

WORKING PAPERS

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

Marcelo António Carneiro Rocha

**MECANISMO DE AJUSTAMENTO CARBÓNICO FRONTEIRIÇO
E A COMPATIBILIDADE COM AS NORMAS DA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO:
*MATCH OR SWIPE LEFT?***

36

SÉRIE BCE



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

(página deixada em branco propositadamente)



I
j

(página deixada em branco propositadamente)

WORKING PAPERS
BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

Marcelo António Carneiro Rocha

**MECANISMO DE AJUSTAMENTO CARBÓNICO FRONTEIRIÇO
E A COMPATIBILIDADE COM AS NORMAS DA
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO:
*MATCH OR SWIPE LEFT?***

INSTITUTO ALFONSO DE ALBUQUERQUE

EDIÇÃO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Instituto Jurídico

DIREÇÃO

Luís Pedro Cunha
lpc@fd.uc.pt

REVISÃO EDITORIAL

Isaías Hipólito
ihipolito@fd.uc.pt

CONCEÇÃO GRÁFICA | INFOGRAFIA

Ana Paula Silva
apsilva@fd.uc.pt

CONTACTOS

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra
bce@fd.uc.pt

ISBN

978-989-8891-77-8

© FEVEREIRO 2024

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RESUMO: Para cumprir os objetivos do pacote *Fit for 55* da UE, a Comissão Europeia propõe a aplicação de um mecanismo de ajustamento das emissões de carbono nas fronteiras (CBAM) para substituir as licenças de emissão gratuitas para as indústrias emissoras mais expostas ao comércio. O CBAM destina-se, em primeiro lugar, a evitar fugas de carbono, mas também aborda a espinhosa questão do cumprimento das obrigações por parte dos produtores europeus de indústrias com utilização intensiva de carbono. A sua conceção, no atual Regulamento questiona a compatibilidade com as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC). O presente documento tem como objetivo expor o regime do Regulamento e conhecer acerca de todos os pontos de (in) compatibilidade com o GATT).

PALAVRAS-CHAVE: Mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço (CBAM); Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT); Emissões de carbono; Organização Mundial do Comércio

BORDER CARBON ADJUSTMENT MECHANISM AND COMPATIBILITY WITH
WORLD TRADE ORGANIZATION'S STANDARDS: MATCH OR SWIPE LEFT?

ABSTRACT: To meet the objectives of the EU's *Fit for 55* package, the European Commission proposes to implement a carbon border adjustment mechanism (CBAM) to replace free allowances for the most trade-exposed emitting industries. CBAM is primarily intended to prevent carbon leakage, but also addresses the thorny issue of compliance by European producers in carbon-intensive industries. Its design in the current Regulation questions compatibility with World Trade Organisation (WTO) rules. The purpose of this paper is to set out the Regulation's regime and learn about all points of (in)compatibility with the GATT).

KEYWORDS: Border Carbon Adjustment Mechanism (CBAM); General Agreement on Tariffs and Trade (GATT); Carbon emissions; World Trade Organisation

“Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.”

14-2-1933

Fernando PESSOA, *Odes de Ricardo Reis*.

Enquadramento

Integrado no *NextGenerationEU*,¹ o Mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço tem o desiderato de combater as alterações climáticas mediante a redução das emissões de gases efeito estufa, ao mesmo tempo que pretende ainda evitar a designada “fuga de carbono”, isto sob a égide dos compromissos postulados no Acordo de Paris, bem como no Pacote Objetivo 55 da Comissão Europeia.²

Com efeito, o Mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço (doravante, CBAM³), além de uma nova fonte de recursos financeiros da União Europeia, é uma peça chave na luta contra as alterações climáticas e o aquecimento global. O CBAM pretende contribuir para o cumprimento das obrigações internacionais derivadas do Acordo de Paris, assinado a 2 de setembro de 2015, em virtude da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas e adotado no âmbito da União Europeia, mediante a Decisão (UE) 2016/590 do Conselho, de 11 de abril. O referido acordo estabelece na alínea *a*) do número 1 do artigo 2.º o objetivo de manter o aumento da temperatura média mundial “to

¹ Para mais detalhe sobre o Plano de recuperação da Europa “NextGenerationEU” veja-se: COMISSÃO EUROPEIA, *Plano de Recuperação da Europa*.

² COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões*. Objetivo 55: alcançar a meta climática da UE para 2030 rumo à neutralidade climática de 14 jul 2021.

³ Sigla em língua inglesa.

well bellow 2°C above pre-industrial levels”⁴, devendo a UE em conjunto com os seus Estados Membros prosseguir esforços para limitar o postulado limite de 1.5°C, de forma a reduzir os riscos e efeitos das alterações climáticas.⁵ Naturalmente, a possibilidade de alcançar este objetivo depende dos esforços nacionais das partes, as designadas Contribuições Determinadas Nacionalmente (CDN, em diante) para a ação climática e da sua implementação efetiva. Neste sentido, as CDN refletem as “responsabilidades comuns, mas diferenciadas e respetivas capacidades” – o designado princípio CBDR-RC, em língua inglesa⁶ – dos países industrializados e em desenvolvimento, tal como reconhecido nos artigos 3.1 e 4.1 da CQNUAC. Neste contexto, a UE e os seus Estados-membros, sendo partes no Acordo de Paris, comprometem-se a assumir o papel de líderes dos esforços internacionais em matéria climática.

Hodiernamente, as mudanças climáticas representam verdadeiramente uma ameaça direta para os meios de subsistência hu-

⁴ PARIS AGREEMENT. “Paris agreement”, in *Report of the conference of the parties to the United Nations framework convention on climate change (21st session, 2015: Paris)*. Retrieved December. HeinOnline, 2015, 2017.

⁵ Em relação às alterações climáticas identificamos três ordens de riscos climáticos: i. riscos físicos; riscos de transição; e, riscos de responsabilidade. Os riscos físicos são aqueles que surgem em consequência de eventos climáticos, geológicos e de alterações nos ecossistemas, podendo manifestar-se de forma abrupta (eventos concretos, como tempestades, furacões ou outras catástrofes naturais) cristalizando-se como riscos agudos; ou de forma gradual (alterações a longo prazo nos padrões climáticos, como o aumento constante da temperatura global) traduzindo-se em riscos crónicos. Por sua vez, os riscos de transição têm a sua génese na introdução de políticas climáticas para reduzir as emissões de carbono ou ainda nas medidas adaptação às novas realidades provocadas pelas alterações climáticas. Por fim, os riscos de responsabilidade associam-se a futuras ações judiciais contra agentes económicos cujos proponentes consideram que foram insuficientes e ineficazes nas medidas de proteção de combate aos efeitos do aquecimento global. Ora, estas demandas terão impactos financeiros cuja extensão ainda não pode ser estimada. No fundo, responsabiliza-se as empresas pelos danos que causam ao clima. Chama-se, ainda a atenção, para a possibilidade da qualificação do clima como bem público global, que naturalmente seria alvo de proteção por medidas regulatórias. In Matilde LAVOURAS / Teresa ALMEIDA, “Bens públicos globais: a problemática da sua definição e financiamento”, *Boletim de Ciências Económicas* 52 (2009) 143–192; Cecilia BELLORA / Lionel FONTAGNÉ, “EU in search of a Carbon Border Adjustment Mechanism”. CEPII research center, 2022.

⁶ *Common but differentiated responsibilities and respective capabilities.*

mana e para os ecossistemas terrestre e marítimo, com efeitos que confrangem de forma desigual os países mais pobres, estimando a Organização Mundial da Saúde que pode provocar 250 000 mortes adicionais por ano a partir de 2030.⁷

Adicionalmente, hoje esclarecida a dissociação entre crescimento económico e emissões, estas diminuíram 24% entre o hiato temporal de 1990 a 2019 na União Europeia; não obstante o crescimento económico de 60% no mesmo período. Nesta senda, o CBAM pretende contribuir para o objetivo da neutralidade climática previsto no Pacto Verde Europeu, de modo que em 2050 não se produzam emissões líquidas de gases de efeito estufa. De todo o modo, o Regulamento 2021/1119 de 30 de junho de 2021 estabelece também a redução necessária de pelo menos 55% em relação aos níveis de emissões de 1990 para 2030, incumbindo a Comissão e os Estados-Membros da adoção de medidas adequadas e necessárias à prossecução do referido desiderato. Exemplificativamente, o pacote “Objetivo 55”, impulsionado pela Comissão, contempla precisamente o CBAM em conjunto com o reforço do regime de comércio de licenças de emissões e a atualização da Diretiva sobre a fiscalidade da energia.

A verdade é que o estabelecimento de medidas de ajustamento carbónico fronteiriço da União não configura uma novidade. Efetivamente, desde 2007 houve várias tentativas de reformar a regulamentação do sistema de licenças emissões, que não se concretizaram.⁸

Não obstante, o atual “Regulamento CBAM”⁹ é indubitavelmente, o mais completo quer no plano da regulamentação quer no da exequibilidade, uma vez que é fruto de uma proposta de Regulamento precedida do acordo adotado no Quadro Financeiro

⁷ Eva María CORDERO GONZÁLEZ, “La reforma del sistema de recursos propios de la UE: el recurso sobre los residuos de envases de plástico no reciclados y el proyecto de mecanismo de ajuste en frontera de las emisiones de carbono”, *Studi Tributari Europei* 11/1 (2021) 127-163.

⁸ Lydia A. OMUKO-JUNG, *et al.*, “WTO Rules on Border Carbon Adjustment for the EU ETS: Key GATT Principles”, *Climate Law Current* (2020).

⁹ REGULAMENTO (UE) 2023/956 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 10 de maio de 2023 que cria um mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço.

Plurianual 2021-2027, dada a necessidade de financiar o orçamento comunitário.

No plano legislativo, mais concretamente, na perspetiva do direito comunitário originário, a proposta recolhe-se nos artigos 191.º e 192.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Estes, além do princípio do poluidor-pagador, incluem entre os objetivos a prosseguir pela União, a preservação, proteção e melhoria da qualidade do ambiente, a proteção da saúde humana, a utilização prudente e racional dos recursos naturais e a promoção de medidas a nível internacional para combater as alterações climáticas.¹⁰ O regulamento cria igualmente um quadro jurídico uniforme para as importações, de forma a impedir o desvio de mercadorias através de Estados com um CBAM mais favorável.

Neste contexto, a implementação do CBAM pretende afastar o risco da “fuga de carbono”, fenómeno em que, fruto das diferentes políticas climáticas dos distintos Estados, as empresas deslocalizam a sua produção para fora da União Europeia, rumo a países menos restritivos na regulamentação de emissões; ou quando as importações procedentes destes substituem produtos equivalentes produzidos dentro da União. O CBAM alarga, assim, a política de fixação de preço do carbono estabelecida no mercado interno aos produtos importados, impedindo que a redução das emissões produzidas na UE seja compensada por um aumento das emissões noutros territórios.¹¹ Na proposta de regulamento, destaca-se de resto que as emissões incorporadas das importações

¹⁰ Seguindo CARLOS PIMENTA e PAULO LEMOS “assim (...) se regista a inclusão do combate às alterações climáticas nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 191º, como um dos objetivos da política da União na área do ambiente”. Veja-se a propósito com mais detalhe comentário ao artigo 191.º do TFUE, in Manuel Lopes PORTO / Gonçalo ANASTÁCIO, *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, Almedina, 2012.

Sobre o princípio do poluidor pagador, este é um “princípio de precaução, prevenção e redistribuição dos custos das medidas públicas de prevenção da poluição cuja aplicação permite melhorar o ambiente e a qualidade de vida, com maior justiça social e menor justiça económica.” Alexandra ARAGÃO, “Capítulo XVII – Ambiente”. In Mariana CANOTILHO / Pedro Madeira FROUFE / Alessandra SILVEIRA, org., *Direito da União Europeia – Elementos de direito e políticas da União*. Almedina, 2016.

¹¹ A *ratio* entre emissões importadas e emissões exportadas, em 2015 foi de 3 para 1, dado que se importaram 1.317 milhões de toneladas de CO₂ e exportam-se 424 milhões de toneladas.

representam mais de 20% daquelas que são as emissões internas de CO₂ da União.¹²

No entanto, como perceberemos adiante, este mecanismo tem suscitado muitas críticas e debate na literatura acerca da sua compatibilidade com o ordenamento da OMC. Assim sendo, o presente *working paper* propõe-se a espinhosa missão de dissertar sobre os aspetos da compatibilidade do Regulamento CBAM com o GATT.

Com efeito, perante tais dúvidas, em primeiro lugar é necessário perceber se os ajustamentos fiscais são admissíveis no âmbito do GATT, sendo desde logo importante equacionar se o carbono pode ou não ser considerado mercadoria para o efeito do artigo II, n.º 2 a) do GATT, contrapondo tendências mais evolucionistas e tradicionais.

Em segundo lugar, cabe-nos dissertar acerca do princípio da não discriminação, no sentido de entender se, à luz quer da cláusula da nação mais favorecida quer da cláusula do tratamento nacional, o Regulamento CBAM é admissível, observando em detalhe as especificações relativas ao conceito de similitude em cada uma das cláusulas, mas também a outros pormenores específicos de cada.

Em terceiro lugar, cogitamos sobre o mecanismo como putativa restrição quantitativa, de forma a perceber se o mesmo se imporá como restrição ao comércio europeu, dificultando o acesso a este mercado e causando distorções na concorrência entre produtos importados e produtos europeus.

Por fim, enquadrámos o Regulamento nas exceções gerais do artigo XX do GATT, em particular nas alíneas *b)* e *g)*, bem como o seu prólogo, de forma a encontrar justificações que possam proceder face a eventuais violações do Princípio da Não Discriminação patente no GATT.

O Mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço Europeu

Contextualização

Desde a sua nomeação, a Comissão Von der Leyen tem demonstrado uma ambição crescente na luta contra as alterações cli-

¹² *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria um mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço*, 14 jul 2021.

máticas, a perda de biodiversidade e a poluição. Em consonância, em dezembro de 2019, a Presidente da Comissão apresentou o Pacto Ecológico Europeu, que se considera ser o plano para transformar a UE numa economia moderna, eficiente em termos de recursos e competitiva, englobando aspetos ambientais, sociais e económicos. Efetivamente, os líderes europeus consideram que a UE deve liderar a transição da economia global para um estágio mais resiliente, considerando tal uma oportunidade para reforçar a posição daquela a nível internacional.¹³ Nesta senda, um dos principais objetivos deste programa é a neutralidade carbónica da UE, a qual deve atingir-se até 2050. Para adimplir tal, foram desde março de 2023 adotadas diversas propostas legislativas no âmbito do pacote *Fit for 55*¹⁴, que visa reduzir as emissões em, pelo menos, 55% até 2030, incluindo a reforma do Regime de Comércio de Licenças de Emissão e uma nova proposta de Mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço.

Introduzido em 2005, o RCLE foi o primeiro sistema internacional de comércio de licenças de emissão, baseando-se num sistema de *caps and trade*.¹⁵ Assim, estabelece um limite máximo para a quantidade de emissões de gases com efeito estufa que podem ser libertadas por instalações industriais em determinados setores. Consequentemente, o nível do limite representa o número

¹³ Sebastian OBERTHÜR / Claire Roche KELLY, “EU leadership in international climate policy: achievements and challenges”, *The international spectator* 43/3 (2008) 35-50.

¹⁴ A saber, Regulamento sobre as emissões de CO2 dos novos veículos, de 19 de abril de 2023; Decisão sobre a reserva de estabilização do mercado, de 19 de abril de 2023; Regulamento relativo à partilha de esforços nas reduções anuais obrigatórios das emissões de gases com efeito de estufa (“GEE”), de 19 de abril de 2023; Alteração do Regulamento relativo à inclusão das emissões e das remoções de GEE resultantes das atividades relacionadas com o uso do solo, com a alteração do uso do solo e com as florestas, de 19 de abril de 2023; Alteração do Regulamento relativo à monitorização, comunicação e verificação das emissões de CO2 provenientes do transporte marítimo (para que este passe a estar incluído no CELE), de 10 de maio de 2023; Alteração da Diretiva CELE sobre a aviação, de 10 de maio de 2023; e, o Regulamento que cria um Fundo Social para o Clima, de 10 de maio de 2023.

