regional*, Coimbra, 2008, pp. 16-17 e pp. 26-28.

¹³ Cfr. *Border Tax Adjustments*, Report of the Working Party adopted on 2 December 1970 (L/3464), parágrafo 18.

¹⁴ Apesar de alguns autores afirmarem, erradamente, que este critério já estava previsto no relatório de 1970 (ver, entre outros, a listagem dos critérios apresentada por ROBERT READ, “Process and Production Methods and the Regulation of International Trade”, R. READ/N. PERDIKIS, *The WTO and the Regulation of International Trade: Recent Trade Dispute Between the European Union and the United States*, Cheltenham: Edward Elgar, 2005, pp. 244-245), a verdade é que o critério da classificação tarifária só começou a ser mobilizado mais tarde em casos como: (i) *EEC — Measures on Animal Feed Proteins*, Report of the Panel adopted on 14 March 1978 (L/4599 — 25S/49), parágrafo 4.2; (ii) *Japan — Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages*,

2.2.1. Abordagem restritiva

Não obstante a prudência da abordagem adotada nos anos 70, começou a sedimentar-se a ideia de que os *processos e métodos de produção* não podiam ser atendidos para efeitos da qualificação dos produtos similares. Na melhor das hipóteses, poder-se-ia, segundo alguns autores, ter em consideração os *processos e métodos de produção* que incorporassem o produto final, ou seja, os *processos e métodos de produção* que afectassem a constituição física do produto final ¹⁵.

A sedimentação das orientações acabadas de enunciar começou com um caso que ficou conhecido como *Tuna Dolphin I* ¹⁶, em que o Painel rejeitou as medidas restritivas

Report of the Panel adopted on 10 November 1987(L/6216 — 34S/83), parágrafo. 5.6; (iii) *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Panel adopted on 29 January 1996 (WT/DS2/R), parágrafos 6.8 e 6.9.

¹⁵ A este propósito, costuma operar-se a distinção entre os *processos e métodos de produção* relacionados com o produto (“*product-related*” ou “*incorporated*”) e os *processos e métodos de produção* não relacionados com o produto (“*non-product-related*”). Para uma caracterização de cada um destes tipos de medidas, cfr. STEVE CHARNOVITZ, “The Law of Environmental ‘PPMs’ in the WTO...”, cit., p. 65. Não nos debruçamos aqui sobre essa distinção porque aquilo que pretendemos demonstrar é exactamente a relevância dos *processos e métodos de produção* para efeitos da determinação da similaridade dos produtos, independentemente de se relacionarem ou não com o produto.

Diferentemente, já se afigura útil o critério que distingue medidas neutras quanto à origem (“*origin-neutral process measures*”) de medidas baseadas na nacionalidade (“*country-based measures*”). Na verdade, aquilo que art. III:4 proíbe são as medidas que discriminam em função da nacionalidade do produto e não as medidas que incidem sobre os *processos e métodos de produção*. Sobre esta distinção, cfr. ROBERT HOWSE/DONALD REGAN, “The Product/Process Distinction...”, cit., pp. 252 e ss.

¹⁶ Cfr. *Estados Unidos — Restrições às Importações de Atum*, WT/DS21/R, de 3 de Setembro de 1991.

aplicadas pelos Estados Unidos à importação de atum capturado através de *processos* que provocavam a morte de golfinhos¹⁷. O fundamento apresentado pelo Painel foi o seguinte:

“(...) o Art. III:4 exige uma comparação do tratamento concedido ao atum importado *enquanto produto* com o conferido ao atum doméstico *enquanto produto*. As disposições regulamentares que disciplinam a captura accidental de golfinhos durante a pesca de atum não poderiam afectar o atum enquanto produto. O art. III:4 obriga, por essa razão, os Estados Unidos a concederem um tratamento ao atum mexicano não menos favorável do que o conferido ao atum dos Estados Unidos, independentemente da captura accidental de golfinhos pelos navios mexicanos corresponder à dos navios dos Estados Unidos”¹⁸.

¹⁷ Criticando esta solução, ver, entre outros, EDITH BROWN WEISS, “Environment and Trade as Partners in Sustainable Development: a Commentary”, *The American Journal of International Law*, 1992, p. 730; NICOLAS SADELEER, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, 2008, p. 354; e OREN PEREZ, *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*, 2004, p. 56; PATRICIA BIRNIE/ALAN BOYLE/CATHERINE REDGWELL, *International Law & the Environment*, 2009, p. 769.

¹⁸ Tradução do original em inglês:

“...Article III:4 calls for a comparison of the treatment of imported tuna *as a product* with that of domestic tuna *as a product*. Regulations governing the taking of dolphins incidental to the taking of tuna could not possibly affect tuna as a product. Article III:4 therefore obliges the United States to accord treatment to Mexican tuna no less favourable than that accorded to United States tuna, whether or not the incidental taking of dolphins by Mexican vessels corresponds to that of United States vessels”.

Cfr. *United States — Restrictions on Imports of Tuna*, Report of the Panel (DS21/R — 39S/155), parágrafo. 5.15.

Mais tarde, noutro caso que também envolvia a aplicação do art. III:4, o Painel reiterou o entendimento fixado no caso *Tuna Dolphin I* e opôs-se à possibilidade de conceder um tratamento diferenciado em função dos *processos e métodos de produção*:

“Além de ser contrária ao sentido comum dos termos do Artigo III:4, qualquer interpretação do Art. III:4 desta forma significaria que o tratamento dos produtos importados e domésticos em causa não poderia mais ser assegurado na base objectiva da sua similaridade *enquanto produto*. Pelo contrário, os produtos importados seriam expostos a um tratamento altamente subjectivo e variável de acordo com factores externos” (itálico nosso) ¹⁹.

Foi a partir de casos como estes que se começou a gerar a ideia de que as medidas ambientais restritivas do comércio que incidissem sobre os *processos e métodos de produção* e não afectassem o produto final seriam ilegítimas à luz das normas da OMC. Este é um entendimento, contestado por alguns autores ²⁰, a que não aderimos.

