

os Estados de cooperar para que riscos ambientais sejam mitigados e o dever material de prevenir, reduzir e controlar iminentes e graves danos ambientais.²

A *precaução* – entendida como o dever de tomar medidas mesmo em situações de incerteza, mas de plausibilidade de ocorrência de graves riscos – vem sendo discutida como a terceira via no Direito Internacional. Contudo, nem a Corte Internacional de Justiça (*International Court of Justice*)³ nem outra instância de resolução de disputas internacionais, como o OMC – Turma de Apelação,⁴ foram audaciosas o bastante para adotar esta proposição como direito. Embora muitos estudiosos chamem a precaução de *princípio*,⁵ poucos estão preparados para chamar de *regra* – e uma regra tão densa, tendo em vista as três fontes de Direito Internacional reconhecidas no art. 380 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (ICJ) – tratado, direito comum e princípios gerais de Direito. Há um tratado citando o princípio da precaução,⁶ mas tratados só se aplicam *inter partes*. O *princípio da precaução* também não é direito comum, porque, apesar de *opinio necessitatis* *serve iuris* possa ser amplamente empregado, é inadmissível para a precaução o emprego da sistemática do direito consuetudinário. Nem é princípio geral de Direito (desde que “Direito” seja entendido como Direito nacional), porque poucos países adotaram, em seu sistema jurídico de proteção ambiental, uma legislação sobre o princípio da precaução.

Muitas proposições ambientais foram estabelecidas por tratados relacionados à matéria e foram nomeadas de *princípios*, valendo ressaltar o princípio poluidor-pagador, o princípio da transparência e da participação social, o princípio da responsabilidade objetiva e o princípio do desenvolvimento sustentável.⁷ O Acesso equitativo

2. P. Birnie e A. Boyle, *International Law and the Environment*, 2ª ed., Oxford, Oxford UP, 2002.

3. ICJ, julgamento de 25.9.1997, caso relacionado à Barragem de Gabçikovo-Nagymaros, nos §§ 111-114.

4. OMC, Turma de Apelação, Relatório de janeiro/1998, WT/DS26/AB/R e WT/DS48/AB/R (“Measures concerning meat and meat products”), nos §§ 120-125 e fn. 93.

5. Cf. Birnie/Boyle, *International Law* ..., 2ª ed., p. 120.

6. Para uma noção geral, v. N. de Sadeleer, *Environmental Principles*, Oxford, Oxford UP, 2002, pp. 94 e ss.

7. Cf. Birnie/Boyle, *International Law* ..., 2ª ed., pp. 79 e ss.; N. de Sadeleer, *Environmental Principles*, pp. 23 e ss.; A. Epiney e M. Scheylli, *Umwelrvölkerrecht*, Bern, Stampfli, 2000.

A NATUREZA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS AMBIENTAIS EM DIREITO INTERNACIONAL, DIREITO DA COMUNIDADE EUROPÉIA E DIREITO NACIONAL*

GERD WINTER

1. *Abordagem geral das proposições ambientais chamadas de “princípios”*. 2. *A natureza legal dos princípios ambientais*: 2.1 *Princípios e políticas* – 2.2 *Princípios e regras* – 2.3 *Princípios e a hierarquia das normas*: 2.3.1 *Observação geral* – 2.3.2 *Direito Alemão* – 2.3.3 *Direito da Comunidade Européia* – 2.3.4 *Direito Internacional* – 2.4 *Revisão judicial de princípios*. 3. *O conceito de “precaução” e “sustentabilidade”*: 3.1 *Princípio da precaução* – 3.2 *Sustentabilidade*. 4. *Conclusão*.

“Os princípios aqui abordados estão formando e orientando a geração e a implementação do direito ambiental” – diz PAULO AFFONSO LEME MACHADO no início de seu excepcional *Direito Ambiental Brasileiro*.¹ O que, precisamente, quer dizer “formando e orientando a geração e a implementação do direito ambiental” deve ser investigado no que se segue. Eu iniciarei com um breve apanhado dos princípios básicos nos diferentes níveis do Direito (n. 1), análise do valor legal (n. 2), e acrescentarei algumas observações no conteúdo de dois dos princípios mais importantes, que são os princípios da *precaução* e da *sustentabilidade*.

1. *Abordagem geral das proposições ambientais chamadas de “princípios”*

Em Direito Internacional, duas proposições ambientais são amplamente reconhecidas como direito comum: o dever processual entre

* Tradução do inglês por Lídia Amélia de Barros Cardoso.

1. Ob. cit., 1ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 47.

aos recursos naturais e o dever de gerenciamento eficiente pelo Estado são princípios complementares importantes, enfatizados por aqueles doutrinadores que escrevem tomando por base sociedades onde a desigualdade é tremenda e a Administração amplamente ineficiente.⁸

O art. 174 do Tratado da Comunidade Européia (*EC Treat*) codificou as proposições ambientais da União Européia. Algumas destas proposições – precaução, prevenção, recomposição do dano ambiental e poluidor-pagador – são chamadas de *princípios*; outras – preservação, proteção e melhoria da qualidade do meio ambiente – são chamadas de *objetivos*.

Em uma primeira leitura, estes objetivos e princípios parecem estar em desarmonia. No entanto, o art. 174, inciso 3, coloca-os em posição mais realista. De acordo com o art. 174, inciso 3, a lei da Comunidade, ao estabelecer sua política, deve levar em consideração a avaliação científica e os dados técnicos disponíveis, vantagens e inconveniências, fatores regionais e o desenvolvimento econômico e social da Comunidade. As exigências de proteção ambiental não só estabelecem verdadeiras políticas ambientais, mas também devem estar integradas a outras políticas públicas. Este “princípio de integração” está estabelecido no art. 6 do Tratado CE (*EC Treat*), bem assim, com algumas variações, no art. 37 da Carta dos Direitos Fundamentais (*Charter of Fundamental Rights*). Como será explicado mais adiante neste texto, *integração* não é um princípio, pela definição do termo aqui proposta, mas sim uma regra, já que uma ligação entre os diversos princípios deve ser rigorosamente seguida.

Vale mencionar que a sustentabilidade não é diretamente chamada de princípio de política ambiental, mas é vista tanto como dever da Comunidade (art. 2 CE) quanto como uma qualificação do “princípio” de integração (art. 6 CE).

O documento do Tratado submetido pela Convenção possui os princípios e objetivos acima mencionados. Algumas mudanças foram feitas. O princípio de integração está citado duas vezes: como direito básico (art. 37, II) e como princípio (art. 4, III).

8. Cf. Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 12ª ed., pp. 47 e ss. e 88 e ss.

A sustentabilidade foi incluída nos objetivos das relações da União Européia com o restante do mundo. A nova formulação, um tanto pretensiosa, é que a União deve “contribuir para o desenvolvimento sustentável do planeta Terra”.⁹

Em nível nacional, podemos citar a Alemanha e o Brasil como dois casos opostos, a Alemanha sendo modesta e o Brasil sendo rico em princípios constitucionais de proteção ambiental. Na Constituição Alemã, desconsiderando as normas sobre competência, só existe um artigo que se refere ao meio ambiente. No art. 20a está previsto que o Estado deverá proteger as condições naturais de vida. Além disso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal desenvolveu um dever objetivo do Estado de proteger a saúde humana e um direito subjetivo do indivíduo de exigir tal proteção. Não há, no entanto, direito subjetivo a um meio ambiente digno de ser habitável. A lei alemã também raramente esclarece seus princípios na legislação comum. Os princípios são, em sua maioria, construções doutrinárias pautadas em normas com alto grau de densidade contidas em leis específicas. Assim, a precaução é parte de uma complexa norma do Ato de Prevenção e Emissão Federal Alemão (*German Federal Immission Prevention Act*), que cuidadosamente estabelece até onde a precaução pode ser adotada e quais outros interesses devem ser considerados. O mesmo é verdade com relação a leis que concretizam os princípios de recomposição do dano, do poluidor-pagador e do uso sustentável dos recursos naturais.

Ao contrário, o art. 225 da CF Brasileira define um número bem maior de proposições que são chamadas de *princípios* pela doutrina, incluindo o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a prevenção e a precaução, o dever das autoridades públicas de defender o meio ambiente e preservá-lo para suas gerações futuras, o dever de apresentar Estudos de Impacto Ambiental, o dever do poluidor de reparar o dano ambiental e a precaução no gerenciamento de riscos.¹⁰

Considerando que nos níveis de Direito Internacional, regional e nacional o termo “princípio” é usado de maneiras muito diferentes,

9. Parte I, Título I, art. 3, § 4.

10. Embora a *precaução* não esteja explicitamente mencionada, a jurisprudência assim o presume no art. 225 (v. Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 12ª ed., p. 68).

tentarei esclarecer a natureza legal dos princípios. Devo, desta maneira, consultar a Filosofia do Direito.

2. A natureza legal dos princípios ambientais

Definições de "princípio" existem em abundância na doutrina jurídica e nas discussões filosóficas. Porém, é aconselhável construir uma definição que melhor se aplique ao contexto hermenêutico no qual o termo será usado. Este contexto pode ser caracterizado pelas seguintes perguntas:

- (1) O que difere *princípios de políticas*? O que fundamenta a existência de cumprimento dos princípios e das políticas?
- (2) Qual é a diferença entre *princípios* e *regras*?
- (3) Como os princípios variam na hierarquia de normas e o que se segue ao posicionamento hierárquico?
- (4) Como é a ação governamental ao aplicar os princípios revisados pelos tribunais?

Estas questões serão discutidas por partes.

2.1 Princípios e políticas

Um princípio é indubitavelmente um veículo normativo se ele estiver contido em uma lei ou regramento infralegal. O legislador deve, no entanto, intencionalmente fornecer ao princípio tal efeito. Isto distingue *princípios de políticas*. Políticas também podem ser mencionadas em uma lei, mas neste caso não possuem o caráter vinculante dos princípios. O caráter político de uma proposição contida no texto de lei pode ser deduzido tanto de sua palavra expressa (p.ex., se um postulado é chamado de *tarifa*, de *valor*, de *objetivo*) quanto da vaguidade de sua linguagem. Por exemplo, a sustentabilidade é chamada de tarefa da comunidade no art. 2 CE. Porém, se for entendida em seu sentido ecológico, social e econômico mais amplo, a imprecisão de seu conteúdo resta evidenciada. Por estas duas razões, não é princípio. Deve ser chamada de *política* ou de *ideal*.¹¹

11. Para uma distinção entre *ideais* e *políticas*, v. J. Verschuuren, *Principles of Environmental Law*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 19 e ss.

Além da legislação, princípios legais podem também surgir da prática jurídica, a partir da experiência advinda, por exemplo, do senso comum da profissão legal e da amplitude do debate dos temas pela sociedade. Esta é a verdadeira fonte de princípios dos sistemas de direito consuetudinário, mas é também conhecida nos sistemas de direito positivo, de direito corolário a estatutário.¹² Vários julgamentos históricos, que criaram novos princípios, basearam seus argumentos mais na experiência e no bom senso do que nos textos das leis. É verdade que juízes, assim como políticos (que aprovam leis), podem ter noções de boa política. Para estabelecer um princípio de valor legal eles devem, entretanto, argumentar que o princípio deve ser cumprido como lei.¹³

Às vezes os princípios surgirão como uma Fênix das cinzas, em completo desenvolvimento e clareza. Este é o caso quando aparecem em constituições e códigos, ou em decisões históricas dos tribunais.¹⁴ Com mais frequência os princípios são construídos a partir de um grande número de pequenos passos tomados em legislações mais específicas ou casos judiciais. Por exemplo, a *precaução* foi colocada como lei no Direito Alemão por um estatuto específico em 1974. Posteriormente, outras leis foram também sendo gradualmente orientadas com relação à precaução. Somente se todas as leis forem analisadas de forma sistematizada é que se pode dizer que a legislação alemã é caracterizada pelo princípio da precaução, e que a interpretação do Direito deve levar em conta este princípio.

O filósofo inglês Ronald Dworkin sugere que o conteúdo dos princípios só pode ser de direito individual, e não de interesse público. De acordo com Dworkin, os princípios devem ser distinguidos de "políticas", que servem não apenas para objetivos individuais como, também, para objetivos coletivos. "Discussões de princípios são discussões que pretendem estabelecer o direito do indivíduo; discussões

12. Para uma análise mais aprofundada da relação entre *princípios* e *código de lei*, v. Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, Mohr 1964, pp. 141 e ss. V. também sua observação (p. 223) no sentido de que surgiu uma convergência do pensamento ocidental axiomático e anglo-americano.

13. Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 137.

14. Como, por exemplo, o *princípio de responsabilidade objetiva* no famoso julgamento "Rylands vs. Fletcher" (1968) LR 3 HL 330. Cf. Stuart Bell, em Simon Ball e Stuart Bell, *Environmental Law*, 4ª ed., Londres, Blackstone Press, 1997, pp. 193 e ss.

de políticas são discussões que pretendem estabelecer um objetivo coletivo. Princípios são determinações que descrevem direitos; políticas são determinações que descrevem objetivos.¹⁵

Todavia, é indiscutível que a prática jurídica também estabeleceu princípios que dizem respeito ao interesse público. Por exemplo, o interesse público na proteção da saúde do consumidor e na proteção ocupacional há muito vem sendo aceito como um contraprinípio para liberdades econômicas. A proteção ambiental traz os exemplos mais recentes do interesse público.

A pergunta da fonte de princípios ambientais é particularmente difícil em relação a Direito Internacional. As categorias tradicionais – tratados, leis e princípios gerais de Direito – são conservadoras demais para responder adequadamente às demandas por mudanças ambientais em nível mundial. As fontes de regras e princípios de Direito Internacional – *consuetudo* e *opinio iuris sive necessitatis*, leis domésticas de caráter comum, consenso para tratados internacionais – carecem do dinamismo pró-ativo, em falta nos dias de hoje.¹⁶

Alguns juristas de Direito Internacional reagem ao uso do termo “princípio” de maneira vaga. De certo, o efeito legal não é conferido aos princípios – de sustentabilidade, de precaução etc. – pela sua discussão.¹⁷ Mais propriamente, tais “princípios” são considerados como um tipo de norma principiológica. A terminologia é um pouco confusa. O termo “princípio” deve ser reservado para princípios insculpidos em lei. Princípios que não estejam previstos em leis devem ser chamados de *ideais*, *objetivos*, *políticas* etc.

2.2 Princípios e regras

Princípios e regras são, frequentemente, contrapostos como diferentes composições de direito. É consenso entre os doutrinadores que

15. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard UP, 1977, p. 90. No original: “Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals”.

16. G. Winter, “Anarchien von Gesellschaft, Natur und Recht”, in H. Faber e G. Frank (eds.), *Demokratie in Staat und Wirtschaft, Festschrift für Ekkehart Stein zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 2002, p. 327.

17. Epiney/Scheyli, *Un Weinölkerrecht*, pp. 75 e ss.

os princípios estão abertos para serem balanceados com outros princípios, enquanto as regras devem ser aplicadas no caso concreto. Enquanto os princípios devem considerar os valores e os objetivos envolvidos e permitir a ponderação com outros princípios conflitivos, as regras são conclusivas.¹⁸

As regras podem excepcionar uma situação. Porém, tais exceções abrirão caminho para interesses que representem um contraprinípio ao princípio que primariamente se encontra por trás da regra.¹⁹ Por exemplo, de acordo com o Ato Federal de Imissão e Prevenção da Alemanha – *German Federal Immission Prevention Act (Bundesimmissionsschutzgesetz)* –, a autoridade competente está autorizada a pedir que o empreendedor tome medidas de melhoria se após a emissão da autorização administrativa o progresso científico revelar novos riscos ambientais. O pedido não é, contudo, permitido caso o ônus financeiro envolvido seja desproporcional. Aqui, a regra que reflete o princípio da proteção ambiental é ponderada com o princípio da liberdade econômica, que representa uma exceção.

As regras podem até ser formuladas de uma maneira que permita o equilíbrio de interesses opostos dentro do seu escopo. Por exemplo, direitos fundamentais tais como o direito à liberdade econômica são construídos para, primeiro, possibilitar proteção *prima facie* de certas atividades (como empreendimento econômico) e, segundo, possibilitar a interferência na matéria objeto de proteção, se as razões de interesse público (como interesses ambientais) assim exigirem.²⁰

18. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1994, pp. 71 e ss.; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 67 e ss.

19. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., p. 88.

20. Isto é muito polêmico no debate alemão sobre a construção da doutrina dos direitos básicos. Vários autores entendem *direito básico* como um conglomerado de princípios. Eles consideram *liberdades básicas* como princípios que podem ser equilibrados contra os interesses públicos e direitos básicos conflitantes. Eles falam de *normas* somente com relação àquelas proposições específicas nas quais o caso de lei se desenvolve em certas categorias de casos (cf. U. Ruhl, *Tatsachen – Interpretationen – Wertungen*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 384 e ss.). Eu acredito que este conceito negligencia os termos específicos de equilíbrio que as Constituições sempre fornecem. Não há razão para que as normas não sejam concebidas para ter abertura para o equilíbrio caso elas delimitem o tipo de interesse em conflito a ser considerado e direcionar sobre como manter o equilíbrio. Há também espaço para distinguir entre normas mais gerais e abertas, de um lado, e mais concretas e fechadas, de outro lado.

Às vezes os princípios podem ser inflexíveis. Este é o caso daqueles que têm um valor elevado e o núcleo destes princípios esteja em risco. De acordo com a Constituição Alemã, as exigências essenciais de dignidade humana são absolutas. Não podem, portanto, ser relativizadas com outros princípios. No Direito Internacional os princípios impositivos (como a proibição da segregação racial, da tortura, da agressão etc.) são deste tipo. Os princípios inflexíveis devem ser concebidos como regras, porque eles têm que ser obrigatoriamente aplicados. Os princípios fundamentam as regras e influenciam sua interpretação e aplicação. Eles ressaltam o poder normativo das regras, indicam como devem ser interpretadas, preencham as lacunas legais, direcionam os poderes discricionários e informam sobre possíveis exceções.²¹ Por exemplo, de acordo com a Lei Federal da Alemanha de Proteção do Solo (*German Federal Law on Soil Protection*), as autoridades têm discricionariedade para decidir sobre a contaminação de áreas de pastagem. E têm o direito de escolher uma ou mais das seguintes pessoas responsáveis: o poluidor original, seu sucessor legal, o proprietário do terreno ou o arrendatário do terreno. O princípio do poluidor-pagador – que é considerado como princípio, embora não esteja explicitado pela lei vem – sendo usado para impedir que esta escolha seja efetivada enquanto houver possibilidade de se chamar o poluidor original. Se um ou mais princípios conflitam, regras podem ser estabelecidas para resolver tais conflitos. Certamente, esta é a característica nuclear das regras: elas são feitas para resolver os conflitos dos princípios em uma matéria específica.

Não há, no entanto, regra alguma estabelecendo hierarquia absoluta ou até mesmo a classe ordinal entre os princípios. A lei pode conferir primordial importância a um princípio. Neste caso, o princípio tem, concretamente, uma prioridade *prima facie* sobre princípios em conflito.²² Como consequência, o ônus da prova é transferido ao defensor do contraprincípio.²³ Por exemplo, a Lei de Uso e Ocupação do Solo da Alemanha (*German Land Use Planning Law*) prevê que as autoridades devem considerar e equilibrar adequadamente todos os

21. Para maiores funções dos princípios, e.g., com relação a negociação extra-legal e auto-regulamentação, v. Verschuuren, *Principles of Environmental Law*, pp. 38 e ss.

22. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., pp. 88 e ss.

23. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., p. 146.

interesses afetados pelo plano de zoneamento. Estes interesses incluem os interesses de habitação, do comércio e indústria, de transportes, de proteção do meio ambiente natural etc. A lei diz que alguns dos interesses devem ser respeitados “da melhor maneira possível”. Assim, o uso da terra para agricultura, reflorestamento ou habitação é prioritário em relação a outros usos.²⁴ Isto significa que destinar tal área para, por exemplo, propósitos industriais ou para construção de vias de transporte seria uma violação *prima facie* do princípio. A argumentação de que o desenvolvimento econômico exige a utilização da área como industrial é um ônus a ser arcado por quem o suscita.

Se não existe priorização legal, os princípios são iguais em sentido abstrato. O peso relativo dos princípios irá mudar de acordo com determinadas circunstâncias individuais, e só pode, portanto, ser determinado no caso concreto. Uma regra reconhecida em tais circunstâncias é que, quanto mais um princípio é afrontado por uma solução, mais peso deve ser dado a este princípio.²⁵

Um exemplo de norma de equilíbrio de princípios opostos bastante sofisticada está contido no art. 6, inciso 4, do *Habitat Directive* 92/43/EEC: como ponto de partida, as demandas de proteção de espécies raras e *habitats* têm prioridade sobre os outros interesses de usos. Mas interesses públicos determinantes no projeto podem se sobrepôr a esta proteção. Tais interesses devem novamente ceder caso espécies ou *habitats* afetados estejam listados como de proteção prioritária. A prioridade é novamente contraposta caso o interesse público no projeto seja particularmente indispensável (como os interesses de saúde pública e segurança).

2.3 Princípios e a hierarquia das normas

2.3.1 Observação geral

Princípios e suas regras correspondentes podem ser situados no mesmo nível na hierarquia das normas. Esta é a situação normal, onde cada um dos princípios desempenha seu papel de servir como fonte para a interpretação de leis, preenchimento de lacunas legais,

24. Art. 1, § 5, sentence 3, Construction Code.

25. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., p. 146.

direcionamento do uso da discricionariedade etc. Como já havia sido mencionado anteriormente, o princípio da precaução se encontra por trás de sua mais precisa e complexa provisão estabelecida no Ato Federal de Imissão e Prevenção da Alemanha (*German Federal Immission Prevention Act*).

Os princípios e as regras também podem ser situados em diferentes níveis na hierarquia legal. Existem hierarquias nos níveis de Direito nacional, regional e até Internacional entre direitos comuns e direito de alto escalão que controla o direito comum, isto é, direito constitucional prevalecendo sobre legislação infraconstitucional, lei primária da Comunidade Européia comandando lei secundária da Comunidade Européia e leis de obediência internacional comandando leis "ordinárias" internacionais. Esta hierarquia "constitucional" interna dentro de cada nível deverá ser distinguida da hierarquia externa dentre os níveis que possam ser chamados de hierarquia federal: lei da Comunidade Européia tem supremacia sobre Direito nacional, e em certas condições Direito Internacional pode também ter supremacia sobre Direito nacional ou regional. O nível mais alto pode ser um do direito constitucional ou um da Comunidade Européia ou do Direito Internacional. Já mencionei anteriormente exemplos de tais princípios de alto escalão, como a proteção das condições naturais de vida contida no art. 20 da Constituição Alemã, o alcance de um alto nível de proteção ambiental no art. 174 CE e a prevenção de graves danos como princípio do direito internacional costumeiro.

Se um princípio foi estabelecido no mais alto nível "constitucional" ou "federal", a pergunta crucial é se este princípio tem o poder de interpretar regras classificadas no nível mais baixo da hierarquia, inaplicáveis caso elas contradigam o princípio. Eu sugiro que a resposta seja: não diretamente. *Os princípios constitucionais, supranacionais ou internacionais devem primeiramente ser transformados em regras. Somente às regras pode ser atribuído o efeito de invalidar princípios e regras de baixo escalão.*²⁶

26. Em contraposição, R. Alexy propõe que sejam aplicados diretamente os princípios de forma mais abrangente que permita o balanceamento de princípios que colidam com outros princípios. Eu não sigo Alexy, porque sua teoria retardaria a emergência dos princípios fora do senso comum e da prática comum. O discurso sobre os novos princípios estaria carregado de "ameaça", já que tudo que fosse acei-

Direito de obediência internacional

– *Princípios*
– *Regras*

Direito Internacional comum

– *Princípios*
– *Regras*

Direito constitucional regional

– *Princípios*
– *Regras*

Direito regional comum

– *Princípios*
– *Regras*

Direito constitucional nacional

– *Princípios*
– *Regras*

Direito nacional comum

– *Princípios*
– *Regras*

O quadro esquematizado acima implica, a princípio, que precisamos ser ainda mais cautelosos ao denominar proposições de *regras* ou *princípios*. Quanto mais alto no nível normativo da pirâmide, mais próximos estaremos de chamar uma proposição de *princípio*, embora num olhar mais detido ela possa ser enquadrada como regra, cujo teor traz o balanceamento de diferentes princípios.

2.3.2 *Direito Alemão*

O art. 20a da Constituição Alemã contém uma determinação que diz que o princípio de proteção ambiental é obrigatório somente sob a estrutura da "ordem constitucional" –, sendo que "ordem constitucional" significa a integridade da Constituição. Isto geralmente tem por significado que a proteção ambiental deve estar equilibrada com outros princípios, tais como os da propriedade e da liberdade econômica.²⁷ O

²⁷ seria considerado lei aplicável. O potencial dinâmico do princípio está – eu acredito – baseado no seu *status* um tanto evasivo por trás da cena.

27. D. Hans, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 5ª ed., Munique, 2000, art. 20 e nota 9.

art. 20a GG é, portanto, uma regra aberta, mas não um princípio. Direitos fundamentais podem também ser invocados para o estabelecimento de regras que balanceiam princípios opostos. Por exemplo, o direito fundamental à saúde pode ser ponderado com outros princípios de interesse público. O fato de um princípio (a proteção da saúde pública) se tornar um direito fundamental tem como efeito que este direito tem prioridade *prima facie* sobre os princípios de proteção aos interesses públicos. Assim, o ônus de provar a preponderância *secunda facie* dos últimos princípios cabe a quem os alega.

2.3.3 *Direito da Comunidade Européia*

Com relação aos princípios contidos no art. 174 CE, entendo que eles somente podem ser tomados operacionais caso sejam transformados em regras. Isto significa dizer que as regras devem ter um conteúdo definido, e não apenas declarar os princípios. Princípios opostos devem ser integrados nas regras, tais como os princípios da proporcionalidade e os princípios que representam liberdades econômicas. O princípio só pode subsidiar a interpretação de uma lei nacional inaplicável por meio de uma regra complexa e precisa. Isto pode ser demonstrado se considerarmos jurisprudência do CEJ de direitos fundamentais com apoio no art. 6 U e na liberdade econômica prevista no art. 28 CE.

Quanto aos direitos fundamentais, as Cortes Européias raramente têm a oportunidade de se manifestar com as regras que combinam o princípio de direito fundamental com os princípios de proteção ambiental. Comparando com a freqüente oposição entre os direitos básicos e de proteção ambiental no Direito doméstico Alemão (em particular garantias de liberdade econômica e de propriedade), é assombroso como os direitos fundamentais vêm sendo tratados com preponderância em relação às medidas ambientais da Comunidade (embora isto possa, às vezes, ser explicado pelo caráter restritivo do art. 230, inciso 4, CE).

O caso "Standley" é um exemplo de contraposição entre os direitos fundamentais e os princípios ambientais na Comunidade Européia. Standley, um fazendeiro, moveu uma ação contra as leis britânicas que eram baseadas na Diretiva da Comunidade (*Community Directive*). Tal Diretiva prescreve que os Estados-membros devem

demarcar os cursos de água com altos níveis de nitrato e limitar o acasalamento de animais nas zonas correspondentes. Standley afirmou (sem sucesso) que esta era uma interferência no seu direito de propriedade. Em resposta, o CEJ sentenciou que o exercício do direito básico de propriedade pode estar sujeito a limitações, desde que tais restrições de fato correspondam aos objetivos do interesse geral perseguido pela Comunidade e não constituam uma interferência intolerável e desproporcional, que impeça o exercício dos direitos assegurados".²⁸

A proteção à saúde pública é uma meta. A Diretiva respalda tais fins, como o Tribunal indicou brevemente, com a aplicação do princípio da proporcionalidade.²⁹ Assim, o princípio de proteção à saúde pública foi integrado ao direito básico de propriedade privada. Este direito foi construído como uma complexa regra de ponderação entre a proteção da propriedade e a saúde humana. No caso "Standley", a aplicação da proporcionalidade não implicou numa violação àquela Diretiva.

Quanto aos direitos fundamentais, desde *Danish Bottles* os princípios ambientais servem de base para justificar a interferência dos Estados-membros sobre o livre comércio de bens.³⁰ O mesmo ocorre com o princípio de proteção da saúde pública.

O caso "Toolex" mostra, na prática, como a saúde pública é afetada não diretamente pelos bens mas indiretamente pelas cadeias causais ambientais, tais como poluição de ar e água.³¹ No caso "Bluhme" a proteção da biodiversidade foi reconhecida como bem merecedor de proteção legal.³² No "PreussenElektra" o clima foi similarmente reconhecido.³³ No que diz respeito aos princípios do art. 174, inciso

28. ECJ C-293/93 Standley [1999] E.C.R. I 2603 (§ 54).

29. ECJ C-293/93 Standley [1999] E.C.R. I 2603 (§§ 54-56).

30. ECJ 302/86 Commission vs. Denmark [1988] E.C.R. 4607 (n. 9). Cf. H. Emmink, "De Danish Bottles a Danish beers: the dynamics of free movement of goods and environmental protection - A case law analysis 2000", *Yearbook of European Environmental Law*, vol. 1, pp. 61-102.

31. ECJ C-473/98 Chemical Inspections vs. Toolex [2000] E.C.R. (n. 38). O caso trata da poluição pelo tricloretileno, que também se espalha via processos ambientais.

32. ECJ C-67/97 DitlevBluhme [1998] E.C.R. I 8033 (§ 33).

33. ECJ C-379 PreussenElektra [2001] E.C.R. I 2099 (§ 73).

2, CE, há a previsão legal do princípio de recomposição do dano, que serviu no "Waloon Waste" como justificativa admissível para restrições de importação de lixo pela Bélgica.³⁴

Porém, em outros casos perdeu-se a oportunidade de utilização dos recursos acima mencionados. Por exemplo, no caso "Dusseldorf", que estabeleceu restrições à exportação alemã de lixo com a intenção de reciclagem,³⁵ o CEJ poderia ter avaliado a eficiência ou não da reciclagem em instalações domésticas ou estrangeiras como critério para permitir ou proibir restrições de exportação; este critério poderia ser embasado no princípio do uso racional de recursos fornecido pelo art. 174, inciso 3, item 3o, CE.³⁶

Com relação à construção doutrinária de princípios e regras, podemos concluir que a Corte vem usando princípios para fundamentar um sistema normativo complexo sobre a admissibilidade de restrições de comércio entre fronteiras. A regra é: restrições comerciais são proibições *prima facie*, mas podem se justificar — *secunda facie* — se forem baseadas em princípios de proteção ambiental.

2.3.4 Direito Internacional

No Direito Internacional a distinção entre *princípios e regras* pode também ter maior esclarecimento. Juristas de Direito Internacional ainda não adotaram uma distinção clara entre *princípios e regras*. Frequentemente o termo "princípio" é utilizado quando, na realidade, o que está sendo discutido é uma regra. Isto é verdade para os princípios gerais de Direito Internacional, alguns dos quais têm características de regras, e especialmente aqueles que possuem *status* de normas de caráter obrigatório.³⁷ Seria melhor que tais princípios fossem denominados "regras (ou normas) gerais de Direito Internacional". Até mesmo os "princípios gerais de Direito" no sentido do art. 38,

34. ECJ C-2/90 *Commission vs. Belgium* [1992] E.C.R. I 4431 (§ 34).

35. ECJ C-203/96 *Dusseldorf* [1998] E.C.R. I 4075.

36. O Governo Alemão não levantou o assunto da eficiência da reciclagem. Como consequência, o Tribunal não foi forçado a invocar tal critério. Cf. G. Winter, *Die Steuerung grenzüberschreitender Abfallströme*, Deutsches Verwaltungsblatt, 2000, 657 ff.

37. Cf., e.g., Ian Brownlie, *Public International Law*, 5ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 19.

inciso 1, letra "c", do Estatuto CJIJ (Corte Internacional de Justiça), se consultados como fonte de Direito Internacional, não indicarão um princípio, e sim uma regra baseada em tais princípios.³⁸ As determinações ambientais citadas anteriormente como leis internacionais — isto é, as obrigações de prevenir graves danos e de cooperar — não são princípios, mas sim regras. Em contraposição, a precaução certamente ainda não é uma regra, podendo, contudo, ser considerada como um princípio, se por "princípio" entendermos uma determinação que esteja aberta para o balanceamento com outros princípios conflitantes. Com base no princípio, podemos até considerar a precaução como parte de uma regra de Direito Internacional que leva em consideração princípios opostos, tal como liberdade econômica. Neste caso, a precaução poderia ser definida como segue: "Os Estados não podem depender de incerteza científica como justificativa para não-ação quando houver evidência suficiente para estabelecer a possibilidade de risco de um dano grave mesmo que ainda não haja prova do mesmo. Ao determinar como e com que profundidade devem ser aplicadas as medidas de precaução, os Estados devem levar em consideração suas capacidades, suas prioridades econômicas e sociais, o custo-eficiência de suas medidas preventivas e a natureza e o nível do risco ambiental".³⁹

Se especificada desta maneira, a precaução pode ser mais facilmente aceita como regra de Direito Internacional. Obviamente, não tem o caráter obrigatório em relação a tratado de lei. Mas pode influenciar a legislação doméstica, dependendo de como as Constituições nacionais decidirem sobre como se relacionam entre Direito Internacional e nacional.

Em consequência, a distinção entre os princípios ambientais e as regras possibilitaria que os princípios desempenhassem seu próprio papel no Direito Internacional, direcionando a interpretação das regras e preenchendo lacunas no corpo de tratados e regras costumeiras. Eles podem ser construídos a partir de discursos e experiências produzidos na ordem pública. Eles são o elo de ligação entre a experiência da sociedade (e do senso comum) e as normas de Direito

38. Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 140.

39. A definição está baseada em Birnie/Boyle, *International Law* ..., 2ª ed., p. 120.

Internacional. Caso sejam amplamente aceitos pela doutrina internacional e pelo tribunal, os princípios podem instigar *opinio iuris sive necessitatis* e *consuetudo* na criação de novas leis. Eles podem até ser considerados como princípios gerais do Direito, se por "Direito" entendermos o sistema jurídico nacional ou internacional.⁴⁰ Para concluir, *princípios* podem ser uma fonte genuína de regras também em nível internacional e podem acelerar o processo de produção legislativa internacional. A respeito disto, eles podem demonstrar o mesmo potencial de autocriação de leis que é conhecido dos sistemas de direito comum.⁴¹

2.4 Revisão judicial de princípios

Já vimos que há uma diferença entre *políticas*, *princípios* e *regras*. Princípios são legalmente obrigatórios. Eles informam a interpretação e o desenvolvimento das normas. Eles podem ser transformados em regra. Tais regras podem conferir um peso legal específico em relação a possíveis princípios de equivalência contrária. Como já visto, as regras do Tratado CE acerca das liberdades básicas prevêm que questões ambientais podem prevalecer sobre questões de livre comércio de bens.

Há mais uma dimensão para o valor legal dos princípios, que é a profundidade com que os tribunais irão julgar a aplicação dos princípios ambientais por meio de ações governamentais. Se o ente governamental tiver, na verdade, feito o uso de um princípio, os tribunais terão a tendência de se aprofundar mais no caso. Em outras palavras, se o princípio é usado para fortalecer uma autoridade, o julgamento será mais detido. Contrariamente, se o ente governamental se houver recusado a agir, muito embora o princípio o obrigue, os tribunais tendem a tolerar tal passividade. Assim, se o princípio obrigar uma autoridade a agir, os tribunais não irão impor seu próprio entendimento do princípio. A razão para tal reação é a seguinte: se o ente governamental já houver aplicado o princípio, ele já o terá contrabalanceado com os princípios opostos, para adoção de tal decisão. Os tribunais estão,

40. V., sobre a história e potencial deste tipo de direito internacional, A. Cassese, *Direito Internacional*, Oxford, Oxford UP, 2001, pp. 155 e ss.

41. Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 139.

então, construindo um entendimento que possibilita verificar se o balneamento foi adotado corretamente. Se, por outro lado, o ente governamental teve uma conduta omissiva, não está claro quais princípios opostos deveriam ter sido levados em consideração. Sabe-se, abertamente, que esta é uma questão política reservada aos entes democraticamente legitimados, os tribunais irão, normalmente, acatar com respeito as decisões internas tomadas por cada país.

Provaremos o argumentado com a apreciação de alguns julgamentos da Corte Européia:

(3) O contexto de fornecimento de poderes

Princípios podem direcionar as regras, fortalecendo as atividades governamentais:

– quando a competência originária assim determinar; – quando um Estado-membro desejar ir além do estabelecido pela Comunidade.

(aa) Fortalecendo o exercício de competência da Comunidade

No caso da doença da "vaca-louca", a Comunidade tomou medidas legais contra a exportação de carne britânica para outros Estados-membros. O CEJ foi questionado pela Inglaterra para verificar se a competência originária – a saber, a política agrícola – havia sido corretamente aplicada. Referindo-se ao princípio da política ambiental e ao princípio da integração destes princípios com outras políticas, o Tribunal se pronunciou precisamente na concepção legal de "ação sob incerteza": "Quando houver incerteza da existência de riscos ou da extensão da gravidade a que os riscos à saúde pública possam ter chegado, as instituições podem adotar medidas preventivas sem ter que esperar até que a realidade e seriedade de tais riscos se tornem completamente aparentes".⁴²

Legislação secundária poderá, porém, igualmente exceder a margem de competência das regras, e, assim, os princípios dos tratados, incluindo os princípios ambientais, podem servir para nortear

42. ECJ C-180/96 *United Kingdom vs. Commission* [1998] E.C.R. I 2265 (n. 99); a sentença foi novamente invocada no caso "Artegodañ vs. Commission", Tribunal de primeira instância, casos coletivos T-74/00, T-76/00, E.C.R. 2000II-327, n. 184.

sobre quando os órgãos da Comunidade excederem a competência. Um exemplo disto é dado pelo CEJ, o anteriormente já citado "caso Standley".⁴³

Standley invocou o princípio poluidor-pagador em face da Diretiva CE que limitava a criação de animais. Neste ponto, o CEJ afirmou: "No que diz respeito ao princípio do poluidor-pagador, adequado é afirmar que a Diretiva não significa que os fazendeiros devem tomar medidas para a eliminação da poluição para a qual eles não contribuiram".⁴⁴

A partir daí pode-se argumentar que o Tribunal apreciaria a ação como uma violação ao princípio do poluidor-pagador, sendo que a Diretiva previu medidas em relação ao agente que não foi a origem da poluição.

(bb) Fortalecendo os Estados-membros a ir além da lei secundária

Na área da lei secundária os Estados-membros podem, de acordo com o art. 95, incisos 4 e 5, e/ou o art. 176, CE, em certas circunstâncias, editar lei de aplicabilidade mais protetiva, que vá além do Direito CE. As pré-condições particulares não são de interesse, aqui. O único ponto relevante que aqui devemos levar em consideração é a questão da aplicabilidade dos princípios ambientais. Eles aparecem com o papel de direcionar como as ações dos Estados-membros podem ser movidas. Assim, o art. 95, incisos 4 e 5, da CE permite ação complementar "com relação à proteção do meio ambiente". O mesmo está implícito no art. 176 CE. Portanto, qualquer ação complementar deve resultar em maior proteção ambiental. Os princípios contidos no art. 174, inciso 2, CE são traçados no art. 95, incisos 4 e 5, CE pela cláusula de integração e no art. 176 CE por referência dire-

43. ECJ C-293/93 Standley [1999] E.C.R. I 2603. A passagem relevante está nos §§ 55 e 56, em que se lê: "É verdade que programas de ação que são fornecidos pelo art. 5 da Diretiva e devem conter medidas mandatórias referidas no Anexo III impõem certas condições no uso de fertilizantes e estume de gado para que tais programas sejam responsáveis por restringir o exercício dos fazendeiros no que diz respeito ao direito de propriedade. Contudo, o sistema em exercício no art. 5 reflete as necessidades que se relacionam à proteção à saúde pública, e como tal possui um objetivo de interesse geral sem a substância do direito de propriedade ser impedida".

44. ECJ C-293/93 Standley [1999] E.C.R. I 2603 (§ 51).

ta ao art 174 CE. Eles abrem espaço potencial para tal, mas também marcam os limites das ações complementares. Como, por exemplo, um Estado-membro fazendo uso do art. 176 CE pode retirar o princípio de precaução quando a ação legal da Comunidade estiver limitada à defesa contra danos iminentes e sérios.

Princípios ambientais podem também direcionar o uso de cláusulas de proteção estabelecidas no campo do art. 95, inciso 10, CE, assim como foi considerada pelo Tribunal de Justiça no caso "Monsanto".⁴⁵ O Tribunal, desceu a um nível de detalhamento, ao dizer que a cláusula de proteção introduzida pela legislação sobre alimentos (*novel foods*) poderia ser usada como medida de precaução, mas tal medida precisava estar baseada na avaliação de risco: "Embora tais medidas possam ser adotadas somente caso o Estado-membro cumpra a avaliação de risco, que deve ser tão completa quanto possível, dadas as circunstâncias específicas do caso em questão, fica claro que, à luz do princípio da precaução, a implementação de tais medidas é necessária para assegurar que alimentos (*novel foods*) não apresentem sério perigo para o consumidor, de acordo com o objetivo estabelecido no art. 3 (1) da Regulamentação n. 258/1997".⁴⁶

(b) A função de direção de atuações

(aa) O norteamento de ações realizadas pelos órgãos da Comunidade

A função diretiva pode ser atribuída aos princípios quando eles impõem especificações para uma regra, no exercício normativo de competência atribuída aos órgãos da Comunidade, sobretudo como forma de impulsionar tal exercício, mas também como elemento de limitação das suas ações. As obrigações que as funções diretivas impõem são realçadas quando, em uma situação desfavorável de passividade absoluta ou até mesmo de resistência política, vierem a constituir uma regra, obrigando os órgãos da Comunidade a agir.

O CEJ dá aos órgãos da Comunidade ampla discricionariedade entre alguns dos objetivos e princípios mencionados no art. 130r e da complexidade da implementação de seus critérios; a revisão pela Corte deve necessariamente ser limitada à questão, caso o Conselho, ao

45. Julgamento de 9.9.2003. ECJ C-263/01 Monsanto.

46. N. 107 do julgamento.

adotar uma regulamentação, cometa um erro visível de apreciação em relação às condições de aplicação do art. 130r do Tratado.⁴⁷

A *judicial self restraint* contida na regra é explicada pela necessidade de produzir um equilíbrio entre princípios opostos e a completude de implementação destes princípios. Em termos mais gerais, pode-se concluir que, se a regra é muito aberta – por exemplo, se somente contribuir para um justo balanceamento dos princípios, sem fornecer um específico vetor de atuação –, os tribunais podem permitir uma ampla discricionariedade legislativa, evitando substituir a apreciação do legislador pela sua própria.

Contudo, muito além de um mero teste de vedação de arbitrariedade, maiores imposições devem derivar de uma leitura atenta do significado, finalidade e condições dos princípios. O núcleo de imposições de um princípio, incluindo sua zona cinzenta, deve ser diferenciado da esfera delimitadora da margem de discricionariedade do legislador. O núcleo poderia ser definido como a *maior ad minus*: quando medidas que combatem os riscos incertos podem ser consideradas como extensão dos princípios de proteção ambiental, medidas para defender os perigos iminentes e sérios devem ser tomadas como obrigação legal. Nesse sentido, se o núcleo dos princípios está identificado, pode-se, desde já, constituir a regra relevante. Neste contexto, quando o mandamento nuclear for ofendido, dificilmente restará campo normativo remanescente para considerar princípios opostos dentro da moldura da regra.

Casos *sui generis* nos quais a Comunidade estabelece medidas que realmente possibilitem a efetivação da proteção de um direito, e não apenas a solução de questões secundárias em relação ao mesmo, ainda não obtiveram das Cortes Europeias o tratamento adequado. Vale mencionar que o CEJ, no caso “Safety High Tech”, indica a possibilidade de que uma medida protetiva possa falhar na efetivação do alto nível de proteção ambiental exigido no art. 174 CE. No caso, o

47. ECJ C-284/95 Safety High Tech [1998] E.C.R. I 4301 (n. 37). O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha já se expressou de maneira semelhante. V., por exemplo, o caso onde o vizinho de um aeroporto reclamou que as autoridades não haviam tomado as medidas de proteção apropriadas. O Tribunal afirmou que não havia “evidência” alguma de violação do dever constitucional do Estado de proteger o indivíduo (BVerfGE 56, 54 et seq., at 80).

Tribunal chegou a tal conclusão baseado na comparação com as medidas estabelecidas em um acordo internacional pertinente (o Protocolo de Montreal) e que estavam relegadas. Como o Tribunal tratou deste assunto apenas de maneira implícita, a questão não pode ser considerada como definitiva.

O CEJ já se expressou com funções diretivas, principalmente num dos casos mais irônicos, onde o peticionário de uma medida da Comunidade reclamou que tal medida não se aprofundou suficientemente na questão. Os querelantes, em casos onde ações de danos ambientais foram enriquecidas pelo direito da Comunidade, afirmaram que a Comunidade falhou também (ou pelo contrário) ao punir os outros “pecadores”. O argumento pode ser designado como a versão do princípio NIMBY (“não no meu quintal”). O caso mais comum – onde um órgão da Comunidade, um Estado-membro ou terceiros podem se beneficiar das medidas da Comunidade, mas não trouxeram elementos suficientes para a concessão do pleito – ainda não foi decidido pelos tribunais.

“Safety High Tech” é particularmente relevante como exemplo da situação NYMBY. Uma regulamentação para a proteção da camada de ozônio proibiu o uso dos parcialmente halogênicos CFCs. O produtor, “Safety High Tech”, afirmou que CFCs não poderiam ser retirados e proibidos sem também proibir os halogênicos – entenda-se por *halogênicos* aqueles que (sem controversia) têm um potencial mais alto que os CFCs na destruição da camada de ozônio e, além disto (ao contrário dos CFCs), também geram o efeito-estufa. Devido à falha em considerar o efeito-estufa potencial dos halogênicos, o sistema normativo de proteção ao meio ambiente foi violado: em seguida, devido à falha em considerar o alto potencial do halogênio na destruição da camada de ozônio, a ordem específica de “alto nível de proteção” (*high level of protection*) foi igualmente violada. O CEJ respondeu, com base no anterior art. 130r (agora, art. 174), que “não se deve entender que o art. 130r (1) do Tratado estabeleça que a Comunidade legisle, desde que adote medidas de preservação, proteção e melhoria do meio ambiente, no trato de problemas ambientais específicos, adotando, ao mesmo tempo, medidas relativas ao meio ambiente como um todo”.⁴⁸

48. CEJ C-284/95 Safety High Tech [1998] E.C.R. I 2603 (§ 44).

Embora esta resposta seja basicamente razoável, o Tribunal poderia ter ido mais adiante ao fazer uso de uma construção legal alemã, denominada *Konzeptgebot* (abordagem planejada). A *Konzeptgebot*, que foi introduzida pelo Tribunal Administrativo Federal (*Federal Administrative Court*),⁴⁹ pode ser invocada em situações nas quais um complexo conjunto de problemas deve ser urgentemente resolvido, mas é difícil lidar com eles, devido à limitação de instrumentos e à capacidade de administração. Dada tal complexidade, os assuntos não conduzem a uma única resolução. Assim, as autoridades públicas devem proceder passo a passo, identificando individualmente os atos, tendo por base um plano abrangente que possibilite sistematização num plano geral de ação que possa se realizar ao longo do tempo.

No caso "Safety High Tech" a aplicação da *Konzeptgebot* significaria pedir um plano geral para a retirada de ambos, CFCs e halogênios. Parece que, na realidade, houve tal plano para o preenchimento de tais obrigações no Protocolo de Montreal. Era recomendável estar na defensiva, primeiro ao atacar os CFCs, já que existem outros substitutos imediatos, e depois se dirigir à questão espinhosa dos halogênios (que haviam, de fato, sido banidos).

No caso "Standley" a *Konzeptgebot* exigiria perguntar se a Diretiva se enquadrava na estrutura de um conceito geral para combater todas as fontes de nitrato, para classificar as cargas agrícolas. Ao contrário, o Tribunal de Justiça se satisfaz com uma consideração isolada quanto à eficiência agronômica auferida com a utilização do nitrato.

(bb) Dirigindo Estados-membros

Funções diretas dos princípios ambientais *vis-à-vis* são menos aparentes para os Estados-membros que as funções de atuação. Isto ocorre porque os Estados não estão tão próximos da área de competência que lhes concerne. Mas, na medida em que aplicam a legislação secundária da Comunidade e têm certa margem de apreciação, também ficam vinculados ao dever de atentar para os princípios de direito ambiental da Comunidade.⁵⁰ Isto seria a consequente aplicação da lei no *Wachauf* (que também está codificado no art. 51 da Carta de

49. *Bundesverwaltungsgericht* – BVerwG.
50. V. Jans/Von der Heide, ob. cit., p. 23.

Direitos Fundamentais), isto é, os Estados-membros, quando aplicam o direito da Comunidade, estão respaldados nos direitos fundamentais e nos princípios da Comunidade.⁵¹ Esta integração do princípio do art. 6 está ancorada na Constituição nacional de qualquer Estado-membro e merece peculiar destaque. Conseqüentemente, os Estados-membros, ao aplicarem o Direito da Comunidade fora do campo do direito ambiental (por exemplo, o direito de energia), teriam que observar os princípios ambientais do art. 174 CE, incluindo, por exemplo, o princípio do uso racional de recursos naturais.⁵²

3. O conceito de "precaução" e "sustentabilidade"

3.1 Princípio da precaução

O princípio da precaução partiu do Direito doméstico Alemão para o Direito da Comunidade. Como a maioria dos migrantes, ele foi adaptado e não possui exatamente o mesmo significado que tem no Direito nacional Alemão. O princípio da precaução no Direito Europeu tem tanto uma significância metodológica quanto estratégica. Isto foi claramente indicado em ambas as sentenças da Comissão relacionadas à aplicação do princípio da precaução⁵³ e no *leading case* "Pfizer".⁵⁴ Metodologicamente, o princípio dá indicadores para uma avaliação de risco. Estrategicamente, fornece exigências no caso de a decisão tender para intervenção. Em ambos os casos, o princípio incita cuidados: na avaliação de risco, incerteza científica não é justificativa para esclarecer totalmente a questão, devendo ser investigado o fato de haver pelo menos indicadores de risco, possibilidades de interpeção fornecidas por fatos conhecidos etc. No mesmo sentido, quanto à decisão de agir, incerteza científica não deve justificar a abstenção na adoção de

51. CEJ 5/88 Hubert Wachauf vs. Bundesrepublik Detschland [1989] E.C.R. 2609 (§ 19).

52. Sugestões semelhantes foram feitas por: R. Macrory, "Environmental inter-lation and the European Charter of Fundamental Rights", artigo apresentado ao grupo *Avoseita*, 12-13.1.2001, p. 8 (www.Avoseita.org); N. de Sadeleer, "Les fondamentents de l'action communautaire en matiere d'environnement", in Peter Lang, *L'Europe et ses Citoyens*, 2000, p. 112, com mais exemplos.

53. *Mittelung v. 2.2.2000*, Kom (2000) 1.

54. Tribunal de primeira instância, julgamento de 11.9.2002, "Pfizer vs. Com- mission" T-13/99.

medidas de precaução. Concluindo, isto foi afirmado no caso "Pfizer": "Entende-se, a partir da interpretação da Corte da Comunidade acerca do princípio da precaução, que uma medida preventiva deve ser tomada somente se o risco, apesar de a realidade e a extensão não terem sido completamente demonstradas por evidências científicas conclusivas, parecer estar adequadamente respaldado em dados científicos disponibilizados no momento da adoção da medida".⁵⁵

O princípio da precaução no Direito nacional Alemão tem, além disso, uma dimensão material e uma dimensão instrumental. Uma dimensão material na qual conseqüências distantes tanto em tempo como em lugar, danos a bens particularmente sensíveis, meros distúrbios e pouca probabilidade de dano devem ser investigados na avaliação de risco. A dimensão instrumental refere-se ao arsenal de medidas pertinentes. *Precaução* significa, neste contexto, que as melhores técnicas disponíveis de minimização de dano devem ser aplicadas, independentemente da sua previsibilidade.⁵⁶

Isto nos leva a questionar se esta significância adicional está representada por outros princípios europeus. Se este não for o caso, então a introdução e possível codificação de princípios adicionais devem ser levadas em conta. Em todos os casos, no entanto, deve reinar a maior economia na discussão deste assunto, porque a noosfera dos princípios gerais já é altamente nublada.

A dimensão instrumental está possivelmente representada pelo princípio da prevenção e pelo princípio da recomposição do dano. *Prevenção* é a antítese de *reparação*. Por exemplo, um sistema permissivo seria preventivo se comparado à responsabilidade por danos.⁵⁷ O ponto que os conecta é a cadeia da causalidade. O princípio da recomposição do dano força a medidas remediadoras tanto quanto possível até o início da cadeia causal. Esta estrutura permite que a adoção das melhores técnicas disponíveis seja implementada sem dificuldade: estabelece parâmetros para que seja emitida a autorização para a realização do empreendimento/atividade, que é o primeiro estágio na cadeia causal e que precede sua repercussão e os efeitos da ação perigosa ao meio ambiente.

55. Tribunal de primeira instância, "Pfizer vs. Commission", § 144.

56. Como exemplo, v. *Bundesimmissionschutzgesetz* 5, I, n. 2.

57. Responsabilidade natural por danos também tem um efeito preventivo.

Entender os princípios da prevenção e da recomposição dos danos como exigência de utilização das melhores técnicas disponíveis parece ser um entrave, conforme comentário do CEJ no caso "Safety High Tech", ao qual o Tribunal Europeu se refere no caso "Pfizer": "O art. 130r (2) do Tratado exige política comum da Comunidade em questões ambientais, objetivando um maior nível de proteção. O nível de proteção, para ser compatível com esta previsão, não tem que necessariamente ser o mais elevado dentro do tecnicamente possível".⁵⁸

Contudo, seria errôneo tomar esta afirmação como excludente de políticas direcionadas ao tecnicamente possível. Melhores tecnologias simplesmente não são exigidas com base no princípio do alto nível de proteção (*principle of high level of protection*). As melhores tecnologias podem ser exigidas por outros princípios, tais como os da prevenção e da recomposição do dano.

A dimensão substantiva é dificilmente apresentada nos princípios do art. 174 CE. O problema de danos em bens particularmente sensíveis, inconveniência e baixa probabilidade de danos a bens ambientais nos faz presumir que o desenvolvimento interpretativo correspondente vai se apoiar no princípio da precaução. No caso dos efeitos que aparecerão em uma dimensão temporal e espacial futura, princípios surgirão, dando a estes efeitos mais peso do que o princípio da prevenção daria.

Tomemos como exemplo o princípio da proteção das gerações futuras e um possível princípio de proteção ambiental mundial. Ambos os princípios demandam atenção especial. Eu sugiro que seja considerada a inserção nominal dos mesmos na lista contida no art. 174, § 2. EC.⁵⁹ Esta proposta deveria de fato ser implementada, com o objetivo de resguardar a proteção ambiental mundial, porque essa é a mecânica da biosfera mundial (o clima, o equilíbrio bio-físico-geográfico, o ciclo da água mundial etc.), que será provavelmente a mais urgente preocupação das próximas décadas. Quanto à proteção das gerações futuras, esta preocupação está representada pelo princípio da sustentabilidade, já existente.

58. "Pfizer", § 49.

59. Com relação à *proteção de gerações futuras*, v. também a proposta do grupo de trabalho, supra citado, nota de rodapé 52.

3.2 Sustentabilidade

Desenvolvimento sustentável está definido como um princípio da União Européia (EU) no "Preâmbulo" do Tratado EU, como um objetivo da União Européia no art. 2 (EU) e como tarefa da Comunidade Européia no art. 2 (CE). No projeto da Constituição o desenvolvimento sustentável do planeta Terra é imaginado como um objetivo de política externa. Pode-se possivelmente entender *desenvolvimento sustentável* como uma idéia direta ou ideal. Certamente, sua significação legal não é aquela de um princípio legal no sentido proposto aqui.⁶⁰ Por outro lado, o desenvolvimento sustentável é um elemento do princípio de integração, nos termos do art. 6. Embora não seja um princípio independente, mas mais propriamente um objetivo direto, *desenvolvimento sustentável* tem uma significância legal, e não meramente uma significância política, como está estabelecido no art. 6 (CE). Então, incumbe a tarefa de dar ao ideal um significado mais específico, que lhe possibilite tomar-se um princípio legal.

O princípio da sustentabilidade, como o princípio da precaução, migrou para o direito da Comunidade, tendo surgido originalmente no Direito Alemão. Lá, possuía uma história longa e independente, como um princípio de direito florestal. Seguindo esta tradição, está intimamente associado ao uso de recursos naturais, e em particular aqueles que são renováveis.

Por esta origem o princípio se diferencia dos princípios de proteção ambiental em dois aspectos: um em razão da escala de aplicação e outro de conteúdo conceitual. Com relação à escala de aplicação, a sustentabilidade não se aplica para a utilização do meio ambiente como uma pia a ser usada como lixeira. Esta preocupação era encampada pelos princípios que evitam danos aos bens ambientais e, por último, pelo da precaução.⁶¹ Com relação ao conteúdo conceitual, o princípio da sustentabilidade é mais dinâmico que o da prevenção de danos e o da precaução, pois permite a destruição de bens ambientais, se tal destruição for também compatível com a renovação a longo prazo dos recursos – isto é, se houver possibilidade de reflor-

60. Verschuuren, *Principles of Environmental Law*, p. 20.

61. E. Rehbinder, "Nachhaltigkeit als Prinzip des Umweltrechts: konzeptionelle Fragen", in H.-P. Dolde (Hrsg.), *Umwelt im Wandel*, Berlin, E. Schmidt Verlag, 2000, pp. 721 e ss.

restamento. Os princípios que evitam danos e os da precaução procuram, ao contrário, identificar as fronteiras estáticas exatas entre os processos técnicos e "ambientais" e determinar com argúcia os limites de tolerância.

Com o Relatório da Comissão Mundial pelo Meio Ambiente (*Brundtland Commission*), em 1987, uma ponte entre a "pia" e a "fonte" possibilitou a construção de pontos de vista. A idéia de fonte foi ampliada para o meio ambiente como um todo, incluindo sua própria utilização como pia (isto é, a exploração de sua própria capacidade de absorção e degradação). O uso de recursos deveria ser permitido desde que fosse compatível com a conservação, a longo prazo, do meio ambiente como um sistema.⁶² Três regras surgiram, e também obtiveram consenso:

- (1) Recursos renováveis somente podem ser utilizados até o ponto em que possam ser renovados.
- (2) Recursos não-renováveis somente podem ser utilizados até o ponto em que existam substitutos de equivalência funcional entre os recursos renováveis, desde que estes possam ser encontrados ou desenvolvidos.
- (3) Emissões danosas não devem exceder a capacidade dos ecossistemas, para que não haja a destruição dos mesmos.⁶³

Uma dimensão conceitual que a Comissão acentua é a ligação entre Economia e Ecologia. A ligação entre Economia e Ecologia, expressada no princípio da sustentabilidade, pode ser entendida pelo menos de duas maneiras. As concepções que embasam o primeiro entendimento têm o princípio da sustentabilidade como determinante quanto ao uso racional de longo prazo dos bens ambientais – por exemplo, atividades econômicas podem fazer uso dos recursos mas não devem esgotá-los. Sob esse enfoque, o ponto de partida da sustentabilidade é o meio ambiente. A legalidade da atividade econômica é então considerada nos termos em que o limite dos recursos sustentáveis a suporte. Um segundo entendimento atinge em cheio o primeiro: o princípio da sustentabilidade também pode ser entendido

62. Cf. Capítulo 2, n. 14, do artigo/relatório: "Os bens assim chamados livres como água e ar são também recursos".

63. "Rat von sachverständigen für Umweltfragen", *Umweltgutachten 2002*, eine neue vorreiterrolle. Stuttgart, Meltzer-Poeschel, 2002, n. 29.

no sentido de que uma atividade econômica possa ser mantida a longo prazo sem destruir seus próprios fundamentos naturais. Nesse caso, o ponto de partida é a Economia, que, por sua vez, condiciona as questões ambientais.

A proposta da Comissão Brundtland conduz a uma segunda. O Relatório fala em termos de *desenvolvimento sustentável*, não de *recursos sustentáveis*. Assim, a Comissão sustenta, essencialmente, que, no que concerne aos recursos naturais, estes devem ser aproveitados sob o enfoque de uma estrutura interna e determinada para o desenvolvimento econômico e tecnológico.

Por enquanto, a interpretação de *desenvolvimento sustentável* vem sendo desenvolvida com base em três pilares: desenvolvimento sustentável abrange não somente a proteção sustentável dos recursos ambientais, mas também a manutenção e o desenvolvimento, a longo prazo, dos bens econômicos e sociais comuns.⁶⁴ Este novo entendimento é traçado também no projeto da Convenção que diz, no art. I-3, § 3: "A União deve trabalhar para uma Europa de desenvolvimento sustentável baseada no crescimento econômico equilibrado, economia comercialmente social, altamente competitiva e com o objetivo de alcançar pleno progresso empregatício e social, e com um alto nível de proteção e melhoria da qualidade do meio ambiente". Aqui, *crescimento econômico, progresso social e proteção ambiental* são considerados os três elementos de uma expressão genérica, que é o *desenvolvimento sustentável*.

Esta extensão esvazia o conceito ao ponto em que ele se torna uma exigência de equilíbrio muito abrangente sem qualquer valor diretivo. Obviamente, as preocupações ambientais não podem ser determinadas como absolutas, mas já existem princípios opostos bem estabelecidos (como a liberdade comercial, o princípio da proporcionalidade etc.), que podem se relacionar com as questões ambientais. A "sustentabilidade" não necessita reafirmar a inter-relação já existente dos princípios. Se "desenvolvimento sustentável" pode ser significativo, ele deve esclarecer que o bem-estar comum social e econômico só pode sobreviver se estiver fundamentado no

64. V. a enquete da Comissão "Schutz des Menschen und der Umwelt" do 13^o Bundestag da Alemanha, *Konzeptnachhaltigkeit - Vom Leitbild zur Umsetzung*, Bonn, Deutscher Bundestag, 1998.

meio ambiente.⁶⁵ A consideração da Economia Ecológica permanece tensa, e o drama transpõe qualquer pressão com objetivo de mudar os hábitos e as práticas dos empresários e consumidores. O modelo dos três pilares, visto sob esta perspectiva, marca a Economia, pressionando a criatividade e a inovação.⁶⁶ Cada um dos pilares não tem sua própria margem de apreciação; assim, compelem a esfera sócio-econômica a uma mudança substancial. Talvez se fale de desenvolvimento sustentável num sentido imperativo. Com tal entendimento, seria recomendável que os tratados versassem sobre *desenvolvimento sustentável*, e não sobre o uso sustentável dos recursos naturais. Mas resta dúvida sobre se este entendimento encontrará amplo apoio.

4. Conclusão

Minhas considerações sobre a natureza legal dos princípios ambientais podem ser resumidas no que segue.

4.1 Deve-se compreender *princípio* como um valor legal. Princípios não-legais devem ser chamados de políticas, ideais, objetivos etc.

4.2 O valor legal é derivado da legislação ou jurisprudência do tribunal. No primeiro caso, é baseado em decisão política; e no segundo, na experiência comum e no bom senso.

4.3 Princípios devem ser distinguidos de *regras*. Princípios podem ser balanceados com princípios conflitivos. Regras são conclusivas, embora forneçam abertura para exceções ou para o balanceamento das questões em conflito.

4.4 Princípios ajudam a interpretar as regras, preencher lacunas e desenvolver novas regras.

4.5 A distinção entre *princípios* e *regras* pode ser aplicada em todos os níveis da hierarquia das normas, sejam elas internas ou externas.

4.6 Se aplicada ao Direito Internacional, a distinção entre *princípios* e *regras* pode acelerar o desenvolvimento do Direito. Princípios

65. V.: "Rat von sachverständigen für Umweltfragen", *Umweltgutachten 2002*, eine neue vorreiterrolle. Stuttgart, Metzler-Poeschel, 2002, n. 31.

66. V. Rehbinder, "Nachhaltigkeit als Prinzip des Umweltrechts: konzeptionelle Fragen", in H.-P. Dold (Hrsg.), *Umwelt im Wandel*, p. 743.

podem servir como um elo entre a experiência comum, o bom senso e as regras. Estes seriam mais prontamente aceitos se fossem entendidos como abertos para o balanceamento contra outros princípios. Regras podem ser mais prontamente aceitas se forem formuladas precisamente como pontes entre princípios conflitivos.

4.7 Uma análise da jurisprudência do CEJ mostra que a densidade do controle é diferente dependendo se eles forem usados num contexto de fornecer poderes às autoridades públicas ou de direcionar a tomada de medidas pelas autoridades. Há mais auto-restrições judiciais (*Judicial self-restraint*) no segundo do que no primeiro contexto. Isto ocorre porque há respeito dos tribunais pela apreciação efetivada pelos órgãos democraticamente legitimados acerca dos princípios e seu balanceamento.

4.8 O *princípio da precaução* é geralmente entendido por encaminhar uma questão de ordem cognitiva (isto é, a relevância da incerteza). Tendo também, contudo, uma dimensão substantiva (alertando às autoridades competentes os efeitos de longo prazo e de larga escala) e uma dimensão instrumental (demandada pelas melhores tecnologias disponíveis).

4.9 O significado original de *sustentabilidade*, isto é, uso sustentável dos recursos naturais, vem cada vez mais sendo substituído pelo conceito dos três pilares, que são *equivalência social, questões econômicas e ecológicas*. O conceito dos três pilares é amplo demais para se tornar aceitável como um princípio legal. Ele também ignora o fato de que a sociedade é fundamentalmente dependente de recursos naturais. Uma terceira definição a ser discutida é de uma vida social, econômica e ambientalmente sustentável.