¹⁵ European Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition. EU Emissions Trading System (Eu Ets). *European Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition*.

de emissões libertadas, representando cada licença o equivalente à emissão de uma tonelada de CO₂. Não obstante, para determinados participantes as licenças são gratuitas, de forma a desincentivar a deslocalização de tais indústrias para fora da UE e, consequentemente, evadirem-se ao RCLE. No entanto, a verdade é que a atribuição gratuita de licenças neste âmbito, enfraquece o sinal de preço que o sistema dá aos setores que as recebem, em comparação com a venda integral em leilão, afetando negativamente o incentivo à redução adicional de emissões.¹⁶

Por conseguinte, a Comissão propôs em 2007 o CBAM como solução para a questão da fuga de carbono, que poderia levar ao fim das licenças gratuitas. No entanto, esta primeira proposta e as duas que se seguiram em 2009 e em 2016 foram recusadas, devido a preocupações de conformidade com a Organização Mundial do Comércio e em razão da preferência pelo regime do comércio de licenças de emissão.

Não obstante, em 2021, o RCLE entrou na quarta fase, o que implica uma redução progressiva do limite anual de emissões e requisitos mais rigorosos para as licenças gratuitas. Naturalmente, este facto fez subir o preço do carbono, e concomitantemente aumentou o risco de fuga de carbono.

A fuga de carbono é um fenómeno amplamente analisado na doutrina¹⁷. Ocorre quando os esforços de um certo país, *in casu* uma organização internacional de integração regional¹⁸, a UE, na redução das emissões de carbono levam a que certas indústrias se transladem para regiões mais permissivas em matéria de emissões; e ainda que aumentem as importações de produtos originários de

¹⁶ Parul KUMAR, *et al.*, *Can a minimum price on carbon accelerate the adoption of clean technologies?* Paris: Jacques Delors Institute, 2022, <https://institutdelors.eu/wpcontent/uploads/2022/07/HS_220705_Paper_-_Carbon_Price_Floor_and_Clean_Technologies_JDI.pdf>.

¹⁷ Por exemplo, Mustafa H. BABIKER, “Climate change policy, market structure, and carbon leakage”. *Journal of international Economics* 65/2 (2005) 421-445; Glen P. PETERS, “Policy Update: Managing carbon leakage”, *Carbon Management* 1/1 (2010) 35-37; e G. ARCE, “Fuga de carbono, hipótesis refugio de emisiones e hipótesis alternativas. Una revisión de la literatura”. *Información Comercial Española: Revista de Economía* 881 (2014) 167-178.

¹⁸ Sobre a qualificação da União Europeia como organização internacional de integração regional, veja-se: M. GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9.ª ed., Almedina, 2019.

tais países menos exigentes, neste cenário não ocorre uma diminuição de emissões de carbono, mas antes a sua realocização de uma região para outra.

Neste contexto, revela-se pouco útil a forte redução de emissões de carbono dentro da UE, uma vez que a produção que causa essas emissões acaba por se estabelecer ou aumentar noutros países, gerando aí as referidas emissões.¹⁹ Isto deve-se ao facto de as empresas que permanecem na UE e estão sujeitas ao custo adicional do preço do carbono terem uma desvantagem competitiva em relação aos produtos estrangeiros, ao não terem de pagar tal custo pelas suas emissões. Assim, facilmente se depreende que a fuga de carbono pode, e certamente irá, deslocalizar as emissões para fora da UE e, por conseguinte, comprometer os esforços climáticos da UE e do mundo, bem como enfraquecer a indústria europeia.

Em contraposição, o Mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço aborda esta questão estabelecendo um preço para o carbono dos bens importados. Todavia, adicionalmente ao combate à fuga de carbono e à proteção das indústrias da UE contra aquela, o CBAM tem outros dois objetivos: desde logo, *i*) incentivar os parceiros comerciais de países terceiros a adotarem medidas similares às da UE em termos de emissões de carbono; e, *ii*) gerar receitas que contribuam para outras políticas a favor da transição ecológica.

Em seguimento, a 14 de julho de 2021, a Comissão apresentou a sua proposta de Regulamento CBAM, tendo como objetivo implementar gradualmente o CBAM de 2023 até ao fim de 2025.²⁰ Durante esta fase, os importadores teriam de comunicar as suas emissões incorporadas, mas não lhes seria cobrada qualquer taxa.²¹ Segundo a proposta de regulamento, em 2026 seria lançado um período de transição de dez anos para substituir as licenças gratuitas do RCLE pela taxa sobre o carbono aplicável aos importadores segundo o mecanismo. A proposta de regulamento configurava

¹⁹ Xavier FERNÁNDEZ PONS, “La propuesta de la Unión Europea relativa a un impuesto sobre el carbono en frontera y su compatibilidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio”, *Revista de educación y derecho* (2020) 21.

²⁰ Nicolas ANDRÉ / Jean-Christophe DEFRAIGNE. *The Carbon Border Adjustment Mechanism: Overview of the EU proposal*.

²¹ Veja-se o cap. X da *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria um mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço*, 14 jul 2021.

cinco setores de alto risco de fuga de carbono, a saber, o ferro e o aço, o cimento, os fertilizantes, o alumínio e a eletricidade. Estas indústrias pertencem aos designados setores *EITE – Energy-Intensive Trade-Exposed*. Por outras palavras, define-se um critério duplo para a seleção das referidas categorias de produção: de um lado a intensidade carbónica fruto da energia consumida, e de outro os setores com maior número de trocas comerciais.

Na sequência da proposta da Comissão, foi iniciada a discussão com o Conselho e o Parlamento Europeu. Em 15 de março de 2022, o Conselho validou a abordagem geral relativa ao CBAM, que estava bastante próxima da proposta original da Comissão, tendo acrescentado como principal sugestão uma maior centralização na Comissão Europeia de alguns aspetos do governo do CBAM.

Em maio de 2022, a Comissão de Ambiente, Saúde Pública e Segurança Alimentar do Parlamento Europeu publicou o seu relatório sobre o CBAM. Nesse relatório, propuseram-se várias alterações no sentido de alargar o âmbito do mecanismo de ajustamento. A título de exemplo, reivindica-se a inclusão do hidrogénio e dos polímeros e produtos químicos orgânicos. Além disso, os deputados pretendiam que o CBAM fosse gerido a nível central pela UE.²² O texto foi debatido na sessão plenária de junho, no âmbito do pacote *Fit for 55*, tendo consecutivamente sido rejeitadas três medidas: a reforma do Regime de Comércio de Licenças de Emissão, o CBAM e a legislação do Fundo Social para o Clima. Em seguimento, o Parlamento Europeu adotou o relatório, na votação plenária de 22 de junho de 2022. Posteriormente, a 11 de junho de 2022, deu-se a primeira reunião do trílogo – Parlamento Europeu, Conselho e Comissão Europeia – tendo sido esclarecido como principal ponto de discórdia entre o Parlamento e o Conselho o calendário de eliminação progressiva do RCLE.²³

Por fim, após vários trílogos entre os colegisladores, o Parlamento Europeu aprovou a 18 de abril de 2023: a reforma do

²² Mohammed CHAHIM, *Relatório sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria um mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço*. Maio 2022. Relatório – A9-0160/2022.

²³ Kira TAYLOR, “Long road ahead for carbon market reform”, *Euractiv*, 26 jul 2022.

Sistema de Comércio de Licenças de Emissão (CELE), que serão progressivamente eliminadas a partir de 2026; o novo CBAM, de forma a “proteger a indústria da EU e aumentar a ambição climática global”²⁴; e o Fundo Social para o Clima, destinado a combater a pobreza energética e de mobilidade. Estava assim aprovado o Mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço (CBAM) da UE, que visa incentivar os países terceiros a elevarem a sua ambição climática e assegurar que os esforços climáticos da União e a nível mundial não sejam prejudicados pela deslocalização da produção da UE para países com políticas menos ambiciosas.

Em consequência, em 17 de maio de 2023 entrou em vigor o Regulamento que cria o mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço.²⁵

O Regulamento (UE) 2023/956 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de maio de 2023, que cria um mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço

Finda a discussão legislativa, e estando em vigor o “Regulamento CBAM” que cria o mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço, importa perceber-lhe o regime.

O mecanismo baseia-se na introdução de certificados CBAM, que funcionam como taxas sobre os gases efeito estufa²⁶, tendo sido definidos setores com base na intensidade de emissões e de trocas comerciais como os mais expostos à fuga de emissões carbónicas. Assim, numa primeira fase os certificados CBAM serão aplicados às mercadorias originárias de países terceiros²⁷ pertencentes aos seguintes setores: *i)* cimento; *ii)* ferro e aço; *iii)* alumí-

²⁴ PARLAMENTO EUROPEU, *Objetivo 55: PE aprova legislação crucial para cumprir meta climática de 2030*. 18 abr 2023.

²⁵ REGULAMENTO (UE) 2023/956 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 10 de maio de 2023 que cria um mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço.

²⁶ O gás com efeito estufa referidos no Anexo I do Regulamento CBAM são o dióxido de carbono, o óxido nítrico e os perfluorcarbonetos.

²⁷ País terceiro é definido como um país ou território situado fora do território aduaneiro da União – artigo 3.º alínea 7) do Regulamento CBAM.

nio; *iv*) fertilizantes (adubos); *v*) hidrogénio; e *vi*) eletricidade.²⁸ De referir ainda que a lista de bens sujeitos ao CBAM será alargada até 2030, de modo a cobrir todos os setores relevantes previstos no CELE e suscetíveis de fuga de carbono.

Na prática, de acordo com este mecanismo, apenas os declarantes autorizados²⁹ terão a possibilidade de importar as mercadorias abrangidas no regulamento e explicitadas no Anexo I deste para o território aduaneiro da UE.³⁰, sendo neste contexto obrigados ao pagamento de taxas carbónicas correspondentes ao montante que teriam de pagar caso os bens fossem produzidos na UE.

Assim, anualmente, os declarantes CBAM deverão: *i*) adquirir certificados CBAM, no início de cada ano civil; *ii*) reportar, até 31 de maio de cada ano civil, a quantidade de mercadorias relevantes importadas para a UE no ano precedente, o número de certificados CBAM adquiridos e a sua correspondência com as quantidades de emissões de gases com efeito estufa incorporadas nos produtos;³¹ e, *iii*) submeter no mesmo período um comprovativo de que os certificados CBAM para o ano civil em causa foram

²⁸ Artigo 1.º e 2.º do Regulamento CBAM.

Adicionalmente, em relação ao cimento, a UE importa 2,6% do seu consumo interno, enquanto a exportação representa 7%, sendo os principais países de origem a Turquia (34%); Colômbia (8%); Ucrânia (2%); Bielorrússia (7%); e, Bósnia-Herzegovina (4%). No que diz respeito ao ferro e aço, a UE importa 19,7 % do seu consumo e exporta 15,6 % da sua produção, sendo as principais fontes de origem a Rússia (15%); Turquia (34%); Ucrânia (10%); China (10%); e, Coreia do Sul (8%). No que concerne ao alumínio, a União importa 36,6% do seu consumo e exporta 23,7% da sua produção, sendo as principais origens Noruega, Rússia, Emirados Árabes Unidos e Suíça. No concernente aos fertilizantes, a UE importa 29,55 do seu consumo e exporta 21,3% da sua produção, sendo os provedores mais importantes a Rússia, Egito e Argélia. Em relação ao comércio de eletricidade não há um mercado único, o que torna o cálculo da sua importação/exportação complexo, mas estima-se que as conexões com países terceiros em importação de eletricidade seja de 13%. No que diz respeito à produção de hidrogénio, não possuímos, até ao momento da redação, dados.

²⁹ Será declarante CBAM autorizado, uma pessoa autorizada por uma autoridade competente em conformidade com o artigo 17.º do Regulamento CBAM.

³⁰ Território aduaneiro da União na aceção do artigo 4.º do Regulamento (UE) n.º 952/2013.

³¹ Por emissões incorporadas entende-se as emissões provenientes dos processos de produção de mercadorias – emissões diretas –, e as emissões provenientes da produção de eletricidade que são consumidas durante o processo

adquiridos, sendo os certificados CBAM emitidos em formato eletrônico, correspondendo a uma tonelada de emissões incorporadas e posteriormente registados numa base de dados eletrónica.

No que concerne ao preço dos certificados, a Comissão calcula o preço dos certificados CBAM como a média dos preços de fecho das licenças de emissão do CELE, ficando assim o preço dos certificados CBAM diretamente ligado ao preço das licenças CELE, sendo aquele calculado semanalmente. Por conseguinte, a Comissão publicará o preço médio a que nos referimos, no primeiro dia útil da semana seguinte, sendo esse preço aplicado desde o primeiro dia seguinte útil ao da publicação até ao primeiro dia útil da semana seguinte.³²

Adicionalmente, decorre, desde 1 de outubro de 2023 a 31 de dezembro de 2025, a fase de transição. Em consequência, durante este período as obrigações do importador limitar-se-ão aos deveres de comunicação de informações segundo o disposto nos artigos 33.º, 34.º e 35.º do Regulamento CBAM, não estando prevista ao longo deste intervalo a obrigação de efetuar quaisquer pagamentos ou ajustamentos.³³

A última fase corresponde ao período de implementação plena, de 1 de janeiro de 2026 em diante. Nesta, os declarantes CBAM são obrigados a declarar anualmente em maio do ano seguinte a quantidade de mercadorias relevantes importadas para a UE, bem como as suas emissões de gases com efeito estufa incorporadas, devendo seguidamente entregar o número correspondente de certificados CBAM que adquiriram. Acrescente-se ainda que, durante esta fase, iniciar-se-á também a eliminação progressiva da atribuição de licenças de emissão gratuitas no âmbito do CELE, que decorre de 2026 até 2034. Não obstante, caso o importador consiga provar que pagou um preço pelo carbono durante a fase de produção das mercadorias importadas – sob a forma de um tributo, de uma taxa, ou sob a forma de licenças

de produção das mercadorias – emissões indiretas. Veja-se os n.ºs 21) e 34) do artigo 3.º do regulamento CBAM.

³² Veja-se o artigo 21.º do Regulamento CBAM.

³³ Para efeitos de cálculo das emissões incorporadas que devem ser reportadas, veja-se o Anexo IV do Regulamento CBAM.

de emissão no âmbito de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito estufa – tal preço poderá ser deduzido do montante correspondente a reembolsar através da devolução do CBAM.

É ainda de suma importância atentar no regime das isenções do regulamento que por ora nos ocupa. Com efeito, o CBAM não se aplica, e, portanto, estão isentos da compra de certificados: *i)* as mercadorias provenientes de países não pertencentes à UE, mas que tenham implementado o CELE;³⁴ *ii)* as mercadorias oriundas de países com um comércio de emissões totalmente ligado ao CELE;³⁵ *iii)* as mercadorias que tenham uma taxa carbónica associada, que já foi paga, e este pagamento possa ser devidamente comprovado pelos declarantes CBAM; *iv)* os bens que forem considerados à luz do artigo 23.º do Regulamento (CE) n. 1186/2009 do Conselho de valor insignificante;³⁶ ou, *v)* bens importados utilizados para atividades militares.³⁷ Resta ainda sublinhar que a Comissão poderá acrescentar países à lista de territórios isentos fruto da aplicação do CELE a tais territórios, ou então ao abrigo de qualquer outro tipo de acordo celebrado para o efeito. Do mesmo modo, aos países atualmente isentos pode ser-lhes retirada tal condição em determinados cenários.

Além disso, convém ressaltar que ao abrigo do CBAM podem ser aplicadas sanções no caso de não submissão do número de certificados CBAM devidos, ou no caso da introdução de bens na UE que não se encontram em cumprimento das obrigações CBAM. No que diz respeito ao período de transição, podem ser aplicadas sanções pelo incumprimento das obrigações de reporte. Paralela-

³⁴ É o caso dos países do Espaço Económico Europeu, a saber: Islândia, Listenstaine e Noruega.

³⁵ Por exemplo, o caso da Suíça.

³⁶ Esse valor insignificante tem como limite numérico os 150€.