¹⁹ Cfr. *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Panel, WT/DS2/R, 29 January 1996, parágrafo 6.12.: “Apart from being contrary to the ordinary meaning of the terms of Article III:4, any interpretation of Article III:4 in this manner would mean that the treatment of imported and domestic goods concerned could no longer be assured on the objective basis of their likeness as products. Rather, imported goods would be exposed to a highly subjective and variable treatment according to extraneous factors”.

²⁰ Contestando este entendimento e apresentando uma lista de autores que o defendem, cfr. STEVE CHARNOVITZ, “The Law of Environmental ‘PPMs’ in the WTO...”, cit., pp. 75 e ss.

2.2.2. Abordagem integrativa dos elementos relevantes

A abordagem que merece a nossa preferência é aquela que tem sido desenhada pelo Órgão de Recurso em casos mais recentes. Numa tentativa de fornecer um conceito de “similaridade” para efeitos da aplicação do art. III:2 do GATT, o Órgão de Recurso recorreu à seguinte metáfora:

“O conceito de ‘similaridade’ é relativo e evoca a imagem de um acordeão. O acordeão da ‘similaridade’ expande-se e contrai-se em diferentes situações consoante as diversas normas do Acordo da OMC que são aplicadas. A amplitude do acordeão em qualquer uma dessas situações deve ser determinada pela norma em que a expressão ‘similar’ aparece assim como pelo contexto e as circunstâncias que prevalecem em cada caso concreto a que a norma se possa aplicar”²¹.

Transpondo esta metáfora para o âmbito de aplicação do art. III:4 do GATT, parece-nos que não se deve excluir, em abstracto, a hipótese de considerar os *processos e métodos de produção* para efeitos da qualificação dos *produtos similares*,

²¹ Tradução livre do original em inglês:

“The concept of ‘likeness’ is a relative one that evokes the image of an accordion. The accordion of ‘likeness’ stretches and squeezes in different places as different provisions of the *WTO Agreement* are applied. The width of the accordion in any one of those places must be determined by the particular provision in which the term ‘like’ is encountered as well as by the context and the circumstances that prevail in any given case to which that provision may apply”.

Cfr. *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages*, Report of the Appellate Body adopted on 1 November 1996, WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R, parágrafo 21.

mesmo nos casos em que eles não afectem a constituição física do produto. O acordeão da “similaridade” não deve expandir-se e contrair-se apenas consoante a norma da OMC em questão, mas também segundo as circunstâncias do caso concreto a que a norma se aplica.

Esta abordagem mais flexível não constitui um episódio isolado e foi reafirmada num caso relativo ao comércio de amianto e de produtos que contêm amianto ²². Neste caso, conhecido internacionalmente como *Asbestos Case*, o Órgão de Recurso esclarece algumas questões importantes: (i) os critérios que costumam ser utilizados pelos painéis não são nem imperativos nem taxativos; (ii) os critérios reportam-se a diferentes aspectos dos produtos, mas estão interligados uns com os outros (exemplo: algumas características do produto podem afectar o seu fim) ²³. Além disso, o Órgão de Recurso afirma o seguinte:

“O tipo de provas a ser examinado no momento da avaliação da ‘similaridade’ dos produtos dependerá, necessariamente, do produto e da norma legal em questão. Quando *todas as provas relevantes* tiverem sido examinadas, os painéis devem determinar se essas provas, como um todo, indicam que o produto em questão é ‘similar’ nos termos da norma legal a aplicar” (itálico nosso) ²⁴.

²² Cfr. Relatório do Órgão de Recurso, *Comunidades Europeias — medidas que afectam o amianto e os produtos que contêm amianto*, WT/DS135/AB/R, de 12 de Março de 2001.

²³ Cfr. Relatório do Órgão de Recurso, *Comunidades Europeias — medidas que afectam o amianto e os produtos que contêm amianto*, WT/DS135/AB/R, de 12 de Março de 2001, parágrafo 102.

²⁴ Tradução livre do original em inglês:

“The kind of evidence to be examined in assessing the “likeness” of products will, necessarily, depend upon the particular products and

Como decorre do trecho transcrito, o Órgão de Recurso sugere não só que a “similaridade” seja aferida caso a caso, como também aponta para a necessidade de se atender a *todas as provas relevantes*. Não existindo qualquer ressalva no sentido de se atender exclusivamente aos *elementos* do produto em si, parece-nos que não há razões para excluir os *elementos relevantes* que respeitem aos *processos e métodos de produção*. Na verdade, ainda que os *processos e métodos de produção* não afectem as *características físicas* do produto final, pode acontecer que, atendendo à *percepção dos consumidores*, os produtos não se devam considerar similares. Além disso, na nossa opinião, os *processos e métodos de produção* podem interferir no *fim* do produto. Quando assim for, não vemos como é possível desconsiderar os *processos e métodos de produção*, ainda que estes não afectem as *características físicas* do produto final.

3. Diferença específica do produto “biocombustível sustentável”

3.1. Aproximação conceitual

Os biocombustíveis podem ser produzidos a partir de um conjunto muito heterogêneo de matérias-primas, mas, em termos genéricos, pode avançar-se a seguinte definição: o *biocombustível* é o combustível líquido ou gasoso obtido a

the legal provision at issue. When all the relevant evidence has been examined, panels must determine whether that evidence, as a whole, indicates that the products in question are “like” in terms of the legal provision at issue”.

Cfr. Relatório do Órgão de Recurso, *Comunidades Europeias — medidas que afectam o amianto e os produtos que contêm amianto*, WT/DS135/AB/R, de 12 de Março de 2001, parágrafo 103.

partir da *biomassa* ²⁵. Desta forma, dentro do conceito de *biocombustível* cabem combustíveis tão heterogêneos como, por exemplo, o bioetanol, o bio-ETBE (éter etil-ter-butílico), o biometanol, o bio-MTBE (éter metil-ter-butílico), o bio-DME (éter dimetílico), o bio-TAEE (éter ter-amil-etílico), o biobutanol, o biodiesel, o gasóleo Fischer-Tropsch e o bio-gás ²⁶.

