

Marcelo Dias Varella
Ana Flávia Barros Platiau

Organizadores e co-autores

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO



Coleção Direito Ambiental em Debate

AUTORES

- Alexandre Kiss
- Aurélio Virgílio Velga Rios
- Christine Noiville
- David Freestone
- Ellen Hey
- Hélène Rutz-Fabri
- Marie-Angèle Hermitte
- Nicolas de Sadeleer
- Olivier Godard
- Paulo Affonso Leme Machado
- Philippe Sands
- Rüdiger Wolfrum
- Solange Teles da Silva
- Virginie David



ESMPU
Escuela Superior de Estudios Jurídicos y Políticos de la UPM

Del Rey

CAPÍTULO 4 O ESTATUTO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL



*Nicolas de Sadeleer**

Apesar do grande número de declarações não-cogentes enunciando numerosos princípios, a Comunidade internacional ainda não tem um instrumento obrigatório de aplicação universal que reúna os principais princípios do direito ambiental. Essa lacuna é ainda mais lamentável porque o direito internacional do meio ambiente é fortemente fragmentado. Não é, portanto, de se surpreender que diversos autores tenham tentado, mediante contribuições doutrinárias, identificar, aliás, elaborar diferentes princípios do direito internacional do meio ambiente, entre eles o princípio da precaução. Alguns desses princípios doutrinários já foram consagrados como princípios do direito consuetudinário pela Corte Internacional de Justiça. É o caso do princípio 21 da Conferência de Estocolmo (1972) sobre o Meio Ambiente Humano e do princípio da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, consagrado recentemente pela Corte Internacional de Justiça, na questão Gabcikovo-Nagymaros. Outros, como o princípio da precaução, estão prestes a ascender a esse patamar.

Conhecido há muitos anos por alguns especialistas em direito ambiental, o princípio da precaução vive, no decorrer de crises alimentares e ecológicas que permeiam a atualidade, uma oportuni-

* Nicolas de Sadeleer é professor nas Faculdades Saint-Louis. Diretor do Centro de Estudos de Direito Ambiental. Pesquisador qualificado pela Vrije Universiteit Brussel. Essa contribuição foi redigida no quadro de um projeto de pesquisa SSTC (Pólos de Atração Interuniversitários, fase V 2002-2006) sobre as lealdades do saber.



dade sem precedentes. Sobre seu significado, falaremos apenas que se trata de uma norma em virtude da qual a ausência de certeza, levando em conta os conhecimentos científicos do momento, não deve nem se opor nem retardar a adoção de medidas destinadas a prevenir um risco que apresenta certo grau de gravidade.¹ Pretendendo ser a expressão de uma filosofia de ação antecipada, esse princípio, conseqüentemente, não exige que se reúna um conjunto de provas científicas para se adotar uma decisão que evite um risco.

O sucesso fulminante que o princípio da precaução pôde encontrar nos cenários internacionais, em menos de uma década, não nos deve fazer esquecer de que seus contornos são tão difíceis de apreender quanto aqueles de outros princípios do direito internacional. Tanto a diversidade de definições que lhe foram atribuídas nas diferentes convenções internacionais, quanto a quantidade de aplicações que se tenta dar ao princípio realçam a heterogeneidade de suas facetas. Nem a doutrina nem a jurisprudência chegaram, até o momento, a dissipar o mistério que permeia seu estatuto jurídico. Como classificá-lo? Ele se reveste dos traços peculiares aos princípios gerais do direito internacional? Trata-se de uma regra de direito consuetudinário, de um padrão jurídico, de uma norma de conteúdo aberto? É suficientemente preciso para que se possam deduzir as obrigações jurídicas que dizem respeito aos Estados? Reclama a adoção de regras mais precisas? Quanto às modalidades de execução, apresentam igualmente seu conjunto de questões. É preciso afastar um risco grave, significativo, irreversível, coletivo? A adoção de uma medida de precaução requer um mínimo de indícios quanto à consistência do risco sob suspeita ou está livre de todo e qualquer elemento de prova? Sob qual forma convém aplicá-lo? Sob a forma de moratória, de controle, de vigilância ou de autorização? E por quanto tempo?

Contudo, é possível fixar um certo número de pontos-chave para apreender esse estatuto vago, uma norma totalmente orientada para se opor à dúvida. A questão do valor jurídico do princípio da precaução merece ser abordada sob o ângulo das fontes tradicionais

¹ Para um comentário aprofundado das diferentes definições desse princípio, nós recomendamos a leitura de nossos trabalhos científicos *Les principes du pollueur-payeur, de prévention, de précaution*, collection Universités francophones, Bruxelas. Paris: Bruylant, Agence universitaire francophone, 1999, 437 p.; assim como de *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 500 p.



do direito internacional. Convém, antes de mais nada, examinar o estatuto do princípio quando é enunciado nos textos de direito não-cogente (I). A partir do momento em que o princípio é firmado nas convenções internacionais, é preciso verificar se ele corresponde exatamente a um princípio jurídico de direito positivo convencional (II). Em razão de sua constante reafirmação nos textos normativos, é necessário perguntar-se se é ele desde então dotado de um valor comunitário (Comunidade Européia – CE) (III) ou se ele é filiado a um princípio apontado no artigo 38 § 1º, c) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (IV). A evolução da jurisprudência das jurisdições internacionais é analisada na última seção (V).

1. A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NAS REGRAS DE DIREITO NÃO-COGENTE

Os instrumentos de *soft norm*, tais como as recomendações, as linhas diretrizes, as declarações dos Chefes de Estado nas conferências internacionais, não substituem as fontes tradicionais do direito internacional.² Ao contrário dos princípios normativos que são encontrados nos dispositivos das convenções internacionais, os princípios enunciados nesses instrumentos não são cogentes.

Utilizado em diferentes declarações ministeriais relativas à proteção do meio ambiente, a partir de meados dos anos 1980,³ o princípio da precaução foi efetivamente imposto internacionalmente em 1992, na Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente

² Uma extensa literatura é consagrada às fontes não-obrigatórias em direito internacional. Ver WEIL. Towards Relative Normativity in International Law. *American Journal of International Law*, 1983, n. 77, p. 413; T. GRTUCHALLA-WESIERKI. A Framework for Understanding soft law. *McGill Law Journal*, 1984, n. 30, p. 37-88; CHINKIN. “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *ICLQ*, 1989, n. 38, p. 85-86; DUPUY. Soft Law and the International Law on the Environment. *Mich. J Int’l L.*, 1991, n.12, p. 420; BIRNIE e BOYLE. *International Law and the Environment*, p. 165; BOYLE. *Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law*, *ICLQ*, 1999, n. 48, p. 901; ELIAS e LIM. “General Principles of Law”. “Soft Law” and the “Identification of International Law”, 1997, n. 28/3, *N.Y.I.L.*, p. 45; CHINKIN. Normative Development in the International Legal System. In SHELTON (Ed.), *Commitment and Compliance*, p. 21-42.

³ SADELEER. *Les principes*. *Op. cit.*, p. 138.



e o Desenvolvimento.⁴ Instrumento jurídico não-cogente, a Declaração de 13 de junho de 1992 sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento o enuncia, tomando o cuidado de enumerar as condições a serem respeitadas, no momento de sua aplicação:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (tradução não-oficial)

Na mesma época, o princípio foi citado na maioria das declarações internacionais relativas à proteção ambiental ou ao desenvolvimento sustentável: em Berger, em 16 de maio de 1990, pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa;⁵ em 25 de maio de 1989, pelo Conselho Executivo do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA);⁶ em Addis-Abeba, em julho de 1990, pelo Conselho dos Ministros da Organização da Unidade Africana (OUA); em outubro de 1990, pela Comissão Econômica e Social para a Ásia e o Pacífico (ESCAP);⁷ e, finalmente, pelo Conselho dos Ministros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A profusão de atos enunciando assim o “princípio” ou a “abordagem da precaução” não deve, entretanto, iludir. Seu estatuto depende em grande parte da natureza dos textos que o enunciam. Apesar das intenções louváveis que defendem essas numerosas declarações, o princípio da precaução não tem, nem de longe, os traços necessários para seu reconhecimento como regra jurídica. Nesse estágio, o princípio permanece desprovido de alcance cogente na

⁴ O princípio é igualmente reconhecido em um outro documento não obrigatório, a *Agenda 21*, 16 de junho de 1992, UN Doc. A/ Conf. 151/26, Vol. III (1992).