³⁷ Relativamente a este último ponto parece-nos pertinente considerar que não estando considerada na proposta de 2021, é por nós considerada perspicaz, dado o conflito entre a Ucrânia e a Federação da Rússia, pois num cenário em que a UE quer apoiar de todas as formas possíveis o Estado ucraniano seria contraproducente não contemplar esta isenção. Ainda assim, cremos que importa advertir que esta é uma isenção que deve ser continuamente revista, pois pode tornar-se injustificada se prorrogada.

mente, são ainda supervisionadas pela Comissão Europeia práticas de evasão, configuradas como “alteração dos fluxos comerciais de mercadorias”.³⁸ Incluem-se nesta categoria, designadamente, *i*) as alterações aos bens com o objetivo de que sejam categorizados em códigos de classificação não sujeitos a obrigações; e, *ii*) as divisões de mercadorias artificialmente criadas para que não excedam o valor de isenção.³⁹

Em resumo, a partir de 1 de outubro de 2023, os importadores para o território aduaneiro da UE de mercadorias relevantes ao abrigo do Regulamento CBAM serão obrigados a fornecer informação anual quanto à quantidade de mercadorias relevantes importadas e à quantidade de emissões nelas incorporadas, sem qualquer ajuste financeiro até 31 de dezembro de 2025. A partir 1 janeiro de 2026, estão compelidos a fazer a mesma declaração anual de quantidade de mercadorias e emissões incorporadas, mas nesta fase devem já entregar o respetivo número de certificados CBAM que adquiriram correspondentes ao número de emissões incorporadas nas mercadorias relevantes, coincidindo esta fase com a eliminação gradual das licenças de emissão gratuitas no âmbito do CELE.

Análise da Compatibilidade do Mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço com o Ordenamento Jurídico da OMC

2.1 Admissibilidade de Ajustamentos Fiscais Fronteiriços

Perante as dúvidas quanto à admissibilidade de um mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço pelo GATT, a doutrina considera que a alternativa mais viável será conceber o mecanismo

³⁸ Veja-se o artigo 27.º n.º 2 do Regulamento CBAM.

³⁹ 150€.

como de acordo com a figura específica dos ajustamentos fiscais fronteiriços⁴⁰, contemplados no artigo II n.º 2 a) do GATT.⁴¹

Segundo esta disposição, qualquer membro pode impor “em qualquer momento, na importação de um produto: (...) uma imposição equivalente a um imposto interno incidindo (...) sobre um produto nacional similar ou sobre uma mercadoria que tenha sido incorporada no artigo importado”.⁴²

Neste sentido, para conceber um imposto sobre o carbono nas fronteiras que se enquadre na noção de ajustamento fiscal fronteiriço, a UE teria de prever um imposto interno que tributas-se de forma equivalente os produtos abrangidos pelo CBAM em função do carbono emitido durante o seu processo de produção.

Esta situação parece complexa e não foi essa a opção da UE, que atualmente incentiva a redução das emissões de gases com efeito estufa através da obrigação de limitação no quadro de um sistema *cap and trade* das emissões em determinados setores no âmbito do CELE, sem recorrer a essa tributação do carbono. Em todo o caso, um mecanismo de ajustamento fiscal fronteiriço exige sempre, por definição, uma equivalência entre tributação interna e a tributação imposta à importação através da taxa na fronteira. Por conseguinte, teria de ser criado um sistema que assegure de alguma forma essa equivalência.

⁴⁰ Ajustamentos fiscais fronteiriços ou, em língua inglesa – *Border tax adjustments* –, são definidos por Zhang *et al.* como um mecanismo pelo qual os países exportadores descontam os impostos cobrados nos produtos quando exportados, enquanto os países importadores impõem impostos nos produtos importados que não tenham sido sujeitos a um nível semelhante aos produtos nacionais. In Zhong Xiang ZHANG / Andrea BARANZINI, “What do we know about carbon taxes? An inquiry into their impacts on competitiveness and distribution of income”, *Energy policy* 32/4 (2004) 507-518.

⁴¹ María Fernanda GÓMEZ, “Cambio climático y ajustes fiscales en frontera: análisis jurídico y viabilidad institucional”, *Revista de Derecho Económico Internacional* 4/1 (2013) 9-41.

⁴² Um exemplo de escola de ajustamentos fiscais fronteiriços costuma ser o ouro. Assim, se um país impõe um imposto interno específico sobre a produção nacional de ouro, quando chega ouro importado ou produtos que contenham ouro, pode ser aplicada na fronteira, para além do direito aduaneiro normal, uma taxa equivalente específica à aplicada ao ouro nacional, em conformidade com a cláusula do tratamento nacional. Xavier FERNÁNDEZ PONS, “La propuesta de la Unión Europea relativa a un impuesto sobre el carbono en frontera”, 5.

À partida, poder-se-ia cogitar se o atual CELE pode ser perspectivado como uma espécie de tributação interna ou algo análogo. Não obstante, o Tribunal de Justiça da UE, no seu acórdão de dezembro de 2011 sobre a integração das atividades de aviação no regime de comércio de licenças de emissão da UE, excluiu que o referido se baseia na atribuição de licenças de emissão por sector de atividade e na possibilidade de que a transação de licenças de emissão não utilizadas pudesse ser considerada um regime de tributação. De acordo com o TJUE, o CELE “não se destinar a criar receitas a favor das autoridades públicas, não permite, de modo algum, fixar, com base numa matéria colectável e numa taxa definidas *a priori*, um montante que deva ser pago por tonelada de combustível consumido pela totalidade dos voos efectuados durante um ano civil”, rematando que, “pelas suas próprias características, constitui uma medida baseada no mercado e não um direito, um emolumento ou uma taxa”.⁴³

Por essa razão, a existência do atual regime de comércio de licenças de emissão da UE não exclui que, se esta quiser impor o mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço, terá de estabelecer, concomitantemente, encargos internos ao carbono emitido domesticamente. Segundo esta exigência, o atual CBAM *ad extra* exigirá igualmente que a UE tribute *ad intra* de forma equivalente o carbono.

Neste contexto, o principal obstáculo jurídico à luz do ordenamento jurídico da OMC à consideração do CBAM como ajustamento fiscal fronteiriço, tem que ver com o construto de mercadoria. Como vimos, a disposição do GATT relativa aos ajustamentos fiscais fronteiriços refere-se a um encargo imposto a “um produto (...) ou uma mercadoria incorporada no artigo importado”. Tradicionalmente, esta menção à mercadoria é entendida como uma referência a um componente ou insumo fisicamente presente no produto importado.⁴⁴ *In casu*, o que será tributado não é o produto em si, nem uma mercadoria incorporada nos componentes do

⁴³ Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contra Secretary of State for Energy and Climate Change., Tribunal de Justiça da União Europeia, 21 dez 2011, C-366/10, parágrafos 143 e 147.

⁴⁴ Recorrendo a um exemplo de escola será o caso do ouro contido em jóias ou num relógio.

produto, mas antes as emissões incorporadas no seu processo de produção no país de origem, das quais não há vestígios físicos no produto final. Em sentido divergente, PAUWELYN argumenta que o artigo II n.º 2 a) do GATT pode ser interpretado de forma a abranger também o carbono, porque embora este não seja um componente físico do produto final, as emissões são uma consequência inelutável do seu fabrico.⁴⁵

Por fim, deve reconhecer-se que uma interpretação literal e positivista do termo “mercadoria (...) incorporada no artigo importado” dificilmente pode abarcar as emissões de carbono geradas durante o processo de fabrico de um produto. No entanto, FERNÁNDEZ PONZ sublinha que, de acordo com as regras consuetudinárias de interpretação dos tratados internacionais, codificadas na Convenção de Viena de 1969 e explicitamente aplicáveis à interpretação dos acordos da OMC na interpretação dos tratados, para além do significado ordinário devem ser tidos em conta o contexto, o objeto e a finalidade e, entre outros elementos, quaisquer regras pertinentes de direito internacional aplicáveis nas relações entre as partes, como as que dizem respeito ao desenvolvimento sustentável, o qual é explicitamente contemplado como objetivo no preâmbulo do Acordo que institui a OMC e que permite interpretações atualistas.⁴⁶

⁴⁵ O autor considera como precedente favorável à sua tese o relatório do Painel no âmbito do GATT 1947 sobre o caso United States – Taxation of Petroleum and Certain Imported Substances, mais conhecido como United States – Superfund. Neste, o Painel concluiu que um imposto dos Estados Unidos sobre certas substâncias químicas e sobre importações de produtos que utilizavam essas substâncias como insumos no processo poderia ser objeto de ajustamento fiscal fronteiriço. Joost PAUWELYN, “15. Carbon leakage measures and border tax adjustments under WTO law”, *Research handbook on environment, health and the WTO* (2013) 448.

Em oposição, Gómez questiona a relevância do referido caso, uma vez que o painel não especificou se esses insumos tinham de ser incorporados no produto final ou podiam não sê-lo. In María Fernanda Gómez, “Cambio climático y ajustes fiscales en frontera”, 9-41.

⁴⁶ Xavier FERNÁNDEZ PONS, “La propuesta de la Unión Europea relativa a un impuesto sobre el carbono en frontera”, 5.

Ainda sobre a interpretação atualista dos acordos da OMC, veja-se Gabrielle MARCEAU, “Evolutive interpretation by the WTO adjudicator”, *Journal of International Economic Law* 21/4 (2018) 791-813.

2.2 Cláusula do Tratamento Nacional – artigo III, n.º 1 do GATT

Nos termos do artigo III, n.º 1 do GATT, os produtos do território de um membro importados para o território de outro membro não serão sujeitos a impostos internos ou outros encargos internos de qualquer tipo que excedam os aplicados – por esta última parte – a produtos nacionais similares.

Assim, a questão central relacionada com o artigo III, n.º 1 do GATT no contexto do CBAM é saber se o teor efetivo de carbono do produto pode ser tido em conta para efeitos do cálculo do montante do encargo do ajustamento de fronteira, mesmo que isso implique que certos materiais e produtos importados sejam tributados a um nível mais elevado do que os materiais e produtos nacionais com características e funções semelhantes, mas com um teor de carbono inferior. Naturalmente, isso exige uma análise cuidadosa de todos os elementos da cláusula do tratamento nacional.

2.2.1. Conceito de Similitude

Uma primeira abordagem aos ajustamentos diferenciados nas fronteiras em função do real teor de carbono deve ser o critério de similitude do artigo III, n.º 1 do GATT.

Do ponto de vista do fim regulamentar do CBAM, o teor de carbono é precisamente o que vai determinar se dois produtos são comparáveis ou não ao determinar o montante a cobrar.

No início dos anos 90, houve efetivamente o entendimento de que os Painéis do GATT tendiam a estabelecer a semelhança dos produtos à luz dos motivos e dos objetivos subjacentes ao imposto ou encargo em questão. Naquilo que ficou conhecido como o teste dos “fins e efeitos”, o relatório – não adotado – do Painel no caso *United States – Automobiles* considerou que “o primeiro passo para determinar as características relevantes comuns aos produtos nacionais e importados (similitude) teria (...) de incluir um teste do fim e efeito da medida fiscal específica”.⁴⁷ Para defender esta

⁴⁷ Relatório do Painel no caso *United States – Taxes on Automobiles*, DS31/R, 11 out. 1994, para. 5.9

posição, e em conformidade com o defendido no caso *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages de 1992*⁴⁸, o Painel alegou que o artigo III n.º 2 do GATT deveria ser interpretado de modo a refletir o objetivo central da cláusula do Tratamento Nacional estabelecido no artigo III n.º 1 do GATT, designadamente, proibir – apenas – as diferenciações feitas “de modo a proteger a produção nacional”.⁴⁹

Embora esta abordagem tenha encontrado algum apoio nos escritos académicos⁵⁰, a jurisprudência posterior da OMC rejeitou firmemente o teste dos “fins e efeitos” no contexto do artigo III, n.º 1 e 2 do GATT⁵¹. O artigo III, n.º 2 do GATT não deve ser interpretado como um princípio geral de igualdade de tratamento que está aberto a qualquer objetivo regulamentar como potencial elemento de comparação, exceto para fins protecionistas.⁵² Pelo contrário, o objetivo fundamental do artigo III do GATT é “assegurar a igualdade das condições de concorrência entre os produtos importados e os produtos nacionais similares”.⁵³ Por conseguinte, “a primeira frase do n.º 2 do artigo III não diz respeito aos impostos ou taxas enquanto tais ou aos objetivos políticos que os membros prosseguem com eles, mas ao seu impacto económico sobre as oportunidades de concorrência dos produtos importados e dos produtos nacionais similares.”⁵⁴ Neste âmbito, “uma determinação da “similitude” (...) é, fundamentalmente, uma determinação da

⁴⁸ Relatório do Painel no caso *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R – 39S/206, 19 jun. 1992, paras. 5.25 and 5.71.

⁴⁹ Relatório do Painel no caso *United States – Taxes on Automobiles*, DS31/R, 11 out. 1994, para. 5.7

⁵⁰ Robert HOWSE / Donald REGAN, “The product/process distinction-an illusory basis for disciplining unilateralism in trade policy”, *European Journal of International Law* 11/2 (2000) 249-289.

⁵¹ Veja-se o Relatório do Órgão de Recurso no caso *Body Report, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, adopted 1 nov. 1996, p. 18.

⁵² Joachim ENGLISH / Tatiana FALCÃO, “EU Carbon Border Adjustments for Imported Products and WTO Law”. *Available at SSRN 3863038*, 2021.

⁵³ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, 30 jul. 1997, p. 18.

⁵⁴ Relatório do Painel no caso *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, 16 fev. 2001, para. 11.182.

natureza e extensão de uma relação de concorrência entre produtos.⁵⁵ Consequentemente, é necessário estabelecer a similitude com base em critérios indicativos dessa relação concorrencial, ao invés dos fins regulamentares nacionais. Além disso, tal como o Órgão de Recurso explicou no contexto do artigo XVII do GATS, os aspetos ou preocupações regulamentares são abordados de forma mais adequada nas disposições do GATS relativas às exceções pertinentes. Abordá-las no contexto das disposições relativas ao princípio da não discriminação perturbaria o equilíbrio existente entre as primeiras e as segundas disposições.⁵⁶

Consideramos que este raciocínio é também aplicável ao GATT, no sentido de que a aplicação limitada das, e os seus rigorosos requisitos, exceções não devem ser prejudicados pela consideração dos fins regulamentares na análise da “similitude”. Atendendo ao objetivo tradicional, articulado e delimitado no artigo III do GATT, não parece convincente referir como objetivo geral o desenvolvimento sustentável mencionado no Acordo de Marraquexe de forma a justificar e priorizar as preocupações ambientais, no sentido de que devem, *per se*, influenciar a avaliação da similitude dos produtos.⁵⁷

Contra este pano de fundo, a jurisprudência da OMC estabelece que os produtos “similares” são um subconjunto de produtos diretamente competitivos e substituíveis.⁵⁸ Os produtos que são perfeitamente substituíveis ou que estão próximos de o ser são produtos “similares”, ao passo que os que competem em menor

⁵⁵ Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, 5 abr. 2001, para. 99.

⁵⁶ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/AB/R, 9 mai 2015, paras. 6.115 e 6.118.

⁵⁷ “Embora o preâmbulo do Acordo OMC confirme que as considerações ambientais são importantes para a interpretação do Acordo OMC, a promoção do desenvolvimento económico através do comércio permanece o foco central de tal acordo. Veja-se o Relatório do Painel no caso *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, 15-5-1998, para. 7.42.

⁵⁸ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75, 84/AB/R, 17 fev. 1999, para. 118.

grau serão abrangidos pelo âmbito de aplicação do artigo III, n.º 2 do GATT.⁵⁹

A questão de saber se esta noção estrita de “similitude” para efeitos do artigo III, n.º 2 do GATT⁶⁰ está preenchida deve ser determinada casuisticamente.⁶¹ Para o efeito, segundo a jurisprudência estabelecida na OMC, define-se no relatório do Grupo de Trabalho sobre os Ajustamentos Fiscais⁶² a abordagem base para a interpretação da “similitude”.⁶³

Em geral, os fatores relevantes são *i)* os usos finais do produto num determinado mercado; *ii)* os gostos e hábitos dos consumidores, em especial a medida em que os consumidores percecionam e tratam os produtos como meios alternativos para desempenhar determinadas funções a fim de satisfazer um determinado desejo ou procura; e, *iii)* as propriedades físicas, a natureza e a qualidade dos produtos.⁶⁴ Adicionalmente, a classificação internacional dos produtos para efeitos pautais é também invocada pelo Órgão de Recurso.⁶⁵

No entanto, nenhum dos critérios acima referidos é decisivo, pelo que é necessária uma avaliação holística à luz de todos eles.⁶⁶

⁵⁹ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, 30 jul. 1997, p. 28;

⁶⁰ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, 1 nov. 1996, p. 20-21.