Para efeitos da política europeia de biocombustíveis, convém, todavia, sublinhar que a utilização da expressão *biocombustível* se encontra reservada para o combustível produzido a partir da biomassa que se destine ao sector dos transportes. Os combustíveis produzidos a partir da biomassa que se destinem exclusivamente à produção de electricidade, aquecimento e arrefecimento não recebem a designação de biocombustível mas sim de *biolíquido* ²⁷. O critério que subjaz à distinção entre *biocombustíveis* e *biolíquidos* é, como decorre das definições apresentadas, o *fim energético* a que se destinam os combustíveis produzidos a partir da biomassa.

²⁵ Esta é a definição fornecida pelo art. 2.º/i) da *Directiva das Energias Renováveis*. O conceito de biomassa encontra-se no art. 2.º/e) da mesma directiva:

“a fracção biodegradável de produtos, resíduos e detritos de origem biológica provenientes da agricultura (incluindo substâncias de origem vegetal e animal), da exploração florestal e de indústrias afins, incluindo da pesca e da aquicultura, bem como a fracção biodegradável dos resíduos industriais e urbanos”.

²⁶ O art. 2.º/2 da *Directiva dos Biocombustíveis* fornecia uma lista *indicativa* de produtos que podiam considerar-se biocombustíveis. A *Directiva das Energias Renováveis* não prevê uma lista semelhante no seu articulado, mas, recorrendo aos anexos, é possível constatar a variedade de biocombustíveis que existe.

²⁷ Cfr. 2.º/h) da *Directiva das Energias Renováveis*.

Não foi, no entanto, a pensar nesse *fim energético* que a União Europeia iniciou a sua política de promoção da produção e utilização de biocombustíveis. Na verdade, a política europeia de biocombustíveis tem uma *natureza* predominantemente ambiental, visando sobretudo o cumprimento dos objectivos estabelecidos pelo Protocolo de Quioto, designadamente, a redução das emissões de gases com efeito de estufa ²⁸. A promoção dos biocombustíveis deve ser encarada como uma medida que a União Europeia tomou a liberdade de adoptar para cumprir o protocolo ²⁹: o que se pretende, acima de tudo, é reduzir as emissões de gases com efeito de estufa através da substituição do consumo de combustíveis fósseis pela utilização biocombustíveis ³⁰.

Considerando os motivos ambientais que estiveram na origem da política europeia de biocombustíveis, compreende-se que, logo que se perceberam os impactos ambientais e sociais da produção de biocombustíveis em outras regiões do globo, a União Europeia tenha reagido imediatamente através da consagração dos critérios de sustentabilidade. Como já referimos acima, estes critérios de sustentabilidade incidem sobre os *processos e métodos de produção*, aplicando-se tanto às matérias-primas produzidas no território da União Europeia como fora dele, e o seu cumprimento dá acesso a um tratamento diferenciado relativamente aos biocombus-

²⁸ Cfr. art. 3.º/1 do Protocolo de Quioto.

²⁹ Os Estados-parte no Protocolo de Quioto têm liberdade quanto às medidas a adoptar para cumprir o protocolo (cfr. art. 2 do Protocolo de Quioto).

³⁰ Para uma análise mais aprofundada da natureza da política de promoção de biocombustíveis da União Europeia, cfr. M. ALBUQUERQUE NOBRE, “Biocombustíveis: uma política europeia ambiental e socialmente comprometida?”, *Revista Debater a Europa*, n.º 11, jul-dez 2014, pp. 276-280.

tíveis que não os cumprem. Por essa razão, seguindo a *abordagem restritiva* que analisamos acima (cfr. *supra* 2.2.1.), a imposição unilateral dos critérios de sustentabilidade ambiental só seria legítima se a União Europeia conseguisse invocar com sucesso alguma das alíneas do art. XX do GATT ³¹. Todavia, na nossa opinião, não é essa a abordagem que deve ser seguida porque despreza alguns *elementos relevantes* para a aferição da similaridade dos produtos. Procuraremos demonstrar isso mesmo através da análise do conceito de *biocombustível sustentável* a que se chega por via aplicação dos *critérios de sustentabilidade*.

3.2. Sustentabilidade dos biocombustíveis

Embora existam outras experiências para além da europeia nesta matéria, os critérios de sustentabilidade consagrados na *Directiva das Energias Renováveis* são sem dúvida aqueles que revelam um maior comprometimento ambiental e social. Por essa razão, utilizaremos esses critérios como

³¹ Como vimos acima, as alíneas que podem ser pertinentemente invocadas são as alíneas *b)* e *g)*. Convém ainda sublinhar que, no passado, chegou a duvidar-se da legitimidade da imposição unilateral de medidas de protecção ambiental. Só com o caso *Shrimp/Turtle* essas dúvidas foram dissipadas. Cfr. *Estados Unidos — Proibição da importação de determinados camarões e produtos de camarão*, WT/DS58/AB/R, de 12 de Outubro de 1998, parágrafo 121:

“It is not necessary to assume that requiring from exporting countries compliance with, or adoption of, certain policies (although covered in principle by one or another of the exceptions) prescribed by the importing country, renders a measure *a priori* incapable of justification under Article XX. Such an interpretation renders most, if not all, of the specific exceptions of Article XX inutile, a result abhorrent to the principles of interpretation we are bound to apply”.

referência para definir o que deve entender-se por *biocombustível sustentável*.