⁵ Declaração Ministerial de Bergen sobre o Desenvolvimento Sustentável na Região ECE, para. 7.

⁶ Decisão do Conselho Executivo do PNUMA 15/27 (1989) sobre a abordagem de precaução em matéria de poluição marinha.

⁷ Declaração de Bangcoc de 1990 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável na Ásia e no Pacífico.



medida em que esses diferentes fundamentos jurídicos não têm por objetivo obrigar seus signatários.

Contudo, o fato de o princípio da precaução estar sendo regularmente formulado há mais de uma década por esses instrumentos contribui para que esteja sendo progressivamente inserido nos textos convencionais com caráter obrigatório.⁸ Consagrado num primeiro estágio nas declarações, o princípio faz agora o papel de precursor de regras obrigatórias. Além disso, a reiteração dos compromissos assumidos pelos Estados por meio de resoluções sucessivas pode ter importante repercussão sobre a elaboração posterior de um princípio de direito costumeiro, utilizando notadamente a evolução progressiva da *opinio juris* necessária à fixação de uma nova regra.⁹ Em outras palavras, a repetição do princípio da precaução, numa plethora de atos não-cogentes, atesta seu *status nascendi*.¹⁰

2. A CONSAGRAÇÃO PROGRESSIVA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

i) Uma progressão espetacular

Logo no início da década de 1980, o princípio da precaução foi inscrito na maior parte dos atos internacionais bilaterais e multilaterais que dizem respeito à proteção do meio ambiente.¹¹ A

⁸ Sobre a integração de conceitos de *soft law* no direito convencional, ver SHELTON. *Law Non-Law and the Problem of "Soft Law"*; e KISS. *Commentary and Conclusions*. In SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance*. *Op. cit.*, p. 10, 229. Ver também CHINKIN. *Normative Development in the International Legal System*. In SHELTON (Ed.). *Commitment and Compliance*. *Op. cit.*, p. 31-34.

⁹ Licitude da ameaça ou do emprego de armas nucleares, parecer de 8 de julho de 1996, Rec, 1996, p. 254-255, parágrafo 70.

¹⁰ MAES. *Environmental Law Principles and the Legislator: the Law of the Sea*. In SHERIDAN e LAVRYSEN (Eds.), *Environmental Law Principles in Practice*, p. 59; KAMTO. *Les nouveaux principes du droit international de l'environnement*. *Revue juridique de l'environnement*, 1993/1, p. 11.

¹¹ Sobre os desenvolvimentos recentes do princípio da precaução em direito internacional, ver FREESTONE e HEY. *Origins and Development of the Precautionary Principle*. In *The Precautionary Principle and International Law*. Londres, La Haye, p. 3; KISS. *Chronique de droit international*. *R.J.E.*, 1996/1-2, p. 96; BIRNIE. *The Status of Environmental 'soft law': Trends and*



incerteza envolvendo as causas e os efeitos da poluição atmosférica e marinha serviu-lhe como foro privilegiado, no final da mesma década. Assim, as convenções seguintes fazem referência tanto a uma abordagem quanto a um princípio da precaução:

- Convenção de Londres, de 30 de novembro 1990, sobre a preparação, a luta e a cooperação quanto à poluição por hidrocarburetos.¹²
- Convenção de Paris, de 22 de setembro de 1992, sobre a Proteção do Ambiente Marinho do Atlântico.¹³
- Convenção de Helsinque, de 17 de março de 1992, sobre a Proteção e a Utilização de Cursos de Água Transfronteiriços e de Lagos Internacionais.
- Convenção de Helsinque, de 2 de abril de 1992, sobre a Proteção do Meio Marinho, na Zona do Mar Báltico.¹⁴
- Convenção de Charleville-Mezière, de 26 de abril de 1994, sobre a Proteção do rio Escaut e do rio Meuse.¹⁵

Examples with Special Focus on IMO Norms, in *Competing Norms. In The Law of Marine Environmental Protection*. Londres, La Haye, p. 51; O'RIORDAN; CAMERON; JORDAN. (Eds.), *Interpreting the Precautionary Principle*. 2. ed.

¹² Segunda consideração da Convenção de Londres.

¹³ O princípio é definido pela Convenção OSPAR como sendo aquele “segundo o qual medidas de prevenção devem ser tomadas quando houver motivos razoáveis para inquietar-se com fato de que as substâncias ou a energia introduzida no meio marinho possa trazer riscos para a saúde do homem, prejudicar os recursos biológicos e os ecossistemas marinhos, ficar atento aos valores de concordância ou criar obstáculos a outras utilizações legítimas do mar, mesmo se não existirem provas concludentes a partir de um relatório de causalidade entre as contribuições e os efeitos” (artigo ponto 2, a). (tradução não-oficial)

¹⁴ As Partes contratantes na convenção de Helsinque engajaram-se em aplicar o princípio da precaução, que consiste: “em tomar medidas preventivas, uma vez que se basearam no pensamento de que as substâncias ou a energia introduzida, direta ou indiretamente, no meio marinho possa colocar em perigo a saúde do homem, prejudicar os recursos biológicos e os ecossistemas marinhos, impedir outras utilizações legítimas do mar, mesmo quando o relatório de causalidade entre as contribuições e seus efeitos não está estabelecido” (artigo 3, alínea 2). (tradução não-oficial)

¹⁵ Os acordos Escaut-Meuse de Charleiville-Mezières definiram-no como o princípio “em virtude do qual a aplicação de medidas destinadas a evitar que a rejeição de substâncias perigosas pudesse ter um impacto transfronteiriço significativo não



- Convenção de Sofia, de 29 de junho de 1994, sobre a Cooperação para a Proteção Sustentável do rio Danúbio.¹⁶
- Protocolo de Barcelona, de 10 de junho de 1995, na Convenção de Barcelona de 1976, sobre as Zonas Especialmente Protegidas e a Diversidade Biológica, no Mediterrâneo.¹⁷
- Convenção de Roterdã, de 22 de janeiro de 1998, sobre a Proteção do rio Reno.¹⁸

O princípio ganhou rapidamente o setor da pesca, sendo inserido em diversas disposições do acordo de Nova Iorque, de 4 de dezembro de 1995, sobre a aplicação da Convenção sobre o Direito do Mar, relativo à conservação e à gestão das populações de peixes transzonais e populações de peixes altamente migratórios. Quanto à poluição atmosférica, a primeira norma internacional a consagrar o princípio foi a Convenção sobre a Poluição Atmosférica de Longa Distância, adotada em Genebra, em 13 de novembro de 1979, pela Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa.¹⁹ Mesmo não fixando nenhuma quota de redução de emissões de cloro na atmosfera, a Convenção de Viena, de março de 1985, para a Proteção da Camada de Ozônio estabeleceu um processo de regulação que rapidamente, em 1987, originou o Protocolo Adicional de Montreal, que foi emendado várias vezes para, numa preocupação de precaução, suprimir totalmente o uso dos gases CFC, em 1995.²⁰

existência de um espaço de causalidade entre a rejeição dessas substâncias, de um lado, e um eventual impacto transfronteiriço significativo.” (artigos 2, a e 3,2 a).

¹⁶ O princípio do poluidor-pagador e o princípio da precaução constituem o fundamento de todas as medidas destinadas a proteger o Danúbio e as águas de sua bacia hidrográfica” (artigo 2.4).

¹⁷ Preâmbulo do Protocolo de Barcelona.

¹⁸ Artigo 4 da Convenção de Roterdã.

¹⁹ As Partes contratantes da Convenção de Genebra sobre a Poluição Atmosférica de Longa Distância, de 13 de novembro de 1979, não apenas reconheceram “a possibilidade de que a poluição do ar, inclusive a poluição atmosférica transfronteiriça, provoca a curto e longo prazo efeitos danosos”, mas também tiveram receio de que “o fato de que o aumento previsto do nível de emissão de poluentes atmosféricos na região pudesse aumentar esses efeitos danosos”. O segundo protocolo dessa convenção reconhece explicitamente o princípio da precaução. (tradução não-oficial)

²⁰ Partindo da constatação de que efeitos nefastos resultam ou podem resultar de atividades humanas que “modificam ou podem modificar a camada de ozônio”,



Nesse sentido, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas, assinada em Nova Iorque, em 9 de maio de 1992, impõe às Partes que tomem “medidas de precaução”. Enfim, o Protocolo de Oslo, de 14 de junho de 1994, na Convenção sobre a Poluição Atmosférica de Longa Distância, relativo a uma nova redução de emissões de enxofre, enuncia o princípio em seu preâmbulo.

