

DIREITO INTERNACIONAL DO AMBIENTE: O CASO DA FUNDIÇÃO DE TRAIL

Maria da Graça de Almeida D'Eça do Canto Moniz*

RESUMO: O modelo da Carta das Nações Unidas (a partir do epílogo do segundo conflito à escala mundial) é obra de um desenvolvimento paulatino do sistema jurídico internacional diverso do precedente a vários títulos. A protecção ambiental de tutela e preservação dos sistemas naturais e de equilíbrio dos ecossistemas, alcançaram uma posição central naquele modelo moderno, ocasionando uma transformação no Direito Internacional. Face a este panorama, escolhemos apresentar o caso da Fundição de Trail, normalmente rotulado de *fons et origo* do Direito Internacional do Ambiente, dando nota do seu efeito propulsor para uma série de instrumentos e documentos legais que dão vida ao Direito Internacional do Ambiente.

ABSTRACT: The model of the UN Charter represents the work of a gradual development of the international legal system different from the previous in several issues. Environmental protection - guardianship and preservation of natural systems and ecosystem balance - achieved a central position in that new model, causing a revolution in international law. In order to explore and explain this framework of analysis we chose to present the case of Trail, usually labeled *fons et origo* of International Environmental Law, highlighting a variety of instruments and legal documents that give life to International Environmental Law and that are also considered the outcome of the Trail case.

KEYWORDS: International Law, Environmental Law, Trail Smelter, Transboundary Harm

* Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Estudante de Mestrado na área das ciências jurídico-políticas com menção em Direito Internacional, Ambiental e Europeu; Investigadora Associada do Observatório Político; Trainee na Delegação da União Europeia para a Malásia. *E-mail:* gracacantomoniz@live.com.pt

INTRODUÇÃO

O modelo da Carta das Nações Unidas (a partir do epílogo do segundo conflito à escala mundial) é obra de um desenvolvimento paulatino do sistema jurídico internacional diverso do precedente a vários títulos. A protecção ambiental de tutela e preservação dos sistemas naturais e de equilíbrio dos ecossistemas, alcançaram uma posição central naquele modelo moderno, ocasionando uma transformação no Direito Internacional. Deste modo, estamos face a um ordenamento jurídico axiologicamente fundado e materialmente interessado e, por isso, liberto da tradicional visão *estaticêntrica*. A tutela jurídica do ambiente é uma realidade dos nossos dias, que surgiu a partir de meados do século XX. Apesar disso, a consideração do ambiente como bem jurídico encontra as suas raízes filosóficas mais remotas no Cristianismo e, em particular, no pensamento de S. Francisco de Assis, que falava na sua pregação, do amor ao “irmão lobo”, ao “irmão pássaro” ou à irmã árvore”, perspectivando a relação do homem com a natureza como uma forma de amar e respeitar o Criador Divino. O Direito começou, no entanto, por encarar o problema ecológico a partir de uma pré-compreensão antropocêntrica, isto é, considerando a protecção do ambiente como um instrumento necessário para a defesa da saúde e do bem-estar económico-social do homem. Só mais tarde, com o advento de uma verdadeira consciência ecológica, se afirmou uma pré-compreensão ecocêntrica, que considera o ambiente como um valor em si mesmo, digno de protecção jurídica, independentemente do interesse que a sua defesa e conservação possa ter para o próprio homem.

Um momento jurídico de enorme relevo na concepção do direito do ambiente à escala internacional, é a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1968, primeira expressão da inquietação da humanidade no tocante às repercussões que as mudanças súbditas do ambiente poderão acarretar para a condição humana. Concretamente em matéria de protecção dos recursos naturais, os preparos iniciaram-se em 1972, com a Conferência de Estocolmo realizada pela ONU, da qual resultou a UNEP (Programa das Nações Unidas Para o Ambiente). Esta declaração não teve força de lei, mas a sua importância decorre do facto de ela considerar o Direito do ambiente como um direito do homem, nos termos da Carta das Nações Unidas. Relevante para o Direito Internacional do Ambiente é o Princípio 21 daquela declaração, que tem sido uma bandeira fundamental, novamente desfraldada aquando da Conferência do Rio de Janeiro em 1992, onde se proclama o soberano direito dos

Estados a explorarem os seus recursos, prosseguindo as suas políticas de ambiente, mas assegurando que as actividades sob a sua jurisdição ou controlo não causem danos no ambiente de outros Estados.

Face a este panorama, escolhemos apresentar o caso da Fundição de Trail, normalmente rotulado de *fons et origo* do Direito Internacional do Ambiente, dando nota do seu efeito propulsor para uma série de instrumentos e documentos legais que dão vida ao Direito Internacional do Ambiente (como a já referida Declaração que resultou da Conferência de Estocolmo, bem como da do Rio de Janeiro).

PARTE I

ENQUADRAMENTO

O conhecido *Caso da Fundição de Trail*, opôs os Estados Unidos da América (doravante EUA) ao Canada, numa disputa arbitral que durou cerca de quinze anos (1926-1941). O conflito foi provocado pela poluição do ar através de fumos de dióxido de enxofre, emitidos pela Fundição de Trail, situada na Colúmbia Britânica, no Canada, e pertencente a uma empresa Canadiana (Consolidated Mining and Smelting Company of Canada, Limited, - de ora em diante designada Consolidate). Esses fumos produziram danos *materiais e ambientais* do outro lado da fronteira, no Estado de Washington, a um grupo de agricultores. A questão foi submetida a um tribunal arbitral constituído à sombra da *Convenção de Otawa* de 1935, que se debruçou sobre quatro questões (III Reports of International Arbitral Awards):

- I) Duração do dano causado ao Estado de Washington e indemnização a pagar;
- II) Cessação ou continuação da actividade da poluidora;
- III) À luz da resposta ao ponto anterior, quais as medidas e o regime a adoptar e manter na actividade industrial poluidora;
- IV) Qual o valor da indemnização ou compensação, se alguma, a pagar pelos danos provocados, pela violação da decisão do tribunal relativamente às duas questões anteriores.

A 16 de Abril de 1938, o Tribunal proferiu a **conclusão final** para a questão I) os danos a compensar ocorreram desde o primeiro dia de Janeiro de 1932 até ao dia 1

de Outubro de 1937 e a indemnização a pagar era de \$78,000-, e uma **decisão temporária**, quanto à questão II), III) e IV) o tribunal submeteu a fábrica a um **regime temporário** para proceder a um estudo mais profundo e elaborado das nuvens de fumo, sobre a supervisão de dois cientistas nomeados pelos dois Estados – adiando a decisão final (que só seria ditada a 11 de Março de 1941).

PARTE II

Após excluir a ocorrência de danos no lapso de tempo do dito regime temporário, o tribunal profere o famoso *dictum* (escrito numa *tabula rasa*): “*no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence” que imputa a responsabilidade, pela poluição operada pela fábrica, ao Canada (respondendo deste modo ao ponto II)). Em resposta à pergunta III), é imposto um regime de controlo das emissões de fumos contaminados por dióxido de enxofre e, por último, decide-se que será paga uma indemnização na eventualidade de danos futuros (ponto IV), apesar da elevada certeza quanto à eficácia do regime prescrito.*

1. A DECISÃO: BREVE APRECIÇÃO CRÍTICA

Vejam, então, alguns aspectos específicos da decisão.

1.1. **A delimitação do dano.** Desde sempre e, segundo cremos, em todos os sistemas jurídicos, foi ponto assente que nem todos os danos davam lugar a reparação e que, os lesados tinham de suportar, sem direito a compensação, os danos *normais* (Martin 1991, 115-142). Além disso, os danos em questão, *não – acidentais*² (causados por uma *actividade contínua e gradual*, distintos daqueles outros imprevisíveis e repentinos), resultam do *normal e quotidiano* funcionamento de actividades industriais e agrícolas pelo que a prática internacional tem reclamado a exigência de um *limiar* para o dano em causa (Hanquin 2003, 13).³ Em Trail

2 A Autora distingue *os danos não-acidentais* – como a emissão de fumos industriais – *dos danos acidentais*, imprevisíveis e repentinos - como o transporte marítimo de óleo, as actividades espaciais, e as actividades nucleares -.

3 Esta reclamação justifica-se à luz do conceito de desenvolvimento sustentável que requer um diálogo entre o desenvolvimento económico e a protecção ambiental. Adiante ocupar-nos-emos desta noção.

Smelter, o Tribunal deixou claro que o Estado só seria responsável por “consequências sérias”, tal como, mais tarde, viria a fazer no caso do *Lago Lanoux* – aqui, o Tribunal insistiu que o dano reclamado fosse “sério e real” o que acabou por prejudicar a Espanha –.

1.2. **O dictum.** Um leitor do século vinte e um, com uma *visão ecocêntrica*,⁴ não fará uma defesa tão apologética daquele dictum, nem mesmo da decisão. Antes, focar-se-á na crítica aos exigentes *padrões de prova* em que o tribunal se alicerçou: **(I)** “*the case must be of serious consequences*”⁵; e **(II)** “*the injury must be established by clear and convincing evidence*”. Aparentemente, é difícil extrair destas condições probatórias o corpo do *princípio da precaução* moderno, de acordo com o qual as medidas a adoptar, de modo a evitar danos ambientais sérios, devem ser tomadas mesmo na ausência de provas científicas claras e convincentes.⁶ Não devia o Direito erguer-se e tomar o partido da protecção do ambiente no lugar de proteger a origem da poluição? Porque não exigir uma prova meramente perfunctória ou aparente? I.é, aquela prova qualificada, dificilmente concede uma maior protecção ao ambiente, antes circunscreve uma aplicação generalizada do princípio *sic utere tuo ut alienum non laedas* (*utiliza a tua propriedade de modo a não prejudicares a do outro*). Daqui parece resultar que **(I)** só há responsabilidade do Estado, por poluição do ar, quando houver prova absoluta da consequência económica do dano e, **(II)** se essa prova não for realizada não haverá responsabilidade internacional por actos de poluição. Deste modo, a necessidade de uma prova tão exigente quase destrói a própria existência de uma ilegalidade. As explicações encontradas são muitas. ALLUM (ALLUM 2003, 26)⁷ alude a uma *hierarquização de interesses* (a *importância económica*,

4 A questão essencial que opõe as várias correntes éticas ambientais é a localização do valor fundamental: as éticas antropocêntricas localizam-se no Homem e as éticas ecocêntricas nos sistemas ecológicos. Ora, tendencialmente, verificamos que, tanto lógica como cronologicamente, o ponto de partida foram as éticas antropocêntricas, e o ponto de chegada as éticas ecocêntricas.