Em termos gerais, os critérios de aferição da sustentabilidade dos biocombustíveis incidem sobre os seguintes aspectos: (i) o *nível de redução de emissões* de gases com efeito de estufa que a sua utilização proporciona, (ii) a *adequação ambiental dos terrenos* em que são obtidas as matérias-primas utilizadas na sua produção, (iii) a qualidade das *práticas agrícolas* eventualmente utilizadas, e (iv) o respeito dos direitos humanos. Assim, consideram-se *biocombustíveis sustentáveis* os que permitem atingir um nível significativo de redução de emissões de gases com efeito de estufa, sem ameaçar interesses ambientais relevantes (protecção de terrenos ricos em biodiversidade e preservação dos terrenos importantes para a retenção de carbono), e respeitando a dignidade da pessoa humana (segurança alimentar, direitos de uso dos solos e direitos dos trabalhadores) ³².

Como decorre do exposto, os critérios de sustentabilidade que acabámos de elencar não se dirigem ao biocombustível *enquanto produto*, mas sim aos seus *processos e métodos de produção*. O biocombustível *sustentável* é basicamente o biocombustível *produzidos através de métodos e processos sustentáveis*.

Por essa razão, para os que consideram que os *processos e métodos de produção* não são relevantes para efeitos da determinação da *similaridade*, e para os que defendem que só deve admitir-se a relevância dos *processos e métodos de produção* se eles afectarem a constituição do produto final, o cumprimento dos critérios de sustentabilidade não pode ser considerado para efeitos da determinação da *similaridade*. Não nos parece, contudo, como já afirmamos acima, que esse entendimento seja o mais apropriado no caso dos biocombustíveis porque,

³² Cfr. art. 17.º da *Directiva das Energias Renováveis*.

ainda que as *características físicas* do produto não sejam afectadas, os *processos e métodos de produção* podem interferir no *fim* do produto e na *percepção dos consumidores*.

3.2.1. Fim ambiental

Existe uma tendência natural para considerar que os biocombustíveis têm como *fim* a substituição dos combustíveis fósseis. Os biocombustíveis teriam, assim, um fim predominantemente energético. Contudo, não é esse o objectivo essencial da utilização dos biocombustíveis no âmbito da política da União Europeia. A política europeia de biocombustíveis tem como principal objectivo a *redução das emissões de gases com efeito de estufa*. E para aferir se a substituição de combustíveis fósseis por biocombustíveis permite obter uma efectiva redução das emissões de gases com efeito de estufa, não basta olhar para o biocombustível *enquanto produto*, sendo também indispensável a análise dos seus *processos e métodos de produção*.

Não é, por isso, surpreendente que o primeiro dos critérios de sustentabilidade consagrado pela *Directiva das Energias Renováveis* seja o critério do *nível mínimo de redução de emissões de gases com efeito de estufa*. De acordo com este critério, a substituição de combustíveis fósseis por biocombustíveis deve proporcionar uma redução mínima de emissões de 35% ³³. À primeira vista, este nível de emissões pode parecer uma característica dos biocombustíveis *enquanto produto*, mas tal não é rigorosamente verdade porque, além de se contabilizarem as emissões resultantes da utilização do biocombustível, a metodologia de cálculo de emissões prevista na *Directiva das Energias Renováveis* exige que se contabilizem também as

³³ Cfr. art. 17.º/2 da *Directiva das Energias Renováveis*.

emissões provenientes da extracção ou cultivo das matérias-primas, as emissões do processamento, as emissões do transporte e distribuição, e mesmo as emissões resultantes de alterações directas do uso dos solos ³⁴. Como facilmente se pode depreender, as emissões que acabámos de elencar inserem-se claramente no âmbito dos *processos e métodos de produção* dos biocombustíveis. A *ratio* deste critério de sustentabilidade parece-nos evidente: só devem ser promovidos os biocombustíveis que contribuem *significativamente* para a redução das emissões de gases com efeito de estufa.

Outro dos critérios que importa explicar é o da *adequação ambiental dos terrenos* utilizados para obter matérias-primas a partir das quais se produzirão os biocombustíveis. Em relação a este critério não se colocam as dúvidas suscitadas relativamente ao critério anterior: estamos indubitavelmente perante um critério que não se dirige ao biocombustível *enquanto produto*. De acordo com o critério da *adequação ambiental dos terrenos*, as matérias-primas utilizadas na produção de biocombustíveis não devem ser produzidas à custa da conversão de terrenos que anteriormente eram importantes para a retenção de carbono (por exemplo: zonas húmidas e zonas continuamente arborizadas) ³⁵. A *ratio* deste critério é também notória: só devem ser promovidos biocombustíveis que não agravem o nível de emissões de gases com efeitos de estufa por via da alteração dos usos dos solos, designadamente, através do abate de florestas importantes para a retenção do carbono.

Por fim, os biocombustíveis devem ser produzidos a partir de matérias-primas obtidas através de práticas agrícolas que

³⁴ Cfr. art. 19.º e anexo V da *Directiva das Energias Renováveis*.

³⁵ Cfr. art. 17.º/4 da *Directiva das Energias Renováveis*.

sejam *amigas do ambiente* ³⁶. Mais uma vez, estamos claramente perante um critério que incide sobre os *processos e métodos de produção* e não sobre o biocombustível *enquanto produto*. A relação deste critério com o *fim ambiental* da redução de emissões pode não ser evidente, mas ela existe: há alguns fertilizantes cuja utilização pode acarretar um aumento das emissões de gases com efeito de estufa. Assim, este critério também tem subjacente a *ratio* de que só devem promover-se os biocombustíveis que reduzam efectivamente as emissões de gases com efeito de estufa.

3.2.2. Percepção dos consumidores

Quando expusemos a *ratio* do critério da *adequação ambiental dos terrenos* não nos referimos propositadamente à proibição de produzir biocombustíveis à custa da destruição da biodiversidade. Com efeito, a proibição de produzir biocombustíveis a partir de matérias-primas obtidas em terrenos que anteriormente eram ricos em biodiversidade não tem subjacente a *ratio* da redução das emissões de gases com efeito de estufa. Deste modo, existe uma vertente do critério da *adequação ambiental dos terrenos* que não interfere no *fim ambiental* da redução das emissões de gases com efeito de estufa. Este facto não inquina, no entanto, a possibilidade desse critério ser atendido para efeitos da determinação da similaridade dos produtos porque sempre se poderá invocar que, atendendo à *percepção dos consumidores* da União Europeia, o biocombustível produzido à custa da destruição da biodiversidade não é um produto semelhante ao biocombustível produzido de um modo que salvaguarda da biodiversidade.