O princípio não está ausente nas convenções relativas à conservação da diversidade biológica. A Convenção Sobre a Diversidade Biológica, de 5 de junho de 1992, proclama de maneira implícita o princípio em seu preâmbulo,²¹ enquanto a resolução da conferência das partes à convenção CITES de Forte Lauderdale, de 18 de novembro de 1994,²² e o Tratado de Haia, de 16 de setembro de 1995, sobre a Convenção sobre Pássaros Aquáticos Migratórios Africanos,²³ apontam-no expressamente. O fato de o princípio da precaução ser enunciado nessas convenções internacionais não revela seu estatuto jurídico.²⁴ Para acordar o estatuto de regra de direito positivo convencional ao princípio da precaução, é necessário primeiramente verificar se o estatuto está reincorporado de forma correta no dispositivo de um texto de alcance normativo (enfoque formal) e até que ponto obriga seus destinatários (enfoque material).

camada de ozônio, tomando medidas de precaução para regulamentar imparcialmente o volume mundial total de emissões de substâncias que a empobrecem, o objetivo final sendo o de eliminá-los em função da evolução de conhecimentos científicos e levando em conta considerações técnicas e econômicas” (segunda e sexta motivações do Protocolo de Montreal). A convenção de Viena fez menos caso do princípio da precaução. Em virtude de sua sexta motivação, as Partes estariam “cientes das medidas de precaução já tomadas em âmbito nacional e internacional, visando à proteção da camada de ozônio”. (tradução não-oficial)

²¹ O preâmbulo da CDB prevê que “no momento em que existe uma ameaça de redução sensível ou de perda da diversidade biológica, a ausência de certezas científicas totais não deve ser invocada como razão para postergar as medidas que permitem evitar o perigo ou atenuar os efeitos”. (tradução não-oficial)

²² Resolução da nona conferência das Partes (Conf. 9.24). Ver DICKSON. The Precautionary Principle in CITES: A Critical Assessment, 1999, n. 39. *Natural Resource Journal*, p. 211.

²³ Artigo 2, alínea 2, e) Tratado de Haia.

²⁴ MARTIN-BIDOU. Le principe de précaution au droit international de l’environnement. *R.G.D.I.P.*, 1999/3, p. 660.



ii) Enfoque formal

Num plano formal, no momento em que um princípio é enunciado por um tratado ou uma convenção internacional, deveria adquirir o valor normativo que é fixado por seus instrumentos. Nas ordens jurídicas nacionais em que o tratado ou a convenção internacional alcançaram um valor superior ao da lei nacional, o princípio deverá impor-se ao legislador nacional. No entanto, o estatuto jurídico do princípio nas convenções citadas é tudo, menos homogêneo. Ora se trata de uma “abordagem de precaução”, ora de um “princípio”. Ora esse princípio figura no preâmbulo das convenções,²⁵ ora ele se encontra inscrito no próprio dispositivo da Convenção, seja sob a forma de uma obrigação geral,²⁶ seja sob a forma de um dispositivo mais preciso.²⁷ Todavia, ele só é um princípio de direito positivo se for afirmado no próprio dispositivo da convenção. Mencionado no preâmbulo, pode apenas inspirar as obrigações jurídicas mais precisas que se encontram enunciadas, no dispositivo da convenção.

iii) Enfoque material

A questão do estatuto jurídico do princípio da precaução nas convenções internacionais tende a tornar-se mais complexa no momento em que se examina sua redação. Nem sempre é apresentado como uma regra de aplicação imediata que se impõe diretamente aos Estados e que os juízes terão de levar em consideração em suas decisões. No momento em que a Convenção prevê expressamente a adoção de normas de execução, o princípio encontra-se desprovido de um caráter autônomo. Essa tese pode encontrar fundamento, por um lado, na estrutura do direito internacional e, por outro, numa interpretação literal de certas disposições que o enunciam.

²⁵ Esse é o caso do princípio da precaução na Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 5 de junho de 1992 e no Protocolo de Oslo, de 14 de junho de 1994, na Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça de Longa Distância, relativo a uma nova redução das emissões de enxofre.

²⁶ Ver o artigo 3, alínea 3 da Convenção de 9 de maio de 1992, sobre a mudança climática.

²⁷ Ver o artigo 4 da Convenção de Bamako, de 30 de janeiro de 1991, sobre a interdição de importar resíduos perigosos e o controle de seus movimentos transfronteiriços, na África.



Constata-se que o princípio figura nas diversas convenções quadro, aquelas que permitem recolher uma vasta participação dos Estados. Deverá ainda aparecer por meio dos protocolos que serão adotados após a entrada em vigor da convenção que, além do mais, só constitui uma primeira etapa na elaboração de regras obrigatórias.²⁸

Ademais, o emprego dos termos “basear”, “guiar”, “inspirar”, “esforçar-se” parecem tirar-lhe toda a aplicabilidade imediata e autônoma. A título de exemplo, a Convenção de Bamako, de 30 de janeiro de 1991, sobre a interdição de importar resíduos perigosos e sobre o controle dos movimentos transfronteiriços e a gestão dos resíduos perigosos produzidos na África prevê que “cada parte encarrega-se de adotar e de colocar em funcionamento medidas de precaução para confrontar-se com os problemas da poluição, (...)” enquanto, segundo a Convenção de Helsinque, de 17 de março de 1992, sobre a Proteção e a Utilização de Cursos de Água Transfronteiriços e de Lagos Internacionais, as partes “são guiadas” pelo princípio da precaução. A Convenção de Sofia, de 29 de junho de 1994, sobre a Cooperação para a Proteção e a Utilização do rio Danúbio prevê que esse princípio constitui “o fundamento” de todas as medidas destinadas a proteger o Danúbio e as águas de sua bacia hidrográfica, enquanto a Convenção de Roterdã, de 22 de janeiro de 1998, sobre a Proteção do rio Reno, enuncia que “as partes contratantes inspiram-se” no princípio.

Apesar de tudo, em outras numerosas convenções, o princípio é redigido de maneira mais afirmativa e aplica-se, portanto, aos Estados-partes. Assim, a Convenção de Paris, de 22 de setembro de 1992, sobre a Proteção do Meio Marinho do Nordeste do Atlântico, e a Convenção de Barcelona, de 16 de fevereiro de 1976, sobre o mar Mediterrâneo, prevêem que as “partes apliquem” o princípio da precaução. Nesse mesmo sentido, conforme a Convenção-Quadro, de 9 de maio de 1992, sobre as Mudanças Climáticas, “as partes são incumbidas de tomar as medidas de precaução...”. Entretanto, a maior parte dessas disposições geralmente não se preocupa em definir o princípio ou em precisar as modalidades de sua aplicação.

²⁸ PALMER. *New Ways to Make International Environmental Law*. *American Journal of International Law*, 1992, vol. 86, n. 2, p. 259; GEHRING. *International Environmental Regimes: Dynamic Sectoral Legal Systems*. *Yb Intl. Environmental Law*, 1990, n. 1, p. 35.



Convém, portanto, verificar caso a caso se os termos empregados para descrever o princípio são suficientemente cogentes para decidir se é passível de ser aplicado diretamente no que diz respeito aos Estados, sem o intermédio de eventuais normas de execução.

3. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO, REGRA DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO

A repetição do princípio da precaução em um grande número de convenções conduz à questão de saber se ele se tornou um princípio de direito internacional consuetudinário. Se a obrigação dos Estados de cuidar para que as atividades exercidas nos limites de sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente pode ser considerada como um princípio de direito consuetudinário,²⁹ o valor habitual do princípio da precaução permanece controverso.

Observar-se-á que o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça abstém-se de estabelecer uma hierarquia entre as fontes do direito internacional que estão enumeradas; assim, não é possível postular se o tratado é superior ao costume ou o inverso.³⁰ O fato de não haver hierarquia entre as diferentes fontes do direito internacional não significa que, de um ponto de vista material, não haja hierarquia entre as normas jurídicas. Com efeito, uma fonte pode sobrepor-se à outra em razão da generalidade das regras em causa ou de sua respectiva posição cronológica.