⁶¹ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, p. 20-21.

⁶² Relatório do Grupo de Trabalho sobre *Border Tax Adjustments*, 2 dez. 1970, para.18.

⁶³ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, p. 20.

⁶⁴ Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, 5 abr. 2001, para. 101; Relatório do Órgão de Recurso no caso *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, 30 jul. 1997, p. 21; Relatório do Painel no caso *United States – Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China*, WT/DS392/R, 25 out. 2010, para. 7.425.

⁶⁵ Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, 5 abr. 2001, para. 101.

⁶⁶ Relatório do Painel no caso *United States – Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector*, WT/DS510/R, 27 jun. 2019, para. 7.89.

Por conseguinte, é possível que produtos com características físicas muito semelhantes não sejam “similares” se a sua substituíbilidade em determinado mercado de consumo for, porém, reduzida.⁶⁷ Na decisão do processo *EC – Asbestos*, o Órgão de Recurso considerou que os gostos e hábitos dos consumidores padecem de uma forte suscetibilidade de serem influenciados pelos riscos de saúde a determinado produto, podendo torná-lo “diferente” de um produto com características e usos finais semelhantes, mas sem esses riscos para a saúde.⁶⁸

Não obstante, regra geral, produtos com características fisicamente idênticas ou muito semelhantes serão presumivelmente “semelhantes” na perspectiva do consumidor.⁶⁹ Deve por isso evitar-se reintroduzir o “teste dos fins e efeitos” pela porta das tra-seiras, partindo do princípio de que um consumidor “razoável” partilharia as preocupações e os objetivos legítimos subjacentes à abordagem regulamentar e, por conseguinte, distinguiria produtos em conformidade.⁷⁰ O que importa são as atitudes efetivas dos consumidores, e não as politicamente desejadas.

Na literatura discutiu-se que o Órgão de Recurso podia ter alterado a sua posição na decisão relativamente recente no processo *Canada – Renewable Energy*⁷¹. Neste caso, considerou-se que o mercado grossista da eletricidade produzida a partir de determinadas energias renováveis devia distinguir-se do mercado da energia produzida a partir de outras fontes, apesar de ambas as categorias de

⁶⁷ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Philippines – Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396, 403/AB/R, 20 jan.2012, para. 120.

⁶⁸ Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, 5 abr. 2001, para. 122.

⁶⁹ Reinhard QUICK / Christian LAU, “Environmentally Motivated Tax Distinctions and WTO Law: The European Commission’s Green Paper on Integrated Product Policy in Light of the ‘Like Product’ and ‘PPM’ Debates”, *Journal of International Economic Law* 6/2 (2003) 419-458.

⁷⁰ Joel P. TRACHTMAN, “WTO law constraints on border tax adjustment and tax credit mechanisms to reduce the competitive effects of carbon taxes”, *National Tax Journal* 70/2 (2017) 469-493.

⁷¹ Steve CHARNOVITZ, “Border tax equalization”, *The world trade system: trends and challenges*, 2016, 25.

eletricidade serem fisicamente idênticas.⁷² Embora a decisão dissesse respeito à noção de “vantagem” na aceção do artigo 1.º n.º 1 alínea b) do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, e, por conseguinte, não se relacione diretamente com o conceito de “similitude” do artigo III do GATT, a existência de mercados distintos indica normalmente uma ausência de concorrência e substitutibilidade relevantes. Isto, por sua vez, pode excluir a “similitude” para efeitos do artigo III do GATT, tendo em conta o seu objetivo geral.⁷³

No entanto, não estamos convencidos de que esta decisão indique uma vontade geral do Órgão de Recurso de ter em conta o perfil ambiental dos produtos na sua análise da similitude. Pelo contrário, a sua decisão, *in casu*, foi orientada por circunstâncias muito específicas que permitem enquadrar o resultado compatível com a abordagem convencional acima referida para avaliar se os produtos são competitivos ou substituíveis. Em particular, o lado da procura de eletricidade era caracterizado por um elevado grau de intervenção governamental. Só devido à regulamentação governamental é que a energia proveniente de fontes renováveis foi introduzida na rede; o governo controlava o mercado grossista, as suas preferências em matéria de política energética, e as suas escolhas de combinação da oferta de energia ditavam a procura de energias renováveis.⁷⁴ Neste contexto, a nível grossista, o governo era o único “consumidor” relevante, e os seus “gostos e hábitos” foram os principais responsáveis pela criação de um mercado separado para energias renováveis. Estas circunstâncias estão bastantes longe da realidade e dos mercados competitivos dos produtos do CBAM.

O que é que isto implica no âmbito do CBAM?

Em primeiro lugar, no que concerne a *commodities* como o aço, cimento, etc., os produtos de cada categoria terão normalmente as

⁷² Relatório do Órgão de Recurso no caso *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, 24 mai 2013, paras. 5.169.

⁷³ Steve CHARNOVITZ, “Border tax equalization”, 25.

⁷⁴ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, 24 mai 2013, paras. 5.175-5.177

mesmas propriedades físicas, serão perfeitamente ou quase perfeitamente substituíveis no que respeita às suas utilizações finais e terão também a mesma classificação pautal ou classificações pautais muito semelhantes.

Um teor de carbono diferente em resultado do respetivo processo de produção só poderia, assim, impedir qualificação de produtos como “similares” se tivesse impacto significativo nas preferências e perceções dos consumidores no mercado interno da UE⁷⁵. É possível que venha a acontecer no futuro, especialmente se a rotulagem de emissões de carbono se tornar procedimento normal na UE, e se os consumidores se tornarem mais conscientes e sensíveis a este fator e desenvolverem uma preferência por produtos com baixa pegada de carbono. Não obstante, é provável que, pelo menos no imediato, tal não se verifique.⁷⁶

As *commodities* são, na sua esmagadora maioria, transacionados entre empresas, sendo posteriormente utilizadas no fabrico de bens intermédios e de produtos acabados. Os compradores e consumidores destes últimos desconhecem geralmente o teor específico de carbono dos materiais de ferro incorporados nos produtos que compram e, consequentemente, também não são motivo de preocupação para os compradores comerciais de mercadorias.⁷⁷ E mesmo nos casos em que os produtos são vendidos B2C, o consumidor não está ciente da sua pegada de carbono, nem está inclinado a fazer quaisquer perguntas para o efeito. Por conseguinte, deve presumir-se que os produtos de uma categoria específica de *commodities* são “similares” também no que respeita aos gostos e hábitos dos consumidores.

Posto isto, o mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço da UE será potencialmente abrangido pelo requisito do tratamento nacional para produtos “similares”, tal como estipulado no artigo III, n.º 2 do GATT.

⁷⁵ Joachim ENGLISH / Tatiana FALCÃO, “EU Carbon Border Adjustments”.

⁷⁶ Michael A. MEHLING, *et al.* “Designing border carbon adjustments for enhanced climate action”, *American Journal of International Law* 113/3 (2019) 433-481.

⁷⁷ Kateryna HOLZER, *Carbon-related border adjustment and WTO law*, Edward Elgar Publishing, 2014, 113-114.

Convém, no entanto, ressaltar que esta conclusão não poderia ter sido tirada com base na presunção, estabelecida na jurisprudência da OMC⁷⁸, de que quando uma medida estabelece uma distinção entre produtos baseada exclusivamente na origem do produto, pode presumir-se a semelhança entre esses produtos.

Desde logo, uma distinção baseada na origem existe de facto no âmbito do CBAM, que se aplicará exclusivamente aos produtos importados, e cujo ajustamento difere em função do teor de carbono de cada produto no seu país produtor. Em segundo lugar, o Órgão de Recurso esclareceu, no caso *Argentina – Financial Services*, que, para a presunção acima referida ser aplicável, a diferença de tratamento deve ter como causa principal a origem do produto e não ser explicada por outros fatores.⁷⁹ No caso do CBAM, a sua imposição apenas a produtos importados reflete apenas a necessidade de prosseguir o objetivo regulamentar do CELE através de uma técnica diferente, a fim de ter em conta a limitação do direito internacional público consuetudinário da sua jurisdição para prescrever e aplicar o CELE no estrangeiro. Por conseguinte, a diferença de tratamento não se baseia na origem *per se*.

2.2.2 Não Tributação das Importações de Forma “Superior” aos Impostos internos ou outras Imposições Internas

Na medida em que um produto importado sujeito ao CBAM é “similar” a um produto nacional, como é geralmente o caso das *commodities* importadas, as importações não devem ser tributadas em termos “superiores” aos seus homólogos nacionais.

Segundo o Regulamento CBAM, a quantidade de certificados CBAM necessários por unidade de produto baseia-se no valor referência médio do carbono na eu. Este número predefinido de certificados será reduzido na medida em que o importador puder demonstrar que o teor de carbono do produto importado é inferior à média da UE. Em contraposição, o custo do CELE para

⁷⁸ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/AB/R, 9 mai 2015, para. 6.36.

⁷⁹ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/AB/R, 9 mai 2015, para. 6.56.

os produtos nacionais depende sempre das emissões efetivamente causadas pela sua produção, que podem ser superiores ou inferiores ao valor médio referência do carbono. Por conseguinte, os produtos importados e produtos nacionais similares não serão tratados da mesma forma.

No entanto, o que é necessário avaliar é apenas se este tratamento desigual implica uma tributação “superior” das importações.

É jurisprudência constante da OMC que, em princípio, a primeira frase do artigo III, n.º 2 do GATT não permite a *jurisdictional blending* dos encargos impostos aos produtos importados e aos produtos nacionais, respetivamente. Pelo menos no caso de uma diferença de tratamento *de iure*⁸⁰, o tratamento mais favorável de alguns produtos não pode ser contrabalançado por um tratamento menos favorável de outros produtos importados similares.⁸¹

Em vez disso, é aplicado um “teste diagonal” – nenhum produto importado deve ser objeto de uma tributação superior à de qualquer produto similar nacional, mesmo que alguns outros produtos nacionais sejam objeto de uma tributação mais elevada do que certos produtos similares importados.⁸² A lógica subjacente a esta abordagem é a de que a “exposição de um determinado produto importado a um risco de discriminação já constitui uma forma de discriminação”⁸³; consequentemente, os produtos devem

⁸⁰ Ver, no entanto, a aplicação do “teste diagonal” também aos casos de discriminação de facto nos termos do artigo III n.º 2 do GATT, no Relatório do Painel do GATT, no Relatório do Painel do GATT, *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R, 19 de jun de 1992, para. 5.19.

Ver ainda sobre o “teste diagonal”, Pedro Infante MOTA, *O Sistema GATT/OMC – Introdução Histórica e Princípio Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁸¹ Ver Relatório do Órgão de Recurso, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, adotado em 30 de julho de 1997, p. 29.

⁸² Ver Lothar EHRLING, “De Facto Discrimination in World Trade Law National and Most-Favoured-Nation Treatment—or Equal Treatment?”. *Journal of World Trade* 36/5 (2002).

⁸³ Ver, por exemplo, o Relatório do Painel do GATT, *United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco*, DS44/R, 4 out de 1994, paras. 91-98; Relatório do Painel, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, 16 de fev de 2001, paras 11.196 e 11.260.

beneficiar das mesmas oportunidades que os produtos nacionais mais favorecidos.

No caso *United States – Cigarettes* o painel do GATT considerou que o facto de um imposto interno prever o cálculo diferenciado da carga fiscal para produtos nacionais e para produtos originários do estrangeiro; de acordo, os produtos importados similares estavam sujeitos à carga fiscal média nacional, e, por conseguinte, eram inerentemente tributados a um nível mais elevados do que alguns produtos nacionais. No *Argentina – Hides and Leather*, o painel rejeitou o argumento de que uma taxa de imposto para produtos importados satisfazia a cláusula do tratamento nacional, porque correspondia à média das taxas de imposto diferenciadas para vendas internas. A mesma decisão referiu que o teste diagonal não se limita às taxas de imposto nominais, mas estava relacionado com os encargos fiscais efetivos, incluindo a base de avaliação e os métodos de cálculo.⁸⁴

Assim, à luz da jurisprudência do ORL da OMC, deve concluir-se que, embora questionável, um mecanismo de ajustamento fronteiriço não deve exceder o melhor encargo disponível, ou seja, o encargo mais baixo aplicável a qualquer produto similar, de forma a não ser “superior” na aceção do artigo III, n.º 2 do GATT.⁸⁵

No âmbito do CBAM, o que precede implica que o requisito do tratamento nacional será infringido se a quantidade de certificados CBAM exigidos para um produto importado for calculada como a média da quantidade de licenças de emissão necessárias aos concorrentes nacionais (UE) para produzir um produto similar. Mesmo que a pessoa que apresenta a declaração aduaneira possa solicitar uma redução do número de certificados CBAM exigidos em resultado da transação de importação, com base em provas das emissões reais libertadas nesse processo de produção

⁸⁴ Relatório do Painel no caso *United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco*, DS44/R, adopted 4 Oct. 1994, para. 98.

Relatório do Painel no caso *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, 16 fev. 2001, para. 11.259.

⁸⁵ Roland ISMER / Karsten NEUHOFF, “Border tax adjustment: a feasible way to support stringent emission trading”. *European Journal of Law and Economics* 24 (2007) 137-164.

específico, essa probabilidade de ajustamento não garante, por si só, a compatibilidade do ajustamento na fronteira com o artigo III, n.º 2 do GATT.⁸⁶

Pelo contrário, “uma vez que os produtos são designados como produtos similares, uma diferenciação regulamentar dos produtos, por exemplo, para (...) fins ambientais, torna-se incompatível com o artigo III⁸⁷, a menos que os produtos importados sejam tratados como produtos nacionais mais favorecidos. No caso *Thailand – Cigarettes* o Órgão de Recurso considerou no seu relatório que é insuficiente para excluir uma conclusão de incoerência com o n.º 1 do artigo III o facto de o importador ter a possibilidade de adotar medidas que evitem a imposição de encargos excessivos.⁸⁸ A redução do encargo na fronteira para o nível do encargo interno tem, assim, de ser concedida automática e imediatamente, quando o encargo se torna exigível⁸⁹, não devendo causar custos de conformidade excessivos⁹⁰. Em suma, a legislação da OMC privilegia a estrutura regulamentar em detrimento do resultado efetivo num caso concreto.

Neste contexto, o CBAM não garante que cada produto importado não seja mais tributado do que o equivalente ao custo que CELE implica em qualquer produto nacional similar. Este objetivo será inatingível para qualquer produto importado que não cumpra a referência da melhor tecnologia disponível na UE para a produção com baixas emissões. Mesmo nos casos em que esta norma fosse cumprida pelo produto importado, o simples facto

⁸⁶ Neste âmbito, Maat considera mesmo que será inevitável a violação do artigo III do GATT. In Eva Pander MAAT, “The Carbon Border Adjustment Mechanism and the challenge of being a ‘good’ climate and trade actor”, in *Understanding the EU as a Good Global Actor*, Edward Elgar Publishing, 2022, 141-157.

⁸⁷ Relatório do Painel no caso *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R, 19 jun. 1992, para. 5.72.

⁸⁸ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/AB/R, 15 jul. 2011, para. 117.

⁸⁹ Relatório do Painel no caso *Colombia – Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, 20 mai 2009, para. 7.196. 201.

⁹⁰ GATT Panel Report, *United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, L/6175 – 34S/136, adopted 17 Jun. 1987, para. 5.2.9.

de a taxa por defeito continuar a basear-se no valor de referência médio da UE será discriminatório, de acordo com a jurisprudência da OMC, a menos que sejam aplicadas medidas na fronteira para conceder automática e imediatamente um desconto mediante a apresentação das provas pertinentes.

Do exposto, pode inferir-se que a inversão da ordem do valor de referência relevante, do teor de carbono real para o teor de carbono por defeito, para efeitos de determinação do número de certificados CBAM não evita o veredito de incompatibilidade com o requisito de tratamento nacional. Exigir um número de licenças fictícias que reflita o teor real de carbono como procedimento normal não dá garantias de que qualquer produto importado seja cobrado em excesso em relação a qualquer produto nacional similar, porque o encargo pecuniário daí resultante continuaria a depender do respetivo teor de carbono, que poderia, evidentemente, ser mais elevado no caso de um produto importado em relação a (alguns) produtos nacionais. Cumpre ainda referir que os custos de conformidade podem ser excessivos em certos países de origem, dependendo do custo associado a um procedimento de certificação do teor de carbono. Além disso, os produtores de mercadorias nacionais similares podem beneficiar de um preço mais baixo para as licenças CELE no momento da sua compra do que o preço comprado pelos certificados CBAM.⁹¹

Consequentemente, o CBAM não parece estar em conformidade com o artigo III do GATT, e, por conseguinte, terá de ser justificado com a cláusula das exceções gerais do XX do GATT.

2.3 Cláusula da Nação Mais Favorecida – artigo I, n.º 1, do GATT

A Cláusula da Nação Mais Favorecida está estabelecida, enquanto pedra angular do GATT, no seu artigo I, n.º 1. Conforme, cada membro da OMC deve conceder qualquer vantagem atribuída a um produto originário de qualquer outro país, imediata e incondicionalmente, ao produto similar originário dos territó-

⁹¹ Keith KENDALL, “Carbon taxes and the WTO: a carbon charge without trade concerns”, *Ariq. J. Int’l & Comp. L.* 29 (2012) 49.

rios de todos os outros membros. As reduções ou atenuações de impostos e outros encargos devem, por conseguinte, ser aplicadas de igual modo a todos os produtos similares, independentemente da sua origem. Para esclarecer: se a UE importar aço de qualquer outro país, os “direitos aduaneiros e encargos de qualquer tipo” impostos, ou no que respeita a qualquer transferência internacional de pagamentos “para importações ou exportações, e no que respeita ao método de cobrança desses direitos e encargos, e no que respeita a todas as regras e formalidades relacionadas com a importação e exportação”, a UE não criará qualquer tipo de tratamento preferencial com base no local onde o aço foi fabricado.⁹² Por outras palavras, a UE deve agir de forma justa com todos os seus parceiros comerciais.

Na perspetiva do CBAM desenhado pela UE, a questão fundamental no que diz respeito ao requisito NMF é saber se é admissível dispensar ou reduzir o encargo do ajustamento carbónico fronteiriço quando os objetivos de proteção climática do encargo interno são total ou parcialmente alcançados no estrangeiro. Pode considerar-se que tal é geralmente o caso se forem adotadas medidas equivalentes no país de origem – por exemplo, porque este último opera um regime de licenças semelhante ao CELE; ou individualmente, mediante prova da produção com baixo teor de carbono do bem importado. Tais medidas concederiam um tratamento preferencial no que respeita aos encargos fronteiriços impostos aos produtos importados, e seriam, por conseguinte, abrangidas pelo âmbito da aplicação do artigo I, n.º 1 do GATT.

2.3.1 Conceito de Similitude

De acordo com a jurisprudência da OMC, a noção de similitude deve ser interpretada em sentido amplo no contexto do artigo I, n.º 1 do GATT. O Órgão de Recurso sustentou de forma convincente que o artigo I n.º 1 do GATT protege as expectativas de igualdade de oportunidades de concorrência para produtos impor-

⁹² Rafael LEAL-ARCAS / Manuliza FAKTAUFON / Anna KYPRIANOU, “A Legal Exploration of the European Union’s Carbon Border Adjustment Mechanism” *European Energy and Environmental Law Review* 31/4 (2022).

tados similares de todos os membros.⁹³ Este escopo fundamental deve orientar a interpretação da noção de “produtos similares”.⁹⁴ Por conseguinte, é suficiente estabelecer que existe uma relação de concorrência entre os produtos importados de origem diferente cujo tratamento deve ser comparado.⁹⁵ Para o efeito, devem ser tidos em conta os critérios e indícios decorrentes do relatório de 1970 do Grupo de Trabalho sobre os Ajustamentos Fiscais Transfronteiriços, utilizados para determinar a “similitude” nos termos do Artigo III, n.º 2 do GATT.⁹⁶

Em total consonância com a sua posição sobre o artigo III, n.º 2 do GATT, o órgão de Recurso rejeitou um teste de “fins e efeitos” também no âmbito do artigo I, n.º 1 do GATT. Alega-se que “não existe base no texto do artigo I, n.º 1 GATT para considerar que deve ser demonstrado que o impacto negativo de uma medida sobre as oportunidades de concorrência para produtos importados similares não decorre exclusivamente de uma distinção regulamentar legítima”.⁹⁷ Tal medida anularia o equilíbrio estabelecido no GATT entre a proteção da igualdade de oportunidades de concorrência no comércio internacional, por um lado, e o número de exceções que podem ser invocadas em determinadas condições específicas com base no artigo XX do GATT.⁹⁸

É ainda relevante acrescentar que, segundo o argumento de interpretação jurídica *a maiori ad minus*, a lei que permite o mais

⁹³ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, 1 nov. 1996, p. 16; e Relatório do Órgão de Recurso no caso *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75, 84/AB/R, adopted 17 Feb. 1999, paras. 119, 120 and 127.

⁹⁴ Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400, 401/AB/R, 16 jun. 2014, para. 5.87.

⁹⁵ Relatório do Painel no caso *European Union and Its Member States – Certain Measures Relating to the Energy Sector*, WT/DS476/R, 10 ago. 2018, para 7.837.

⁹⁶ Relatório do Painel no caso *European Union and Its Member States*.

⁹⁷ Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400, 401/AB/R, 16 jun. 2014, para. 5.90.

⁹⁸ Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400, 401/AB/R, 16 jun. 2014, para. 5.125.

permite o menos. *In casu*, se as mercadorias contempladas no Regulamento CBAM estão perante a conceção estrita da Cláusula de Tratamento Nacional de produtos similares consideradas como produtos similares, também estarão pela conceção ampla de produtos similares no âmbito da Cláusula da nação mais favorecida.⁹⁹

2.3.2 Aplicação Igual e Incondicional do Tratamento Preferencial

É evidente que qualquer redução ou derrogação no que respeita ao ajustamento na fronteira do CBAM pode conferir uma vantagem ao produto importado que beneficia desse tratamento. Condicionar esse tratamento mais favorável dos produtos importados à sua produção com tecnologias menos intensivas em carbono do que o valor referência das emissões subjacente à imposição na fronteira, ou à aplicação de um regime equivalente no seu país de origem, pode, por conseguinte, ser incompatível com o artigo I, n.º 1 do GATT, que exige a extensão “incondicional” do tratamento vantajoso a todas as importações similares.

No entanto, vários relatórios dos painéis da OMC sublinharam, e bem, que este requisito deve ser interpretado, contextualmente, de forma restritiva. Essencialmente, proíbe que a extensão da vantagem seja “sujeita a condições no que respeita à situação ou ao comportamento de (outros) países”.¹⁰⁰ Em contrapartida, são admissíveis outras condições que não estejam intrinsecamente relacionadas com a origem do produto, o que inclui, mas não se limita a condições relacionadas com o processo produtivo da mercadoria importada.¹⁰¹

Posto isto, será admissível uma redução do montante do ajustamento no âmbito do CBAM em função do perfil de baixas emissões do processo de produção de um determinado bem im-

⁹⁹ José Manuel Aroso LINHARES, *Introdução ao Direito – Sumários Desenvolvidos*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

¹⁰⁰ Relatório do Painel no caso *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139, 142/R, 19 jun. 2000, para. 10.23.

¹⁰¹ Relatório do Painel no caso *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, para. 10.23.

portado.¹⁰² Mesmo que não seja considerada uma condição “relacionada” com o próprio produto importado e, por isso, já aceitável, tal vantagem não estaria, de qualquer modo, intrinsecamente relacionada com a origem específica do produto.

Contrariamente, subordinar uma derrogação ou redução às políticas e medidas de proteção do clima de um determinado país de origem, como por exemplo o funcionamento de um regime de comércio de licenças de emissão ou de fixação de preços de carbono equivalente no destino¹⁰³, seria incompatível com o artigo I, n.º 1 do GATT¹⁰⁴. Por conseguinte, teria de cumprir os requisitos do artigo XX do GATT, sobre as exceções gerais. Isso também se aplicaria se esse regime se limitasse a produtos originários de países em desenvolvimento¹⁰⁵, porquanto a Cláusula Habilitante de 1979 não é aplicável a casos de concessões unilaterais relativas a impostos internos.¹⁰⁶

2.4 Restrições Quantitativas

Sob reserva de algumas exceções, o artigo XI do GATT prevê que “não serão instituídas quaisquer proibições ou restrições, para além dos direitos, impostos ou outros encargos, quer sejam aplicados através de contingentes, licenças de importação ou de exportação ou outras medidas”, nas transações de importação ou de exportação entre Estados que sejam partes no acordo.

Assim, o artigo XI do GATT centra-se no acesso ao mercado na ótica das exigências administrativas ligadas a uma operação de importação ou de exportação. Diz, resumindo, que os produtos importados não devem estar sujeitos a requisitos regulamen-

¹⁰² Steve CHARNOVITZ, “Border tax equalization”, 25.

¹⁰³ Tal como estipulado na *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria um mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço*, 14 jul 2021, 7-8. E, desde maio no Regulamento CBAM no artigo 22.º.

¹⁰⁴ Joachim ENGLISH / Tatiana FALCÃO, “EU Carbon Border Adjustments”.

¹⁰⁵ Christine KAUFMANN / Rolf H. WEBER, “Carbon-related border tax adjustment: mitigating climate change or restricting international trade?”, *World Trade Review* 10/4 (2011) 497-525.

¹⁰⁶ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472, 497/AB/R, 11 jan. 2019, paras. 5.406-5.415.

tares que possam ter um efeito limitador sobre a quantidade ou no volume de um produto importado ou exportado.¹⁰⁷ Assim, um membro não pode restringir o acesso ao mercado através da criação de requisitos de licenciamento, registo ou comunicação excessivamente onerosos.

Esta disposição não foi referida no Órgão de Recurso num caso¹⁰⁸ relacionado com o ambiente ou alterações climáticas e, por conseguinte, não será abordada de forma mais profunda, mas poderá constituir um problema se a UE aplicar, como previsto no regulamento CBAM, normas regulamentares internas a produtos originários do estrangeiro. Ou seja, utilizar normas que são do ordenamento jurídico interno da UE e exportá-las para países terceiros, na medida que estes terão de as adimplir. Os padrões de referência que são comuns na UE, como a melhor tecnologia disponível e os melhores preços das licenças de emissão disponíveis, utilizando preços de referência obtidos localmente, podem ser considerados discriminatórios em relação a países terceiros, se forem considerados demasiado onerosos para o importador.¹⁰⁹

Para avaliar se a medida se enquadra no tipo de medidas abrangidas pelo artigo XI, n.º 1 do GATT, é importante avaliar a natureza desta. No caso *Brazil – Retreaded Tyres*,¹¹⁰ o Painel examinou uma multa de 400 reais por unidade sobre a importação de pneus recauchutados, que ambas as partes concordaram ser uma medida de execução adicional e de suporte à proibição de importação desses pneus. O Brasil confirmou que as multas se destinavam a exceder o valor unitário da maioria dos pneus, sendo uma medida punitiva destinada a penalizar os comerciantes que contornavam a proibição de importação. O painel considerou que a multa constituía uma restrição à importação de pneus recauchutados, embora

¹⁰⁷ Relatório do Órgão de Recurso no caso *Argentina – Measures Affecting the Importation of Goods*, WT/DS438, 444, 445/AB/R, 26 jan. 2015, paras. 5.217.

¹⁰⁸ Joachim ENGLISH / Tatiana FALCÃO, “EU Carbon Border Adjustments”.

¹⁰⁹ Charles E. MCLURE JR, “A Primer on the Legality of Border Adjustments for Carbon Prices: Through a GATT Darkly”, *Carbon & Climate L. Rev.* (2011) 456.

¹¹⁰ Relatório do Painel no caso *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, 17 dez. 2007, paras. 7.360-7.368.

não fosse aplicada na fronteira, pelo que considerou adequada na aceção do artigo XI n.º 1 do GATT.

Igualmente, o Órgão de Recurso e vários Painéis concluíram no passado que os sistemas discricionários de concessão de licenças de importação¹¹¹ e os sistemas não automáticos de concessão de licenças de importação¹¹² suscetíveis de provocar atrasos significativos na importação ou exportação são proibidos pelo artigo XI, n.º 1 do GATT. O que significa que a utilização de empresas de certificação que atestem a conformidade da produção de bens com baixas emissões de carbono compatíveis com as normas da UE, por exemplo, pode ser considerada um obstáculo ao comércio.

2.5 Artigo XX do GATT – Exceções Admissíveis

O artigo XX do GATT contém exceções de ordem pública às principais disposições dos artigos I, III e XI do GATT. Em termos gerais, para que um encargo sobre as importações possa ser examinado no âmbito da OMC e do GATT, deve ser compatível com as principais disposições do GATT, a saber, *i*) a cláusula da nação mais favorecida, artigo I; *ii*) cláusula do tratamento nacional, artigo III; e, as restrições quantitativas artigo XI. Ou em oposição, ser justificável com uma das exceções do artigo XX.¹¹³

Decorre do que precede que, se determinada política for incompatível com uma das principais disposições do GATT, pode, no entanto, justificar-se ao abrigo das exceções do artigo XX do acordo.¹¹⁴ Nesses casos, a parte que invoca a exceção tem o ónus de provar que a medida incoerente é abrangida pelo âmbito da exceção.

O artigo XX do GATT contém “exceções específicas às obrigações decorrentes de certas outras disposições do GATT 1994, e

¹¹¹ Relatório do Painel no caso *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, 22 set. 1999, para. 5.130.

¹¹² Relatório do Painel no caso *Japan – Trade in Semi-Conductors*, L/6309 – 35S/116,4 mai 1988, para. 118.

¹¹³ Tatiana FALCÃO, “A proposition for a multilateral carbon tax treaty”. *A Proposition for a Multilateral Carbon Tax Treaty* (2019) 1-497.

¹¹⁴ Relatório do Painel no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, 20 mai 1996, paras. 6.31 and 6.35.

não regras positivas que estabelecem obrigações em si mesmas”.¹¹⁵ As exceções do artigo XX do GATT, são, portanto, defesas afirmativas que um membro pode apresentar quando confrontado com uma queixa de violação de uma disposição por outra parte.

No contexto do CBAM, as exceções positivas nas alíneas *b)* e *g)* do artigo XX do GATT revestem especial interesse, devido à sua importância para as medidas relativas à proteção do ambiente e saúde humana. Trata-se das medidas *b)* “necessárias à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais ou à preservação das plantas” e *g)* “relativas à conservação de recursos naturais esgotáveis, se tais medidas são aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo internos”.¹¹⁶

Para que se aplique uma justificação ao abrigo do artigo XX do GATT, um membro da OMC deve efetuar uma análise em dois níveis, provando *i)* que a sua medida é abrangida por uma das exceções acima mencionadas, *in casu*, as alíneas *b)* e/ou *g)*; e, *ii)* que satisfaz os requisitos previstos no prólogo do artigo XX do GATT. Este último exige que a medida não seja aplicada de uma “forma que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países em que prevaleçam as mesmas condições, ou uma restrição dissimulada ao comércio internacional”¹¹⁷.

¹¹⁵ Relatório do Órgão de Recurso no caso *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, 23 mai 1997, p. 335.

¹¹⁶ As justificações previstas nas alíneas *b)* e *g)* do artigo XX do GATT podem ser invocadas indistintamente. Assim, um país pode invocar uma justificação ao abrigo de qualquer uma das duas exceções, ou de ambas. É provável que um membro da OMC utilize todos os argumentos possíveis para tentar justificar uma medida política. No processo *US-Shrimp*, por exemplo, o caso foi essencialmente justificado ao abrigo da alínea *g)* do artigo XX do GATT. Os Estados Unidos alegaram, nesse caso, que a defesa apresentada ao abrigo da alínea *b)* do artigo XX do GATT só deveria ser tomada em consideração pelo Órgão de Recurso no caso de este discordar dos argumentos apresentados ao abrigo da alínea *g)* do artigo XX do GATT. A alínea *b)* do artigo XX do GATT foi assim invocada em alternativa à alínea *g)* do artigo XX do GATT. Relatório do órgão de Recurso no caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, para. 125.

¹¹⁷ Relatório do Painel no caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R, 6 nov. 1998, para. 7.28, e Relatório

Ambos os requisitos têm de estar preenchidos para que a medida possa ser justificada ao abrigo de uma das exceções gerais.¹¹⁸ Além do mais, a ordem em que o teste é efetuado não é indiferente. Consequentemente, esta ficou estabelecida no caso *US-Shrimp*, no qual o Órgão de Recurso discordou do relatório do Painel, que inverte a ordem pela qual o teste foi efetuado. Assim, o Órgão de Recurso concluiu que a inversão da ordem do teste tornaria a tarefa de interpretar o prólogo do artigo XX do GATT muito difícil, ou mesmo impossível, devido ao âmbito da disposição. Assim, estabeleceu que a abordagem correta é verificar primeiro a adequação da aplicação de uma exceção das alíneas do artigo XX do GATT e, em seguida, enquadrar o prólogo e analisá-lo em relação à exceção que se refere. Este entendimento foi posteriormente confirmado no caso *EC-Asbestos*.

2.5.1 Medidas abrangidas pela alínea b) do artigo XX do GATT

A alínea b) do artigo XX do GATT prevê uma exceção relacionada com a proteção da vida ou da saúde humana, animal ou vegetal. De acordo com o caso *US-Gasoline*¹¹⁹, para que uma medida se justifique ao abrigo da alínea b) do artigo XX do GATT deve demonstrar-se que “i) a política relativa às medidas para as quais a disposição é invocada se insere no âmbito das políticas destinadas a proteger a vida ou a saúde das pessoas, dos animais

do Órgão de Recurso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, para. 119.

¹¹⁸ Este ponto foi particularmente reafirmado no processo *US Gasoline*: “Para que a proteção justificadora do artigo XX lhe possa ser alargada, a medida em causa não só deve ser abrangida por uma ou outra das exceções específicas – alíneas a) a j) – enumeradas no artigo XX, como também deve satisfazer as exigências impostas pelas cláusulas de abertura do artigo XX. Por outras palavras, a análise é feita em dois níveis: em primeiro lugar, uma justificação provisória devido à caracterização da medida ao abrigo da alínea g) do artigo XX; em segundo lugar, uma nova avaliação da mesma medida ao abrigo das cláusulas introdutórias do artigo XX”. Relatório do Órgão de Recurso no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 20 de mai de 1996, p. 22.

¹¹⁹ Relatório do Painel no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, 20 mai 1996, paras., para. 6.20.

ou a preservação das plantas; *ii*) que as medidas incompatíveis para as quais a exceção é invocada são necessárias para cumprir o objetivo político; e *iii*) que as medidas foram aplicadas em conforme com os requisitos da cláusula introdutória do artigo XX.” Todos os requisitos devem ser satisfeitos, uma vez que são cumulativos.

Com efeito, o primeiro passo do teste diz respeito à avaliação da força do nexo de ligação entre a política e o resultado pretendido com aquela, que será a proteção da vida ou da saúde humana, animal e vegetal. Deve, assim, existir uma correspondência direta entre a ação e o objetivo nos termos da alínea *b*) do artigo XX do GATT. No processo *US – Gasoline*¹²⁰, por exemplo, o painel concordou com o argumento dos Estados Unidos de que cerca de metade da poluição atmosférica é causada pelas emissões dos veículos automóveis, que provocam a formação de ozono troposférico e de outras substâncias tóxicas que representam riscos para a saúde humana, animal e vegetal. Uma vez que a *Gasoline Rule*¹²¹ reduzia as emissões, foi considerada apta a cumprir o objetivo político apoiado pela alínea *b*) do artigo XX.

No processo *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*¹²², o Órgão de Recurso esclareceu que a contribuição para a realização dos objetivos previstos na alínea *b*) do artigo XX do GATT não tem de ser imediatamente observável. No que concerne especificamente à questão do aquecimento global e das alterações climáticas, o Órgão de Recurso reconheceu que os resultados obtidos com determinadas medidas só podem ser avaliados com o decurso do tempo. Por conseguinte, para justificar o objetivo político nos termos da alínea *b*) do artigo XX do GATT, a medida deve pelo menos contribuir de forma significativa para esse obje-

¹²⁰ Relatório do Painel no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, para. 6.20.

¹²¹ Relatório do Painel no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, paras. 6.1 e 6.21. A *Gasoline Rule* é o nome genérico conferido ao *American Clean Air Act* e aos seus regulamentos no âmbito deste processo. Estabelece normas para a qualidade da gasolina destinadas a reduzir a poluição atmosférica, incluindo o ozono, causada pelas emissões dos veículos a motor. Aplicava-se às refinarias, misturadores e importadores de gasolina.

¹²² Relatório do Órgão de Recurso no caso *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, 17 dez. 2007, para. 151.

tivo. Esta fase é atualmente designada “teste da menor restrição ao comércio”.¹²³ Assim, a questão que deve ser colocada é se não existe uma medida alternativa mais compatível com o GATT que o país possa utilizar para atingir os mesmos objetivos de saúde ou preservação da vida.¹²⁴ Por conseguinte, partimos do teste da necessidade para inferir se existe para o comércio uma forma menos restritiva de alcançar o mesmo resultado ao abrigo do GATT.¹²⁵ De acordo com a jurisprudência da OMC, tal inclui um teste de equilíbrio, o que significa que um membro não pode justificar uma medida incompatível com outra disposição do GATT como “necessária” se existir uma alternativa que não seja compatível com outras disposições do GATT e que se possa razoavelmente esperar que seja utilizada.¹²⁶

Mais recentemente, foi, além disso, tido em conta o nível de importância da questão da saúde ou da vida que a medida política procura preservar. Tem-se argumentado que quanto mais vital for o interesse em preservar certos padrões de saúde ou de vida, mais fácil será justificar a política como sendo necessária.¹²⁷ No caso

¹²³ Joachim ENGLISH / Tatiana FALCÃO, “EU Carbon Border Adjustments”.

¹²⁴ Relatório do Painel no caso *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R, 15 jul. 2011, para. 75.

¹²⁵ No processo Brasil-Tyres, foi estabelecido que, para determinar se uma medida é necessária para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal nos termos da alínea b) do artigo XX, é necessário passar por um processo de ponderação e equilíbrio de fatores. O Órgão de Recurso analisou, assim, a contribuição da medida ambiental para o objetivo político, a importância dos interesses ou valores comuns protegidos pela medida e o impacto da medida no comércio internacional. Se a análise destas questões levar a crer que a medida é necessária, então o resultado deve ser confirmado comparando-a com outras alternativas possíveis que possam ser menos restritivas para o comércio, mas que atinjam o mesmo resultado. Relatório do Órgão de Recurso no caso *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, 17 dez. 2007, paras. 156-175.

¹²⁶ Relatório do Painel no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, 20 mai 1996, para. 6.24.

¹²⁷ Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS135/AB/R, 5 abr. 2001, para. 172, no qual o Órgão de Recurso conclui que quanto mais vitais ou

Brazil – Taxation, o Painel concluiu que a redução das emissões de CO₂ é um interesse de grande importância.¹²⁸

No processo *US – Gasoline*¹²⁹, o Painel registou os argumentos incontestáveis de que a poluição do ar, em particular o ozono troposférico e outras substâncias tóxicas, apresentavam riscos para a saúde humana, animal e preservação vegetal. O Painel concordou, ainda, com os membros que uma política destinada a reduzir a poluição atmosférica (causada pelas emissões dos veículos) seria abrangida pela exceção prevista na alínea *b*) do artigo XX do GATT. No entanto, considerou que não se tratava do meio menos restritivo para alcançar esse resultado, pelo que recusou a aplicação da exceção prevista na alínea *b*) do artigo XX do GATT.

A terceira fase procura enquadrar a medida no âmbito do preâmbulo artigo XX do GATT, questão que será analisada detidamente na secção 2.5.4.

2.5.2 Medidas abrangidas pela alínea g) do artigo XX do GATT

A alínea *g*) do artigo XX do GATT prevê que uma medida restritiva do comércio pode ser justificável se estiver relacionada com a conservação de recursos naturais esgotáveis, desde que seja aplicada em conjunto com restrições à produção ou ao consumo internos.

Ao interpretar esta disposição, o Órgão de Recurso no processo *US – Shrimp* estabeleceu um teste com três momentos: *i*) a medida deve estar “relacionada com a conservação de “recursos naturais esgotáveis” na aceção da alínea *g*) do artigo XX; *ii*) a medida deve estar conexa com a conservação de recursos naturais esgotáveis; *iii*) a medida deve ser aplicada “em conjunto com restrições à produção ou ao consumo internos”, um requisito também denominado como princípio da equidade; e como pressuposto geral, *iv*)

importantes forem os valores comuns perseguidos, mais fácil será aceitar como necessárias medidas para atingir esses objetivos.

¹²⁸ Relatório do Painel no caso *Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472, 497/R, 11 jan. 2019, paras. 7.914-7.916.

¹²⁹ Relatório do Painel no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, adoptado 20 May 1996, para. 6.21.

as medidas devem ser aplicadas em conformidade com o princípio do prólogo do artigo XX do GATT.¹³⁰

2.5.2.1 Recursos Naturais Esgotáveis

O primeiro passo para definir se uma medida restritiva é justificável ao abrigo da alínea g) do artigo XX do GATT é, pois, definir o que se considera ser um “recurso natural esgotável” no âmbito da OMC. O Órgão de Recurso declarou, em mais do que uma ocasião, que os “recursos naturais esgotáveis” incluem recursos vivos e não vivos, entre os quais se contam o petróleo,¹³¹ a gasolina,¹³² uma série de espécies vivas¹³³ e o ar puro¹³⁴.

Ulteriormente, no entanto, foi salientado no processo *US-Shrimp* que a expressão “recursos naturais esgotáveis” foi elabo-

¹³⁰ Relatório do Órgão de Recurso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, para. 127; 128; 131 e 143-145.

¹³¹ Relatório do Órgão de Recurso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, at para. 128.

¹³² Relatório do Painel no caso *United States – Taxes on Automobiles*, DS31/R, 11 out. 1995, para. 5.57.

¹³³ Atum (Relatório do Painel no caso *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R, 16 jun. 1994, para. 4.9), Salmão (Relatório do Painel no caso *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, L/6268-35S/98, 22 mar. 1988, para. 4.9), Golfinhos (Relatório do Painel *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R, 16 jun. 1994, para. 5.13), e tartarugas (Relatório do Órgão de Recurso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, paras. 128 e 134).

¹³⁴ Relatório do Painel no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, 20 May 1996, para. 6.37. O painel concluiu que o ar puro era um recurso porque tinha valor. Era natural, o que significa que podia ser esgotado. O facto de o recurso ser renovável não podia constituir uma objecção à sua qualificação na aceção do artigo XX (g) do GATT. O painel fez referência a dois outros casos em que tinha afirmado anteriormente que o facto de algo ser renovável não significava que não pudesse ser esgotável. No Relatório do Painel no caso *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, L/6268-35S/98, 22 mar. 1988, para. 4.4 e no Relatório do Painel no caso *United States Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R, 16 de jun de 1994, para. 5.13, concluiu-se que as unidades populacionais renováveis de salmão e de golfinhos poderiam, respetivamente, constituir um recurso natural esgotável.

rada há mais de 50 anos, e deve ser lida à luz das preocupações contemporâneas com a proteção e conservação do ambiente.¹³⁵

Para além disso, o processo *US Gasoline* desenvolveu ainda mais este raciocínio, afirmando que “uma política destinada a reduzir a poluição atmosférica resultante do consumo de gasolina é uma política que se insere no âmbito das políticas relativas à proteção da vida e da saúde das pessoas, dos animais e das plantas mencionadas na alínea *b)* do artigo XX”. A fundamentação foi elaborada de forma a sustentar que o objeto da conservação nos termos das alíneas *b)* e *g)* do artigo XX do GATT não é o produto fóssil enquanto recurso natural, mas o ar puro, enquanto recurso natural esgotável.

Esta conclusão é relevante para o CBAM, uma vez que permite alargar a proteção a casos em que não existe uma relação clara com o potencial de poluição da medida. O painel do processo *US – Gasoline* concordou com a afirmação dos EUA de que o ar puro era um recurso natural esgotável, porque podia ser esgotado por poluentes como os emitidos no processo de combustão de gasolina, e que por esse motivo também podia estar abrangido pela alínea *g)* do artigo XX do GATT.

A redução das emissões de carbono é, por conseguinte, um objetivo que demonstrou corresponder tanto à proteção da saúde humana, animal e vegetal, na aceção da alínea *b)* do artigo XX do GATT, como à preservação dos recursos naturais, na definição da alínea *g)* do mesmo artigo.

No entanto, para estar em conformidade com a alínea *g)* do artigo XX do GATT, um CBAM teria ainda de passar os restantes requisitos estabelecidos pelo Órgão de Recurso para a alínea *g)* do artigo XX do GATT, tal como indicado nas secções que se seguem.

2.5.2.2 Relação com a Conservação dos Recursos Naturais Esgotáveis

Para cumprir o segundo requisito, ou seja, “estar relacionado” com a conservação de um recurso natural esgotável, a medida con-

¹³⁵ Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 Nov. 1998, para. 129.

testada não tem de ser necessária ou essencial para a conservação de um recurso natural esgotável. Basta que tenha como “objetivo principal” a sua conservação.¹³⁶ Para este efeito, a medida deve ter “relação substancial” com a conservação de um recurso natural esgotável, e não se limitar a visar este objetivo “de forma incidental ou inadvertida”.¹³⁷

Ao longo dos anos, a jurisprudência do ORL acabou por estabelecer mais parâmetros para fundamentar os critérios acima referidos. Assim, para ser abrangida pela alínea *g*) do artigo XX do GATT, uma medida restritiva do comércio não deve *i*) basear-se em condições imprevisíveis;¹³⁸ *ii*) forçar outros países a alterarem as suas políticas relativamente a uma determinada questão e só levantar a limitação do comércio depois de esses países terem implementado alteração de política;¹³⁹ ou *iii*) não promover os objetivos de conservação do recurso natural que pretende proteger.¹⁴⁰

No contexto do presente escrito, o ponto *ii*) revela especial interesse, e por isso, vejamo-lo mais detidamente. Quando o painel se referiu a “medidas tomadas para forçar outros países a alterarem as suas políticas em relação a pessoas ou coisas dentro das suas próprias jurisdições, e que exigem essas alterações para serem eficazes”, estava a avaliar um embargo imposto à importação de um qualquer produto de atum, independentemente dos danos ambientais causados pela respetiva prática ou política de captura, desde que a prática não fosse idêntica à política seguida pelos Es-

¹³⁶ Relatório do Painel no caso *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, L/6268- 35S/98, 22 mar. 1988, para. 4.6.

¹³⁷ Relatório do Órgão de Recurso no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, p. 19.

¹³⁸ Relatório do Painel no caso *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS21/R-39S/155, 3 set. 1991, para. 5.33.

¹³⁹ Por exemplo, condicionando a admissibilidade de um produto à adoção de uma regulamentação ambiental externa que esteja em conformidade com a regulamentação ambiental do país importador. Ver, a este respeito, o Relatório do Painel no caso *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R, 16 de jun de 1994, paras. 5.24 a 5.27.

¹⁴⁰ Relatório do Painel no caso *United States – Taxes on Automobiles*, DS31/R, 11 out. 1995, para. 5.60.

tados Unidos.¹⁴¹ Por conseguinte, considerou-se que a medida não tinha como objetivo principal a conservação do recurso natural em causa, uma vez que, mesmo que o país importador colhesse um produto de forma a atingir o objetivo ambiental pretendido, o seu produto poderia continuar a estar sujeito a embargo se os métodos de colheita não fossem aplicados de igual forma. Daqui extraímos que, na opinião do painel do processo *US-Tuna I*, uma medida restritiva do comércio não pode ser justificada ao abrigo da alínea g) do artigo XX do GAT'T se não tiver em conta as medidas adotadas pelo país de origem de um produto importado com objetivos semelhantes e efeitos equivalentes.

O caso do CBAM é distinto, porque nada acontecerá ao país de origem (o parceiro comercial de onde provém a matéria-prima ou o produto tributável) se este não aplicar um imposto ou um preço interno sobre o carbono. Não se exige que os parceiros comerciais introduzam um imposto ou preço nacional correspondente sobre o carbono para poderem fazer comércio com a UE.

O facto de o não fazerem será prejudicial para o país de origem, na medida em que este renunciará, de certa forma, ao seu direito de tributar o produto a nível interno e, consequentemente, de acumular as receitas associadas ao imposto, mas não limitará o comércio entre as duas nações.¹⁴²

Consequentemente, os países podem, em última análise, exercer o seu direito soberano de não tributar o teor de carbono aquando da produção ou extração. O que seria necessário, no entanto, era ter em conta qualquer eventual fixação de preços do carbono, tributação do carbono ou esforços equivalentes de redução das emissões do respetivo país de origem para efeitos de cálculo do montante do ajustamento do carbono nas fronteiras. Entendemos que esta flexibilidade é integrada no desconto do CBAM mediante a certificação de um teor de carbono do produto importado superior ao valor de referência, no artigo 22.º do Regulamento CBAM.

¹⁴¹ Relatório do Painel no caso, *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS29/R, 16 jun. 1994, para. 5.25

¹⁴² Joachim ENGLISH / Tatiana FALCÃO, “EU Carbon Border Adjustments”.

2.5.2.3 Aplicado em Conjunto com as Restrições Internas

Por último, o requisito de equidade implica que uma medida que imponha restrições aos produtos importados deve ser igualmente aplicada aos produtos criados a nível nacional, de modo que *i)* não haja distorção da concorrência entre produtos similares e *ii)* os produtos estrangeiros e nacionais concorram em igualdade de condições no acesso a um mercado estrangeiro ou nacional.¹⁴³

Este requisito, por si só, não limita a imposição de um imposto na fronteira, mas condiciona-o à imposição de um imposto nacional semelhante. Isto significa que o imposto ou o preço aplicado na fronteira não seria autorizado se fosse aplicado apenas a produtos derivados do estrangeiro. As condições de aplicação do imposto devem ser substancialmente semelhantes para os produtos nacionais e estrangeiros.¹⁴⁴

No processo *China – Rare Earths*, o Órgão de Recurso considerou que, para respeitar a alínea *g)* do artigo XX do GATT, o membro em causa deve impor uma restrição “real” à produção ou ao consumo interno que reforce e complemente a restrição ao comércio internacional. Descrevendo “restrição” como algo que restringe alguém ou alguma coisa, uma limitação de ação, uma condição ou regulamentação limitativa. Por conseguinte, a regulamentação nacional deve igualmente impor uma restrição à produção nacional que seja sensivelmente equivalente àquela imposta às importações.¹⁴⁵

Assim, perante o regulamento CBAM, será dada a prioridade às emissões reais, procurando este refletir o custo real do CELE no qual os produtores da UE incorrem. Como vimos, o preço dos certificados CBAM é fixado de acordo com o custo de aquisição

¹⁴³ Relatório do Órgão de Recurso no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 20 de mai. de 1996, pp. 20 e 21.

¹⁴⁴ Tatiana FALCÃO, “Ensuring an EU Carbon Tax Complies With WTO Rules”. *Tax Notes International* 101/1 (2021).

¹⁴⁵ Relatório do Órgão de Recurso no caso *China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum*, WT/DS431, 432, 433/AB/R, 29 ago. 2014, para. 5.93.

das licenças de emissão do CELE, com base no preço médio semanal das licenças leiloadas.¹⁴⁶

O cumprimento do requisito da imparcialidade neste âmbito dar-se-á pelo facto de que à parte do CELE à qual são atribuídas licenças gratuitas não se aplicará o CBAM. Ou seja, o Regulamento prevê que apenas se apliquem os certificados CBAM às mercadorias que efetivamente pagam pelas licenças nos leilões. Esta disposição garante que os importadores sejam tratados de forma equitativa em relação aos produtores da EU. O requisito da equidade é, assim, cumprido uma vez que se limita a exigir encargos aproximadamente equivalentes impostos aos produtos nacionais e importados.

Importa, ressaltar que, independentemente do método de cálculo do preço de carbono, o aspeto crucial é que as condições para os importadores sejam aproximadamente as mesmas que as condições para os produtores da UE. O regulamento CBAM parece ter conseguido atingir o limiar, pelo que não será de esperar oposição de países terceiros na perspetiva da aplicação do requisito da imparcialidade.

2.5.4 O Prólogo do Artigo XX do GATT

Tal como afirmado anteriormente, uma vez provado que uma medida ambiental corresponde a uma das alíneas apropriadas do artigo XX do GATT (alíneas *b*) ou *g*), deve então passar o teste do prólogo do artigo XX do GATT. Para tanto, a medida não deve ser “aplicada de forma a constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países em que prevaleçam as mesmas condições, ou uma restrição dissimulada ao comércio internacional”.

Não pode, assim, presumir-se automaticamente que, pelo facto de a medida integrar-se nas alíneas *b*) ou *g*) do artigo XX do GATT, está necessariamente em conformidade com os requisitos do prólogo.¹⁴⁷ Este destina-se a evitar uma aplicação abusiva das exceções ao artigo XX do GATT.

¹⁴⁶ Artigo 21.º Regulamento CBAM.

¹⁴⁷ Relatório do Órgão de Recurso no caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, para. 149.

2.5.4.1 Critérios Relevantes

O prólogo prevê um teste em duas partes. Com efeito, a primeira parte determina se a medida será discriminatória (em relação a outros países), e a segunda parte determina se impõe uma restrição dissimulada ao comércio internacional (em relação a alguns produtos, em detrimento de outros que utilizam diferentes tipos de tecnologia no processo de fabrico, por exemplo). Por outras palavras, a primeira parte diz respeito à discriminação relativamente a diferentes sujeitos, e a segunda parte diz respeito à restrição do acesso ao mercado relativamente ao objeto do imposto.¹⁴⁸

Desta forma, na primeira parte do teste deve observar-se o modo como as disposições pormenorizadas da medida restritiva funcionam e como são efetivamente aplicadas, o que significa avaliar tanto os requisitos substantivos quanto os processuais.¹⁴⁹ Neste seio, um país pode ter o direito de impor um determinado requisito ambiental mesmo que seja discriminatório (e na maioria dos casos em que se aplica uma exceção, será discriminatório – é, neste sentido, necessária uma exceção para justificar essa discriminação). Mas, se os meios pelos quais uma norma é imposta forem arbitrários ou injustificáveis, discriminando países nos quais prevalecem as mesmas condições, então a medida é incompatível com o quadro estrutural do GATT e será rejeitada.¹⁵⁰

A expressão-chave para avaliar se a existência de diferentes taxas ou cargas fiscais por país é injustificadamente discriminatória é “discriminação entre países onde prevalecem as mesmas condições”. Decorre desta expressão que, para que a discriminação seja arbitrária, os países sujeitos a uma disposição devem partilhar as mesmas circunstâncias. Por conseguinte, desde que a taxa de imposto ou a carga fiscal aplicada na fronteira seja a mesma ou substancialmente semelhante para todos os países que utilizam a mesma tecnologia e as mesmas normas de produção, uma dife-

¹⁴⁸ Joachim ENGLISH / Tatiana FALCÃO, “EU Carbon Border Adjustments”.

¹⁴⁹ Relatório do Painel no caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS135/R, 5 abr. 2001, para. 8.226.

¹⁵⁰ Relatório do Órgão de Recurso no caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, para. 160.

renciação da taxa de imposto entre países não seria considerada uma discriminação arbitrária em relação a um ou a um conjunto de países.¹⁵¹

Isto levanta a questão de saber o que é uma discriminação arbitrária e o que é uma discriminação injustificável. Considerando que o GATT deixa abertura à interpretação, o Órgão de Recurso pronunciou-se sobre o assunto. Uma medida arbitrária é aquela que se considera “caprichosa, imprevisível, [ou] incoerente”, consoante o contexto da medida aplicada com referência ao prólogo do artigo XX do GATT.¹⁵² Neste âmbito, a falta de flexibilidade da norma é realçada ao interpretar a medida de acordo com a sua arbitrariedade. Deste modo, a medida deve visar a realização de determinados objetivos ambientais e não a aplicação de determinados métodos ou normas, devendo ainda permitir que outros membros da OMC tenham a oportunidade de provar (ou demonstrar) que executam um programa comparável (destinado a atingir os mesmos objetivos ambientais). Este facto, no âmbito do CBAM, constitui um sinal indubitável dessa flexibilidade e permite, aliás indica, que a medida não é arbitrária à primeira vista.

Na mesma senda, uma medida será considerada justificável se for demonstrado que o membro que a impõe envidou esforços consideráveis para concluir acordos bilaterais e multilaterais para atingir os objetivos políticos previstos, e se a medida for flexível. Um ato de discriminação injustificável é aquele que é “previsto” e não “meramente inadvertido ou inevitável”.

Assim a segunda parte do teste procura inferir se a medida constituiria restrição dissimulada ao comércio internacional. O Órgão de Recurso e os Painéis argumentaram, em diferentes ocasiões, que uma medida não será considerada restrição dissimulada ao comércio internacional se *i)* tiver sido anunciada publicamente como medida comercial; *ii)* não for um ato de discriminação arbitrário ou injustificável no que respeita ao comércio internacional – uma

¹⁵¹ Joachim ENGLISH / Tatiana FALCÃO, “EU Carbon Border Adjustments”.

¹⁵² Relatório do Painel no caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, *Recourse to Article 21.5 by Malaysia*, WT/DS58/RW, adopted 21 nov. 2001, para. 5.124.

restrição dissimulada –; e, *iii*) a sua conceção, arquitetura e estrutura não revelarem quaisquer objetivos protecionistas e restritivos do comércio dissimulados por detrás da intenção legislativa declarada.¹⁵³

Por conseguinte, o mecanismo de ajustamento de carbono fronteiriço passa provavelmente o referido teste, visto que o CBAM foi anunciado publicamente e, além disso, passou por um período de consulta pública. É ainda necessário que seja aplicado utilizando os mesmos parâmetros para as contrapartes nacionais e estrangeiras e que o seu objetivo político declarado se reflita na sua conceção e estrutura. Neste ponto, o CBAM deixa algumas dúvidas, na medida em que o preço dos certificados CBAM será calculado com base na média do leilão de licenças emissão. Isto pode eventualmente criar algumas situações de tratamento diferenciado, visto que quando um valor tem por referência a média de outros, inelutavelmente será maior do que uns e menor do que outros.

Adicionalmente, o artigo XX do GATT exige que o CBAM seja promovido através de uma abordagem bilateral ou multilateral. Ou, se não for através de um instrumento multilateral ou bilateral, o país que impõe a restrição deve demonstrar que enviou esforços consideráveis para adotar uma abordagem bilateral ou multilateral. Neste contexto, a UE tem reunido com alguns parceiros comerciais abordando a questão; pese embora o mecanismo não ser multilateral, as comunicações e diálogos existem.¹⁵⁴

Por fim, no que concerne ao facto de estar presente uma restrição dissimulada, cremos não ser o caso. É claramente uma medida que pretende proteger as indústrias europeias, ao evitar a sua deslocalização por motivos de taxas de carbono. Mas não podemos afirmar que seja uma restrição, no sentido de proibir ou minimizar as importações da União. Como afirma, Robert HOWSE, as regras da OMC em princípio não se opõem aos CBAM's, mas

¹⁵³ Relatório do Painel no caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS135/R, adopted 5 abr. 2001, para. 8.236.

¹⁵⁴ LUSA, “UE e Índia analisam mecanismo de ajuste fronteiriço de carbono”, *Notícias ao Minuto*, 17 maio 2023.

exigem a estrita observância do princípio da não discriminação.¹⁵⁵ Não obstante, mais dados serão necessários para aferir como reagirão, em concreto, as relações comerciais internacionais ao Regulamento CBAM que ainda está em fase de transição.

Conclusão

Para cumprir os objetivos do pacote *Fit for 55*, a UE implementou um regulamento que cria o mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço (CBAM), o qual se pretende que no futuro substitua as licenças de emissão gratuitas distribuídas às indústrias com maior número de emissões e de trocas comerciais. Neste contexto, o principal desiderato do CBAM é evitar o fenómeno da fuga de carbono, pelo qual as indústrias que atualmente se situam em território europeu se deslocalizem para jurisdições mais permissivas em termos carbónicos. Tal fenómeno frustra desde logo o objetivo da redução das emissões de carbono, mas além disso deteriora a economia e indústria europeias. Assim, não só se pretende evitar a deslocalização das emissões, como também a transladação das indústrias, tentando, naturalmente, proteger-se as indústrias europeias.

Com efeito, o presente regulamento implicará um preço de carbono baseado na média semanal da venda de licenças de emissão europeias às categorias de produtos que abarca. Evidentemente, isto criou uma grande discórdia entre os países produtores de tais matérias, os quais temem que as suas balanças comerciais sejam afetadas, pois o referido mecanismo pode levar certamente a que os custos de conformidade aumentem. Mas, adicionalmente, muito se tem debatido se este Mecanismo será compatível com as normas da OMC, e é precisamente neste âmbito que o presente escrito coloca a sua ênfase.

¹⁵⁵ Robert HOWSE, “Distinguished Essay: Non-tariff Barriers and Climate Policy: Border-Adjusted Taxes and Regulatory Measures as WTO-Compliant Climate Mitigation Strategies”, in *European Yearbook of International Economic Law* 2015. Berlin / Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2015, 3-18.

Assim sendo, o presente estudo pretende explicar uma análise geral dos problemas em termos de compatibilidade com o GATT que a aplicação do mecanismo suscitará.

Em primeiro lugar, coube debruçar-nos sobre a admissibilidade do mecanismo como ajustamento fiscal fronteiriço. Neste ponto, é desde logo importante sublinhar que, caso a UE adotasse o CBAM como um BTA, teria inelutavelmente de prever um encargo interno que tributasse as *commodities* referidas no regulamento nos mesmos termos que este. A segunda questão neste seio tem de ver com, e depende sobretudo da interpretação do conceito de mercadoria do artigo III, n.º 2 do GATT. Atente-se que, para que o carbono possa ser tributado segundo a consideração de um BTA, este tem previamente de ser considerado mercadoria. À luz da jurisprudência do ORL, encontramos opiniões divergentes. Do lado de uma perspetiva tradicional, o carbono não é uma mercadoria incorporada em produtos, pois não os integra; é somente uma consequência da sua produção. De outro lado, uma perspetiva evolucionista admite ser possível tal classificação, pelo mesmo argumento. Ou seja, pese embora o carbono não estar incorporado no produto, é consequência inelutável da sua consubstanciação, pelo que pode ser considerado uma componente do produto.

No concernente ao princípio da não discriminação, as matérias abrangidas pelo CBAM integram o conceito de produtos similares, quer da cláusula do tratamento nacional, quer da cláusula da nação mais favorecida. Com efeito, em relação à primeira questiona-se a possibilidade da consumação de uma tributação superior em comparação com os produtos internos; em relação à segunda, levanta-se o problema dos ajustamentos em função de tributos de carbono já pagos no país de origem, o que pode configurar uma fonte de discriminação.

Por seu turno, a análise do artigo XI do GATT relativo às restrições quantitativas revelou que, embora o CBAM não restrinja diretamente o comércio ao não limitar ou proibir as exportações, pode causar problemas de onerosidade pela contabilização do teor de carbono das mercadorias. É, neste sentido, decisivo atentar na carga administrativa imputada às empresas não pertencentes à UE, a qual deve ser minimizada da melhor forma possível, de forma que os custos de conformidade com o CBAM não sejam excessivos.