³⁶ Cfr. art. 17.º/6 da *Directiva das Energias Renováveis*.

O recurso ao critério da *percepção dos consumidores* tem sido, aliás, o escape utilizado pela maioria dos autores enquanto não é clara a relevância dos *processos e métodos de produção* para efeitos da distinção dos produtos ³⁷. Assim, alguns autores consideram que tudo dependerá da resposta à questão de saber se os consumidores europeus conseguem distinguir o biocombustível sustentável (obtido através de *processos e métodos de produção* “amigos do ambiente”) do biocombustível não sustentável (obtidos de um modo que ameaça gravemente o ambiente) ³⁸.

3.3. Nome de código “biocombustível sustentável”

A classificação tarifária é, como vimos anteriormente (cfr. *supra* 2.2.), um dos critérios de aferição da similaridade dos produtos. Por essa razão, a nossa análise não ficaria completa sem uma breve referência à classificação tarifária do biocombustível.

A este propósito, deve salientar-se que, dada a impossibilidade de listar todos os produtos, a OMC trabalha com *categorias de produtos*. E como a maioria dos Estados pertencentes à OMC também faz parte da Organização Mundial das Alfândegas (OMA), utiliza-se o sistema da OMA — Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercas-

³⁷ Cfr. STEPHANIE SWITZER/ JOSEPH A. McMAHON, “EU Biofuels Policy — Raising the Question of WTO Compatibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, Issue 3, 2011, p. 730.

³⁸ Cfr. MARIE-ÈVE RANCOURT, “Promoting Sustainable Biofuels Under the WTO Legal Regime”, *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy*, vol. 5, n.º 1, 2009, p. 95; SIMONETTA ZARRILLI/ JENNIFER BURNETT, “Certifying biofuels: benefits for the environment, development and trade?”, in THOMAS COTTIER/ OLGA NARTOVA/ SAQED Z. BIGDELI (ed.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2009, pp. 216 e 217.

dorias (SH) — para classificação dos produtos ³⁹. Ora, um dos problemas que se colocam neste domínio é o de que os biocombustíveis e as matérias-primas de que são produzidos não pertencem todos à mesma *categoria* de produtos. E, embora possa parecer uma operação simples, a *categorização* dos tipos de biocombustíveis cria alguns equívocos mesmo na doutrina mais especializada neste domínio ⁴⁰. Para a complexidade do problema, muito contribui a heterogeneidade das matérias-primas a partir das quais se podem produzir biocombustíveis (cana-de-açúcar, trigo, milho, beterraba, colza, girassol, soja, óleo de palma, madeira,...), e a diversidade dos *tipos* de biocombustíveis (etanol, bio-ETBE, biometanol, bio-MTBE, bio-DME, biobutanol, biodiesel, biogás,...).

A classificação como *produto agrícola* ou como *produto industrial* não é indiferente para efeitos dos acordos celebrados no âmbito da OMC. Se um biocombustível for classificado como *produto agrícola*, poderá ser elegível para a *green box* prevista no *Agriculture Agreement* da OMC, que permite a concessão de apoios a actividades que contribuam para a preservação do ambiente ⁴¹. Se, pelo contrário, um produto é classificado como *produto industrial*, já não poderá beneficiar dos apoios concedidos por motivos ambientais, aplicando-se-lhe o *Subsidies and Countervailing Measures Agreement* (*SCM Agreement*).

³⁹ Cfr. A.V. GRINSVEN, *Towards a sustainable biofuel trade...*, cit., p. 48.

⁴⁰ Veja-se o que sucede, por exemplo, na nota 37 da página 26 da obra de CLÁUDIA DIAS SOARES/ SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito das Energias Renováveis*, Almedina, 2014, em que as Autoras afirmam, erradamente, que o biodiesel é um produto agrícola quando, na verdade, estamos perante um produto industrial.

⁴¹ Cfr. WORLDWATCH INSTITUTE, *Biofuel for transport: global potential and implications for sustainable energy and agriculture*, Earthscan, London — Sterling, 2007, pp. 147 e ss.

O etanol, por exemplo, é classificado como um *produto agrícola*, enquanto o biodiesel entra na categoria dos *produtos industriais*. Além disso, o biodiesel é classificado no capítulo 38 com o código 3824.90, sendo expressamente definido como combustível, o que não sucede em relação ao etanol. O etanol é apenas classificado, segundo a sua composição química, como *undenatured alcohol* (HS220710) ou *denatured alcohol* (HS220720) ⁴². Para evitar confusões, alguns autores já chegaram a sugerir a criação de um código comum para o biodiesel e o etanol ⁴³.

Neste contexto, convém recuperar a discussão sobre a criação da categoria dos *produtos ambientais* e da progressiva liberalização do seu comércio. Este foi um dos assuntos trazidos pelos países desenvolvidos durante a Conferência de Doha de Novembro de 2001, que pretendiam a liberalização do comércio dos produtos com efeitos positivos para o ambiente (*produtos “amigos do ambiente”*). Inicialmente, pensava-se apenas em máquinas e equipamentos, mas, na sequência de uma proposta realizada pelo Brasil em 2007, começou a pensar-se na hipótese de integrar nesta categoria os *biocombustíveis* ⁴⁴. Esta

⁴² Cfr. SAQED Z. BIGDELI, “Incentive schemes to promote renewables and the WTO law of subsidies”, in THOMAS COTTIER/ OLGA NARTOVA/ SAQED Z. BIGDELI (ed.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2009, p. 172.

⁴³ Cfr. STEPHANIE SWITZER/ JOSEPH A. McMAHON, “EU Biofuels Policy...”, cit., p. 735.