A regra consuetudinária é a conjunção da *opinio juris* dos Estados – a aceitação do caráter obrigatório da regra – e de uma prática efetiva.³¹ Ora, apenas a aplicação repetida de uma prática jurídica estatal é suscetível de transformar a precaução em norma consuetudinária.³² A prática deve ser “suficientemente embasada e

²⁹ C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, aviso consultivo de 8 de julho de 1996, par. 29; Gabčíkovo-Nagymaros, parágrafo. 53, 7 e 140.

³⁰ DINH *et al.*, *Droit international public*. 6. ed. n. 223 e 224, p. 344-350.

³¹ C.I.J., *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Parecer Consultivo de 8 de julho de 1996, p. 253, parágrafo 64.

³² Ver. D'AMATO. *The Concept of Custom in International Law*. Londres, p. 74-87; THIRLWAY, *International Customary Law and Codification*, p. 145-146; VAN HOOFF, *Sources of International Law*, p. 87; HOGGENMACHER. *La*



convincente”.³³ As declarações, os comentários dos projetos de tratados pelos governos, as correspondências diplomáticas, as legislações, as decisões jurisdicionais e administrativas, os argumentos diante dos tribunais internacionais, as declarações das organizações internacionais e as resoluções são também exemplos de práticas estatais que devem ser consideradas para avaliar o estatuto consuetudinário do princípio da precaução.³⁴

Conforme a maioria dos autores, não há dúvida de que o princípio da precaução reveste desde já o estatuto da regra internacional costumeira,³⁵ mesmo que essa interpretação permaneça ainda controversa, no âmbito da doutrina.³⁶ A tese do valor consuetudinário do princípio da precaução choca-se, entretanto, com a atitude de diversas instâncias jurisdicionais internacionais que se recusam a pronunciar-se claramente a favor dessa solução.³⁷

Tomemos posição nesse debate. As pesquisas que conduzimos nestes últimos anos sobre o estatuto e o alcance do princípio da precaução, tanto em direito internacional, quanto em direito comunitário ou em direito comparado, nos permitem afirmar que a prática estatal expressa, por sua repetição, a convicção da maioria dos membros da comunidade internacional, de que aceitam que o princípio da precaução é um princípio de direito costumeiro, ao aplicarem as medidas de

doctrine des deux elements du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale. *R.G.D.I.P.*, 1986, 90, 5, p. 114; BOS. The identification of Custom in International Law. *German Yb. of Intl. Law.*, 1982, 25, p. 22.

³³ C.I.J., Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, 12 outubro de 1984, Rec. 1984, p. 2999, parágrafo 111.

³⁴ BROWNLIE. *International Law*. 5. ed. p. 5; N. Q. Dinh *et al*, *Droit international public*. 6. ed. p. 321-323.

³⁵ Ver, por exemplo, SANDS, *Principes of International Environmental Law*, vol. I, Manchester, p. 283; CAMERON e ABOUCHAR. The Status of the Precautionary Principle in International Law. In FREESTONE e HEY (Eds.), *The Precautionary Principle in International Law*, Kluwer Law Int'l. Londres, n. 29, p. 52; MCINTYRE e MOSEDALE The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law. *Journal of Environmental Law*, 1997, N. 9/2, p. 221.

³⁶ Ver, por exemplo, BIRNIE e BOYLE. *International Law and the Environment*, p. 98; GÜNDLING. The Status in International Law of the Precautionary Principle. *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, 1990, n. 25, p. 30.

³⁷ Cf. *infra*, Seção V.



precaução em diferentes domínios, como a poluição atmosférica, a gestão dos recursos pesqueiros e a conservação da biodiversidade.³⁸ A repetição desse princípio em cinquenta protocolos e convenções, no espaço de uma dezena de anos, constitui inegavelmente a prova da consolidação de uma prática constante, imutável e efetiva, em um nível universal e regional, num momento em que os riscos se revelam graves ou irreversíveis. A consagração recente do princípio da precaução no direito internacional convencional não constitui um obstáculo que o impedirá de vir a ser um princípio de direito consuetudinário. Ainda que um certo lapso de tempo deva ocorrer para que uma prática estatal tome consistência suficiente, nenhum prazo é fixado nem pela doutrina, nem pela jurisprudência.³⁹ Certos princípios de direito consuetudinário surgiram muito rapidamente – é o caso, por exemplo, do regime da plataforma continental – considerando que havia elementos suficientes que atestavam uma prática estatal constante. A isso é necessário acrescentar que, se a prática estatal deve ser suficientemente consistente, não deve, para isso, ser universal.⁴⁰ O fato de que certos Estados ou grupos estatais não reconhecem expressamente o princípio da precaução não constitui, portanto, um obstáculo para seu reconhecimento como princípio de direito consuetudinário.

4. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO RECONHECIDOS PELAS NAÇÕES CIVILIZADAS

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça prevê que a mesma aplique, além das convenções internacionais e do costume internacional, “os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas”. Inseridos entre as fontes formais do direito internacional, os princípios gerais de direito são diretamente aplicáveis pelo juiz internacional.

³⁸ Ver particularmente nossa obra *Environmental Principles. Op. cit.* No mesmo sentido, ver. FREESTONE. *International Fisheries Law since Rio...* In BOYLE e FREESTONE (Eds.), *International Law and Sustainable Development*, p. 135-164.

³⁹ C.I.J., *Plataforma continental do Mar do Norte (Dinamarca e Países Baixos c. RFA)*, 20 de fevereiro de 1969, Rec. 1969, p. 43, parágrafo 74.

⁴⁰ A adoção de tratados multilaterais pode fazer emergir novas regras comunitárias. Por exemplo, *Plataforma Continental do Mar do Norte. Op. cit., Rec* p. 41, parágrafo 71.



Por serem partes dos Estatutos da Corte Internacional de Justiça, todos os Estados-membros da ONU são vinculados pelos princípios que podem ser enunciados por essa jurisdição.

Entretanto, o estatuto reservado aos princípios gerais do direito previsto no artigo 38, § 1º, alínea “c” do estatuto da Corte Internacional de Justiça, permanece controverso.⁴¹

De acordo com alguns autores, não se trataria de uma fonte formal do direito.⁴² Essa tese não merece apoio, pois se choca com o texto do artigo 38, § 1º, “c”, que, analisando expressamente os princípios gerais ao lado das outras fontes do direito internacional, consagra sem ambigüidade sua autonomia. Em compensação, outros autores consideram que essa noção inclui os princípios comuns das ordens jurídicas nacionais.⁴³ Uma terceira tese foi enunciada: os princípios gerais do direito seriam específicos às relações internacionais (por exemplo, o princípio de não-intervenção, de

⁴¹ Ver FITZMAURICE. *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, R.C.A.D.I., 1957, II, n. 92, p. 5; AKEHURST. *Equity and General Principles of Law. International and Comparative Law Quarterly*, 1976, p. 801; FRIEDMANN. *The Use of General Principles in the Development of International Law. American Journal of International Law*, 1963, p. 279; PARRY, *The Sources and Evidences of International Law*, p. 83-91; LAMMERS. *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations. In Essays on the Development of the International Order* (Panhuys), Alphen a/d Rijn, Sijthof & Noordhoff, 1980, p. 53-75; VITANYI. *Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. R.G.D.I.P.*, 1982, n. 86, p. 45-116; BROWNLIE. *Op. cit.*, p. 15-19; G.J.H. VAN HOOFF. *Op. cit.*, p. 131-150.

⁴² Ver KELSEN. *Principles of International Law*. 2 ed. p. 539-540; JENNINGS. *The Identification of International Law. In BIN CHENG (Ed.), International Law: Teaching and Practice*, p. 4; CASSESE. *International Law in a Divided World*, p. 173-174; CASSESE e WEILER (Eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, p. 33-37.

⁴³ Ch. de VISSCHER. *Contributions à l'étude des sources de droit international. R.D.I.L.C.*, 1993, p. 406; LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, p. 69-71; BOKOR-SZEGO. *General Principles of Law. In BEDJAOUI (Ed.), International Law: Achievements and Prospects*. Paris, p. 217; COMBACAU e SUR. *Droit international public*. 2. ed. p. 46; DINH *et al. Droit international public*. 6. ed. p. 347-348. Além disso, as jurisdições internacionais desenvolvem os princípios gerais, emprestando-lhes elementos que foram comuns a todos ou à maior parte dos regimes jurídicos nacionais ou que foram transpostos no direito internacional (*in dubio pro reo*).



reciprocidade, de igualdade entre os Estados).⁴⁴ Enfim, certos autores consideram que esse debate se reveste de contornos um pouco acadêmicos na medida em que, geralmente, a Corte Internacional de Justiça não se preocupa em explicitar se os princípios que ela cita estão ligados ao artigo 38, parágrafo 1º, alínea “c”, ou se trata de princípios de direito consuetudinário.