Com base no que precede, deve concluir-se que uma taxa de fronteira pode ser admissível no âmbito da OMC, desde que estejam reunidas determinadas condições. Embora uma taxa de fronteira, considerada em termos gerais, possa não satisfazer alguns dos testes previstos no princípio da não discriminação dos artigos III (tratamento nacional) e XI (restrições quantitativas) do GATT, ainda assim seria provavelmente uma medida considerada justificada ao abrigo das exceções gerais previstas nas alíneas *b)* e *g)* do artigo XX GATT e do seu prólogo.

Dito isto, pese embora este mecanismo medida seja unilateral, cremos que a UE pode mitigar a oposição internacional ao mecanismo através de diálogos, nomeadamente para uma eventual criação de acordos multilaterais para a tributação do carbono, através dos designados Clubes Climáticos. Acrescente-se ainda que tal resistência pode ser atenuada, se a UE designar parte das verbas que vai arrecadar com o mecanismo a países em desenvolvimento de forma a tornar as indústrias destes menos carbónicas, e apoiá-los na sua transição para uma economia menos intensa em carbono. Além do mais, iria ainda mostrar adimplência com o princípio “das responsabilidades comuns, mas diferenciadas e respetivas capacidades”.

Assim, é importante firmar que é necessária uma solução global. Como se percebe, as tensões comerciais podem exacerbar-se devido à questão comércio *vs* alterações climáticas, pelo que a cooperação global e a coordenação entre comércio e combate às alterações climáticas é fulcral se a comunidade internacional quiser levar a sério a transição para uma economia menos intensa em carbono, especialmente se houver a pretensão de obter economias de escala. Neste sentido, não se pode descartar, embora seja um tanto quanto utópica, a possibilidade de um acordo global, similar ao Acordo de Paris, no qual se postule não só a tributação do carbono globalmente, mas também a disseminação de tecnologia e *know-how* que fomentem a descarbonização dos países terceiros da UE, sobretudo os menos desenvolvidos.

Para concluir, a questão do mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço forma um debate que está apenas na sua génese, e reúne questões políticas e jurídicas no domínio da fiscalidade internacional, do comércio e do direito público. Este estudo é ob-

viamente limitado, sendo-o as suas conclusões também. Importante será perceber, na fase de transição iniciada em outubro e com o dever de obrigação de reporte em vigor, se estas matérias têm um impacto significativo na Europa e nos países terceiros, através de um estudo empírico de análise das importações, e se a UE tem uma alternativa no mercado interno. Só assim perceberemos o efeito real do mecanismo, e se tal se revelou uma medida protecionista ou de sustentabilidade.

Referências Bibliográficas

Doutrina

- ANDRÉ, Nicolas / DEFRAIGNE, Jean-Christophe. *The Carbon Border Adjustment Mechanism: Overview of the EU proposal*.
- ARAGÃO, Alexandra. “Capítulo XVII – Ambiente”. In CANOTILHO, Mariana / FROUFE, Pedro Madeira / SILVEIRA, Alessandra, org., *Direito da União Europeia – Elementos de direito e políticas da União*. Almedina, 2016.
- ARCE, G. “Fuga de carbono, hipótesis refugio de emisiones e hipótesis alternativas. Una revisión de la literatura”. *Información Comercial Española: Revista de Economía* 881 (2014) 167-178.
- LINHARES, José Manuel Aroso. *Introdução ao Direito – Sumários Desenvolvidos*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.
- BABIKER, Mustafa H. “Climate change policy, market structure, and carbon leakage”, *Journal of International Economics* 65/2 (2005) 421-445.
- BELLORA, Cecília / FONTAGNÉ, Lionel. “EU in search of a Carbon Border Adjustment Mechanism”. *Energy Economics* (2023) 106673.
- BELLORA, Cecília / FONTAGNÉ, Lionel. “EU in search of a Carbon Border Adjustment Mechanism”. CEPII research center, 2022.
- CHARNOVITZ, Steve. “Border tax equalization”. *The world trade system: trends and challenges*, 2016.
- CRISTAS, Assunção / VAZA, Carolina / CATALÃO, Mariana, “O pacote Fit for 55 e o Regulamento que cria o Mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço”, VdA Expertise, 2023.
- EHRING, Lothar, “De Facto Discrimination in World Trade Law National and Most-Favoured-Nation Treatment—or Equal Treatment?”. *Journal of World Trade* 36/5 (2002).

- ENGLISH, Joachim / FALCÃO, Tatiana, “EU Carbon Border Adjustments for Imported Products and WTO Law”. *Available at SSRN 3863038*, 2021.
- FALCÃO, Tatiana, “A proposition for a multilateral carbon tax treaty”. *A Proposition for a Multilateral Carbon Tax Treaty* (2019) 1-497.
- GÓMEZ, María Fernanda, “Cambio climático y ajustes fiscales en frontera: análisis jurídico y viabilidad institucional”, *Revista de Derecho Económico Internacional* 4/1 (2013) 9-41.
- CORDERO GONZÁLEZ, Eva María, “La reforma del sistema de recursos propios de la UE: el recurso sobre los residuos de envases de plástico no reciclados y el proyecto de mecanismo de ajuste en frontera de las emisiones de carbono”, *Studi Tributari Europei* 11/1 (2021) 127-163.
- GORJÃO-HENRIQUES, M. *Direito da União – História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9.^a ed., Almedina, 2019.
- HOLZER, Kateryna, *Carbon-related border adjustment and WTO law*, Edward Elgar Publishing, 2014.
- HOWSE, Robert, “Distinguished Essay: Non-tariff Barriers and Climate Policy: Border-Adjusted Taxes and Regulatory Measures as WTO-Compliant Climate Mitigation Strategies”, in *European Yearbook of International Economic Law* 2015. Berlin / Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2015, 3-18.
- HOWSE, Robert / REGAN, Donald, “The product/process distinction-an illusory basis for disciplining ‘unilateralism’ in trade policy”, *European Journal of International Law* 11/2 (2000) 249-289.
- MOTA, Pedro Infante, *O Sistema GATT/OMC – Introdução Histórica e Princípio Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.
- ISMER, Roland / NEUHOFF, Karsten. “Border tax adjustment: a feasible way to support stringent emission trading”. *European Journal of Law and Economics* 24 (2007) 137-164.
- KAUFMANN, Christine / WEBER, Rolf H., “Carbon-related border tax adjustment: mitigating climate change or restricting international trade?”, *World Trade Review* 10/4 (2011) 497-525.
- KENDALL, Keith, “Carbon taxes and the WTO: a carbon charge without trade concerns”, *Ariz. J. Int’l & Comp. L.* 29 (2012).
- KUMAR, Parul, *et al.*, *Can a minimum price on carbon accelerate the adoption of clean technologies?*, Paris: Jacques Delors Institute, 2022, <https://institutedelors.eu/wpcontent/uploads/2022/07/HS_220705_Paper_-_Carbon_Price_Floor_and_Clean_Technologies_JDI.pdf>.

- LAVOURAS, Matilde / ALMEIDA, Teresa, “Bens públicos globais: a problemática da sua definição e financiamento”, *Boletim de Ciências Económicas* 52 (2009) 143–192.
- LEAL-ARCAS, Rafael / FAKTAUFON, Manuliza / KYPRIANOU, Anna, “A Legal Exploration of the European Union’s Carbon Border Adjustment Mechanism” *European Energy and Environmental Law Review* 31/4 (2022).
- PORTO, Manuel Lopes / ANASTÁCIO, Gonçalo, *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, Almedina, 2012.
- MAAT, Eva Pander, “The Carbon Border Adjustment Mechanism and the challenge of being a good climate and trade actor”, in *Understanding the EU as a Good Global Actor*, Edward Elgar Publishing, 2022, 141-157.
- MARCEAU, Gabrielle, “Evolutive interpretation by the WTO adjudicator”, *Journal of International Economic Law* 21/4 (2018) 791-813.
- MARIN DURAN, Gracia. “Carbon Border Adjustments: Ensuring Compatibility With the International Climate and Trade Regimes”, *Faculty of Laws University College London Law Research Paper*, 2022.
- MCLURE JR, Charles E. “A Primer on the Legality of Border Adjustments for Carbon Prices: Through a GATT Darkly”, *Carbon & Climate L. Rev.* (2011) 456.
- MEHLING, Michael A., *et al.* “Designing border carbon adjustments for enhanced climate action”, *American Journal of International Law* 113/3 (2019) 433-481.
- OBERTHÜR, Sebastian / KELLY, Claire Roche, “EU leadership in international climate policy: achievements and challenges”, *The international spectator* 43/3 (2008) 35-50.
- OMUKO-JUNG, Lydia A., *et al.*, “WTO Rules on Border Carbon Adjustment for the EU ETS: Key GATT Principles”, *Climate Law Current* (2020).
- PAUWELYN, Joost, “15. Carbon leakage measures and border tax adjustments under WTO law”, *Research handbook on environment, health and the WTO* (2013).
- PETERS, Glen P. “Policy Update: Managing carbon leakage”, *Carbon Management* 1/1 (2010).
- FERNÁNDEZ PONS, Xavier, “La propuesta de la Unión Europea relativa a un impuesto sobre el carbono en frontera y su compatibilidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio”, *Revista de educación y derecho* (2020).

- PORTERFIELD, Matthew C., “Border adjustments for carbon taxes, PPMs, and the WTO”, *U. Pa. J. Int’l L.* 41/1 (2019).
- QUICK, Reinhard / LAU, “Christian, Environmentally Motivated Tax Distinctions and WTO Law: The European Commission’s Green Paper on Integrated Product Policy in Light of the ‘Like Product’ and ‘PPM’ Debates”, *Journal of International Economic Law* 6/2 (2003) 419-458.
- TRACHTMAN, Joel P. “WTO law constraints on border tax adjustment and tax credit mechanisms to reduce the competitive effects of carbon taxes”, *National Tax Journal* 70/2 (2017) 469-493
- WILL, Ulrike. *Climate border adjustments and WTO law: extending the EU emissions trading system to imported goods and services*, Brill, 2019.
- ZHANG, Jianping / XIE, Zhiyu, *Climate change, trade policy, and the WTO. Rebooting Multilateral Trade Cooperation: Perspectives from China and Europe*, 2021.
- ZHANG, Zhong Xiang / BARANZINI, Andrea, “What do we know about carbon taxes? An inquiry into their impacts on competitiveness and distribution of income”, *Energy policy* 32/4 (2004) 507-518.

Legislação

- COMISSÃO EUROPEIA. *Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões*. Objetivo 55: alcançar a meta climática da UE para 2030 rumo à neutralidade climática de 14 jul 2021. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:-52021DC0550>>.
- OMC. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). 1994.
- PARIS AGREEMENT. “Paris agreement”, in *Report of the conference of the parties to the United Nations framework convention on climate change (21st session, 2015: Paris)*. Retrieved December. HeinOnline, 2015.
- REGULAMENTO (UE) 2023/956 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 10 de maio de 2023 que cria um mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço.

Jurisprudência

- Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc., United Airlines Inc. contra Secretary of State for Energy and Climate Change., Tribunal De Justiça da União Europeia, 21 dez 2011, C-366/10, parágrafos 143 e 147. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0366>>.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services*, WT/DS453/AB/R, 9 mai 2015, paras. 6.36; 6.56; 6.115; 6.118.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *Body Report, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, adopted 1 nov. 1996.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472, 497/AB/R, 11 jan. 2019, paras. 5.406-5.415.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412/AB/R, 24 mai 2013, paras. 5.169; 5.175-5.177.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, 30 jul. 1997, p. 18; 28; 20; 29.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, 5 abr. 2001, paras. 99; 101; 122.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400, 401/AB/R, 16 jun. 2014, para. 5.25; 5.87; 5.90.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8, 10, 11/AB/R, 1 nov. 1996, pp. 16; 20-21.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *Korea – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS75, 84/AB/R, adopted 17 Feb. 1999, paras. 119, 120 and 127.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *Philippines – Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS396, 403/AB/R, 20 jan. 2012, para. 120.
- Relatório do Órgão de Recurso no caso *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/AB/R, 15 jul. 2011, para. 117.
- Relatório do órgão de Recurso no caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 nov. 1998, para. 7.28; 125.

- Relatório do Órgão de Recurso no caso *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, 23 mai 1997.
- Relatório do Órgão de Recurso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 6 nov. 1998, para. 127; 128; 131; 134; 143-145.
- Relatório do Órgão de Recurso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, 20 mai 1996, para. 6.1; 6.20; 6.21; 6.24; 22; 119.
- Relatório do Painel do GATT, no Relatório do Painel do GATT, *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R, 19 de jun de 1992, para. 5.19.
- Relatório do Painel do GATT, *United States – Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco*, DS44/R, 4 out de 1994, paras. 91-98.
- Relatório do Painel no caso *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, 16 fev. 2001, para. 11.182.
- Relatório do Painel no caso *Brazil – Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, WT/DS472, 497/R, 11 jan. 2019, paras. 7.914-7.916.
- Relatório do Painel no caso *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, 17 dez. 2007, paras. 156-175; 7.360-7.368.
- Relatório do Painel no caso *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139, 142/R, 19 jun. 2000, para. 10.23.
- Relatório do Painel no caso *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, L/6268-35S/98, 22 mar. 1988, para. 4.9.
- Relatório do Painel no caso *Colombia – Indicative Prices and Restrictions on Ports of Entry*, WT/DS366/R, 20 mai 2009, para. 7.196. 201.
- Relatório do Painel no caso *European Union and Its Member States – Certain Measures Relating to the Energy Sector*, WT/DS476/R, 10 ago. 2018, para 7.837.
- Relatório do Painel no caso *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, 22 set. 1999, para. 5.130.
- Relatório do Painel no caso *Japan – Trade in Semi-Conductors*, L/6309 – 35S/116, 4 mai 1988, para. 118.
- Relatório do Painel no caso *Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines*, WT/DS371/R, 15 jul. 2011, para. 75.

- Relatório do Painel no caso *United States – Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China*, WT/DS392/R, 25 out. 2010, para. 7.425.
- Relatório do Painel no caso *United States – Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector*, WT/DS510/R, 27 jun. 2019, para. 7.89.
- Relatório do Painel no caso *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, 15-5-1998, para. 7.42.
- Relatório do Painel no caso *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R – 39S/206, adopted 19 jun. 1992, paras. 5.25 and 5.71.
- Relatório do Painel no caso *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, DS21/R-39S/155, 3 set. 1991, para. 4.9; 5.13 e 5.33.
- Relatório do Painel no caso *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, 20 mai 1996, paras. 6.31 and 6.35.
- Relatório do Painel no caso *United States – Taxes on Automobiles*, DS31/R, 11 out. 1995, para. 5.9, 5.10 e 5.57.
- Relatório do Painel, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, WT/DS155/R, 16 de fev de 2001, paras. 5.217; 11.196 e 11.260.

Outros

- CHAHIM, Mohammed. *Relatório sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria um mecanismo de ajustamento carbónico fronteiriço*. Maio 2022. Relatório – A9-0160/2022. Disponível em <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2022-0160_PT.html>.
- COMISSÃO EUROPEIA, *Plano de Recuperação da Europa*. Disponível em <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/recovery-plan-europe_pt>.
- European Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition. EU Emissions Trading System (Eu Ets). *European Roundtable On Climate Change And Sustainable Transition*. Disponível em <<https://Ercst.Org/Eu-Ets/>>.
- LUSA, “UE e Índia analisam mecanismo de ajuste fronteiriço de carbono”, *Notícias ao Minuto*, 17 maio 2023. Disponível em <<https://www.noticiasao minuto.com/mundo/2322078/ue-e-india-analisam-mecanismo-de-ajuste-fronteirico-de-carbono>>.

PARLAMENTO EUROPEU, *objetivo 55: PE aprova legislação crucial para cumprir meta climática de 2030*. 18 abr 2023. Disponível em <<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/press-room/20230414IPR80120/objetivo-55-pe-aprova-legislacao-crucial-para-cumprir-meta-climatica-de-2030>>.

Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria um mecanismo de Ajustamento Carbónico Fronteiriço, 14 jul 2021.

Relatório do Grupo de Trabalho sobre *Border Tax Adjustments*, 2 dez. 1970, para.18

TAYLOR, Kira, “Long road ahead for carbon market reform”, *Euractiv*, 26 jul 2022. Disponível em <<https://www.euractiv.com/section/emissions-trading-scheme/news/long-road-ahead-for-carbon-market-reform/>>.

ISBN 978-989889177-8



9

789898

891778