⁴⁴ Sobre este assunto cfr. OREN PEREZ, *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism...*, cit., pp. 87-88; PETER VAN DEN BOSSCHE/ NICO SCHRIJVER/ GERRIT FAVER, *Unilateral Measures Addressing Non-Trade Concerns*, The Hague: the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, 2007, p. 220; JUAN PABLO ARÍSTEGUI SIERRA, “Los Biocombustibles desde la Perspectiva del Comercio Internacional y del Derecho de la Organización Mundial del Comercio”, *Revista de Derecho*, vol. XII, n.º 1, 2009, p. 125; e STEPHANIE SWITZER/ JOSEPH A. McMAHON, “EU Biofuels Policy...”, cit., p. 735.

inclusão interessaria sobretudo aos países em vias de desenvolvimento, enquanto a liberalização do comércio de máquinas e equipamentos interessaria essencialmente aos países desenvolvidos ⁴⁵. Deste modo, pelo menos aparentemente, todas as partes ficariam a ganhar com a liberalização do comércio de *produtos ambientais* em que se pretendia incluir os *biocombustíveis*.

No entanto, seguindo a linha de raciocínio que temos vindo a delinear, só valeria a pena incluir os biocombustíveis na categoria dos *produtos ambientais* se se tratasse de *biocombustíveis sustentáveis*, pois só esses são efectivamente “amigos do ambiente”. Ora, tal não estava assegurado porque alguns países (por exemplo, a Índia) opuseram-se fortemente à classificação dos produtos ambientais com base nos *métodos e processos de produção* ⁴⁶.

Independentemente desta discussão à volta da eventual criação da categoria dos *produtos ambientais* e da possibilidade de nela se incluírem os biocombustíveis, o que importa aqui concluir de tudo isto é o seguinte: o critério da *classificação tarifária* não é útil para determinar se o biocombustível sustentável é ou não um produto similar ao biocombustível insustentável.

4. Considerações finais

4.1. Aferição da similaridade

Uma vez determinados tanto os critérios de aferição da *similaridade* dos produtos como os critérios que distinguem os *biocombustíveis sustentáveis* dos biocombustíveis insustentáveis, encontramos-nos em condições de responder à questão de saber se os biocombustíveis sustentáveis são produtos similares aos biocombustíveis insustentáveis.

⁴⁵ Cfr. A.V. GRINSVEN, *Towards a sustainable biofuel trade...*, cit., p. 49.

⁴⁶ Cfr. WORLDWATCH INSTITUTE, *Biofuel for transport...*, cit., p. 148.

De acordo com a análise que realizámos acima (cfr. *supra* 2.2.2.), para aferir a *similaridade* dos produtos deve atender-se a todos os *elementos relevantes* no caso concreto. A título indicativo, consideram-se relevantes as *características físicas* do produto, o *fim* do produto, a *percepção dos consumidores* e a *classificação tarifária*.

Como vimos a propósito da definição de *biocombustível sustentável* (cfr. *supra* 3.2.), os critérios que asseguram a *sustentabilidade* dos biocombustíveis incidem todos sobre os *processos e métodos de produção*, não se repercutindo directamente sobre as *características físicas* do produto final. Os critérios de sustentabilidade não incidem sobre o biocombustível *enquanto produto*. Para além disso, também não é possível distinguir os *biocombustíveis sustentáveis* dos biocombustíveis insustentáveis com base na *classificação tarifária*.

Resta-nos, portanto, analisar em que medida é que o cumprimento, ou não, dos critérios de sustentabilidade afecta o *fim* do produto ou a *percepção dos consumidores*. Como procurámos demonstrar acima (cfr. *supra* 3.2.), parece-nos que não é de todo indiferente para o *fim* dos biocombustíveis sustentáveis que se cumpram ou não os critérios de sustentabilidade. E o mesmo sucede relativamente à *percepção dos consumidores*.

Como pôde ver-se anteriormente (cfr. *supra* 3.2.1.), a consagração dos critérios de sustentabilidade relativos ao *nível mínimo de redução de emissões*, à *adequação ambiental dos terrenos* e à *qualidade ambiental das práticas agrícolas utilizadas*, tem um objectivo claro: garantir que só se promovem os biocombustíveis que reduzem *efectivamente* as emissões de gases com efeito de estufa e não aqueles que, pelo contrário, aumentam esse nível de emissões. Isto significa que o biocombustível que não respeite algum destes requisitos se encontra imediatamente impedido de prosseguir o *fim ambiental* da redução de emissões de gases com efeitos de estufa. Em consequência, os *biocombustíveis insustentáveis* são incapazes de cumprir as mesmas

finalidades que os *biocombustíveis sustentáveis*. Não pode, portanto, considerar-se que um *biocombustível sustentável* é um produto similar a um *biocombustível insustentável*. Um produto que é apto para a redução de emissões de gases com efeito de estufa não deve considerar-se *similar* a um produto que não consiga atingir este mesmo desiderato.

Ainda que exista controvérsia quanto ao *nível mínimo de redução de emissões* gases com efeito de estufa que um biocombustível deve respeitar para que possa considerar-se *sustentável*, terá sempre de se considerar *insustentável* o biocombustível cuja produção e utilização não reduz, ou até aumenta, as emissões de gases com efeito de estufa. Nestes casos, não há qualquer dúvida: esse biocombustível não pode alcançar o *fim* pretendido pela União Europeia.

O facto de duas porções de biocombustível terem a mesma composição química, de terem as mesmas *características físicas*, de terem as mesmas *qualidades*, de terem sido produzidos através do mesmo tipo de matéria-prima (por exemplo: cana-de-açúcar, óleo de palma...) não impede que, atendendo aos *processos e métodos de produção*, estejamos perante dois tipos de biocombustível que não podem ser considerados produtos similares.