É incontestável que a inserção da alínea “c”, no parágrafo 1º do artigo 38, do estatuto da Corte Internacional de Justiça, estava destinado a permitir a essa jurisdição preencher as lacunas da ordem jurídica internacional com o objetivo de evitar qualquer efeito *non-liquet*.⁴⁵ Essa técnica jurídica subscreve, além disso, uma visão moderna do direito segundo a qual o sistema jurídico deve ser sempre completo e coerente. Em todo caso, os princípios visados no artigo 38, 1, “c”, apresentam vantagens em relação aos princípios do direito consuetudinário de que possam ser invocados pelo juiz internacional, mesmo na falta de uma prática estatal. Assim, os princípios gerais do direito um pouco esquecidos pelos Estados e as organizações internacionais podem sempre ressurgir, no contexto de uma decisão tomada por uma jurisdição internacional.

Apesar das vantagens que apresenta o reconhecimento de um princípio geral de direito admitido pelas nações civilizadas, é forçoso constatar que os Estados raramente fundamentam seus agravos sobre sua violação; nenhuma decisão da Corte faz referência expressa a essa fonte formal do direito internacional.⁴⁶ Essa reserva por parte da Corte Internacional de Justiça, assim como de outras jurisdições internacionais, explica-se sem dúvida pelo fato de seu acionamento ser tributário do consentimento dos Estados⁴⁷ e de que, enunciando

⁴⁴ BROWNLIE. *Op. cit.*, p. 19; VIRALLY. Le rôle des principes dans le développement du droit international. In *Recueil d'études de droit international en hommage de Paul Guggenheim*, Genebra, 1968, p. 533; LAMMERS. *General Principles of Law... Op. cit.*, p. 57-59, 66-69.

⁴⁵ BROWNLIE, *Principles of Public International Law*. 5 ed., p. 15; SHAW. *Op. cit.*, p. 81.

⁴⁶ THIRLWAY. *Op. cit.*, p. 110-111; LAMMERS. *General Principles of Law...*, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁷ FRIEDMANN. *The Changing Structure of International Law*, p. 189.

Ver, também, VAN HOOFF. *Op. cit.*, p. 144-146; COMBACAU e SUR. *Op. cit.*, p. 46.



de maneira demasiado audaciosa os novos princípios, colocariam em risco sua credibilidade. A consagração de um princípio como o da precaução poderá desagradar bastante certas pessoas em razão das controvérsias que essa norma suscita.

No entanto, uma jurisdição poderia consagrar a precaução, considerando o “princípio geral de direito”, sem referir-se expressamente ao artigo 38, § 1º, “c”, do Estatuto da Corte. O caráter comum dos princípios gerais do direito tem a ver com seu alto nível de abstração e sua extrema generalidade, que é declaradamente o caso do princípio da precaução. Preenchendo as lacunas do direito positivo, tal princípio geral poderia exercer uma função supletiva no momento em que os tratados ou o direito consuetudinário não prevêem soluções, no propósito de garantir as coerências do sistema jurídico. Poderia igualmente assumir uma função interpretativa, projetando uma nova luz sobre o direito convencional.⁴⁸ Nas duas hipóteses, o princípio da precaução assumiria um importante papel como fonte autônoma do direito.

5. O CÁLCULO PROGRESSIVO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELAS JURISDIÇÕES INTERNACIONAIS

Podemos questionar se o princípio da precaução constitui, em direito internacional, um meta-princípio da mesma forma que o conceito de desenvolvimento sustentável,⁴⁹ se se trataria de um padrão jurídico ou se constituiria, desde já, um princípio geral do direito, tendo em vista o artigo 38, 1, “c”, ou um princípio de direito internacional consuetudinário. Por diversas vezes, o princípio da precaução foi invocado diante de diferentes jurisdições internacionais. Não obstante o dispositivo relativamente matizado de certas decisões, a maior parte dessas jurisdições se mostrou até o presente fortemente reservada quanto a uma aplicação direta e autônoma do princípio da precaução. Dessa maneira, o princípio impõe-se progressivamente

⁴⁸ Observar que, na questão Gabcikovo-Nagymaros, a Corte Internacional de Justiça julgou que o desenvolvimento sustentável não constitui um princípio e sim um “conceito” suscetível de exercer uma função interpretativa a respeito de disposições convencionais.

⁴⁹ LOWE. Sustainable Development and Unsustainable Arguments. In BOYLE e FREESTONE (Eds.). *International Law and Sustainable Development*, p. 19-39.



nos casos em que a incerteza científica é significativa, como um princípio geral do direito internacional do meio ambiente.

i) O princípio da precaução na jurisprudência da Corte Internacional de Justiça

Por duas vezes, o princípio da precaução foi invocado diante da Corte Internacional de Justiça, que se recusou a estatuir sobre seu fundamento. Na questão dos testes nucleares franceses de 1992, a Corte eludiu, por motivos de procedimento, a queixa apresentada pela Nova Zelândia, que se fundamentava no princípio da precaução.⁵⁰ Na questão Gabcikovo-Nagymaros, a Corte evitou pronunciar-se diretamente sobre a aplicação do princípio da precaução que fora invocado pela Hungria para livrar-se de suas obrigações.⁵¹

A Hungria, neste caso particular, justificara sua recusa em seguir a construção da infra-estrutura transfronteiriça sobre o Danúbio, invocando o estado de necessidade, tendo em vista o risco que corria o meio ambiente em razão da construção da barragem. Reconhecendo o caráter sério das preocupações ambientais apresentadas pela Hungria, para justificar sua recusa em observar o tratado relativo à construção de obras hidráulicas sobre o Danúbio, que ela havia concluído com a antiga Tchecoslováquia, a Corte Internacional de Justiça não admitiu, numa sentença de 25 de setembro de 1997, que havia ali um risco grave e iminente em razão do caráter vago dos danos invocados pelas autoridades húngaras.⁵²

O perigo alegado pela Hungria, por ser a longo prazo – elemento mais importante – permanece vago. Como a própria Hungria reconhece, os danos que ela iria sofrer deveriam resultar, antes de tudo, de processos naturais relativamente lentos, cujos efeitos não poderiam ser muito avaliados. (...). Ainda que o perigo alegado pudesse ser muito grave, dificilmente, pelo exposto, poderia ser considerado como certo e, conseqüentemente, como iminente em 1989 (§ 56). (tradução não-oficial)

⁵⁰ C.I.J., *Nova Zelândia e França.*, decisão de 22 de setembro de 1995.

⁵¹ C.I.J., *Hungria c. Eslováquia*, 25 de setembro de 1997, *Rec.* 1997, parágrafo 56.

⁵² *Ibidem.*



Esse raciocínio volta a excluir o longo prazo, tendo em vista que este comporta demasiadas incertezas. Os riscos devem ser temidos com um mínimo de certeza. Conseqüentemente, os riscos que poderiam causar a exploração da barragem a longo prazo não permitem justificar a ruptura unilateral, por parte da Hungria, de suas obrigações internacionais.

ii) O princípio da precaução na jurisprudência do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio

O fim do século XX ficará marcado por duas evoluções paralelas sem precedentes na história da humanidade: as crises ecológicas de amplitude sem igual (mudanças climáticas, empobrecimento da biodiversidade, rarefação do ozônio estratosférico) que emergiram ao mesmo tempo que uma liberalização progressiva do comércio mundial, que encontrou sua saída em 1994, quando da conclusão da Rodada do Uruguai. Sustentando esses desenvolvimentos paralelos, as regras jurídicas defrontam-se hoje em numerosos aspectos, de maneira nitidamente mais acentuada que no passado. Assim, a abertura dos mercados opõe-se à vontade de certos Estados de melhorar a proteção acordada à saúde e à segurança de seus trabalhadores e de seus consumidores ou ao meio físico. Proibido pela Comunidade Européia em razão dos temores dos consumidores europeus, a carne bovina com hormônios, por exemplo, é vendida livremente do outro lado do Atlântico.

Em todo caso, o princípio da precaução conseguiu, nessa questão, aprofundar a linha divisória entre os postulados, sustentando a liberalização do comércio mundial e a imperiosa necessidade, reconhecida pela Comunidade Européia e por seus Estados-membros, de adotar um alto nível de proteção do meio ambiente, dos consumidores e da saúde pública.⁵³ Perseguindo um objetivo de proteção sanitária mais elevada que os Estados Unidos e o Canadá, a Comunidade Européia interditou as importações de carne bovina que continha substâncias hormonais, proveniente da América do Norte. Essa medida de precaução, segundo as autoridades americanas, mascarava os desejos protecionistas por parte dos europeus. A Comunidade Européia, no litígio contra os Estados Unidos e o



Canadá, defendeu vigorosamente que seu regime de interdição estava amparado pelo princípio da precaução e que o mesmo era considerado uma regra consuetudinária internacional. O Órgão de Apelação, por sua vez, deu uma resposta menos comprometedora à questão.⁵⁴

O estatuto do princípio da precaução em direito internacional continua a ser o assunto de um debate entre os acadêmicos, os operadores de direito, os regulamentadores e as jurisdições. O princípio da precaução é tido por alguns como sendo uma metamorfose de um princípio de direito geral de natureza consuetudinária do direito internacional do meio ambiente. Não está claro se se trata aqui de um princípio de direito geral ou de um princípio de direito consuetudinário. Consideramos, entretanto, desnecessário, e provavelmente imprudente, que o Órgão de Apelação tome posição no caso desta questão tão importante quanto abstrata. Constatamos que a própria mesa-redonda não tinha resolvido a questão do estatuto jurídico do princípio da precaução no direito internacional e que tal princípio, fora do domínio do direito internacional do meio ambiente, ainda espera uma formulação mais qualificada.

A partir desta constatação, o Órgão de Apelação concluiu que os litígios suscitados pela vontade de alguns Estados em se opor, por razões de saúde, à importação de produtos provenientes de outros Estados deveriam ser resolvidos pelos acordos concluídos sob a égide da OMC. A referência implícita que é feita ao princípio da precaução nos artigos 5.7 e 3.3, do Acordo sobre a Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (acordo SPS), não pode levar à afirmação de que esse princípio prevaleceria sobre a obrigação imposta pelo artigo 5.1 e 2 do acordo de trazer prova científica de risco.

O segundo litígio, no decorrer do qual o princípio da precaução fora evocado na OMC, concernia à validade de uma decisão de embargo pronunciada pela Austrália sobre os salmões provenientes do Canadá. As medidas australianas foram baseadas em uma avaliação de riscos, cujo rigor era duvidoso. Fundamentando-se no relatório referente aos hormônios, o Órgão de Apelação decidiu, em seu

⁵⁴ Relatório do Órgão de Apelação da OMC sobre a questão das medidas comunitárias no que concerne à carne e a seus produtos derivados (hormônios), WT/



relatório de 20 de outubro de 1998, que “o risco avaliado no quadro de um procedimento de avaliação dos riscos deve ser um risco verificável. A incerteza teórica não é o tipo de risco que deve ser avaliado conforme o artigo 5.1 do acordo SPS. Isto não significa, no entanto, que uma parte não possa determinar seu nível apropriado de proteção em conformidade com o objetivo do risco zero”. O Órgão de Apelação julgou que a proibição australiana à importação do salmão não estava fundamentada sobre um procedimento de avaliação de riscos, como o requerido pelo artigo 5.1 do acordo SPS e, portanto, condenou a Austrália.⁵⁵ Finalmente, em um relatório de 22 de fevereiro de 1999, o Órgão de Apelação baseou-se novamente na jurisprudência Comunidades Europeias – Hormônios para rejeitar a aplicação correta do princípio da precaução para concluir que a medida proibitiva japonesa não estava corretamente formulada sobre uma avaliação dos riscos.⁵⁶

Colocando o princípio da precaução, seja sobre o regime da avaliação dos riscos (artigo 3.3), seja sobre uma cláusula de salvaguarda (artigo 5.7) prevista pelo acordo SPS, o Órgão de Apelação o admite sob uma forma extremamente simplificada. Certamente os Estados vêm reconhecida, em virtude desse acordo comercial, a liberdade de escolher o nível de proteção sanitária que julgam apropriado e podem, conseqüentemente, “introduzir ou manter as medidas sanitárias (...) que implicam um nível de proteção mais elevado”.⁵⁷ Entretanto, não resta dúvida de que essas medidas devem ser “baseadas sobre os princípios científicos” e não podem ser “mantidas sem provas científicas suficientes”.⁵⁸ Em outros termos, a justificação científica impõe-se aqui como um verdadeiro paradigma.

Dito isso, o Órgão de Apelação chegou, no entanto, a reformular certas condições citadas. Assim, o estudo dos riscos pode comportar os dados “qualitativos” além das informações “quantitativas”⁵⁹ e

⁵⁵ Relatório do Órgão de Apelação da OMC, no caso Medidas que afetam a importação de salmão, WT/DS18/AB/R, 1998.

⁵⁶ Relatório do Órgão de Apelação da OMC, no caso Japão – medidas visando aos produtos agrícolas, 22 de fevereiro de 1999.

⁵⁷ Art. 3.3.

⁵⁸ Art. 2.2 e 3.3.

⁵⁹ Caso dos Hormônios, Órgão de Apelação, parágrafo 184-186; Austrália – Medidas visando às importações de salmão, Relatório do Órgão de Apelação, 20 de outubro de 1998, parágrafo 124.



fundamentar-se em opiniões científicas minoritárias.⁶⁰ Assim, a avaliação científica deve corresponder à realidade e não unicamente às práticas laboratoriais.⁶¹ Essas reformulações levaram diversos autores a considerar que o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC estava disposto a levar em conta certas facetas do princípio da precaução. Entretanto, é necessário lembrar que o risco deve apresentar uma certa consistência para que o cálculo de um risco teórico continue excluído.⁶² Do ponto de vista decisório, o Órgão de Apelação integrou igualmente certos elementos do princípio da precaução, reconhecendo a um Estado a faculdade de alcançar o objetivo de um risco zero⁶³ e exigindo uma ligação lógica – e não de causa e efeito – entre os resultados de avaliação científica dos riscos e a medida adotada.⁶⁴ Dessa forma, mesmo que uma medida de proteção sanitária não deva adaptar-se aos resultados da avaliação, a justificação científica continua sendo a brecha do acordo SPS.⁶⁵

Se essa jurisprudência ajuda de certa maneira a aplicar alguns elementos do princípio da precaução, não resta dúvida de que exige das partes que procedam a uma avaliação específica de riscos considerados “verificáveis”.⁶⁶ Assim, a avaliação não pode tratar de uma classe de substâncias consideradas de risco – os hormônios, por exemplo –, mas deve visar aos supostos efeitos de cada substância.⁶⁷ Por outro lado, o princípio da precaução permanece encurralado nos limites de uma cláusula de salvaguarda, o artigo 5.7, que deve ser interpretada de forma restritiva. Confrontada a uma situação de urgência quando as “provas científicas pertinentes são insuficientes”, a Comunidade Européia poderá sempre, se assim o desejar, adotar “provisoriamente”, em virtude do artigo 5.7 do acordo SPS, medidas sanitárias “sobre a base de informações pertinentes disponíveis”, mas, neste caso, a manutenção da medida de proteção sanitária

⁶⁰ Caso dos Hormônios, Órgão de Apelação, parágrafo 194.

⁶¹ *Ibidem*, parágrafo 187.

⁶² Caso dos Hormônios, Órgão de Apelação, para. 186; Caso Austrália – Medidas visando às importações de salmão, parágrafo 129.

⁶³ Caso Austrália – Medidas visando às importações de salmão, Órgão de Apelação, parágrafo 125.

⁶⁴ Caso dos Hormônios, Órgão de Apelação, parágrafo 195.

⁶⁵ NOIVILLE. Principe de précaution et OMC. *Journal de Droit International*, 2000, p. 270-273.

⁶⁶ Caso dos Hormônios, Órgão de Apelação, parágrafo 201.