5 Ver o que foi dito, supra, relativamente ao *limiar do dano*.

6 Clarifique-se, a crítica não incide sobre a exigência *da gravidade do dano*, mas antes no penoso caminho a percorrer para o provar. Adiante damos conta de doutrina que aponta mesmo para um anúncio do Princípio da Precaução na própria *metodologia processual* adoptada pelo tribunal.

7 “*Far from being an expansive declaration on state liability, The Tribunal ultimately constructed an extraordinarily narrow doctrine on transnational air pollution that erased national borders to protect the sovereignty of industrial production in North America. And for this, the Trail Smelter arbitration’s enduring legacy has proven to be more toxic than legal*”.

nacional e transnacional, que esta indústria representa versus o quase irrelevante *dano ambiental e económico* dos agricultores Norte Americanos). MCCAFFREY (McCaffrey 2003, 39) aponta noutra direcção, que assenta no esforço de resolução do *conflito de soberanias*. A Convenção de Otawa denuncia a vontade dos próprios Estados, em chegar a uma solução matizada (justa e equilibrada) para *ambas* as partes em vez de uma apreciação a preto e branco do caso (Handl 1975). Ou seja, não cercear o direito soberano do Canada, de usar o seu território como bem lhe aprouver, sem a prova *clara e evidente* da sua interferência no território soberano dos EUA.⁸

Mas, voltando à questão, *só interferindo com a soberania do Canada é que o tribunal podia salvaguardar a soberania dos EUA; mas o que legitimaria que só fosse afectada a soberania de um dos dois Estados?* Como resolver este nó Górdio? Baseando-se em estudos técnicos e científicos, o tribunal chegou a uma solução equilibrada com base numa *partilha de “custos”*, entre a fábrica Canadiana e a comunidade agrícola dos EUA,⁹ implementando um regime de controlo de poluição, aplicável à fábrica no Canadá, que permitia um baixo nível de emissões de dióxido de enxofre (que irremediavelmente atravessariam a fronteira) mas que não envolvesse nenhuma violação, por parte do Canadá, da integridade territorial dos EUA, de acordo com o Direito Internacional Geral.¹⁰

Esta ideia encontra ecos no conceito, conhecido na Europa, de “relações de vizinhança”. Ser um “bom vizinho” (quer seja uma pessoa ou um Estado) implica tolerar, uma certa interferência, no aproveitamento da propriedade (no contexto do caso, os EUA deveriam tolerar pequenas e insignificantes intromissões, aquelas que transpusessem esse nível seriam inaceitáveis). Quanto a nós, parece tratar-se de uma tímida aproximação ao moderno conceito de *desenvolvimento sustentável*.¹¹

8 O autor discute se *actividades legais per si*, num Estado, que originam efeitos ambientais num outro Estado, poderão gerar responsabilidade *mesmo que esses efeitos/impactos não resvalam em danos materiais*.

9 Esta solução é criticada por ALLUM que, olhando o caso pela óptica ecocêntrica alerta para o facto de esta “harmonização” de interesses implicar um elevado prejuízo ambiental, aceitável contudo, como um custo de produção industrial.

10 Estas considerações apontam para visão bastante *estatocêntrica* (ou, simplificando, política) do problema, descuidando qualquer tipo de preocupação ambiental.

11 Cf. a nossa Parte III.

1.3.Os auxiliares não-governamentais das partes. MILLER chama a atenção para um aspecto que nem sempre é tomado em consideração quando se fala desta decisão: o importante papel desempenhado por actores não estatais. O Direito Internacional do Ambiente, surge numa época em que a *sociedade civil global*¹² e as *empresas multinacionais* revolucionam o Direito Internacional geral com a proposta de uma nova ordem mundial. A decisão de Trail - apesar de tomada numa altura em que, as chamadas ONG (ou organizações não governamentais), ainda não ocupavam o lugar que ocupam hoje na comunidade internacional - é fruto da persistência da CPA (citizen's protective association), uma ONG orientada para a defesa dos agricultores do Estado de Washington, que aditou mais um tema à agenda internacional: a poluição transnacional. Por sua vez, do lado Canadano da discussão, apresentou-se, em representação dos *interesses industriais internacionais*,¹³ a poderosíssima Consolidate. Este encontro de actores não estatais é paradigmático no Direito Internacional do Ambiente Contemporâneo, sobretudo nas questões levantadas pelas alterações climáticas. MATHEWS (Mathews 1997, 50) nota uma redistribuição do poder, no pós-Guerra Fria, entre os Estados, os mercados e a sociedade civil global, espelhada por exemplo, na participação de representantes da sociedade civil nas negociações do Protocolo de Quioto, superior aos delegados dos Estados (Bestill *apud* Miller 2003, 171). Outro apontamento avançado por SPETH (Speth *apud* Miller 2003, 180), em *Red Sky at Morning*, tem que ver com o típico conflito entre interesses económicos e interesses ambientais. De facto, as posições negociais dos Estados estão, em certos assuntos chave, pré-determinadas pelos interesses de alguns sectores económicos, de tal modo que comprometem alguns acordos em questões ambientais globais. Assim, tornou-se impossível abordar assuntos internacionais, que envolvam problemas ambientais sem, ao mesmo tempo, sopesar interesses industriais internacionais. Até porque, no *modelo Moderno de Direito*

12 A consolidação de uma *sociedade civil global* prende-se com o florescimento de organizações internacionais na comunidade internacional e com o reforço do estatuto jurídico - internacional dos indivíduos e das pessoas colectivas de direito privado. Esta característica é uma das notas do Direito Internacional Moderno (desde a Carta das Nações Unidas até aos dias de hoje)

13 Pretende-se evidenciar a *natureza globalizada* dos interesses em causa que, inevitavelmente, influenciaram toda a defesa Canadana.

*Internacional*¹⁴, a cooperação activa das corporações multinacionais, é a pedra de toque para a implementação dos regimes ambientais acordados pelos Estados.

1.4. **Os resultados.** Com esta decisão tornou-se clara a **(A)** certeza, em matéria de actividades poluentes, de que o poluidor poderá continuar as suas manobras, desde que não cause um dano **(I)** directo e mensurável **(II)** em termos económicos para a produção agrícola ou industrial de um segundo Estado. **(B)** o Tribunal parece ter levado a cabo uma aplicação estrita das regras de responsabilidade baseada na não observância do dever de diligência que recaia sobre o Canada, ao permitir que as emissões de fumo escapassem do seu território.¹⁵ **(C)** Esta sentença reescreve uma regra, antes tida por absoluta e normalmente aplicável no Direito Internacional Geral, proibindo a invasão física das fronteiras de um Estado, permitindo, agora, essa invasão desde que não implique prejuízo. E, deste novo ditame Internacional, emerge uma outra certeza, a de que um Estado não logrará qualquer sucesso se apresentar uma queixa, com base em emissões perceptíveis (físicas) às portas das suas fronteiras, a menos que fique provado (de modo *evidente*) a existência de danos actuais, substanciais, tangíveis e mensuráveis economicamente, a um interesse tradicional do Estado queixoso (*a contrario*, os actos poluentes incapazes de provocar danos desta natureza – se é que há *dano* quando a medida económica não convém ... - não são aptos para accionar a responsabilidade internacional).¹⁶

PARTE III

1. O CASO DA FUNDIÇÃO DE TRAIL: UM REFLEXO DO FUTURO?

1.1. No desenho da árvore genealógica originada por este caso distinguem-se dois ramos, **(I) o político** – que tenta conciliar o respeito pela soberania com uma liberalização do dictum proferido em Trail - e o **(II) judicial** – que, tipicamente, omite a qualquer menção à soberania. *Nas negociações e acordos políticos* destaca-se o **Princípio 21 da Declaração de Estocolmo**¹⁷ - onde se pode ler “em conformidade

14 Referimo-nos ao período compreendido entre a Carta das Nações Unidas até aos nossos dias.

15 Remete-mos para a nossa Parte III, ponto 2.

16 De novo, o *antropocentrismo* (aqui até, como já dissemos, *estatocentrismo*). O ambiente é reduzido ao entorno natural do Homem, desligado de qualquer valor intrínseco. A natureza é tomada em consideração apenas de maneira indirecta, não passa daquilo que envolve o ser Humano, a periferia, portanto, e não o centro.

17 Adoptada a 16 de Junho de 1972, em Estocolmo, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio

com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de Direito Internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar os seus próprios recursos em aplicação da sua política ambiental e a obrigação de se assegurar de que as actividades desenvolvidas dentro da sua jurisdição, ou sob o seu controlo, não prejudicam o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição nacional ” (sublinhados nossos) – reafirmado, vinte anos mais tarde, no princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.¹⁸ Este princípio tem a sua própria descendência nomeadamente, na Convenção sobre a Diversidade Biológica de 5 de Junho de 1992, na Convenção sobre a Desertificação celebrada em Paris em 1997, e na Convenção - Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança no Clima celebrada em Maio de 1992.¹⁹ **No outro lado da família**, o lado judicial, supostamente independente dos constrangimentos políticos que influenciaram o Princípio 21, libertou aquela obrigação das amarras impostas pela soberania. Numa primeira fase, na interpretação do Tribunal de Justiça Internacional (TJI) sobre a legalidade do uso de armas nucleares (Tribunal de Justiça Internacional 1996, 241) e, posteriormente, no caso que opôs Hungria e Eslováquia, também conhecido como Gabčíkovo-Nagymaros Project.²⁰

1.2. Para além disto, o caso de Trail anuncia alguns conceitos que, mais tarde, surgem claros no Direito Internacional do Ambiente e que passamos, agora, a analisar.

1.2.1. TRAIL E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. A preocupação do tribunal com a promoção de um *desenvolvimento sustentável* revelou-se na fórmula que

Ambiente Humano.