O produto *biocombustível sustentável* deve ser encarado como um produto que tem como *fim ambiental* a redução das emissões de gases com efeito de estufa — competindo com outros instrumentos ambientais orientados para a redução de emissões de gases com efeitos de estufa (ex: outros combustíveis renováveis, licenças de emissões, armazenamento geológico de carbono) — e não como um mero *produto energético* que concorre com os combustíveis fósseis ⁴⁷.

⁴⁷ É importante sublinhar que, mesmo que se quisesse defender que os biocombustíveis sustentáveis são produtos similares aos biocombustíveis insustentáveis com fundamento no facto de competirem no mercado dos produtos energéticos, o Órgão de Recurso já afirmou que

Falta-nos apenas ultrapassar uma dificuldade: os *biocombustíveis sustentáveis* têm de respeitar alguns critérios de sustentabilidade ambiental que não interferem necessariamente com o *fim ambiental* da redução das emissões de gases com efeito de estufa. A proibição da produção de biocombustíveis obtidos a partir de matérias-primas provenientes de terrenos que anteriormente eram ricos em biodiversidade é uma das vertentes do critério da *adequação ambiental dos terrenos* que não interfere necessariamente com o *fim* da redução de emissões. No entanto, como explicámos acima (cfr. *supra* 3.2.2.), também neste caso existem razões para não considerar os *biocombustíveis sustentáveis* como produtos similares aos biocombustíveis insustentáveis. Apesar de não se atingir o *fim* do produto, o cumprimento ou não desta regulamentação relativa aos *processos e métodos de produção* não é indiferente do ponto de vista dos consumidores da União Europeia. Na verdade, não é por acaso que o considerando n.º 69 da *Directiva das Energias Renováveis* afirma o seguinte:

“os consumidores comunitários considerariam moralmente inaceitável que a sua crescente utilização de biocombustíveis e biolíquidos pudesse ter por efeito a destruição da biodiversidade dos terrenos”.

4.2. Invocação de excepções

Apesar da argumentação que acabámos de apresentar, não ignoramos que existe a possibilidade de tal entendimento não ser acolhido tanto pelos Painéis como pelo Órgão de Recurso.

dois produtos podem não ser similares apesar de poderem ter o mesmo *fim*. Cfr. Relatório do Órgão de Recurso, *Comunidades Europeias — medidas que afectam o amianto e os produtos que contêm amianto*, WT/DS135/AB/R, de 12 de Março de 2001, parágrafo 112.

Nessa eventualidade, restará ainda a possibilidade de justificar a adopção dos critérios de sustentabilidade através da invocação das excepções previstas no art. XX do GATT ⁴⁸. Os critérios de sustentabilidade relacionados com a redução das emissões de gases com efeitos de estufa poderão ser justificados, por exemplo, através da invocação da sua importância para combater as alterações climáticas ⁴⁹. Em relação ao critério que se debruça sobre a protecção da biodiversidade, será necessário demonstrar que a destruição da biodiversidade tem implicações globais ⁵⁰.

4.3. Similaridade insuspeita

A maioria dos autores reflecte sobre o eventual conflito entre a política de promoção de biocombustíveis da União Europeia e as normas da OMC, equacionando apenas o problema de saber se é possível distinguir *biocombustíveis sustentáveis* — os que são produzidos de modo sustentável — de *biocombustíveis insustentáveis* — os que são produzidos com recurso a processos e métodos de produção com impactos ambientais significativos.

⁴⁸ As alíneas pertinentes seriam as alíneas *b)* e *g)*.

⁴⁹ Aproximando-se desta ideia, cfr. ROBERT HOWSE/ DONALD REGAN, “The Product/Process Distinction...”, cit., p. 278: “Processing methods may threaten global commons such as the ozone layer or the ability of the environment to absorb greenhouse gases”.

⁵⁰ Alguns autores sugerem mesmo que cada um tem o direito de não promover a utilização de certos processos de produção através da compra dos produtos deles resultantes, o que, no nosso caso, significaria que a União Europeia sempre teria o direito de não promover o consumo de biocombustíveis produzidos de forma insustentável (cfr. ROBERT HOWSE/ DONALD REGAN, “The Product/Process Distinction...”, cit., p. 275: “It is merely trying to *avoid encouraging* the use of such techniques by buying”).

Parece-nos, no entanto, que o problema se devia centrar sobretudo numa outra questão: saber até que ponto os *biocombustíveis insustentáveis* não poderão considerar-se produtos similares aos combustíveis fósseis. Com efeito, se os biocombustíveis insustentáveis não permitem prosseguir o *fin ambiental* da redução de emissões, resta-lhes a possibilidade de serem utilizados para *fins energéticos*. Assim, a discussão da similaridade deveria colocar-se apenas no âmbito do mercado em que os mesmos competem: o mercado energético do sector dos transportes.

A propósito dos riscos para a saúde que a utilização do amianto e dos produtos que contêm amianto originam, o Órgão de Recurso afirmou o seguinte:

“Não vemos como esta muito significativa diferença física pode não ser considerada no exame das características físicas do produto enquanto parte da determinação da “similaridade” ao abrigo do art. III:4 do GATT 1994”⁵¹.

No caso dos biocombustíveis sustentáveis — que reduzem significativamente as emissões de gases com efeitos de estufa, não potenciam a destruição da biodiversidade, não fomentam o abate de florestas tropicais e têm em consideração os impactos da produção e utilização dos biocombus-

⁵¹ Tradução livre do original em inglês:

“We do not see how this highly significant physical difference *cannot* be a consideration in examining the physical properties of a product as part of a determination of “likeness” under Article III:4 of the GATT 1994”.

Cfr. Relatório do Órgão de Recurso, *Comunidades Europeias — medidas que afectam o amianto e os produtos que contêm amianto*, WT/DS135/AB/R, de 12 de Março de 2001, parágrafo 114.

tíveis na segurança alimentar, diferindo por isso dos biocombustíveis insustentáveis que não têm como efeito a redução significativa de emissões e são produzidos à custa da natureza (destruição da biodiversidade, desflorestação, etc.) e à custa do sacrifício de direitos humanos (insegurança alimentar, desrespeito de condições mínimas de trabalho, usurpação de territórios pertencentes a comunidades indígenas) — também não vemos como a muito significativa diferença de *processos e métodos de produção* pode não ser considerada como factor de determinação da similaridade para efeitos do art. III:4 do GATT.