⁶⁷ *Ibidem*, parágrafo 200.



que for mais severa que aquela prevista pelo *Codex Alimentarius*, terá apenas valor provisório e deverá ser retirada posteriormente, após a realização de pesquisas que as autoridades públicas envolvidas deverão efetuar.⁶⁸ Enfim, se se pode compreender que o Órgão de Apelação esteja inclinado a admitir que o princípio constitui uma regra consuetudinária no domínio da segurança sanitária e fitossanitária, o mesmo deveria acontecer com os litígios ambientais em que o princípio se impôs verdadeiramente, tanto nos atos de *soft norm*, como nas convenções internacionais.

iii) O princípio da precaução na jurisprudência do Tribunal do Direito do Mar

Primeira decisão tomada pelo Tribunal Internacional de Direito do Mar, em 27 de agosto de 1999, a decisão “Atum*” constitui uma interessante aplicação do princípio da precaução no direito das pescas,⁶⁹ mesmo o Tribunal não tendo utilizado em sua decisão o termo “princípio”. Nesse caso, a Nova Zelândia e a Austrália contestaram um programa de pesca experimental de atum, liderado pelo Japão. Tal programa permitia, em virtude de uma convenção regional, que os pescadores japoneses capturassem uma quantidade maior de atum que o previsto, a título de subsídio das quotas de pesca. Essa decisão unilateral tomada pelo Japão foi contestada com base nos artigos 64 e 116 a 119, da Convenção de Montego Bay sobre o Direito do Mar e no direito consuetudinário, regras que impõem a obrigação de cooperar diretamente, por intermédio das organizações internacionais apropriadas, visando a assegurar a conservação dos peixes altamente migratórios e de promover sua exploração ideal.

⁶⁸ A época transitória deve ser estabelecida caso a caso, em função das circunstâncias específicas. Cf. Japão – Medidas que visam aos produtos agrícolas, relatório do Órgão de Apelação, 22 de fevereiro de 1999, parágrafo 92.

* Literalmente, a tradução correta seria “atum de nadadeiras azuis”, do inglês *bluefin tuna*, mas que preferimos traduzir simplesmente por *atum*. [nota dos organizadores]

⁶⁹ Atuns, medidas provisórias, ordem de 27 de agosto de 1999 (caso n. 3 e 4). Ver. SCHIFFMAN. The Southern Bluefin Tuna Case: ITLOS Hears Its First Fishery Dispute. *J. Int'l Wildlife L. & Pol'y*, 1999, n. 3, p. 318; KWIATKOWSKA. *American Journal of International Law*, 2000, n. 24, p. 150; LEGGETT. The Southern Bluefin Tuna Cases: ITLOS Order on Provisional Measures. *R.E.C.I.E.L.*, 2000, n. 9, p. 75; FABRA. The LOSC and the Implementation of the Precautionary Principle, *YbIEL*, 1999, n. 10, p. 17; FREESTONE. Caution or Precaution: A Rose By Any Other Name...? *YbIEL*, 1999, n. 10, p. 25-32.



Levado a se pronunciar sobre a adoção de medidas conservacionistas contrárias ao programa experimental japonês, o Tribunal julgou que, em razão da incerteza científica sobre os riscos que tal programa gerava para a sobrevivência da espécie de atum, “as partes devem ... agir com prudência e precaução e cuidar para que medidas de conservação eficazes sejam tomadas com o objetivo de impedir que a população desse atum não sofra danos graves”.⁷⁰

A opinião separada dada pelo juiz Laing destaca que o Tribunal não aplicou como tal o princípio da precaução, mas seguiu uma abordagem de precaução, sendo que este conceito é mais flexível que a noção de princípio. Mesmo assim, uma abordagem de precaução justifica a adoção de medidas conservacionistas para prevenir um risco de “danos graves” e irreversíveis.⁷¹

Finalmente, no caso da usina MOX, a Irlanda solicitara ao Tribunal medidas conservacionistas, objetivando obrigar o Reino Unido a suspender imediatamente a autorização concedida à usina, em Sellfield, motivada pelo fato de que o Reino Unido não observara diversas obrigações da Convenção sobre o Direito do Mar, notadamente as resultantes dos artigos 123, 192 a 194, 197, 206, 207, 211, 212 e 213.⁷² A Irlanda questionava as conseqüências irreversíveis do despejo de plutônio no ambiente marítimo, o risco de derramamentos e de emissões radioativas, tanto as resultantes da usina, como em conseqüência de acidentes industriais ou de ataques terroristas. A Irlanda concluía que o princípio da precaução impunha ao Reino Unido a responsabilidade de demonstrar que nenhum dano resultaria dos derramamentos e das outras atividades da usina MOX, e que esse princípio deveria ser utilmente considerado pelo Tribunal na avaliação que ele faria da urgência em se tomar medidas conservacionistas requeridas.

Ainda que não invocando como tal o princípio da precaução, o Tribunal obriga, em sua decisão de 3 de dezembro de 2001, a Irlanda e o Reino Unido a cooperarem e fiscalizarem os riscos ou

⁷⁰ Parágrafo 1777

⁷¹ BEURIER e NOIVILLE. *La Convention sur les droits de la mer et la diversité biologique. Hommages à C. de Klemm*, p. 107.

⁷² Mox, medidas provisórias, *ordonnance* de 3 de dezembro de 2001 caso n. 10.



os efeitos que as operações da usina MOX poderiam resultar para o mar da Irlanda:

84. Considerando que, na opinião do Tribunal, a prudência e a precaução exigem que a Irlanda e o Reino Unido cooperem, trocando informações relativas aos riscos ou efeitos que poderiam decorrer ou resultar das operações da usina MOX e que elaborem, eventualmente, meios de resolvê-las;

85. Considerando que a Irlanda e o Reino Unido deveriam, cada um naquilo que lhes concerne, cuidar para não tomar nenhuma medida que pudesse agravar ou aumentar a controvérsia submetida ao Tribunal Arbitral, prevista no anexo VII;

86. Considerando que, em conformidade com o artigo 95, parágrafo I, do Regimento, cada parte é obrigada a submeter ao Tribunal um relatório e informações a respeito das disposições tomadas para colocar em prática as medidas conservacionistas prescritas pelo Tribunal;...

iv) Perspectivas

No momento em que aborda a questão do estatuto jurídico do princípio da precaução em direito internacional, o juiz internacional vê-se, de repente, diante de um paradoxo. Do lado da Corte, esse princípio conhece um real sucesso, considerando-se seu enunciado constante, na maioria dos atos de direito internacional, logo após a Conferência do Rio sobre o meio ambiente e o desenvolvimento; por outro, nota-se uma certa reticência da parte das jurisdições internacionais em reconhecer um valor consuetudinário. O Órgão de Apelação da OMC recusa-se a se pronunciar sobre o estatuto jurídico dessa norma, em sua decisão sobre os Hormônios; na verdade, faz uma aplicação extremamente simplificada, ao recordar a possibilidade de os membros da OMC adotarem as medidas provisórias a título de precaução, em virtude do artigo 5.7, do acordo SPS. Mesmo se as decisões tomadas pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar, nos casos do atum e da usina Mox, pareciam, à primeira vista, mais audaciosas, não definiu o que entende por “precaução”. As opiniões isoladas parecem indicar que se tratava aqui de uma abordagem, e não de um princípio.

Essas reticências não podem ser explicadas de outro modo a não ser pela dificuldade de pronunciar-se sobre o estatuto jurídico do princípio da precaução. Trata-se de um princípio geral de direito, no sentido



do artigo 38, 1, “c”, de uma categoria de princípio sobre o gênero ou de um princípio de direito consuetudinário? Seja o que for, esses diferentes processos demonstram o papel essencial que o princípio da precaução pode ter nos litígios internacionais sobre a noção de ônus da prova.

6. CONCLUSÕES

No espaço de alguns anos, o princípio da precaução atingiu uma posição central, no direito internacional do meio ambiente. Para nossas sociedades que se tornaram, sob muitos aspectos, as “sociedades do risco”, este princípio é chamado a exercer um papel emblemático. Se o princípio não deve submeter-se ao fantasma securitário, perseguindo o sonho utópico do “risco zero”, seria irresponsabilidade, por outro lado, adotar a atitude do apostador, ou ainda pior, a do cínico. Entre esses dois extremos, nossos sistemas jurídicos devem retomar o caminho da prudência. Não seria lícito tentar ver este novo princípio como um fenômeno passageiro com o qual é preciso simplesmente compor. Vilipendiado ou enaltecido, ao princípio da precaução parece estar prometido um futuro brilhante.

Próprio de um contexto neo ou pós-moderno do direito, a afirmação por estilos sucessivos do princípio da precaução no direito internacional assume diversas funções. Metamorfoseada em um *fator de revelação de incertezas*, a avaliação científica deve ser considerada pelo que realmente é, uma ferramenta, uma simples ferramenta de decisão. Além disso, o princípio da precaução deveria reformular as exigências de prova, a serem fornecidas pelas partes no tocante à gravidade do risco. Deveria, igualmente, servir de fio condutor para a elaboração dos protocolos de execução das inúmeras convenções internacionais que o consagram. A necessidade de reforma nessa área é real. Ainda que sejam geralmente interligados, os riscos ecológicos são geralmente apreendidos por convenções de natureza setorial com marcas sensivelmente diferentes, adotados de maneira desordenada a fim de responder às crises pontuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEHURST, M. Equity and General Principles of Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 1976.



- BEURIER J.P.; C. NOIVILLE. La Convention sur les droits de la mer et la diversité biologique. *Hommages à C. de Klemm*. Strasbourg: Conseil de l'Europe, 2001.
- BIRNIE, P. The Status of Environmental 'soft law': Trends and Examples with Special Focus on IMO Norms, in *Competing Norms. The Law of Marine Environmental Protection*, Londres, La Haye, Boston: Kluwer Law Intl., 1997.
- BIRNIE, P. e BOYLE, A. *International Law and the Environment*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- BOKOR-SZEGO, H. General Principles of Law. In M. BEDJAOUI (Ed.), *International Law: Achievements and Prospects*. Paris, Dordrecht: Martinus Nijhof, 1991.
- BOS, M. The identification of Custom in International Law. *German Yb. of Intl. Law*, 1982.
- BOYLE, A. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law. *ICLQ*, 1999, n. 48.
- BROWNLIE, I. *Principles of Public International Law*. 5 ed. Oxford: Clarendon, 1998.
- BROWNLIE, I. *International Law*. 5 ed. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- CAMERON, J. e ABOUCHAR, J. The Status of the Precautionary Principle in International Law. In D. FREESTONE e E. HEY (Eds.), *The Precautionary Principle in International Law*. Londres, Boston, New York: Kluwer Law International, 1996.
- CASSESE, A.; WEILER, J. H. (Eds.). *Change and Stability in International Law-Making*. Berlin: De Gruyter, 1988.
- CASSESE, A. *International Law in a Divided World*. Oxford: Clarendon, 1986.
- CHINKIN, C. M. Normative Development in the International Legal System. In D. SHELTON (Ed.), *Commitment and Compliance*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- CHINKIN, C. M. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *ICLQ*, 1989, n. 38.
- COMBACAU, J.; SUR, S. *Droit international public*, 2. ed. Paris: Montchrestien, 1995.
- D'AMATO A. *The Concept of Custom in International Law*. Londres, Cornell: Ithaca, 1971.
- De SADELEER, N. *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 500 p.
- De SADELEER, N. *Les principes du pollueur-payeur, de prévention, de précaution*. Bruxelles, Paris, Bruylant: Agence universitaire francophone, 1999, 437 p.
- De VISSCHER C. Contributions à l'étude des sources de droit international. *R.D.I.L.C.*, 1993.
- DICKSON, B. The Precautionary Principle in CITES: A Critical Assessment. *Natural Resource Journal*, 1999, n. 39.



- DINH N. K. *et al.*, *Droit international public*. 6 ed. Paris: L.G.D.J., 1999.
- DUPUY, P.-M. Soft Law and the International Law on the Environment. *Michigan Journal of International Law*, 1991, n. 12.
- ELIAS, O. LIM, C. General Principles of Law”, “Soft Law” and the Identification of International Law. *New York International Law*, 1997, n. 28/3
- FABRA, A. The LOSC and the Implementation of the Precautionary Principle. *Yearbook of International Environmental Law*, 1999, n. 10.
- FITZMAURICE, G. The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law. *RCADI*, 1957, II, n. 92.
- FREESTONE, D.; HEY, E. Origins and Development of the Precautionary Principle. *The Precautionary Principle and International Law*, Londres, La Haye, Boston: Kluwer Law International, 1996.
- FREESTONE, D. International Fisheries Law since Rio... In A. BOYLE e D. FREESTONE (Eds.), *International Law and Sustainable Development*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- FREESTONE, D. Caution or Precaution: A Rose By Any Other Name. *Yearbook of International Environmental Law*, 1999, n. 10.
- FRIEDMANN, W. *The Changing Structure of International Law*. Londres: Stevens & Sons, 1964.
- FRIEDMANN, W. The Use of General Principles in the Development of International Law. *In American Journal of International Law*, 1963.
- GEHRING, L. International Environmental Regimes: Dynamic Sectoral Legal Systems. *In Yearbook of International Environmental Law*, 1990, n. 1.
- GRTUCHALLA-WESIERKI, T. A Framework for Understanding soft law. *McGill Law Journal*, 1984, n. 30.
- GÜNDLING, L. The Status in International Law of the Precautionary Principle. *International Journal of Estuarine and Coastal Law*, 1990, n. 25.
- HOGGENMACHER, La doctrine des deux elements du droit coutumier dans la pratique de la Cour Internationale. *Revue Général de Droit International Public*, 1986, n. 90
- JENNINGS, R.Y. The Identification of International Law. In Bin CHENG (Ed.). *International Law: Teaching and Practice*. Londres: Stevens & Sons, 1982.
- KAMTO, M. Les nouveaux principes du droit international de l'environnement. *Revue juridique de l'environnement*, 1993, n. 1.
- KELSEN H. *Principles of International Law*. 2 ed. New York: Holt, Rhinehart and Winston, 1956.
- KISS, A. Chronique de droit international. *Revue juridique de l'environnement*, 1996/1-2. KISS, A. Commentary and Conclusions. In D. SHELTON (Ed.). *Commitment and Compliance*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- KWIATKOWSKA, B. *American Journal of International Law*, 2000, n. 24.



- LAMMERS, J.G. *General Principles of Law Recognized by Civilized Nations. Essays on the Development of the International Order* (Panhuys), Alphen a/d Rijn: Sijthof & Noordhoff, 1980.
- LAUTERPACHT, H. *Private Law Sources and Analogies of International Law*. Weesp Archon, 1970.
- LEGGETT, K. The Southern Bluefin Tuna Cases: ITLOS Order on Provisional Measures. *R.E.C.I.E.L.*, 2000, n. 9.
- LOWE, V. Sustainable Development and Unsustainable Arguments. In A. BOYLE A. e D. FREESTONE (Eds.), *International Law and Sustainable Development*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- MAES, F. Environmental Law Principles and the Legislator: the Law of the Sea. In M. SHERIDAN e L. LAVRYSEN (Eds.), *Environmental Law Principles in Practice*. Bruxelles: Bruylant, 2002.
- MARTIN-BIDOU, P. Le principe de précaution au droit international de l'environnement. *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, n.3.
- MCINTYRE, O. e T. MOSEDALE. The Precautionary Principle as a Norm of Customary International Law. *Journal of Environmental Law*, 1997, n. 9/2.
- NOIVILLE, C. Principe de précaution et OMC. *Journal de Droit International*, 2000.
- O'RIORDAN, T.; CAMERON, J. e JORDAN, A. A. (Eds.). *Interpreting the Precautionary Principle*. 2 ed. Londres: Cameron & May, 2001.
- PALMER, G. New Ways to Make International Environmental Law. *American Journal of International Law*, 1992, v. 86, n. 2.
- PARRY C. *The Sources and Evidences of International Law*. Manchester: Manchester University Press, 1965.
- SANDS, P. *Principes of International Environmental Law*, vol. I. Manchester, Londres: Cameron May, 1994.
- SCHIFFMAN, H.S. The Southern Bluefin Tuna Case: ITLOS Hears Its First Fishery Dispute. *Journal of International Wildlife Law & Policy*, 1999, n. 3.
- SHELTON, D. Law Non-Law and the Problem of Soft Law. In D. SHELTON (Ed.), *Commitment and Compliance*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- THIRLWAY H. *International Customary Law and Codification*. Leiden: Sijhoff, 1972.
- VAN HOOFF G.J.H. *Sources of International Law*. Deventer: Kluwer, 1983.
- VIRALLY, M. Le rôle des principes dans le développement du droit international. *Recueil d'études de droit international en hommage de Paul Guggenheim*. Geneva, 1968.
- VITANYI, A. Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de principes généraux de droit reconnus par les nations civilisés. *Revue Générale de Droit Internationale Public*, 1982, n. 86.
- WEIL, P. Towards Relative Normativity in International Law. *American Journal of International Law*, 1983, n. 77.