18 A conferência das Nações Unidas no Rio, em Junho de 1992, sobre o ambiente e o desenvolvimento, teve o mérito de reatualizar o tema ecológico, integrando aí os factores económicos, sociais e políticos inerentes às necessidades do Terceiro Mundo. Esta nova forma de ver globalmente o planeta deu todo o seu efeito à clivagem tecno - científica entre o Norte e o Sul, mas nem por isso ocasionou princípios de acção rigorosamente comuns aos respectivos países.

19 Outras convenções o podem evidenciar, como a *Convenção de Geneve sobre Poluição Transfronteiras* e os seus oito protocolos, o acordo celebrado entre os EUA e o Canada sobre a qualidade do ar, a *Convenção de Viena sobre a protecção da Camada do Ozono*, o *Protocolo de Montreal sobre as substâncias depositadas na camada do Ozono*, e o *Protocolo de Quioto*.

20 Aqui, o tribunal comprovou a existência de uma obrigação geral para os Estados de assegurarem que as actividades dentro da sua jurisdição e controlo respeitem o ambiente de outro Estado ou área fora do controlo nacional e determinou que esta fazia parte do **corpus do Direito Internacional relacionado com o Ambiente**. Alguma doutrina, como MCCAFFREY (McCaffrey 2003, 42), entendem que este princípio faz parte do *Costume Internacinal*.

encontrou para reconciliar os interesses em conflito (o interesse do Canadá no desenvolvimento económico do seu Estado²¹ vs. os danos ambientais provocados no Estado de Washington). O grande desafio da Humanidade é o de encontrar respostas, para que o desenvolvimento dos Estados não aconteça de forma predatória, comprometendo os recursos para as futuras gerações. I. é., as actividades económicas não podem, de forma alguma, “estrangular” o ambiente. Para a generalidade da doutrina, este princípio comporta uma *vertente ambiental* (analisada numa série de princípios ambientais como o princípio do nível elevado de protecção ecológica, o princípio da precaução, o princípio da integração, o princípio da prevenção e o princípio do poluidor - pagador), uma *vertente social* (corresponde à ideia de democracia ambiental pela participação do público nos processos ambientalmente relevantes) e uma *vertente económica* (consiste na promoção de actividades duradouras – porque baseadas em recursos renováveis e respeitando a sua capacidade de renovação - e, ainda, na plena internalização dos custos sociais e ambientais das actividades económicas ou, quando isso seja possível, na redistribuição equitativa desses custos). O princípio pode resumir-se assim: desenvolvimento admissível é aquele que responde às necessidades do presente, sem comprometer a capacidade das gerações futuras para responderem às suas próprias necessidades. Consequentemente, as retiradas do *stock* de recursos não devem ser superiores ao crescimento natural dos recursos, e a sustentabilidade da exploração requer, no mínimo, a manutenção no tempo, de um *stock* constante de capital natural. Por outras palavras: podemos consumir os rendimentos do capital, e não o próprio capital. As origens do princípio do desenvolvimento sustentável remontam à Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano de 1972, em Estocolmo e ao Princípio 4 da Conferência do Rio de 1992.²²

1.2.2. DA MONITORIZAÇÃO CONTINUA EM TRAIL PARA A AVALIAÇÃO DE IMPACTE AMBIENTAL ATÉ AO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. JACOBSON (Jacobson 2003, 151) entende que a consequência mais significativa da decisão de

21 À data da arbitragem, a fábrica de Trail era a mais moderna e a mais bem equipada fábrica de fundição da América do Norte. Para além disso, representava um dos maiores empregadores de *British Columbia* e o Governo Canadano recebia em média cerca de um milhão de dólares, anualmente, em impostos.

22 Aqui, pode-se ler, “ Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a protecção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste”.

Trail, é a obrigação que o tribunal impôs ao Canada de adoptar um *regime de monitorização ambiental contínuo*. Contudo, no entendimento do autor, esta obrigação não vale por si, é uma *parcela* do dever de realizar a avaliação de impacte ambiental.²³ É uma regra de puro bom senso, que determina que, em vez de tentar contabilizar e reparar os danos, se tente, sobretudo, *evitar a ocorrência de danos*. Destacamos três razões para a preponderância do princípio da prevenção. *A primeira* tem que ver com a irreversibilidade dos danos ambientais já que, por vezes, depois de a poluição ou a degradação ocorrerem, os danos ambientais são impossíveis de remover. A restauração natural, envolvendo a reposição da situação anterior ao dano, deverá ter sempre prioridade absoluta sobre a solução de compensação por equivalente que, em muitos casos, nem sequer é possível. *A segunda*, tem que ver com aqueles casos em que a reconstituição natural é materialmente possível mas é de tal modo onerosa, que esse esforço não pode ser exigido aos poluidores. *A terceira e última* razão, resulta da prova de que, economicamente, é sempre muito mais dispendioso remediar do que prevenir. A prevenção da poluição compensa porque os custos económicos das medidas necessárias a evitar a ocorrência de poluição são sempre muito inferiores aos custos económicos das medidas de “despoluição”, após a ocorrência do dano, aos quais há sempre que acrescentar os custos sociais e ambientais do próprio dano.

A aplicação deste princípio implica a adopção de *medidas antes* da ocorrência de um dano concreto cuja origem é conhecida, com o fim de *evitar a verificação de novos danos ou*, pelo menos, *de minorar significativamente* os seus efeitos.²⁴

1.2.3. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. O tribunal de Trail viu-se obrigado a adoptar um processo um tanto *atípico* na tomada da decisão final. Impulsionado pela falta de provas científicas e pressionado pelo interesse dos Estados no sentido de chegar a uma decisão justa para ambas as partes, o tribunal adoptou uma série de medidas preliminares e preventivas (i.é., um regime provisório) enquanto pesquisava informação (através da realização de estudos técnicos) que lhe permitisse impor um

23 Esta interconexão entre a avaliação de impacte ambiental e a monitorização contínua, em contexto internacional, resulta de modo bem explícito, da Convenção sobre a Avaliação de Impacte Ambiental que permite a uma parte requerer uma monitorização contínua de um projecto para o qual se realizou a avaliação de impacte ambiental.

24 Cf. a nível de instrumentos convencionais, o já mencionado princípio 21 da Declaração de Estocolmo e o princípio 2 da Declaração do Rio, expressões consagradas deste princípio.

regime de monitorização e controlo permanente. Esta metodologia não é mais do que um esboço do moderno entendimento do *Princípio da Precaução*.

Num mundo com escassos *recursos* e numa sociedade minada por uma série de *riscos*, os decisores são confrontados com escolhas bastante difíceis aquando da delimitação do que é prioritário. As incertezas (até científicas) que rodeiam os potenciais danos ambientais, frequentemente servem de freios, quando chega o momento de atribuir à protecção ambiental um lugar prioritário na agenda decisória. Assim, as actividades que envolvem riscos ambientais, são historicamente disciplinadas (se é que o são) de acordo com uma lógica *post-hoc*. Ou seja, as medidas são tomadas quando já ocorreram gravíssimos e (muitas vezes) irreversíveis prejuízos ambientais. O princípio da precaução surge então, como um antídoto contra este tipo de método decisório (Bratspies 2003, 155). Em 1981, a Carta Mundial para a Natureza²⁵, reconheceu internacionalmente o princípio, mas foi o Princípio 15 da Declaração do Rio²⁶ que serviu de antecessor para que uma série de convenções internacionais o incorporassem sem tergiversações.²⁷ Comum às diferentes formulações do princípio da precaução, é o reconhecimento de que *a certeza* do dano ambiental não é condição necessária para a adopção de medidas de combate ao mesmo. Ao contrário do princípio da prevenção, o princípio da precaução tem a sua máxima aplicação em casos de dúvida. Significa que o ambiente deve ter a seu favor o benefício da dúvida, quando haja incerteza, por falta de provas científicas evidentes, sobre o nexo causal entre uma actividade e um determinado fenómeno de poluição. Até se fala numa espécie de *in dubio pró ambiente*, i.é., na dúvida sobre a perigosidade de uma certa actividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente.

Assim entendido, este princípio rasga os horizontes do Direito Internacional do Ambiente à *cooperação internacional*, na difícil tarefa da protecção ambiental

25 Vide Carta Mundial Para a Natureza (World Charter For Nature) , G.A. Res. 7, U.N.GAOR, 37 Sessão, U.N. Doc. A/37/L.4 e Add. 1 (1982), **“when potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed”**.

26 **“In order to protect the environment, the precautionary principle approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damages, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation”**

27 V. *inter alia*: a *Convenção Sobre a Diversidade Biológica* de 1992 (United Nations Convention on Biological Diversity), a *Convenção de Bamako* de 1991 (Bamako Convention on the Ban of the Import Into Africa and the Control of Transboundary Movement and Management of Hazardous Wastes Within Africa), e o *Tratado POP's* de 2001 (Stockholm Convention on Implementing International Action on Certain Persistent Organic Pollutants).

facilitada doravante, pela avaliação de impacte ambiental (uma *obrigação* que recai sobre os Estados, de determinar os efeitos de uma actividade potencialmente prejudicial e de considerar alternativas menos perigosas).

Na decisão de Trail, a *mera alegação de dano, accionou um dever de investigação*, que recai também sobre o Estado que alegadamente era a fonte do dano (uma antecipação daquilo que seria a obrigação de avaliação de impacte ambiental), para determinar se a fábrica era ou não, afinal, fonte de danos ambientais.²⁸ Apesar das medidas de precaução, constantes do regime temporário imposto pelo tribunal, terem sido adoptadas só após a prova do dano, a simples alegação de dano originou uma obrigação de investigar.

1.2.4. O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR. Os primeiros instrumentos jurídicos internacionais sobre a matéria foram duas recomendações do conselho da OCDE, uma de 26 de Março de 1972 e, outra, de 14 de Novembro de 1974, incidindo sobre os aspectos económicos das políticas do meio ambiente no plano internacional. Encontra-se, também, consagrado no Princípios 13 e 16²⁹ da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1972.

É uma ideia errada atribuir a este princípio (abreviadamente designado como PPP) uma natureza curativa e não preventiva, uma vocação para intervir *a posteriori* e não *a priori*. Apesar de a formulação do PPP poder recordar o princípio jurídico segundo o qual quem causa um dano é responsável, devendo suportar a sua reparação, o PPP **não se reconduz a um mero princípio de responsabilidade civil** (Gomes Canotilho 1998, 51). A identificação do PPP com o princípio da responsabilidade não corresponde ao sentido com que o PPP historicamente surgiu, há cerca de duas décadas, formulado primeiro pela OCDE e recebido, pela Comunidade Europeia. A prossecução dos fins de melhoria do ambiente e da qualidade de vida, com justiça social e ao menor custo económico, será indubitavelmente mais eficaz se cada um dos

28 Note-se que à data, a ideia de que a poluição do ar podia causar danos a grande distância da sua origem, não estava ainda bem assente.

29 No princípio 13 pode-se ler: “Os Estados devem desenvolver legislação nacional relativa à responsabilidade e indemnização das vítimas de poluição e outros danos ambientais. Os Estados devem ainda cooperar de forma expedita e determinada para o desenvolvimento de normas de direito internacional ambiental relativas à responsabilidade e indemnização por efeitos adversos de danos ambientais causados, em **áreas fora** da sua jurisdição, por **actividades dentro** da sua jurisdição ou sob o seu controlo”; O princípio 16 proscreve que “Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos económicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais”.

princípios se “especializar” na realização dos fins para os quais está natural e originalmente mais vocacionado, (I) o princípio da responsabilidade, para a reparação dos danos causados às vítimas e, (II) *o PPP, para a precaução, prevenção e redistribuição dos custos da poluição.*

O PPP é o princípio que, com maior eficácia ecológica, com maior economia e equidade social, consegue realizar o objectivo de protecção do ambiente. Os fins que o PPP consegue realizar são a precaução e a prevenção de danos ambientais e a justiça na redistribuição dos custos das medidas públicas de luta contra a degradação do ambiente. Por força do PPP, aos poluidores, não podem ser dadas outras alternativas que não a de deixar de poluir ou, então, ter que suportar um custo económico em favor do Estado que, por sua vez, deverá afectar as verbas assim obtidas, prioritariamente, a acções de protecção do ambiente. Assim, os poluidores terão que fazer os seus cálculos, de modo a escolher a opção economicamente mais vantajosa: tomar todas as medidas necessárias a evitar a poluição, ou manter a produção no mesmo nível e condições e, conseqüentemente, suportar os custos que isso acarreta. Assim, se o valor a suportar pelos poluidores, for bem calculado, atingir-se-á uma situação socialmente mais vantajosa: a redução da poluição a um nível considerado aceitável (nível esse que, em alguns casos, pode ser próximo de zero) e a criação simultânea de um fundo público destinado a: (I) combater a poluição residual ou acidental, (II) auxiliar as vítimas da poluição, (III) custear as despesas públicas de administração, planeamento e execução da política de protecção do ambiente. Se, mesmo depois da aplicação do PPP, a situação alcançada ainda não for a ideal e houver poluição a mais, ou fundos a menos, então o legislador deverá elevar um pouco mais o montante dos pagamentos a efectuar pelo poluidor, até conseguir que ele adopte o comportamento considerado ambientalmente desejável. Por isso, o montante dos pagamentos a impor aos poluidores não deve ser proporcional aos danos provocados mas antes aos custos de precaução e prevenção do ambiente.³⁰ Só assim os poluidores serão motivados a escolher entre, poluir e pagar (ao Estado), ou pagar para não poluir (investindo, por exemplo, em processos produtivos ou matérias-primas menos poluentes, ou em investigação de novas técnicas e produtos alternativos).

30 Volte-se a recordar que o PPP actua antes e independentemente dos danos ao ambiente terem ocorrido, antes e independentemente da existência de vítimas. Por isso, os pagamentos decorrentes do PPP devem ser proporcionais aos custos estimados, para os agentes económicos, de precaver ou de prevenir a poluição.

Existe um *consensus minimis*³¹ quanto ao principal contributo desta decisão: a criação de uma obrigação de prevenção de danos ambientais transnacionais que assume a forma de obrigação de *diligência*. Deixamos esta questão para o próximo capítulo.

2. O DANO TRANSNACIONAL AMBIENTAL: QUE RESPONSABILIDADE?

Não é tarefa fácil procurar na sentença *o fundamento substancial* da responsabilidade do Canada e, até na actualidade, não é unânime a justificação na qual assenta a responsabilização do Estado por danos ambientais transnacionais. Avistam-se duas propostas,

(A) *State liability*³² distingue-se da State's Responsibility por abarcar situações em que não há uma conduta ilegal ou ilícita apesar de essa mesma conduta ter provocado um dano. O instituto da responsabilidade internacional objectiva surgiu como contraponto do instituto da responsabilidade internacional por factos ilícitos. I.é, trata-se de uma ***categoria residual*** face àquela pois só ocorre quando faltarem um ou mais pressupostos da responsabilidade por factos ilícitos.

(B) *State Responsibility* ou a responsabilidade internacional por factos ilícitos.

Previamente aponte-se uma distinção, bem conhecida, entre **normas primárias** e **normas secundárias**. As primeiras são as que impõem determinadas obrigações de conduta aos destinatários, já as normas secundárias destinam-se a fixar as consequências jurídicas que se ligam à violação das normas primárias (Ferreira de Almeida 2003, 226). O instituto da responsabilidade internacional (ou seja, o conjunto da relações jurídicas novas emergentes da prática de um facto ilícito, i.é., da violação de uma obrigação internacional primária), situa-se no campo das normas secundárias.

31 As divergências são mais que as convergências segundo GUNTHER HANDL (Handl 2003, 132).

32 É, entre nós, conhecida como responsabilidade objectiva ou pelo risco: derivada de actividades (lícitas) ou não proibidas pelo Estado.

2.1. A DOCTRINA DA DILIGÊNCIA³³

Uma parte da doutrina, *rejeitando a teoria do risco* e, portanto, a responsabilização objectiva do Estado, centra-se em torno das **obrigações** que recaem sobre o Estado, impostas pelo Direito Internacional (Ellis 2003, 56). Estes autores sustentam que a responsabilidade do Estado é aferida *nos termos gerais (i.é responsabilidade por factos ilícitos)*, defendendo a existência de um **dever de diligência**.³⁴

HANQUIN (Hanquin 2003, 162), acompanhada por grande parte da doutrina (Dupuy e Hoss 2003, 225), defende a existência de uma obrigação de diligência, de prevenir a produção de danos. Ao Estado - que de acordo com o *princípio da soberania territorial* é internacionalmente responsabilizado por actos desenvolvidos dentro das suas fronteiras -, incumbe actuar diligentemente, no sentido de averiguar e impor que actividades potencialmente perigosas, sejam exercidas com a **melhor técnica, impondo escalões e objectivos através de legislação adequada**.

Em termos genéricos, a “*due diligence*” reclama a introdução de política, legislação e controlo administrativo, aplicável ao sector público e privado, adequadas a prevenir e minimizar o risco de danos ambientais para outros Estados. É, no fundo, a conduta de um “*bom governo*”, mensurável em termos de proporcionalidade e conformidade perante o grau de risco no caso concreto. Por exemplo, actividades consideradas *ultra-hazardous*, requerem um comportamento do Estado bem mais vigoroso, tanto na legislação como na execução e controlo. O conteúdo concreto da diligência esperada, é apreciado com o recurso a variados factores, como o tamanho da operação, a sua localização, as condições específicas de clima, os materiais usados na actividade, etc.

Quanto à sua natureza, trata-se de uma *obrigação de conduta*³⁵ e não de resultado,³⁶ devendo o Estado cumprir uma série de *deveres procedimentais*³⁷ (que

33 Em inglês, *The Doctrine of Due Diligence*.

34 A prática de um facto internacionalmente ilícito desencadeia a responsabilidade internacional subjectiva. É esse o *primeiro* pressuposto que se verifica sempre que um Estado viole, por acção ou por omissão, uma obrigação internacional a cuja observância esteja vinculado (exactamente o mesmo consta da versão definitiva dos artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade internacional do Estado, que adiante estudaremos). O *segundo* pressuposto é o nexo de imputação do referido facto ilícito ao Estado. O *terceiro* pressuposto é a ocorrência de danos e, o *último* requisito, é o nexo de causalidade entre certo comportamento e os danos dele advindos.

35 O escopo desta obrigação não engloba uma prevenção total do dano, se isso não for possível. Por esta razão, mantém-se a legalidade de actividades ultra-perigosas como a produção de energia nuclear.

concretizam **o limiar mínimo de conduta** exigido ao Estado) resultantes de vários mecanismos internacionais: o dever de avaliação do risco de modo a prevenir, reduzir e controlar os efeitos adversos das actividades potencialmente perigosas,³⁸ o dever de notificar e o direito a ser notificado,³⁹ o dever de consultar e de negociar.⁴⁰

Em suma, a responsabilidade, entendida nestes termos, considera que o Estado de origem foi inadimplente por não observar o dever de diligência do qual brotam os *limiares de legalidade das actividades perigosas ou ultra-perigosas*, desenvolvidas num Estado.

Entendida como *Costume Internacional* (Ferreira de Almeida 2003, 159),⁴¹ esta obrigação encontra no Princípio 2 da Declaração do Rio (e em toda a sua descendência), no artigo 194º da CNUDM (Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar) e no artigo 3º dos Prevention Draft Articles⁴² a sua concretização mais definida.

36 As obrigações de resultado impõem ao agente o **dever de evitar a produção do dano**, não bastando agir com a diligência devida para obstar a que aquele se verifique.

37 Cf. por exemplo, o artigo 194 da *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar*; o artigo 2 da *Convenção sobre a Avaliação de Impacte Ambiental num contexto transfronteiriço*, celebrada em 1991; o artigo 2 da *Convenção de Viena para a protecção da camada do Ozono celebrada em Viena*, 1985.

38 Expresso no artigo 14 do Acordo sobre a conservação da natureza e dos recursos naturais, celebrado em Kuala Lumpur no dia 9 de Julho, de 1985, e na Convenção sobre a Avaliação de Impacte Ambiental no Contexto Transnacional concluída em Espoo na Finlândia, em 1991.

39 Assim que a avaliação revele o risco de danos transfronteiriços, o Estado origem do dano (doravante Estado activo), deve notificar o Estado potencialmente afectado, da actividade planeada, em tempo útil. Entende-se que com esta informação o Estado eventualmente afectado, pode adoptar medidas de prevenção mas, a prática internacional tem revelado que o exercício da actividade em questão não fica sujeito ao consentimento do Estado notificado. (cf. o artigo 3º da *Convenção sobre a Avaliação de Impacte Ambiental no Contexto Transnacional* de 1991).

40 Esta obrigação foi consagrada em diversos instrumentos internacionais, como no artigo 142º/2 da *Convenção de Direito do Mar* (Montego Bay, 10 de Dezembro de 1982) e, no *Caso do Lago Lanoux*, o Tribunal incitou as partes a negociarem um acordo. Este requisito *não* significa uma qualquer autorização do Estado consultado. De outro modo, este teria um verdadeiro direito de veto, paralisando o exercício da jurisdição e soberania territorial do outro Estado. Não é esta a teleologia do dever. No contexto actual, em que as distinções entre os assuntos locais, regionais e internacionais – sobretudo no ambiente – tendem a diluir-se, o que se pretende é conciliar a cooperação inter-estadual com os limites impostos pelos direitos soberanos do Estado activo.

41 O costume, como *fonte formal* – as fontes materiais são os fundamentos sociológicos das normas internacionais - de Direito Internacional, ocupa um lugar insubstituível sobretudo nos modos de revelação das normas internacionais. Referido no artigo 38º do ETIJ, é um modo espontâneo de surgimento de normas jurídicas, cujo concreto alcance só mediante a análise de determinados comportamentos se tornará visível (*processo social empírico*). O costume baseia-se no comportamento dos Estados, em práticas adoptadas ao longo de certo período, às quais se associa uma convicção de obrigatoriedade jurídica (na falta desta convicção estamos face a um mero uso).

42 Adiante estudados, no ponto 3

Se a principal vantagem da indeterminação da conduta de “*um bom governo*” é a flexibilidade e capacidade de responder a diferentes circunstâncias, a principal desvantagem é a sua formulação genérica e os seus contornos bastante fluídos. Reclama-se algo mais na conformação do seu conteúdo. A definição da proporcionalidade e adequação da actuação governamental, concretiza-se caso a caso, mas a proliferação de *padrões ambientais admissíveis* (através de estudos técnicos e científicos) é um modo de fornecer a *de facto*, se não mesmo *de iure*, pontos de referência autoritários, deste modo reduzindo a incerteza que gira em torno do que constitui uma obrigação de boa diligência na prevenção, controlo e diminuição dos danos transnacionais.

As vozes que se levantam em defesa desta vertente da responsabilidade, entendem que a generalização da responsabilidade objectiva corresponderia a uma generalização da *responsabilidade absoluta*, com uma conseqüente regressão na evolução do instituto da responsabilidade, por um lado, e um *afrouxamento* no cuidado com que se desenvolvem determinadas actividades, dada a irrelevância do cumprimento do dever de diligência, por outro. Cercearia, ainda, a inovação e o pioneirismo, dado o carácter incerto e imprevisível dos efeitos de certas actividades no seu estágio inicial.

2.2. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL OBJECTIVA OU STATE’S LIABILITY

A responsabilidade pelo risco é aquela que resulta de actividades que, não sendo proscritas (são lícitas) pelo Direito Internacional, são, pela sua própria natureza, perigosas e susceptíveis de causar danos, independentemente de ilicitude e de culpa, assentando a sua matriz na ideia de risco (Ferreira de Almeida 2003 e Brito 2008, 491). No panorama internacional, com os progressos da ciência e da técnica, tornou-se crescente a exploração de actividades perigosas ou *ultra-hazard*, em si mesmas, não proibidas pelo ordenamento jurídico, mas susceptíveis de causar graves danos ao homem e ao ambiente.⁴³ A objectivação da responsabilidade é uma forma de os sistemas jurídicos realizarem cabalmente a sua função, i.é., estabelecerem um conjunto de mecanismos, ao nível normativo, de prossecução dos valores de Justiça e Segurança. Estes mecanismos devem estar em permanente adaptação às circunstâncias sociais, políticas e económicas onde se desenvolvem as relações que

⁴³ Parece, então, não qualquer violação a uma norma primária.

pretendem regular. Numa sociedade em que *o risco acompanha a actividade humana* (Almeida Costa 2009, 459), pode recorrer-se à *teoria do risco*, para explicar que, aquele que utiliza em seu proveito coisas intrinsecamente perigosas (i.é., que envolvem riscos), deve suportar as eventuais consequências prejudiciais do respectivo emprego (*ubi emolumentum, ibi ónus; ubi commoda, ibi incommoda*). Assim, relativamente a determinadas actividades, *a causalidade entre essa actividade e os danos provocados é o suficiente para desencadear a responsabilidade* (ou seja, o Estado é responsabilizado mesmo que observe a devida diligência, desde que o resultado se produza). Este teoria justifica a exigência de compensações económicas ainda que por condutas lícitas, invocando-se princípios de justiça distributiva, equidade ou culpa social. A ideia é a mesma que a do plano interno, não permitir que a vítima suporte sozinha os custos de uma actividade perigosa mas socialmente relevante, devendo recair no seu principal beneficiário o custo imediato, eventualmente com repercussão na comunidade globalmente considerada.

Em termos de *doutrina*, a adesão dos ordenamentos jurídicos internos à consagração da responsabilidade pelo risco é clara. Já não assim no plano internacional. Aqui, o actual estado da *doutrina* é o da falta de consenso acerca da existência, no Direito Internacional, da responsabilidade objectiva. De facto, o direito convencional não conhece, com âmbito geral, um *tratado - lei* que consagre o regime desta espécie de responsabilidade e o resultado do trabalho desenvolvido pela CDI não é suficientemente conclusivo⁴⁴. Assim, encontra-mos **(I)** aqueles que aceitam a responsabilidade objectiva não só ao nível convencional e particular, mas também, ao nível geral, por força da sua incorporação nos *princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas* (Antunes 1999, 195);⁴⁵ **(II)** Outras vezes há que restringem a admissibilidade da objectivação da responsabilidade ao *direito convencional* e afastam a sua aplicação enquanto princípio geral (Brito 2008, 491) (até porque, se o princípio fosse aplicado em sentido restrito, paralisaria todas as

44 Volvidas quatro décadas desde o início do tratamento da Responsabilidade Internacional pelas *Consequências Prejudiciais Decorrentes de Actividades Não Proibidas pelo Direito Internacional*, os resultados são pouco animadores, não só pela falta de consenso quanto à verdadeira delimitação do tema (adiante veremos melhor este aspecto), como ainda quanto à justa ponderação entre o elemento prevenção e reparação, parecendo que este se encontra largamente subordinado àquele.

45 ANTUNES aceita a doutrina segundo a *qual a responsabilidade objectiva por actividades ultra-perigosas se encontra consolidada nos ordenamentos representativos dos variados sistemas de direito, fazendo, deste modo, parte integrante, dos princípios gerais de direito e, conseqüentemente, podendo ser aplicada pelas instâncias internacionais, na falta de regra convencional ou consuetudinária que vincule os Estados em litígio.*

iniciativas) e, por último (III) há autores, mais conservadores, que rejeitam totalmente a existência de uma responsabilidade objectiva ou *sine delicto*, defendendo uma *verdadeira responsabilidade por factos ilícitos* (Antunes 1999, 195).

Quanto ao *Direito Convencional*, os Estados entenderam, e bem, regulamentar o exercício destas actividades, lícitas mas perigosas, através de *convenções*, nelas estabelecendo o regime jurídico da responsabilidade, bem como certas especificações de natureza técnica ou precauções que devem ser observadas no exercício de tais actividades, importantes para facilitar a prova. É, portanto, nessas convenções, que vamos encontrar o regime jurídico desse tipo de responsabilidade, regime que não é uniforme, mas que normalmente estabelece regras de prevenção e de reparação. As convenções foram assinadas em vários domínios. *Em primeiro lugar*, no âmbito da utilização pacífica de energia nuclear merece destaque a convenção de Paris de 1960 (sobre a responsabilidade civil no domínio da energia nuclear), a de Bruxelas de 1963 (sobre o transporte marítimo de substâncias nucleares). *Em segundo lugar*, em matéria de poluição dos mares e dos cursos de água por hidrocarburos e outras substâncias poluentes, as convenções de Bruxelas de 1969 e de 1971 e a convenção de Londres de 1976. *Em último lugar*, a convenção de Londres-Moscovo-Washington de 1972, regulamenta os danos causados por engenhos espaciais. Em algumas destas convenções a responsabilidade pelo risco *não é directamente imputada ao Estado*, mas sim a particulares (i.é., empresas) que exploram certas actividades, e o seu regime é o estabelecido pelo direito interno – caso da poluição dos mares ou da utilização para fins pacíficos da energia nuclear – a menos que, provando-se a falta de diligência do Estado, a responsabilidade possa ser imputada ao Estado, agora a título subjectivo, *pela não observância de um dever de vigilância e de cuidado que se traduz na prática de um facto ilícito*. Noutras convenções, como nas relativas à exploração de engenhos espaciais, já se fala em responsabilidade objectiva dos Estados para imputar a estes a obrigação de reparar danos causados por aqueles engenhos.

Por último, quanto à *jurisprudência internacional*, admitiu-se a responsabilidade objectiva em dois casos. *Primo*, relativamente aos actos e funcionários do Estado que extravasam da sua competência (são actos *ultra vires*). Na ausência de vínculo entre o funcionário e o respectivo Estado, este só poderá ser

responsabilizado a título objectivo.⁴⁶ *Secundo*, o caso agora em estudo que, para aqueles que admitem a objectivação da responsabilidade, é um exemplo da mesma, fundamentado no *risco anormal de vizinhança*.⁴⁷ Assim, formou-se a partir deste caso, o princípio da responsabilidade do Estado por actos de poluição, com origem no seu território, causadores de danos no território de outros Estados, ainda que essas acções poluentes transfronteiriças não sejam imputáveis ao Estado, enquanto tal, ou aos seus órgãos.

Os defensores desta modalidade da responsabilidade, questionam os autores mais conservadores que a rejeitam, acerca da razão que os leva a tentar, a todo o custo, fazer caber na responsabilidade por factos ilícitos aquilo que, de forma óbvia, *não corresponde à violação de uma obrigação internacional*. Estes autores admitem a existência de uma obrigação de diligência, exclusivamente nos casos em que tal seja *convencionalmente assumido*. Para além disso, se o Estado adoptar o comportamento diligente que será de esperar consoante as circunstâncias do caso concreto, mas ainda assim o dano ocorrer, não se poderá dizer que o Estado deva responder pela prática de factos ilícitos internacionais por uma simples razão: por não ter existido violação de qualquer obrigação internacional.

3. DRAFT ARTICLES ON PREVENTION OF TRANSBOUNDARY HARM FROM HAZARDOUS ACTIVITIES

A CDI (Comissão de Direito Internacional)⁴⁸ tem desenvolvido um estudo sobre a responsabilidade derivada de danos que *não resultem* do incumprimento de uma obrigação⁴⁹ o qual originou os *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities* (designados de ora em diante, simplesmente *Prevention Draft Articles*).⁵⁰ Genericamente, os *Prevention Draft Articles* aplicam-se

46 Vide o caso da *sucessão Jean-Baptiste Caire*, que foi executado sumariamente por soldados mexicanos sem qualquer autorização superior.

47 Certamente que para aqueles que rejeitam esta espécie de responsabilidade, o que está em causa no caso da fundição de Trail é a inobservância do dever de diligência sob a forma de prevenção.

48 A Comissão de Direito Internacional é um órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, que se tem dedicado à codificação do Direito Internacional.

49 Ver *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, Comissão Internacional de Direito, 2001, Relatório da 53ª Sessão, UN GAOR, Nº 10, UN Doc. A/56/10, disponível em: <http://www.un.org/law/ilc>

50 Os *Draft Articles* não têm força vinculativa na sua formulação actual. ELLIS (Ellis 2003, 56) entende que algumas disposições chave, como os articulados 4,7 e 8, têm o estatuto de Costume

a actividades não proibidas pelo Direito Internacional mas que envolvem um elevado risco de causarem significativos danos transnacionais. Com este trabalho, a CDI avançou com uma nova estratégia no combate ao dano ambiental transfronteiriço, a da **Prevenção**⁵¹, colocando um pouco de lado a Responsabilidade (o curativo do Direito Internacional). Esta visão é suportada pela ideia (bastante generalizada) que promove a protecção ambiental através de mecanismos pro-activos ou preventivos⁵² em vez de reactivos. DUPUY e HOSS (Dupuy e Hoss 2003, 227), através desta expressa distinção entre os dois conceitos, afastam categoricamente a possibilidade de uma nova modalidade de responsabilidade Estadual (leia-se, a responsabilidade objectiva ou pelo risco) brotar deste Projecto de Artigos. Os *Prevention Draft Articles* incluem uma variedade de normas primárias que impõe quatro deveres: prevenir, informar, negociar e reparar,⁵³ entre outros⁵⁴. *Essencialmente*, requerem que o Estado autorize previamente as actividades perigosas antes do seu início e, a concessão dessa autorização, deve ser acompanhada de uma avaliação de impacte ambiental dessa mesma actividade.⁵⁵

Nas setenta páginas dos *Comentários aos Prevention Draft Articles*,⁵⁶ Trail Smelter é citado quatro vezes, vejamos.

Internacional (cf. *Has International Law Outgrown Trail Smelter?*, em *Transboundary Harm in International Law: Lessons From the Trail Smelter*, pág. 56 e ss.) mas HANQUIN (Hanquin 2003, 132) ensina que são normalmente entendidos como Soft Law, ou seja, normas com conteúdo algo impreciso, quer quanto ao direito que confere, quer quanto à obrigação que impõe aos destinatários. São, portanto, normas programáticas ou incitativas, pouco constrangedoras para os destinatários.

51 A CDI expressamente distingui, em 1997, “prevenção” de “responsabilização” no Relatório da CDI, U.N. GAOR 51ª Sessão, Supp. Nº 10, UN Doc. A/52/10, parágrafo 168.

52 Vide o nosso comentário ao princípio da prevenção.

53 As regras de prevenção e de reparação encontram-se aqui situadas lado a lado, como normas primárias. De acordo com o relator especial MR. JULIO BARBOZA, “*as prevention and reparation fall within the domain of primary rules, it follows that, if injury is done which subsequently gives rise to the obligation to make reparation, that reparation is imposed by the primary rule in terms of the lawfulness of the activity in question: only if the source State fails in its primary obligation to make reparation does the question become one of secondary rules, with the notion of responsibility for the wrongful act which the State’s violation of the primary obligation constitutes.*” Estes mecanismos são expressão do Princípio da Precaução e do Princípio do Poluidor-Pagador, ainda que nenhum seja sugerido como estrita obrigação legal.

54 Artigos 4º a 9º dos *Prevention Draft Articles*.

55 Se a avaliação sugere a probabilidade de danos transnacionais, o Estado da origem do dano deve notificar e informar os outros Estados acerca da probabilidade de serem afectados. Vide artigo 10º dos *Prevention Draft Articles*.

56 Disponíveis em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf

Cruzamentos entre Trail Smelter os Prevention Draft Articles

- (I) O caso de Trail é citado no Comentário Geral nº 4 dos *Prevention Draft Articles* como fundamento da natureza do Princípio da Prevenção, concretizado num procedimento - dever que actua numa fase prévia de modo a acautelar a possibilidade de ocorrência de danos.⁵⁷
- (II) Uma outra menção a Trail é a do Comentário nº6 ao artigo 2º.⁵⁸ O artigo define uma série de condições e, entre elas, encontra-se o risco de causar danos além-fronteiras significativos. Neste comentário diz-se que o uso da expressão “sérias consequências”, naquela disputa entre os EUA e o Canada anuncia que o impacte ambiental da actividade em causa, tem de envolver o risco de provocar prejuízos sérios *antes* de surgir o dever de prevenção.
- (III) Também no Comentário nº2 ao artigo 6º⁵⁹ - que cria o dever, para o Estado da origem do dano, de verificar se as operações que decorrem nos seus domínios envolvem o risco de provocar danos transnacionais – se faz uma referência a Trail, para fundamentar aquela obrigação (imputando-a, nessa situação, ao Canada).
- (IV) A última alusão à arbitragem Trail encontra-se no Comentário 2 ao artigo 7º⁶⁰ - estipula que qualquer decisão que tenha por objecto a autorização de uma actividade que se insira na finalidade daqueles artigos, deve ser baseada numa avaliação dos possíveis danos transnacionais causados por essa actividade, incluindo danos ambientais – a propósito do profundo estudo científico que ocorreu ali. Deste modo, o caso é citado para salientar a importância de uma avaliação sobre as probabilidades de dano além-fronteiras provocado por uma determina actividade.

A *prevenção* compatibiliza-se de forma mais eficaz com a *gestão do cumprimento (ex ante)*, e já não com a *responsabilidade reparatoria* por actos ilegais

57 Esta referência ao caso de Trail é acompanhada da referência do Princípio 21 da Declaração de Estocolmo, do Princípio 2 da Declaração do Rio, e da Resolução da Assembleia Geral 2995 (XXVII) de 15 de Dezembro de 1972.

58 Cujas epígrafe é “*use of terms*”.

59 A epígrafe é “*authorization*”.

60 Que regulamenta o “*assessment of risk*”.

ou meramente perigosos (*ex post*). Talvez seja naquela área, e não tanto nesta, que Trail Smelter tem sido mais influente.

4. DESENVOLVIMENTOS NO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL AMBIENTAL

A procura da responsabilidade em direito internacional ambiental é colocada sob o domínio da negociação amigável, só muito raramente sendo fixada pela vias judiciais, já que os Estados preferem entender-se do que fazer ouvir a voz da justiça, mesmo que internacional. O escopo destes acordos é regulamentar ao nível do *controlo* e da *prevenção* da poluição transfronteiriça, *antes* de provocar qualquer dano. O *animus* desta aproximação é evidente. O objectivo (mais *ecocêntrico* hoje em dia do que à data do caso) é desenvolver um *sistema de regulamentação preventivo* não tão dependente dos regimes da responsabilização⁶¹. Estas Convenções, ao obrigarem os Estados a adoptarem medidas de controlo da poluição, podem interpretadas de modo a delas se extrair a tal ***obrigação de diligência***. SHELTON (Shelton 2002, 833) observa que houve uma mudança na forma como a comunidade internacional responde à violação das normas primárias. A mudança vai no sentido da flexibilização e simplificação do cumprimento dessas obrigações (*ex ante*) através de *mecanismos de monitorização, de incentivos e de relatórios* em vez da procura de uma actuação *ex post* através da compensação e reparação (Martin 1991, 115). Mas o menosprezo da responsabilidade nas questões ambientais não se resume a essa tendência. *Por um lado*, a ambiguidade do conteúdo de algumas normas primárias (como o dever de cuidado ou diligência) dissuade alguns Estados de levar avante as suas queixas. *Por outro*, tem-se difamado a inadequação do regime de responsabilidade para uma eficaz protecção do ambiente.⁶² Seja na sua vertente clássica, seja na variante de responsabilidade objectiva, este instituto não se revela adequado a *certas formas de dano*: sobretudo os *danos ecológicos* (Gomes Canotilho 2008, 146) Os *danos ambientais* são aqueles que se fazem sentir em bens como a saúde humana ou o património, tendo como meio ou veículo da lesão, algum componente ambiental (ar, água, o solo, etc.), resultando de actividades humanas que

61 Obviamente que, como BOYLE aponta (Boyle 2003, 64), os sistemas que assentam na responsabilidade do Estado podem ser criados de modo flexível, oferecendo um leque de opções ao problema da poluição além fronteiras, incluindo a criação de regimes de controlo da poluição (disto é um óptimo exemplo o caso em estudo).

62 Não devemos fazer um tratamento destas problemáticas numa perspectiva exclusivamente estatocentrica pois, além do dano ser transnacional, ele é também *ambiental*.

causam prejuízos mensuráveis (patrimoniais ou não) em vítimas humanas. Os *danos ecológicos*, por sua vez, são situações de degradação de um meio receptor (de novo, o ar, a água, o solo, a biodiversidade, etc.) independentemente de esse dano afectar o Homem (Aragão 2011, 6). GOMES CANOTILHO (Gomes Canotilho 1994, 402) distingue dois tipos de danos ecológicos:

- i) *Os danos sem lesados individuais* (“lesões intensas causadas ao sistema ecológico natural sem que tenham sido violados direitos individuais”) e
- ii) *Os danos sem causador determinado*, como por exemplo os danos acumulados ou produzidos por fontes longínquas.

Nestes dois casos não existiria qualquer esquema de lesante/lesado, mas tão-somente o *interesse global de defesa do ambiente*. Com efeito, é natural que o instituto da responsabilidade não seja o mecanismo mais adequado de actuação nos casos extremos, em que não há alguém para responsabilizar ou em que não há alguém a pedir a responsabilização.

Acrescem *duas outras razões* para a recusa, por manifesta insuficiência no domínio da protecção do ambiente, do instituto da responsabilidade: quanto à *primeira*, as indemnizações aparecem, à vista dos poluidores, como custos de produção com direito a pagamento diferido e, nalguns casos, até possibilidade de total não pagamento.⁶³ A *segunda*, reside no facto de as actividades poluentes serem lucrativas para o poluidor pelo que, o agente, conhecendo perfeitamente as consequências dos seus actos, não recua perante aquelas actividades porque, apesar de lesiva, é fonte de ganhos substanciais (Aragão 1996, 283).

Em suma, parece que, no Direito do Ambiente, a coação *a posteriori* é particularmente ineficaz (Mateo 1991, 93).

63 Esta razão destrói qualquer efeito dissuasor ou função disciplinadora (*deterrence*) normalmente atribuído às normas secundárias, isto é à responsabilidade pela violação de uma norma primária.

PARTE IV

1. O PRINCÍPIO DA BOA VIZINHANÇA OU DO SIC UTERE TUO EL ALIENUM NON LAEDAS

Ainda que a sentença seja pouco clara, parece evidente que o Canadá violou o princípio que nasce dentro do próprio caso, de acordo com o qual nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso do seu território, de tal maneira que provoque danos através de fumo, no território de outro Estado, ou na propriedade de pessoas deste, quando aquela utilização origine consequências sérias e o dano seja provado de modo claro e convincente (Drumbl 2003, 93).⁶⁴ GOLDIE E QUENTIN-BAXTER (Goldie 1995, 16 e Quentin-Baxter 1981) explicam o caso Trail Smelter como sendo uma expressão do *princípio da “boa vizinhança”*⁶⁵ ou do *sic utere tuo et alienum non laedas* (ou utilizar o que é meu sem prejudicar o de outrem - considerado pela doutrina como a outra face da soberania) que pode ser encarado como o pilar do sistema internacional de protecção do ambiente (Quentin-Baxter 1981, 247). O Relator especial BARBOZA (Barboza 1986), da Comissão Internacional de Direito (CID ou ILC, International Law Commission), tem defendido que os Estados não têm, (1) nem a liberdade absoluta de praticar actividades, nos seus domínios, sem considerar as consequências, (2) nem a garantia absoluta de que estão acautelados dos malefícios das actividades dos outros Estados (*“ a legal norm cannot be based on a international reality wich does not exist, since absolute independence or absolute sovereignty does not exist”*).

Partindo destas considerações, parece razoável afirmar que o Direito Internacional não permite que os Estados desenvolvam ou autorizem actividades dentro das suas fronteiras, sem levar em consideração os interesses e os direitos de outros Estados ou a protecção global do Ambiente. BIRNIE e BOYLE (Birnie e Boyle 2009, 137) são apologistas da existência de *duas regras do Costume Internacional*, inferidas da prática estadual, de decisões judiciais, de convenções internacionais, e do trabalho da CDI,

64 Foi esta a obrigação internacional que o Canadá violou. Neste sentido parece ir MARK A. DRUMBL, ao distinguir a norma primária do caso, da obrigação secundária de reparação e compensação pela violação daquela norma primária.

65 Em inglês, *principle of good neighborliness*.

1. Os Estados têm o *dever de prevenir, reduzir e controlar* a poluição transfronteiriça e os danos ambientais causados por actividades desenvolvidas dentro da sua jurisdição;
2. Sobre os Estados impende também um *dever de cooperar para mitigar o dano transfronteiriço* através da notificação, consulta, negociação e, nos casos apropriados, na avaliação de impacte ambiental.

Reflexo destas afirmações é a *Declaração do Rio de 1992*.⁶⁶ Contudo, não há qualquer regra que proíba o *transboundary harm* e, é absolutamente errada, qualquer menção a uma regra do “não dano”. Quanto à *jurisprudência do TJI*, destaca-se o caso Gabcíkovo-Nagymaros Dam que culminou numa decisão laudatória da cooperação e negociação inter-estadual de molde a proteger o ambiente⁶⁷ e o caso Pulp Mills no Rio Uruguai,⁶⁸ uma nova oportunidade do TJI afirmar a importância do desenvolvimento sustentável na protecção do ambiente. A *jurisprudência*, em questões ambientais não é exaustiva mas, ainda assim, tem afirmado claramente a existência de uma *obrigação de prevenir, reduzir e controlar* os danos transfronteiras, *de cooperação* na gestão de riscos ambientais, *de utilização equilibrada e sustentável* de recursos naturais comuns, e alvitra também, um *dever de avaliar* os impactes ambientais e monitorizar certas actividades. Os *Prevention draft articles*, adoptados em 2001, representam uma codificação daquelas obrigações e são, seguramente, baseados em precedentes. I.é., foram elaborados a partir de tratados, da Declaração do Rio de 1992, da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982, da Convenção sobre a Avaliação de Impacte Ambiental no Contexto transfronteiriço celebrada em 1991. Ou

66 Apesar de não ser a preocupação central desta Declaração – focada no desenvolvimento sustentável -, há três princípios que se aplicam especificamente ao dano transnacional e aos riscos ambientais: (I) o princípio 2 que se debruça sobre o dever de prevenção dos danos resultantes de actividades dentro das fronteiras do Estado; (II) o princípios 18 e 19, ao requererem a notificação do Estados potencialmente afectados pelas actividades desenvolvidas noutro Estado. **O princípio 2 não é simples aspiração nem Soft Law, já que foi qualificada pelo próprio TJI, no parecer sobre Armas nucleares, como sendo parte do corpus do Direito Internacional relacionado com o Ambiente.**

67 Neste caso, a Hungria alegava que o tratado celebrado com a Eslováquia, para a construção de barragens hidroeléctricas no Danúbio, devia cessar com vários fundamentos, entre os quais a necessidade ecológica. O tribunal entendeu que as partes deviam cooperar numa gestão conjunta do processo (pois considerou que não havia risco ambiental naquelas circunstâncias) e instituir um processo de monitorização e protecção ambiental.

68 A Argentina alicerçando-se no *princípio da precaução*, requeria a imposição de medidas provisórias para obstar a construção de fábricas de celulose. Contudo, o tribunal rejeitou o pedido com base na ausência de prova de dano eminente para o ambiente.

seja, estes artigos representam um levantamento muitíssimo autorizado do direito existente. Não nos surpreende, portanto, que tenham sido constantemente citados em litígios ambientais internacionais.⁶⁹

Alguns tratados, no lugar de uma *obrigação* falam num *princípio de Prevenção* (Convenção de Rhine 1994).⁷⁰ Mas a obrigação a que nos referimos é mais do que um princípio – para os riscos ambientais transnacionais é **uma regra obrigatória de Costume Internacional**. Foi assim caracterizada nas Declarações de Estocolmo e do Rio⁷¹, em decisões arbitrais e judiciais,⁷² na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar,⁷³ pela própria assembleia-geral da Nações Unidas⁷⁴.

2. UM DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE SOBERANIA E AMBIENTE. A SOBERANIA DO AMBIENTE?

O princípio 2 da Declaração do Rio⁷⁵ confirma a necessidade de reconciliar o princípio do desenvolvimento sustentável com a soberania dos Estados (Combacau e Sur 1993, 228)⁷⁶ sobre os seus recursos naturais. I.é., não se trata de uma proibição absoluta de causar danos ambientais nem de uma liberdade absoluta de explorar os

69 Ver, por exemplo, o caso MOX de 2003, que opôs o Reino Unido e a Irlanda numa disputa em torno da energia nuclear.

70 No artigo 4º está escrito que “*the prevention principle is derived from EC law where it is not limited to global or transboundary harm*”.

71 O já referido princípio 21 da Declaração de Estocolmo, ao estabelecer um *diálogo* entre o direito soberano de exploração dos próprios recursos e a responsabilidade do Estado.

72 Vide o parecer - já supra mencionado – sobre as armas nucleares do TJI e o caso objecto deste trabalho.

73 No artigo 194º, onde se pode ler: “*Os Estado devem tomar, individual ou conjuntamente, como apropriado, todas as medidas compatíveis com a presente Convenção que sejam necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, qualquer que seja a sua fonte, utilizando para este fim os meios mais viáveis de que disponham e de conformidade com as suas possibilidades, devem esforçar-se por harmonizar as políticas a esse respeito*”.

74 Na Resolução 2995 XXVII (1972), entendeu que na exploração e desenvolvimento dos seus recursos naturais, os Estados não devem provocar danos em zonas situadas além da sua jurisdição.

75 Ali pode-se ler, “*Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os Princípios de Direito Internacional, têm o direito soberano de explorar os seus próprios recursos segundo as suas políticas de meio ambiente e desenvolvimento, e a responsabilidade de assegurar que actividades sob a sua jurisdição ou contolo não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da sua jurisdição nacional*”.

76 Como é sabido, segundo o Direito Internacional, todos os Estados são juridicamente iguais e soberanos, nenhum pode ser súbdito de outro. Todos se encontram numa situação de paridade total. Não podendo um Estado soberano estar sujeito a quem quer que seja, ele não pode normalmente estar submetido à ordem jurídica de um dos seus pares; em compensação, nada se opõe a que ele se submeta ao direito produzido pela acção conjunta dos Estados igualmente soberanos, isto é, à ordem jurídica internacional.

seus recursos naturais, antes se anuncia o casamento entre a integração do desenvolvimento económico e a protecção ambiental. *Por outro lado*, para completar esta ideia, apela-se, de novo, ao **princípio do sic utere** para confirmar a obrigação que recai sobre todos os Estados, de proteger dentro do *seu* território os direitos de *outros Estados* (Handl 1975, 50). A pedra de toque do edifício internacional deve ser, ainda, o Estado, cujo respeito da soberania e da integridade constituem condições de todo o progresso internacional. A **soberania absoluta** não é, contudo, mais a mesma, se é que a prática se igualou à teoria. Transformou-se numa *soberania razoável*, pois aparece-nos a ***cooperação*** entre Estados como um corolário necessário da soberania. I.é., a soberania sobre os recursos naturais gera um dever correspondente, de reconhecer e respeitar a correlata soberania dos outros Estados e, portanto, inclui uma *obrigação de evitar acções que são contrárias aos direitos semelhantes dos outros Estados*.

A protecção ambiental não pode ser negada pelo direito internacional com fundamento num direito dos Estados entrincheirados na sua soberania como numa fortaleza medieval. A necessidade de uma protecção jurídica internacional do ambiente decorre dos dados físicos da natureza, os quais, em particular para os riscos maiores, ignoram as divisões territoriais privativas dos Estados. A integridade global do ambiente torna indispensáveis acções à escala bilateral, regional e internacional. Os critérios do direito do ambiente são, como os fundamentos dos direitos do homem, de natureza universal. Consequentemente, a única soberania admissível é a do próprio ambiente, pois este reina verdadeiramente sobre todos os dados que condicionam a própria existência. Aliás, o ambiente não reconhece fronteiras.

3. A INGERÊNCIA COMO MEIO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTECÇÃO AMBIENTAL

Ingerência e soberania formam uma dupla antitética que apenas pode criar conflitos.⁷⁷ Elas constituem, no entanto, um casamento indissolúvel por meio dos elementos que reúnem, numa tradição jurídica que é difícil de combater. Pode mesmo dizer-se que, logicamente, o dever de não - ingerência é produto da soberania. Mas,

⁷⁷ Certos princípios ou valores podem ser submetidos a corrupções bastante perniciosas. Então, importa estabelecer uma espécie de contrapoderes àqueles que existem. Neste sentido, a ingerência situa-se como uma intervenção destinada a corrigir os efeitos perversos de um emprego abusivo da soberania.

esta lógica, será ainda admissível num domínio como o do ambiente onde a noção de *património comum da humanidade* modera incontestavelmente a noção de soberania no sentido clássico?

Apesar do princípio 2 da Declaração do Rio compreender uma defesa da soberania Estadual, alguma doutrina vem defendendo que as sementes de uma nova razão⁷⁸ para *intervir*, face ao risco ecológico maior – isto é, que tem repercussões graves na saúde biológica do planeta, na vida das espécies animais e vegetais -, foram já plantadas. A dúvida que levantam é a seguinte, não se poderia justificar o dever de ingerência, em matérias de ambiente, à semelhança do que penetra os espíritos e as práticas internacionais a propósito dos direitos do Homem, já que o ambiente faz parte desses direitos?⁷⁹

Podemos afirmar que o ambiente, pelo menos ao nível dos riscos maiores, ultrapassa as questões que dependem essencial e exclusivamente da competência nacional de um Estado cada vez que este dá provas da sua inaptidão em gerir a parte territorial do bem comum planetário que é o seu ambiente directo. O ambiente só pode ser tratado de forma global, pois é o produto de uma concertação entre todos os espaços físicos e sociais.

Autores há, que vão mais longe, (Bachelet 1995, 333) propondo uma nova complexidade no problema colocado pela ingerência (já de si, mais uma ciência política de contornos imprecisos do que um exercício do direito internacional propriamente dito). Trata-se de estender essa noção de modo a que pessoas privadas tenham a possibilidade de reivindicar o direito de se ingerirem nas questões de um Estado face ao qual elas são estranhas. A protecção, a melhoria e a conservação do capital mundial natural incumbirá tanto aos Estados como aos cidadãos; trata-se de dois grupos de parceiros susceptíveis de invocar a reciprocidade dos seus deveres e dos seus direitos, num domínio onde a responsabilidade é partilhada. Ou seja, Estado e cidadão aparecem com o mesmo estatuto de gestor e utilizador.

A não-intervenção de um Estado nas questões internas de outro é um princípio elevado ao nível de verdadeiro dogma em matéria de relações internacionais. Todavia, esse princípio começa a sofrer repetidos assaltos no domínio humanitário e vai tornar-

78 I.é, não se tratará de uma intervenção humanitária em situações emergenciais, de modo a garantir a protecção de direitos Humanos em consonância com as Convenções de Genebra de 1949 e de 1970.

79 Ao reivindicar o *direito a um ambiente* são, a Conferencia de Estocolmo de 1972, já fazia referência a um conjunto de direitos da espécie humana, assim como aos direitos das gerações futuras directamente dependentes da conservação do património biológico dado pela natureza das coisas.

se um objectivo essencial no controlo do respeito das normas ambientais. Associar no mesmo conceito os direitos do homem e o direito à ingerência ecológica, pode parecer abusar do conteúdo dos direitos fundamentais, a fim de aí integrar aqueles que dizem respeito à defesa da natureza. Mas que seriam os primeiros sem os segundos? De que serviria a defesa do homem contra si mesmo, no âmbito dos direitos essenciais à pessoa humana, se a integridade física, e até mental, fosse destruída por um ambiente de tal forma insalubre, de tal forma nocivo à vida que mesmo esta não valeria a pena ser vivida? Estes dois elementos estão de tal forma inter-ligados que não podemos deixar de exercer simultaneamente os direitos do homem e o direito do ambiente. A natureza humana reclama uma espécie de primazia na protecção dos seus valores fundamentais devido à dignidade de que dá mostra e que o eleva acima das coisas, mas estas últimas merecem igualmente a sua atenção, se ele quiser continuar a viver.

Privilegiar o Homem é admissível desde que esse entusiasmo não o cegue, não o faça esquecer que só existe porque a natureza também existe.

REFLEXÕES FINAIS

O ambiente não é uma escolha, uma forma de viver entre outras. É simplesmente a única forma de viver num mundo em que a norma jurídica que lhe diz respeito é determinante da possibilidade de continuar a experiência humana. O traço mais extraordinário da problemática ambiental é que não existe *ambiente privativo*, a própria essência das componentes ecológicas é o seu *carácter colectivo*, o que aliás explica a universalidade do fenómeno e o facto de só o podermos tratar de uma *forma global*. Poder-se-ia parafrasear Cícero, dizendo: “*Todos nós somos escravos das leis ambientais para viver*”.

Em suma, estamos condenados a respeitar o ambiente. Este respeito obrigatório por um lado, explica o amplo questionamento de valores que pareciam ter adquirido direitos definitivos, como a *soberania dos Estados* e, por outro lado, o carácter transnacional dos riscos ecológicos maiores, impõe à sociedade internacional a promoção de *novas regras de conduta* dos seus membros. Neste contexto, a responsabilidade (objectiva ou subjectiva) por danos ao ambiente, embora necessária, é francamente insuficiente.

Face a este dilema, a *adaptação do direito internacional* é o único meio de que podemos imediatamente dispor para responder à característica da situação, que pode

resumir-se numa palavra: *a urgência*. Saqueada, devastada por uma maioria de povos pobres, consumida e esbanjada por uma minoria de estados ricos, a Terra não pára de suar os seus recursos para assegurar a sobrevivência de uma humanidade ingrata. A vigilância constante dos factores favoráveis ou desfavoráveis ao ambiente, a elaboração e o respeito de regulamentações, o controlo da aplicação das normas ambientais, são domínios em que o Direito define os processos capazes de proteger e conservar as condições biológicas de sobrevivência das espécies vivas. A necessidade de estabelecer uma cooperação contínua, logo institucional, depende igualmente das técnicas jurídicas e, mais especialmente, *das inerentes ao direito internacional público*, já que essa cooperação deriva inicialmente de actos convencionais entre Estados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antunes, Paulo. 1999. “A responsabilidade internacional objectiva dos Estados por danos ambientais”, *Revista jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, 11-12.
- Antunes Varela, João de Matos. 2008. *Das Obrigações em Geral*. Coimbra: Almedina
- Aragão, Alexandra. 2010/2011. *A renovação ecológica do Ambiente*. Coimbra: Coimbra Editoria
- Aragão, Alexandra. 1996. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora
- Archer, António Barreto. 2009. *Direito do Ambiente e Responsabilidade Civil*, Coimbra: Almedina.
- Bachelet, Michel. 1995. *Ingerência Ecológica: Direito Ambiental em questão*, Paris: Editora Piaget
- Brito, Wladimir. 2008. *Direito Internacional Público*, Coimbra: Coimbra Editora
- Canotilho, José Joaquim. 1998. *Introdução ao Direito do Ambiente*, Coimbra: Universidade Aberta
- Colaço Antunes, Luís Filipe. 2008. *Direito Público do Ambiente: diagnose e prognose da tutela processual da paisagem*, Porto: Almedina
- Ferreira de Almeida, Francisco. 2003. *Direito Internacional público*, Coimbra: Coimbra Editora

- Goldie, L.F.E.. 1985. Concepts of Strict and Absolute Liability and the Ranking of Liability in terms of Relative Exposure to Risk, *Netherlands Yearbook of International Law*, 16.
- Gouveia, Jorge Bacelar. 2005. *Manual de Direito Internacional Público*, Coimbra: Almedina
- Guerra, Sidney. 2006. *Direito Internacional Ambiental*, São Paulo: Freitas Bastos Editora
- Handl, Gunther. 1975. Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution, *American Journal of International Law*, 50.
- Martin, Gilles. 1991. Direito do Ambiente e danos ecológicos, *Revista crítica de ciências sociais*, 31: 115-142
- Mateo, Ramón Martín. 1991. *Tratado de Derecho Ambiental*, Madrid: Trivium, SA.
- Quentin-Baxter, Robert Q. 1981. *Second Report on International Liability for Injurious Consequences arising out of Acts not Prohibited by International Law*
- M. Bratspies, Rebecca e Russel A. Miller. 2009. *Transboundary Harm in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Shelton, Dinah. 2002. Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility, *American Journal of International Law*: 96.