Referências bibliográficas

- APPLETON, Arthur E. — “Environmental Labelling Schemes Revisited: WTO Law and Developing Country Implications”, in Gary Sampson/John Whalley, *The WTO, Trade and the Environment*, Cheltenham — Northampton: Edward Elgar, 2005, pp. 547-578.
- BHAGWATI, Jagdish/ T. N. SRINIVASAN — “Trade and the Environment: Does Environmental Diversity Detract from the Case for Free Trade?”, in Gary Sampson/ John Whalley, *The WTO, Trade and the Environment*, Cheltenham — Northampton: Edward Elgar, 2005, pp. 317-412.
- BIGDELI, Saqed Z. — “Incentive schemes to promote renewables and the WTO law of subsidies”, in Thomas Cottier/ Olga Nartova/ Saqed Z. Bigdeli (ed.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2009.
- BIRNIE, P./BOYLE, A./REDGWELL, C. — *International Law & the Environment*, Oxford University Press, 2009.
- BOSSCHE, P.V./ SCHRIJVER, N./FABER, G. — *Unilateral Measures addressing Non-Trade Concerns*, The Hague: the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, 2007.
- CHARNOVITZ, Steve — “The Law of Environmental ‘PPMs’ in the WTO: Debunking the Myth of Illegality”, *Yale Journal of International Law*, vol. 27, 59, 2002, pp. 59-110.
- CUNHA, Luís Pedro — *O Sistema Comercial Multilateral e os Espaços de Integração Regional*, Coimbra, 2008.

- CUNHA, Luís Pedro — “Responsabilidade e Mercado: Organismos Geneticamente Modificados e Comércio Internacional”, *Boletim de Ciências Económicas*, LIII, 2010, pp. 61-93.
- GRINSVEN, A. V. — *Towards a sustainable biofuel trade: an analysis of trade barriers and WTO consistency of certification schemes for biofuels as currently being developed in the EU*, Wageningen, 2009.
- HOWSE, Robert/REGAN, Donald — “The Product/Process Distinction — An Illusory Basis for Disciplining “Unilateralism” in Trade Policy”, *Environmental Journal of International Law*, vol. 11, n.º 2, 2000, pp. 249-289.
- NADAL, Alejandro — “Redesigning the world’s trading system for environmentally sustainable development”, in Kevin P. Gallagher, *Handbook on Trade and the Environment*, Cheltenham — Northampton: Edward Elgar, 2008, pp. 327-336.
- NOBRE, Márcio Albuquerque — “Biocombustíveis: uma política europeia ambiental e socialmente comprometida?”, *Revista Debater a Europa*, n.º 11, jul-dez 2014, pp. 275-306 (disponível em: <<http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa>>).
- “A (in)sustentabilidade do livre comércio de biocombustíveis: Argentina contra União Europeia”, *Revista Temas de Integração*, 1.º Semestre de 2015, n.º 33.
- PEREZ, O. — *Ecological Sensitivity and Global Legal Pluralism: Rethinking the Trade and Environment Conflict*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.
- RANCOURT, M.-È. — “Promoting Sustainable Biofuels Under the WTO Legal Regime”, *McGill International Journal of Sustainable Development Law and Policy*, volume 5/1, 2009, pp. 73-114.
- READ, Robert — “Process and Production Methods and the Regulation of International Trade”, R. Read/ N. Perdakis, *The WTO and the Regulation of International Trade: Recent Trade Dispute Between the European Union and the United States*, Cheltenham: Edward Elgar, 2005, pp. 239-266.
- SADELEER, N. — *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2008.
- SHAHIN, Magda — “Trade and Environment: How Real is the Debate?”, in Gary Sampson/ John Whalley, *The WTO, Trade and the Environment*, Cheltenham — Northampton: Edward Elgar, 2005, pp. 579-614.
- SIERRA, J. P. A. — “Los Biocombustibles desde la Perspectiva del Comercio Internacional y del Derecho de la Organización Mundial del Comercio”, *Revista de Derecho*, vol. XXII, n.º 1, 2009, pp. 113-134.

- SOARES, Cláudia Dias/ SILVA, Suzana Tavares da — *Direito das Energias Renováveis*, Almedina, 2014.
- SWITZER, S./ McMAHON, J. — “EU Biofuels Policy — Raising the Question of WTO Compatibility”, *International and Comparative Law Quarterly*, 60 (3), 2011, pp. 713–736.
- WEISS, E. B. — “Environment and Trade as Partners in Sustainable Development: a Commentary”, *The American Journal of International Law*, 86, 1992, pp. 728–735.
- WORLDWATCH INSTITUTE — *Biofuel for transport: global potential and implications for sustainable energy and agriculture*, Earthscan, London — Sterling, 2007.
- ZARRILLI, Simonetta/BURNETT, Jennifer — “Certifying biofuels: benefits for the environment, development and trade?”, in Thomas Cottier/ Olga Nartova/ Saqed Z. Bigdeli (ed.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press, 2009, pp. 198–227.

Resumo: O presente estudo pretende demonstrar a importância da consideração dos *processos e métodos de produção* no momento da qualificação dos *produtos similares*, utilizando, para esse efeito, o caso do comércio internacional de biocombustíveis.

Palavras-chave: biocombustíveis; comércio internacional; produtos similares; sustentabilidade.

Like products: the case of sustainable biofuels

Abstract: The present study aims to demonstrate the importance of considering the *process and production methods* at the moment of qualification of *like products*, using, for this purpose, the case of biofuels international trade.

Keywords: biofuels; international trade; like products; sustainability.

Márcio Albuquerque Nobre

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra