

**O ACORDO SOBRE A APLICAÇÃO DE MEDIDAS SANITÁRIAS E  
FITOSSANITÁRIAS E A EVENTUAL EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PRECAUÇÃO FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19<sup>1</sup>**

*THE AGREEMENT ON THE APPLICATION OF SANITARY AND PHYTOSANITARY  
MEASURES AND THE EVENTUAL EVOLUTION OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE  
IN LIGHT OF THE COVID-19 PANDEMIC*

Gustavo Ferreira Ribeiro<sup>2</sup>

Ricardo García de la Rosa<sup>3</sup>

Gilda Nogueira Paes Cambraia<sup>4</sup>

**Resumo:** O Acordo SPS da OMC traz, em seu artigo 5.7, dispositivo que permite a adoção provisória de medidas (fito)sanitárias frente à insuficiência de evidência científica. Aproxima-se, sem se confundir, com o princípio da precaução, originário do Direito Ambiental, que relativiza a relação entre ciência e a adoção de medidas frente a riscos de uma forma mais ampla. Neste artigo, pergunta-se como uma possível evolução do princípio da precaução no Direito Internacional, após o evento da COVID-19, relaciona-se com a aplicação do Acordo SPS no âmbito da OMC. Aplicando-se uma metodologia dogmática, com revisão doutrinária, teve-se como hipótese inicial algum grau de impacto na interpretação do art. 5.7. Verificou-se que a noção de insuficiência de evidência científica poderia ser ampliada, porém, apenas com a modificação do status do princípio da precaução para costume internacional, o que representa desafios hermenêuticos e práticos, como uma maior discricionariedade para medidas protecionistas.

**Palavras-chave:** Acordo SPS. Princípio da precaução. Costume Internacional. Comércio Internacional. COVID-19.

**Abstract:** The SPS Agreement of the WTO posits that Member may provisionally adopt (phyto)sanitary measures in the face of insufficient scientific evidence (art. 5.7). This provision is close to, but not confused with, the precautionary principle, originated from Environmental Law, which relativizes the relationship between science and the adoption of measures in the face of risks in a broader sense. This article questions how a possible evolution of the precautionary principle in International Law, after COVID-19, relates to the application of the SPS Agreement within the WTO. Based on dogmatic methodology, with doctrinal review, the initial hypothesis was some degree of impact on the interpretation of art. 5.7. It was verified that the notion of insufficiency of scientific evidence could be expanded, however, only if the

<sup>1</sup> Artigo submetido em 17/12/2022 e aprovado para publicação em 21/12/2022.

<sup>2</sup> Professor Titular no Programa de Doutorado e Mestrado em Direito (CEUB). SJD (Indiana University Bloomington – EUA / Revalidado UFSC). E-mail: [gustavo.ribeiro@ceub.edu.br](mailto:gustavo.ribeiro@ceub.edu.br). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9452-9981>.

<sup>3</sup> Professor Associado de Direito no Instituto Tecnológico Autônomo de México (ITAM). PhD (Université Jean-Moulin Lyon, France). E-mail: [ricardo.garcia@itam.mx](mailto:ricardo.garcia@itam.mx). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9402-2942>.

<sup>4</sup> Mestranda no CEUB. Graduada em Direito (CEUB). Assessora Especial da Assessoria Jurídico-Legislativa da Casa Civil do Distrito Federal. E-mail: [gilda.cambraia@gmail.com](mailto:gilda.cambraia@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8757-5904>.

status of the precautionary principle become an international custom, which represents hermeneutic and practical challenges, such as a greater discretion for protectionist measures.

**Keywords:** SPS Agreement. Precautionary principle. Customary Law. International Trade. COVID-19.

## Introdução

O princípio da precaução tem sua origem no Direito Ambiental. FOSTER (2002-2003, p. 9) localiza seu nascedouro nas políticas ambientais europeias dos anos 1970, preconizada em adágios como “melhor prevenir do que remediar” e “errar no lado da cautela”.

De forma geral, o princípio da precaução significa a prevalência da preservação da saúde e do meio ambiente, mesmo frente à incerteza científica acerca do dano potencial da ação que se pretende evitar sua ocorrência (CAMERON; ABOUCHAR, 1991, p. 3; FREESTONE; HEY, 1996; QUEIROZ, 2005). O princípio expõe a infalibilidade da ciência, e, em comércio, irá justificar a adoção de medidas para afastar riscos, diante de temas desconhecidos, que carecem de pesquisas e financiamento, ou tempo hábil para se chegar a esses conhecimentos em um período razoável de tempo (DE ABREU LIMA, 2003). O princípio privilegia, ainda, processos democráticos, quando reflete as preferências coletivas genuínas da comunidade frente a riscos (VAN DEN BOSSCHE *et al*, 2005).

No contexto da pandemia da COVID-19, as inúmeras ações tomadas pelos Estados não só atinentes à saúde pública<sup>5</sup>, mas também relativas ao comércio, como a proibição ou restrição da importação de produtos potencialmente contaminados, não esperaram pelo consenso científico. Segundo MEßERSCHMIDT (2020), várias medidas foram tomadas baseadas, muitas vezes, em pouco ou nenhum embasamento científico, refletindo, essencialmente, o princípio da precaução, embora o princípio não represente, em sua visão, uma carta branca, pois deve respeitar a proporcionalidade.

A revisão de literatura sobre o tema indica que a nova realidade global evidencia uma possível evolução no escopo da aplicação do princípio da precaução, baseada na necessidade prática dos Estados de adotarem medidas drásticas e de sério impacto econômico e social e

---

<sup>5</sup> Na esfera doméstica, foram inúmeras as medidas adotadas pelos países. Entre elas, podem-se citar as campanhas de vacinação conjugadas ou não com limitações e/ou condicionalidades ao direito fundamental de ir e vir (ao local de trabalho, às escolas, ao se utilizar o transporte público, entre outros). A reflexão principal deste artigo, no entanto, dá-se em torno das medidas diretamente relacionadas aos fluxos de comércio internacional de bens, ainda que incursões sejam feitas, para contextualização, a outros temas, como na seção sobre Cortes Constitucionais.

construírem políticas públicas mesmo sem o devido embasamento científico consolidado e validado por instituições técnicas internacionais (VO; TRAN, 2021, p. 6). A legitimidade dessas medidas poderia ser sustentada na prerrogativa dos Estados de agirem com precaução (MEßERSCHMIDT, 2020, DE FARIA; HIDALGO; FERRAZ, 2021). Não sem controvérsias!

Além da discutível relativização da necessidade de evidências científicas para a tomada de decisões em políticas públicas, abrindo espaço para abusos “bem-intencionados”, a doutrina ainda debate as implicações jurídicas de uma maior amplitude do princípio da precaução no comércio internacional.

Assim, questiona-se neste artigo: como uma possível evolução da aplicação do princípio da precaução no Direito Internacional, após o evento da COVID-19, relaciona-se com a aplicação do Acordo SPS no âmbito da OMC, em especial, seu artigo 5.7, que dispõe, *in verbis*:<sup>6</sup>

5.7. Nos casos em que a evidência científica for insuficiente, um Membro pode provisoriamente adotar medidas sanitárias ou fitossanitárias com base em informação pertinente que esteja disponível, incluindo-se informação oriunda de organizações internacionais relevantes, assim como de medidas sanitárias ou fitossanitárias aplicadas por outros Membros. Em tais circunstâncias, os Membros buscarão obter a informação adicional necessária para uma avaliação mais objetiva de risco e revisarão, em consequência, a medida sanitária ou fitossanitária em um prazo razoável.

Ressalta-se que não se pretende afirmar que o princípio da precaução, diante do contexto atual e de suas implicações recentes, tornou-se costume internacional, sendo vinculante a todos os Estados, e com um escopo ainda maior. Entretanto, sua aplicação no contexto pandêmico originou a inquietação sobre as implicações que este princípio, se caráter consuetudinário tivesse, teria no contexto da aplicação de medidas SPS, propondo-se como hipótese inicial algum grau de modificação na forma como o art. 5.7 deveria ser interpretado.

Com relação à metodologia do trabalho, realizou-se revisão bibliográfica, documental e da jurisprudência sobre o tema, tendo a pesquisa, primordialmente, caráter dogmático e não empírico.

Em termos de estrutura, realiza-se, inicialmente, os apontamentos históricos sobre a natureza do princípio da precaução. Na sequência, demonstra-se que a aplicação do princípio

---

<sup>6</sup> SPS, artigo 5.7: In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time.

da precaução pela OMC no contexto do Acordo SPS é limitada, segundo a interpretação do Órgão de Apelação (OAp) da Organização Mundial do Comércio (OMC), uma vez que, nas ocasiões em que foi mencionado, não refletiu de forma completa a natureza que o princípio carrega por definição. Por fim, busca-se indicar que a evolução do princípio da precaução configura possibilidade de aplicação diversa de dispositivos do Acordo SPS, notadamente do artigo 5.7.

## 1. Breves apontamentos históricos sobre as origens e interpretação do princípio da precaução

### 1.1 No Direito Internacional

O princípio da precaução no Direito Internacional é fruto de ampla discussão acadêmica quanto ao seu *status*. A interpretação dada pelas cortes internacionais, também em casos ambientais, a respeito da sua aplicação, direciona o entendimento de que, atualmente, este princípio possui natureza de *soft law*, sendo desafiadora sua aplicação fora desse contexto, como se apontará.

No ordenamento internacional, o princípio da precaução pode ser evidenciado por meio de inúmeros instrumentos internacionais que trazem dispositivos que refletem o princípio (FROTA ET AL, 2012). Entre os mais citados, encontra-se a definição contida no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), *in verbis*:

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

A principal ideia que permeia a precaução é que, mesmo diante de incertezas científicas, a intervenção estatal estaria legitimada frente aos efeitos potencialmente danosos relacionados a fenômenos, produtos ou processos.

De fato, são variadas as expressões da normatização do princípio da precaução. São bem documentadas as referências à ideia de precaução, em sentido amplo, no preâmbulo do

Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Exaurem a Camada de Ozônio (1987)<sup>7</sup>, o artigo 2º da Convenção sobre Cursos de Água Transfronteiriços (1992)<sup>8</sup>, o artigo 3º da Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas (1992)<sup>9</sup>, o preâmbulo da Convenção-Quadro sobre a Diversidade Biológica (1992)<sup>10</sup>, o artigo 130º- R.2 do Tratado de Maastricht da Comunidade Europeia (1992)<sup>11</sup>, entre outros.

Sua inclusão em tratados e documentos internacionais não reflete, entretanto, sua natureza vinculante de forma generalizada, uma vez que os tratados têm força obrigatória apenas para as partes signatárias, conforme artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados - CVDT (NAÇÕES UNIDAS, 1969). No limite, sua inclusão em diversos documentos e tratados de natureza ambiental garante seu cumprimento em larga escala pelos membros signatários desses tratados.

A doutrina, a sua vez, revela distintos convencimentos sobre seu alcance. A multiplicidade de definições e aplicações dificulta o consenso sobre a sua natureza (VARELLA;

---

<sup>7</sup> Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Exaurem a Camada de Ozônio, Preâmbulo: “(...) Tendo em conta as medidas preventivas, para controlar emissões de certos clorofluorcarbonos, que já foram tomadas nos níveis nacional e regional (...).”

<sup>8</sup> Convenção sobre Cursos de Água Transfronteiriços, Artigo 2.º: “Disposições gerais 1-As Partes devem tomar todas as medidas apropriadas para prevenir, controlar e reduzir todo e qualquer impacto transfronteiriço. 2-As Partes, em particular, devem tomar todas as medidas apropriadas: a) Para prevenir, controlar e reduzir a poluição das águas que possam vir a ter um impacte transfronteiriço: (...) 3-As medidas de prevenção, de controlo e de redução da poluição da água devem ser tomadas, sempre que possível, na fonte.(...) 5-Aquando da adopção das medidas indicadas nos parágrafos 1 e 2 do presente artigo, as Partes devem guiar-se pelos seguintes princípios: a) O princípio da precaução, em virtude do qual elas não diferem a elaboração de medidas destinadas a evitar que o lançamento de substâncias perigosas possa ter um impacte transfronteiriço cujo motivo a pesquisa científica não demonstrou plenamente o elo de causalidade entre essas substâncias, por um lado, e um eventual impacte transfronteiriço, por outro; (...).”

<sup>9</sup> Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, artigo 3: “Princípios. Em suas ações para alcançar o objetivo desta Convenção e implementar suas disposições, as Partes devem orientar-se *inter alia*, pelo seguinte: (...) 3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas-devem levar em conta os diferentes contextos sócioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.”

<sup>10</sup> Convenção-Quadro sobre a Diversidade Biológica, Preâmbulo: “(...) Observando que é vital prever, prevenir e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica; (...).”

<sup>11</sup> Tratado de Maastricht da Comunidade Europeia, artigo 130º- R.2: “2. A política da Comunidade no domínio do ambiente visará a um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias. Neste contexto, as medidas de harmonização destinadas a satisfazer essas exigências incluirão, nos casos adequados, uma cláusula de salvaguarda autorizando os Estados-membros a tomar, por razões ambientais não económicas, medidas provisórias sujeitas a um processo comunitário de controlo.” [texto original da versão portuguesa de Portugal].

PLATIAU, 2002, p. 1592). Ora se reconhece sua evolução como fonte de direito (HICKEY, 1994; MCINTYRE, 1997), ora se observa que o princípio se encontra em evolução, de modo que tem potencial para se tornar vinculante (KAZHDAN, 2011; TOLLEFSON, 2012, POORHASHEMI; ZARE, 2015), mas não sem desafios (FROTA *et al*, 2012). Haveria nele, ainda, uma função potencial de composição, uma vez que, como princípio de natureza ambiental que se fundamenta na cautela dos atores envolvidos para prevenir danos ambientais, o princípio da precaução tem o papel de conciliar o Direito Ambiental e o Direito Internacional Econômico, o que pode significar o confronto de perspectivas muitas vezes antagônicas (VARELLA, 2004, p. 275).

A ampla discussão sobre sua natureza ou mesmo o atingimento de *status* de costume internacional<sup>12</sup> no direito internacional permanece, assim, em aberto, com julgados relevantes sobre o tema.

A Corte Internacional de Justiça (CIJ) se confrontou com a matéria no caso das usinas de celulose, entre Argentina e Uruguai. O caso trata, resumidamente, de violações, pelo Uruguai, do Estatuto do rio Uruguai, tratado assinado entre as partes que regula a utilização de parte do rio que é fronteira entre os dois países. A CIJ considerou a precaução como uma mera abordagem e não como um princípio (CIJ, 2010, p. 61)<sup>13</sup>.

No caso dos testes nucleares no atol de Mururoa, entre a França e a Nova Zelândia, a CIJ também se deparou com a alegação do princípio da precaução. O caso diz respeito a testes nucleares subterrâneos realizados pela França no atol de Mururoa. A Nova Zelândia invocou o princípio da precaução para que houvesse comprovação de que estes testes não prejudicariam a vida marinha (CIJ, 1995). A Corte rejeitou as alegações e se esquivou da discussão direta a respeito do princípio da precaução. Entretanto, o Juiz Palmer elaborou opinião divergente à decisão, na qual se manifestou no sentido de que o princípio da precaução havia se desenvolvido rapidamente e, então, poderia ser um princípio do direito internacional consuetudinário relacionado ao meio ambiente (CIJ, 1995, p. 412)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> O costume internacional é definido como uma evidência de uma prática geral e reiterada dos Estados que adquire *opinio juris* (CIJ, 1969, p.30), ou seja, um senso de obrigação legal que faz com que os Estados se sintam compelidos a cumpri-la, sendo esse o aspecto subjetivo da obrigação (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1987). O costume é uma das duas fontes primárias do direito internacional junto com os tratados, como definido pelo art. 38(1)(b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (NAÇÕES UNIDAS, 1945).

<sup>13</sup> “(...) Regarding the arguments put forward by Argentina on the reversal of the burden of proof and on the existence, vis-à-vis each Party, of an equal onus to prove under the 1975 Statute, the Court considers that while a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute, it does not follow that it operates as a reversal of the burden of proof. (...)”

<sup>14</sup> “the norm involved in the precautionary principle has developed rapidly and may now be a principle of customary international law relating to the environment”.

No âmbito regional, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), por sua vez, reconhece a natureza vinculante do princípio da precaução, tendo mencionado em diversos casos a possibilidade de adoção de medidas para a preservação ambiental, mesmo frente à incerteza científica (FROTA ET AL, 2012). O entendimento do TJUE se alinha ao posicionamento da União Europeia de reconhecer esse princípio como costume, tendo o incluído, inclusive, no Tratado de Maastrich de 1993, como mencionado, em seu artigo 130º-R.2 (UNIÃO EUROPEIA, 1993). Assim, deve-se considerar que esse tribunal aplica o princípio da precaução não de maneira a reconhecer seu caráter consuetudinário, mas como fonte primária de direito internacional decorrente de um tratado no âmbito regional.

Já o Tribunal Internacional para o Direito do Mar (ITLOS, sigla em inglês, mais utilizada), em sua Opinião Consultiva sobre responsabilidades e obrigações dos Estados com relação às atividades na área, de 2011, considerou que o princípio da precaução, por ter sido incorporado na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção de Montego Bay), adquiriu natureza vinculante. Nesse contexto, ressaltou o ITLOS, que apenas por essa incorporação que o princípio da precaução, reconhecido por eles como uma abordagem, assim como pela CIJ, seria vinculante para os signatários da Convenção. Considerou ainda, que o princípio traduzido pela Rio 92 não era vinculante. Por fim, o Tribunal esclareceu que não atribui natureza vinculante ao princípio da precaução, mas reconhece a tendência de que esse princípio seja considerado costume (ITLOS, 2011, p. 135).

Em suma, os posicionamentos das cortes internacionais a respeito da natureza do princípio da precaução levam à conclusão de que este princípio não pode ser considerado, no momento, como costume internacional, sendo considerado *soft law*; As exceções existentes envolvem fontes obrigacionais diretamente derivadas de um tratado, como no exemplo europeu e da Convenção de Montego Bay, em questões envolvendo meio ambiente. O próprio Órgão de Apelação (OAp) da OMC, como será abordado adiante, no caso dos *Hormônios*, salientou que sua natureza vinculante parece mais clara e consolidada dentro do contexto do Direito Internacional Ambiental (OMC, 1997, p. 47).

## 1.2 Em Cortes Constitucionais: alguns exemplos

Estabelecida a heterogeneidade acerca do princípio da precaução no direito internacional, cabe uma breve incursão acerca de sua guarida em cortes constitucionais<sup>15</sup>.

O argumento aqui apenas reforça a plasticidade e as múltiplas aplicações do princípio da precaução, uma vez que as considerações deste artigo concernem a intersecção do princípio com o regime de Direito Internacional do Comércio (próxima seção)<sup>16</sup>.

Não obstante, para que se exemplifique, no Brasil, em um *Leading case* (DE OLIVEIRA ET AL, 2018, p. 343), o Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de repercussão geral, mencionou que a definição do que seja “precaução” não é absoluta (BRASIL, 2016, p. 10). O caso concreto tratava da aplicação do princípio da precaução à concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, quanto à obrigação de reduzir o campo eletromagnético de suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais de segurança, em face de eventuais efeitos nocivos à saúde da população.

O voto do Ministro Relator fez um apanhado de diversos outros casos que passaram pela Corte envolvendo a interpretação do princípio da precaução. Por exemplo, em 2008, na ADI n.º 3.510, envolvendo a Lei de Biossegurança e a pesquisa com células troncos, reconheceu-se a previsão do princípio da precaução nos artigos 196 e 225 da Carta Constitucional e se explicitou a necessidade da proteção não só ao meio-ambiente, mas também à saúde do cidadão (BRASIL, 2016, p. 12). Já na ADPF n.º 101/DF (2009), que tratava da proibição de importação de pneus usados para o Brasil, esclareceu-se que o princípio da precaução possui uma vinculação direta “aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas” (BRASIL, 2016, p. 13). Distinguiu-se, ainda, no caso da ADPF, em voto acompanhado pelo plenário da Corte, o conceito de “prevenção” e “precaução”. No primeiro caso (prevenção), têm-se danos possíveis de serem previstos. No segundo (precaução), “não se faz necessário comprovar risco atual, iminente e comprovado de danos que podem sobrevir pelo desempenho de uma atividade

---

<sup>15</sup> Selecionaram-se as o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, a Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN) do México e a Corte Constitucional da Colômbia, em função da maior afinidade dos autores deste artigo com esses sistemas.

<sup>16</sup> Além disso, quando se pensa em uma das fontes do direito internacional, os tratados, os países não podem nem mesmo invocar as disposições de seu direito interno para justificar o eventual inadimplemento dessa fonte de obrigações, conforme o artigo 27 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados (CVDT).

(...). Há de se considerar e precaver contra riscos futuros, possíveis, que podem decorrer de desempenhos humanos” (BRASIL, 2016, p. 13).

O *Leading case* remeteu, ainda, ao trabalho de Foster, que continha reflexões acerca, justamente, da precaução no comércio internacional, advertindo

[...] quanto à existência de inúmeras divergências sobre o conteúdo do princípio e a extensão de seus efeitos, o que estaria a trazer problemas aos Estados europeus, em especial, à França, onde sua aplicação, em muitos casos, tinha como real objetivo fazer valer um protecionismo comercial ou, então, acabava sendo utilizado simplesmente como um fator discursivo de cunho político ou sociológico por pessoas normalmente contrárias a mudanças (BRASIL, 2016, p. 14).

Não menos importante, a decisão fez alusão à última versão (2007) do documento da Organização Mundial da Saúde (OMS) denominado “Diretrizes para o Desenvolvimento de Medidas Preventivas em Áreas de Incerteza Científica”. Neste documento, orientam-se os países a adotar medidas de precaução no gerenciamento de riscos incertos à saúde pública, resumidos da seguinte forma:

i) a precaução há de ser entendida como uma filosofia de gestão de risco a ser aplicada em todas as hipótese em que exista risco efetivo ou potencial à saúde; ii) exige-se obrigatória e permanente análise das questões sanitárias envolvidas; deve-se, ademais, iii) avaliar os riscos; iv) propor alternativas e apontar escolhas adequadas pelas autoridades competentes; v) implantar as ações necessárias, incluindo-se medidas voluntárias e obrigatórias; vi) avaliar permanentemente as ações implantadas com a possibilidade de revisão das decisões (BRASIL, 2016, p. 16).

Em outro giro, no Direito Constitucional mexicano se encontra a aplicação do princípio da precaução até mesmo em matéria de Direito de Família. A Suprema Corte de Justiça da Nação (SCJN) daquele país já havia reconhecido o princípio da precaução em diversos precedentes. Mas especificamente, na ação de inconstitucionalidade 11/2016 (MÉXICO, 2017, p. 89-90), na qual se resolveu acerca de questão da alienação parental reconhecida na legislação civil do estado de Oaxaca, esclareceu-se algumas das características do princípio da precaução: (i) a necessidade da existência de uma situação de perigo de dano decorrente de qualquer atividade; (ii) a exigência de certa base científica para que o perigo de dano seja avaliável; (iii) na Declaração do Rio não estaria claro se se refere às atividades que geram perigo de dano potencial, ao próprio perigo de dano potencial ou ao dano possível que possa ocorrer. Em qualquer dos três casos, a incerteza científica não deve ser invocada como razão para que os Estados não tomem as medidas necessárias; e 4) o perigo de dano potencial está condicionado ao fato de ser grave ou irreversível, entre outros.

Com base nisso, a Corte Constitucional mexicana determinou que, se for seguida a linha orientadora do princípio da precaução, que privilegia a atuação da lei diante de riscos potenciais de dano justamente diante da incerteza científica, deve-se admitir que a criação das normas questionadas, pelo legislador de Oaxaca, em nada pode ser julgada contrária à finalidade daquele princípio. Isso porque levando em conta a evidência doutrinária quanto à existência de um fenômeno de conduta que pode produzir efeitos nocivos sobre a saúde mental e emocional dos menores, como a alienação parental, o legislador agiu no sentido de coibir esse risco de afetação (MÉXICO, 2017, p. 91-92).

Já na Colômbia, para que, por fim, possa-se ilustrar com mais uma jurisdição, o princípio da precaução foi parte de uma série de importantes julgados da Corte Constitucional da Colômbia; um em 2003 e quatro em 2017. Avaliava-se a constitucionalidade da erradicação de cultivos ilícitos por pulverização aérea com o uso do defensivo glifosato e seus possíveis danos aos ecossistemas e comunidades afetadas (ARENAS-MENDOZA, 2017, p. 25).

Entre os julgados, ARENAS-MENDOZA (2017, p. 29) destaca a sentença T-236 (COLÔMBIA, 2017), que trata de:

tutela interpuesta por el Personero Municipal de Nóvita, población ubicada en el Departamento del Chocó, en la que solicitaba la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, salud, identidad cultural y étnica, libre determinación de los pueblos indígenas y afrodescendientes, de los habitantes del mencionado municipio. Su pretensión consiste en que se ordene la suspensión de las fumigaciones con glifosato, se realice una consulta previa y se indemnice a las víctimas de las fumigaciones.

A decisão, segundo o autor (2017, p. 29-30), tem como fundamento o princípio da precaução e concedeu a tutela dos direitos fundamentais de consulta prévia, prevista no direito daquele país, às comunidades indígenas e afrodescendentes e ao direito à saúde e ao meio-ambiente saudável a todas as pessoas que habitam a região afetada, determinando, ainda, que se realizassem estudos sobre os efeitos do referido defensivo agrícola.

É importante notar que essa decisão da Corte Constitucional da Colômbia traz à tona, como vemos visto, o distinto alcance do princípio, ao apontar que, em nível internacional, são identificadas até dezenove versões dele, em diversos instrumentos (COLÔMBIA, 2017, parágrafo 5.1.1). Além de citar decisões da própria OMC, a Corte Constitucional, de importância, relembrou outra decisão de primeira instância do TJUE, de 2002, que diferenciava a noção de “risco” da de “perigo”. Enquanto o conceito de risco corresponde a uma função da probabilidade de que a utilização de um produto ou de um procedimento tenha efeitos lesivos

sobre o bem protegido pela ordem jurídica, o conceito de perigo é, de forma geral, utilizado num sentido mais amplo, descrevendo qualquer produto ou procedimento que possa ter efeitos nocivos para a saúde humana. A Corte Constitucional se inclina pela interpretação da precaução em torno da noção de risco, ainda que potencial, ou seja, um certo grau de probabilidade de dano (COLÔMBIA, 2017, parágrafos. 5.1.5 e 5.3.ii).

Apresentadas as variadas dimensões do conceito, no plano internacional, e em cortes constitucionais selecionadas, expõe-se a seguir a interpretação do princípio nas normas e jurisprudência do sistema multilateral de comércio.

## **2. O princípio da precaução no contexto do comércio internacional multilateral**

O princípio da precaução, apesar de originalmente permear debates e casos envolvendo Direito Internacional Ambiental, conforme explicado, é salvaguardado no contexto do comércio internacional no artigo 5.7 do Acordo SPS e nas seguidas interpretações de seu significado realizadas por painéis e pelo OAp da OMC. Assim, argumenta-se que (2.1) o Acordo SPS é elemento fundamental para o entendimento do princípio da precaução na OMC. Entretanto, (2.2) sua aplicação na jurisprudência da OMC é feita de modo a delimitar seu alcance.

### **2.1. O Acordo SPS como elemento fundamental do princípio da precaução na OMC**

De forma geral, a temática ambiental ganhou maior espaço no regime multilateral de comércio com a Rodada Ministerial de Doha (2001). A Declaração Ministerial fazia menção expressa ao meio ambiente, ressaltando que os membros deveriam buscar o desenvolvimento sustentável (OMC, 2001).

Mas a preocupação com as intersecções entre comércio e o meio-ambiente já podia ser vislumbrada, antes mesmo da criação da OMC, em pelo menos dois dispositivos do GATT-47 que tratam de exceções gerais: o artigo XX (b), referente às medidas de proteção à vida ou à saúde humana, animal ou vegetal, e o artigo XX (g), que engloba medidas relativas à conservação dos recursos naturais esgotáveis. Os dispositivos, quando lidos em conjunto com o *chapeau* do artigo XX, permitiam a adoção de medidas restritivas ao comércio pelas Partes Contratantes do GATT-47 se tais medidas, entre outros critérios, não fossem discriminatórias

ou não constituíssem restrições disfarçadas ao comércio.

Com a evolução do sistema, na Rodada Kennedy, os membros manifestaram preocupações sobre *standards* internacionais, visando a harmonização dos padrões nacionais até então adotados. Na Rodada Tóquio, foi adotado o *Standards Code*, a fim de disciplinar as normas técnicas para produtos agrícolas e industriais (MARCEAU; TRACHTMAN, 2014, p. 354-355).

A década que se seguiu (1980) foi marcada por conflitos de natureza sanitária, notadamente entre os Estados Unidos da América e a União Europeia sobre carne tratada com hormônios de crescimento. Enquanto os EUA afirmavam que medidas sanitárias eram barreiras não-tarifárias ao comércio, a UE defendia que regulamentos nacionais mais estritos que as normas acordadas por organismos internacionais deveriam ser aceitos. Esse conflito moldou o que viria a se tornar o Acordo SPS e a discussão sobre precaução (AZEVEDO, 2007).

Com a Declaração de Punta del Este e o lançamento da Rodada Uruguai foi estabelecido um ambiente propício para a negociação do Acordo SPS. Desse modo, institui-se, no âmbito da Rodada Uruguai, grupo de trabalho com o mandato de elaborá-lo. Em decorrência desse trabalho, e permeado por interesses diversos dos membros, o Acordo SPS foi adotado ao final da Rodada Uruguai.

Os artigos 2.2 e 3.3 do Acordo SPS, lidos de forma conjunta, tem como princípio primordial o critério científico como base de medidas sanitárias e fitossanitárias, de modo que encoraja os países a basearem suas medidas em recomendações internacionais, mas permite a aplicação de medidas que atinjam um nível de proteção superior a aquele estabelecido por normas internacionais, preservando o critério científico e a análise de risco.

O princípio da necessidade de fundamentação científica é trazido como direito e obrigação básica pelo artigo 2.2 do Acordo SPS, no qual é especificado que medidas sanitárias e fitossanitárias devem ser aplicadas somente na medida do necessário, devem estar fundamentadas em princípios científicos, e não podem ser mantidas sem suficiente evidência científica, exceto no caso do artigo 5.7.

O artigo 5 do Acordo SPS, como um todo, explicita o teor da obrigação sobre o fundamento científico, explicando como as análises de risco devem ser conduzidas e estabelecendo critérios para que os Membros adotem o nível apropriado de proteção sanitária. Os membros devem considerar o objetivo de minimizar os efeitos negativos ao comércio, ao assegurar que suas medidas não sejam mais restritivas ao comércio do que o necessário e que

sejam coerentes com o risco em questão de forma a não discriminar entre produtos e situações similares. Especificamente, o parágrafo 7 do artigo 5 estabelece que mesmo perante a insuficiência de evidência científica, um Membro pode, provisoriamente, adotar medidas para proteger a saúde humana, animal e vegetal, com base nas informações pertinentes disponíveis, aproximando-se, assim, do denominado princípio da precaução.

O artigo 5.7 é, assim, exceção qualificada do artigo 2.2, podendo o Membro aplicar provisoriamente a medida SPS de acordo com a evidência científica disponível (de organizações internacionais relevantes ou de outros Membros que já aplicam medidas SPS), mas condicionando o Membro a buscar obter informações adicionais necessárias para uma avaliação de risco mais objetiva e revisar a medida SPS em um prazo razoável.

Note-se que a ideia de precaução, originária do Direito Ambiental, é incorporada a um tratado de comércio (Acordo SPS), cujo foco é encontrar um equilíbrio, por meio de suas normas, entre a proteção sanitária dos Membros da OMC, que possuem a prerrogativa de escolher qual o nível apropriado de proteção sanitária que consideram pertinente e as obrigações de livre comércio do sistema multilateral de comércio.

A partir daí, o artigo 5.7 e o princípio da precaução foram objeto de discussão no âmbito do Sistema de Solução de Controvérsias (SSC) da OMC em algumas situações, exploradas a seguir.

## **2.2. A aplicação limitada do princípio da precaução na jurisprudência da Organização Mundial do Comércio no contexto do Acordo SPS**

Tendo em vista que o princípio da precaução prescinde de evidência científica robusta para a tomada de medidas relativas à saúde e a preservação ambiental, chancelando a cautela dos Estados de prevenir riscos mesmo que sem comprovação clara de sua probabilidade (FROTA, 2012), a sua aplicação no contexto do Acordo SPS, que é baseado primordialmente na evidência científica suficiente, poderia ensejar incompatibilidade.

Entretanto, o OAp da OMC, nas ocasiões em que se confrontou com a aplicação do princípio da precaução, afirmou e confirmou o entendimento de que este princípio tem relação com o artigo 5.7 do Acordo SPS. Assim, mesmo que limitada, sua aplicação seria compatível com o texto do Acordo SPS, como se explica.

A aplicação do artigo 5 do Acordo SPS estabelece a necessidade de evidência científica na tomada de medidas sanitárias e fitossanitárias, pela análise de risco, refletindo o

princípio basilar do Acordo. O parágrafo 7 do referido artigo, como visto, trouxe a possibilidade de que, no caso de insuficiente evidência científica, os membros possam aplicar medidas, provisoriamente, de modo a complementar a justificativa científica em tempo razoável.

Assim, o princípio da precaução parece se alinhar com o texto no Acordo, uma vez que significa, resumidamente, a prevalência da preservação da saúde e do meio ambiente em caso de inexistência de comprovação científica absoluta do dano potencial da ação que se pretende, justificando sua potencialidade e a tomada de medidas para evitar sua ocorrência (QUEIROZ, 2005).

Na jurisprudência do sistema, o caso das medidas europeias relativas à carne e seus derivados, envolvendo Estados Unidos e Canadá como demandantes, tem como antecedente, nos anos 1980s, a proibição pelas Comunidades Europeias do uso de substâncias que possuíam ação hormonal de crescimento em animais. A proibição alcançava medidas restritivas de importação de carne por parte das CE, que alegava que as carnes em que os animais haviam sido submetidos a tratamento com hormônios seria prejudicial para a saúde humana. Assim, mesmo diante de ausência de evidências científicas suficientes para comprovar sua posição, notadamente que fossem baseadas em recomendações internacionais, as CE se ancoravam no princípio da precaução, em momento em que o Acordo SPS ainda se encontrava em negociação (AZEVEDO, 2007), argumentando sua natureza vinculante por tratar-se de direito costumeiro (DOUMA, 2000). Nesse aspecto, as CE já haviam incluído o princípio da precaução no Tratado de Maastrich de 1993, em seu artigo 130º-R.2 conforme apontado, tornando-o instrumento vinculante entre seus membros.

Levado ao âmbito do SSC da OMC, logo nos primeiros anos de seu funcionamento, o OAp dedicou parte de sua decisão para argumentar especificamente a relevância do princípio da precaução na interpretação do Acordo SPS (OMC, CE- Hormônios, 1997, p. 46-48). Nesse contexto, o OAp entendeu que o princípio não pode ser invocado como costume internacional, o que o tornaria fonte de direito internacional por si só, conforme o Artigo 38 (1)(b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (NAÇÕES UNIDAS, 1945). Não obstante ter reconhecido a relevância da matéria e o debate acadêmico e político que envolve o status desse princípio, o OAp considerou que não era de sua competência, ou mesmo expertise, debruçar-se sobre essa questão, considerando que há margem para a discussão de sua evolução à costume internacional ou princípio geral do direito, mas que isto carece de mais debate. Desse modo, sua aplicação estaria abarcada nos artigos que já refletem, de certo modo, suas disposições, quais sejam, os artigos 5.7, 3.3 e o preâmbulo do Acordo SPS (OMC, EC- Hormônios, 1997, p. 47).

O OAp entendeu que o princípio da precaução não poderia ser aplicado para além do que já dispõe o Acordo SPS, uma vez que não se trata de princípio com natureza vinculante (OMC, CE - Hormônios, 1997, p. 47). Assim, não obstante o art. 5.7 do Acordo SPS ter trazido a possibilidade de aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias no cenário em que há insuficiência de evidências científicas, o princípio da precaução em si não poderia ser aplicado além do disposto neste artigo.

Esse entendimento foi consolidado pelo OAp ao considerar que o princípio da precaução não poderia ser usado para justificar a aplicação de medidas que seriam inconsistentes com o restante do Acordo SPS, ao passo que concluiu que o próprio artigo 5.7 seria um reflexo deste princípio. Entretanto, o princípio teria natureza mais ampla, que não pode ser traduzida por inteiro no aludido dispositivo do Acordo SPS<sup>17</sup> (OMC, CE - Hormônios, 1997, p. 48).

O reconhecimento do reflexo do princípio da precaução, mesmo que limitadamente, em dispositivos do Acordo SPS, evidencia o entendimento do OAp de que esse princípio vai ao encontro com as suas disposições e que é possível conciliar a aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias com a precaução. O que ocorre, porém, é que o princípio por si só, seja qual for a interpretação quanto ao seu *status* no direito internacional, é muito mais amplo que o que o Acordo SPS pretendeu, ao incorporá-lo em seu artigo 5.7.

O Acordo SPS ao criar o artigo 5.7, como exceção qualificada do artigo 2.2, não pretendia excluir a necessidade de análise de risco e de evidências científicas, mas possibilitar que os membros decidam qual seu nível apropriado de proteção sanitária.

Em outro caso, envolvendo produtos agrícolas, tendo os Estados Unidos como reclamante, e o Japão, como reclamado, o OAp confirmou o entendimento estabelecido no caso das carnes e seus derivados. O caso envolvia a proibição pelo Japão da importação de oito

---

<sup>17</sup> “ (...) It appears to us important, nevertheless, to note some aspects of the relationship of the precautionary principle to the SPS Agreement. First, the principle has not been written in the SPS Agreement as a ground for justifying SPS measures that are otherwise inconsistent with the obligations of Members set out in the particular provisions of that Agreement. Secondly, the precautionary principle indeed finds reflection in Article 5.7 of the SPS Agreement. We agree, at the same time with the European Communities, that there is no need to assume that Article 5.7 exhausts the relevance of a precautionary principle. It is reflected also in the sixth paragraph of the preamble and in Article 3.3. These explicitly recognize the right of Members to establish their own appropriate level of sanitary protection, which level may be higher (i.e., more cautions) than that implied in existing international standards, guidelines and recommendations. Thirdly, a panel charged with determining, for instance, whether “sufficient scientific evidence” exists to warrant the maintenance by a Member of a particular SPS measure may, of course, and should, bear in mind that responsible, representative governments terminating, damage to human health are concerned. Lastly, however, the precautionary principle does not, by itself, and without a clear textual directive to that effect, relieve a panel from the duty of applying the normal (i.e. customary international law) principles of treaty interpretations in reading the provisions of the SPS Agreement. (...) ”

produtos agrícolas originários dos Estados Unidos com o fundamento de serem potenciais hospedeiros de um tipo de lagarta (*codling moth*), de importância quarentenária para o Japão. Nesse caso, o Japão invocou o princípio da precaução para relativizar a aplicação do artigo 2.2 do Acordo SPS (OMC, Japão – Produtos Agrícolas, 1998, p. 4)<sup>18</sup>.

O OAp, entretanto, reafirmou o seu posicionamento no caso dos hormônios, rejeitando a argumentação japonesa e, assim, a aplicação do princípio da precaução para além do já disposto no Acordo SPS (OMC, Japão – Produtos Agrícolas, 1998, p. 23-25)

O OAp lembrou que a aplicação do artigo 5.7 possui quatro requisitos que devem ser cumpridos para que a medida sanitária ou fitossanitária seja mantida. Os requisitos são, primeiramente, (i) uma situação na qual informações científicas relevantes sejam insuficientes, e que, além disso, (ii) a medida seja aplicada em conformidade com as informações pertinentes que se tem disponíveis. Para que seja mantida, (iii) o Estado membro deve procurar obter as informações adicionais necessárias para uma análise de risco mais objetiva e (iv) revisar a medida em um prazo razoável. Esses requisitos seriam cumulativos por natureza e igualmente importantes para se determinar a consistência de uma medida com esse dispositivo (OMC, Japão – Produtos Agrícolas, 1998, p. 24).

Além disso, indicou-se que a aplicação do princípio da precaução dentro do escopo trazido pelo artigo 5.7 requer, de todo modo, que seja realizado um estudo de impacto e, inicialmente, que este estudo seja revisado em um prazo razoável, que deve ser definido caso a caso (OMC, Japão – Produtos Agrícolas, 1998, p. 25).

Ainda envolvendo o Japão, as restrições quarentenárias às importações de maçãs dos Estados Unidos levaram a um novo caso envolvendo os países e nova manifestação do OAp, em 2003 (OMC, Japão – Maçãs, 2003). O OAp abordou o princípio da precaução alegado pelo Japão em relação ao risco de introdução de uma praga nas maçãs denominada *fireblight*, causada por uma bactéria. Ao retomar os quatro elementos que compõe a precaução (OMC,

---

<sup>18</sup> “(...) Japan notes that no language in Article 2.2 suggests that the measure has to be "based on" sufficient scientific evidence. Moreover, in Japan's view, the Panel eventually discarded the requirement of a rational relationship and, instead, based its finding under Article 2.2 on an "actual causal link" between the differences in test results and the presence of varietal differences. Not only does the notion of an "actual causal link" operate as a denial of the precautionary principle, it is also a concept that has no basis in the SPS Agreement. 10. In Japan's view, the Panel failed to give due regard to the precautionary principle, which was recognised in EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) ("European Communities – Hormones")<sup>12</sup> and Australia - Measures Affecting Importation of Salmon ("Australia – Salmon").<sup>13</sup> Having lawfully established a prohibition on the importation of host plants of codling moth, Japan submits that it is in a position which warrants a precautionary approach and that Japan's varietal testing requirement, therefore, needs to be understood in the context of the precautionary principle, a principle which is echoed by the practice of Member States and reflected in the Codex Alimentarius<sup>14</sup> and the FAO Guidelines for Pest Risk Analysis. (...)”

Japão – Maçãs, 2003, p. 64-66), o OAp entendeu que o painel havia concluído corretamente pela disponibilidade de evidência científica, quantitativamente e qualitativamente, no caso, não se podendo alegar insuficiência científica, nos termos do art. 5.7 do SPS.

Desse modo, verifica-se que o princípio da precaução, para fins de interpretação do OAp, limita-se aos quatro requisitos dispostos no artigo 5.7 do Acordo SPS, não sendo reconhecido como costume. O OAp não hesitou em reconhecer, nos casos avaliados, que o princípio ali encontra espaço e o reflete, mesmo que limitadamente. Entretanto, a interpretação além daquela tipificada no artigo 5.7, conforme pretendia a União Europeia e o Japão nas suas respectivas argumentações, não foi reconhecida pelo OAp (LAOWONSIRI, 2010; HEY, 2000; PRÉVOST, 2005).

As considerações sobre o princípio da precaução pelo OAp demonstram o entendimento de que sua aplicação, apesar de limitada, é compatível com o disposto no Acordo SPS. Mas qual seria a evolução do princípio no contexto da pandemia da COVID-19? É o que se explora a seguir.

### **3. A evolução do princípio da precaução no contexto da pandemia da Covid-19 como possibilidade de aplicação diversa de dispositivos do acordo SPS**

Diante de conclusões relativamente pacíficas no comércio internacional sobre a não aplicação do princípio da precaução além do que dispõe o art. 5.7 do Acordo SPS acima apresentadas, a COVID-19 e seus efeitos na saúde, economia e comércio possibilitaram nova discussão a respeito da natureza e evolução desse princípio. Nesse contexto, argumenta-se que (3.1) as medidas tomadas pelos Estados no contexto da pandemia possivelmente corroboraram para a evolução do princípio da precaução, levando novamente à tona o debate quanto a sua natureza vinculante; e (3.2) considerando sua evolução, sua aplicação no contexto do comércio internacional pode relativizar o critério estabelecido para aplicação do art. 5.7 do Acordo SPS.

#### **3.1. A possível evolução do princípio da precaução evidenciada pelas medidas tomadas pelos Estados no contexto da pandemia da Covid-19**

O princípio da precaução, antes já considerado como costume internacional emergente (SANDS, 1994), pode fundar-se como costume efetivamente diante da prática estatal realizada nos anos pandêmicos.

Inicialmente, conforme argumentado acima, é evidente que princípios – que não se constituem como princípios gerais de direito, no sentido do Estatuto da CIJ - não são fontes tradicionais de direito internacional e não são vinculantes, não possuindo, a rigor, caráter obrigatório. Entretanto, ressalta-se que, mesmo sem força vinculante, podem possuir relevância jurídica.

A *soft law*, embora não seja vinculante, pode influenciar na elaboração, interpretação e aplicação das leis internacionais nos Estados membros das organizações internacionais que conceberam ou endossaram esses normativos. Assim, apesar de não serem obrigatórios, os princípios de direito constituem ferramentas importantes para a cristalização de novos conceitos e valores.

Segundo o COMEST, órgão consultivo e fórum de reflexão da UNESCO, o princípio da precaução possuiria o condão de ser juridicamente relevante e não pode ser desconsiderado. A partir do momento em que esse princípio é reconhecido como elemento do direito internacional, passa também a fazer parte dos princípios gerais do direito ambiental, com indiscutível legitimidade para orientar a interpretação e a aplicação de todas as normas jurídicas em vigor (COMEST, 2005).

Entretanto, o que se argumenta é a possibilidade, em tese, de evolução do princípio da precaução no contexto da pandemia para além de *soft law*, considerando a prática estatal reiterada de tomar medidas relacionadas à COVID-19 mesmo na ausência de evidências científicas suficientes, com o objetivo de salvaguardar a saúde e segurança da população, consubstanciadas no princípio da precaução, conforme se explica adiante.

A prática estatal reiterada é o elemento objetivo do costume internacional, junto ao reconhecimento da obrigação legal (AMERICAN LAW INSTITUTE, 1987; GOLDSMITH; POSNER, 1999). Desse modo, o princípio da precaução pode ter encontrado maior guarida neste elemento para sua futura consideração como costume internacional.

No contexto da COVID-19, a situação de crise e a reação tomada pelos Estados apontam a crescente influência do princípio da precaução, que serve de justificativa para as medidas legislativas, gerenciais, econômicas e políticas adotadas (MEBERSCHMIDT, 2020). O princípio da precaução reflete, essencialmente, a consideração do pior cenário possível diante de um risco (SUNSTEIN, 2018), o que se revelou predominante na decisão dos governantes do período pandêmico. Assim, o princípio da precaução poderia, em tempos de crise, fundamentar a atuação estatal (MEBERSCHMIDT, 2020).

O princípio da precaução pode ser aplicado como uma saída para nortear políticas públicas em face de grandes situações de risco, como as pandemias (BIRCH, 2021), na tentativa legítima dos Estados de manter o desenvolvimento e saúde de sua população. Embora não seja o foco do artigo, que se concentra em medidas relacionadas ao comércio internacional, deve-se notar que medidas como fechamento de fronteiras para visitantes e quarentena obrigatória em hotéis para nacionais que retornaram ao país foram tomadas por países como a Austrália, Nova Zelândia e Taiwan em 19 e 20 de março de 2020, em um contexto ainda de incerteza sobre vários aspectos relativos à COVID-19 (BIRCH, 2021), com o objetivo de reduzir riscos diante da possibilidade de dano, o que se demonstrou bem-sucedido (LO, 2020)<sup>19</sup>.

Nesse contexto, o princípio da precaução possibilita a adoção de medidas frente à incerteza científica sobre o risco e sua aplicação deve ter como objetivo evitar danos irreparáveis à saúde ou ao meio ambiente (HUANG, 2020). A incerteza é encontrada na pandemia da COVID-19, principalmente em sua origem, pois não obstante a certeza da letalidade do vírus, os detalhes sobre sua transmissão e os métodos para sua contenção não eram conhecidos. A maneira de lidar com a pandemia em face da incerteza traduz a necessidade e agir de acordo com os preceitos da precaução (MEßERSCHMIDT, 2020).

A mudança no cenário mundial relativo à garantia da saúde humana no contexto da pandemia da COVID-19 evidencia, também, que os Estados, muitas vezes, não têm meios de garantir evidências científicas suficientes e imediatas para subsidiar a tomada de medidas de prevenção de riscos à saúde e manter o seu desenvolvimento social e econômico. A ligação comumente realizada entre o princípio da precaução e o protecionismo pode ser amenizada, uma vez que a falta de evidência científica pode, de fato, ser decorrente do interesse legítimo dos Estados em proteger a saúde humana diante de um risco potencial.

Importante ressaltar que a aplicação do princípio da precaução não exige o Estado de agir com proporcionalidade, razoabilidade, buscando melhorias tecnológicas e científicas, além da aplicação da ciência de forma transparente e responsável (MEßERSCHMIDT, 2020). A política de combate a pandemia, seja baseada em obrigações decorrentes de tratados seja pelo costume internacional deve ser norteadada pela boa fé (MAHMOUD, 2021).

---

<sup>19</sup> Apenas como ilustração, medidas de quarentena, distanciamento social, fechamento de estabelecimentos e escolas e cancelamento de grandes eventos foram tomadas a título preventivo pelos Estados em um contexto de incerteza e imprecisão científica. No Brasil, mais precisamente no Distrito Federal, em 28 de fevereiro de 2020 já se declarava situação de emergência “em razão do risco de pandemia” e determinava medidas de quarentena obrigatória para viajantes (DISTRITO FEDERAL, 2020).

O contexto da pandemia e a sequência de medidas tomadas com base no princípio da precaução a nível global e generalizado pode acrescentar a este princípio elemento relevante para a evolução de sua natureza no direito internacional.

### **3.2. O princípio da precaução como meio de relativizar o critério de aplicação do artigo 5.7 do Acordo SPS**

Como visto, o princípio da precaução quando aplicado no contexto do Acordo SPS limita-se ao escopo definido no art. 5.7, conforme interpretação do OAp. A limitação é decorrente de sua natureza não vinculante e atrelada à obrigação primária dos Estados de cumprimento das determinações estabelecidas em tratado, no caso o Acordo SPS.

Isso porque o escopo do princípio da precaução é mais amplo do que seu reflexo no art. 5.7, de modo que o art. 5.7 não exaure a relevância do princípio da precaução, como visto (OMC, CE- Hormônios, p. 48).

Em um cenário de evolução do princípio da precaução para uma obrigação vinculante, sua aplicação seria paralela ao disposto no Acordo SPS, visto que, nesse caso, estariam em confronto duas fontes primárias de direito internacional, um costume e um tratado, não havendo hierarquia entre eles.

Essa mudança de paradigma possibilitaria a aplicação simplificada do art. 5.7 do Acordo SPS de maneira diversa do escopo hoje traçado. Conforme explanado, o princípio da precaução conforme refletido no artigo 5.7 não exige os membros de se adequarem a todas as exigências do Acordo SPS, em particular o critério científico e a análise de risco (AZEVEDO, 2007).

Além disso, o artigo 5.7, conforme interpretação dada pelo OAp, não anula a necessidade de realização de análise de risco, uma vez que sua aplicação não pode ser usada de maneira a dar uma interpretação inconsistente com os outros dispositivos do Acordo (OMC, CE - Hormônios, 1997, p. 48).

A aplicação dos critérios do artigo 5.7 que devem ser cumpridos para que a medida sanitária ou fitossanitária seja mantida, já explicados anteriormente, necessitam, de todo modo, que seja realizado um estudo de impacto e, inicialmente, que este estudo seja revisado em um período razoável de tempo, que deve ser definido caso a caso (OMC, 1998).

Entretanto, se o princípio da precaução fosse aplicado como norma autônoma e vinculante, a fundamentação científica se limitaria a necessidade de comprovação do risco.

Desse modo, os requisitos estabelecidos para a aplicação do artigo 5.7 seriam essencialmente reduzidos.

Ademais, ainda na interpretação do art. 5.7, o OAp já havia diferenciado “evidência científica insuficiente” de “incerteza científica” (OMC, Japão – Maçãs, 2003, p. 67). Neste caso, o OAp conferiu uma aplicação mais restrita ao art. 5.7 do SPS, que compreende só situações de não produção suficiente de evidências. Segundo AGELEBE (2020), a aplicação plena do princípio da precaução nesse contexto possibilitaria não só a situação de insuficiência de evidências, mas também as circunstâncias quando as evidências produzidas se demonstram incertas.

A incerteza científica, nesse contexto, poderia servir de fundamento para a aplicação de medidas legítimas pelos Estados, sob o argumento da proteção a um risco potencial à saúde humana, vegetal e animal, sob o argumento de atuação conforme o princípio da precaução (AGELEBE, 2020).

Mais objetivamente, a possibilidade dos Estados de tomarem medidas sanitárias e fitossanitárias no caso de evidência científica insuficiente estabelecida no art. 5.7 do Acordo SPS, interpretada à luz de uma aplicação plena do princípio da precaução, em contraste com a atual interpretação limitada nos termos do disposto pelo OAp, traria a flexibilização de seus critérios primordialmente em dois aspectos. Primeiro, o escopo de aplicação poderia ser ampliado para contemplar situações de incerteza científica, e não apenas de evidências científicas insuficientes. Em segundo lugar, a necessidade de análise de risco poderia ser simplificada para comprovação da existência do risco.

Nessa perspectiva, considerar o princípio da precaução como costume de direito internacional impactaria na aplicação do Acordo SPS justamente em seu pilar mais importante, o do critério científico, relativizando-o, o que também pode gerar maior discricionariedade para medidas protecionistas.

### **Considerações finais**

O princípio da precaução tem sua origem no Direito Ambiental europeu. Apesar de sua inegável relevância, sua natureza vinculante fora do contexto em que foi criado continua sendo alvo de discussões. Possui uma diversidade de significados e amplitudes, conforme verificado nas interpretações no âmbito internacional e das cortes constitucionais selecionadas.

O atual contexto da pandemia da CODIV-19 evidenciou uma situação particular em relação a inúmeras medidas aplicadas pelos Estados diante de incertezas científicas, que agiram, alegadamente, de maneira a proteger a saúde pública de suas populações. Diante desse cenário, a natureza do princípio da precaução como soft law poderia alterar a percepção acerca da natureza do princípio como costume internacional.

Ressalta-se que esta possibilidade seria viável apenas no contexto em que a prática reiterada dos Estados (que poderia ser aferida empiricamente), notadamente durante o período pandêmico, quando foram tomadas medidas mesmo diante de incerteza científica, evidencie-se uniforme ao ponto de se tornar uma obrigação legal. Naturalmente, de maior dificuldade, caberia ainda a percepção se os Estados “consideram” o princípio como vinculante, refletindo tanto o aspecto subjetivo (opinio), quanto o objetivo (prática reiterada) do costume internacional. Ou seja, a tendência de mudança do status do princípio da precaução para considerá-lo fonte primária de direito internacional permeia aspectos além da perspectiva teórica argumentada neste artigo, uma vez que necessita de não só a prática uniforme dos Estados a respeito de sua aplicação, mas também o senso de que ele reflete uma obrigação internacional, a opinio juris.

Em seu estado atual, o que se tem para a relação entre princípio da precaução e comércio internacional, segundo a interpretação dada pela OMC nos casos sobre medidas sanitárias já julgados pelo OSC, é um escopo contido. Apesar de se reconhecer que o princípio da precaução se encontra inserido dentro do Acordo SPS, este é limitado aos seus dispositivos e critérios.

Em um contexto que o princípio da precaução seja de fato considerado costume internacional, ou seja, vinculante entre os Estados, sua aplicação teria implicações nos dispositivos do Acordo SPS, em especial no art. 5.7, pois seria, assim, aplicado de forma plena, não mais limitado às condições nele estabelecidas. Esta implicação levaria a uma relativização de seus critérios estabelecidos pelo OAp para que a medida sanitária ou fitossanitária pudesse ser mantida, aumentando-se, por outro lado, a possibilidade, no plano fático, de medidas protecionistas disfarçadas.

Tendo em vista as constantes mudanças globais quanto às medidas aplicadas no contexto da saúde pública, conclui-se que o Acordo SPS pode sofrer alterações interpretativas com a evolução do princípio da precaução, se demonstrado que o Direito Internacional evoluiu para aceitá-lo como norma consuetudinária em contextos específicos de situações emergenciais, como na COVID-19.

## Referências

AGELEBE, Dennis Oghenerobor. *Application of the Precautionary Principle in International Trade: Implications and Legal Perspectives*. 2020. Tese de Doutorado. Universität zu Köln.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the law, the foreign relations law of the United States: adopted and promulgated*. St. Paul, Minnesota: American Law Institute Pub., 1987.

ARENAS-MENDOZA, Hugo Andrés. *Las fumigaciones con glifosato (“round up”) a los cultivos de drogas en Territorios indígenas en Colombia*. *Veredas do Direito*, v.16, n.36, p.11-39, 2019.

AZEVÊDO, Maria Nazareth Farani. *A OMC e a Reforma agrícola*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

BIRCH, Jonathan. *Applying the precautionary principle to pandemics*. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 627.189/SP*. Relator: Min. Dias Toffoli, 08 de junho de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> Acesso em: 01 jun. 2022

CAMERON, James; ABOUCHAR, Juli. *The precautionary principle: a fundamental principle of law and policy for the protection of the global environment*. *BC Int'l & Comp. L. Rev.*, v. 14, p. 1, 1991.

CIJ. *Caso Relativo às Usinas de Celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai)*. Julgamento. C.I.J, 2010.

CIJ. *Plataforma Continental do Mar do Norte (República Federativa Da Alemanha / Dinamarca; República Federativa Da Alemanha / Países Baixos)*. Julgamento, C.I.J, 1969.

CIJ. *Reexamination of Nuclear Tests (França x Nova Zelândia)*: Julgamento. I. C. J. 1995.

CIJ. *Reexamination of Nuclear Tests, (dissenting opinion of judge Palmer)*, 1995.

COLÔMBIA. *Corte Constitucional*. Acción de tutela instaurada por la Personería del municipio de Nóvita, Chocó, contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Consejo Nacional de Estupefacientes, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Vivienda, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Policía Nacional (Dirección Antinarcoóticos), T-236/17. Relator: Aquiles Arrieta Gómez, 21 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-236-17.htm> Acesso em: 01 jun. 2022.

COMEST, UNESCO. The Precautionary Principle. *World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology*. 2005. pp. 21-24.

DE ABREU LIMA, Rodrigo Carvalho. O princípio de precaução no comércio multilateral. *Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, p. 187-216, 2003.

DE FARIA, Rosane Nunes; HIDALGO, Laura Mercedes Grimaldo; FERRAZ, Leonardo. An assessment of trade policies related to COVID-19. *Revista Galega de Economía*, v. 30, n. 1, p. 1-17, 2021.

DE OLIVEIRA, C; FERREIRA, F; MORAIS, G; BARBOSA, I. Os limites do princípio da precaução nas decisões judiciais brasileiras em matéria ambiental. *Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 15, n. 32, p. 327-356, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v15i32.1252> Acesso em: 01 jun. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 40.475, de 28 de fevereiro de 2020. Declara situação de emergência no âmbito da saúde pública no Distrito Federal, em razão do risco de pandemia do novo coronavírus. Disponível em: [https://dflegis.df.gov.br/ato.php?tipo=ato&co\\_data=16790](https://dflegis.df.gov.br/ato.php?tipo=ato&co_data=16790) Acesso em: 22 mar. 2022.

DOUMA, Wybe Th. The precautionary principle in the European Union. *Rev. Eur. Comp. & International Environmental Law*, v. 9, p. 132, 2000.

FOSTER, The Precautionary Principle: Commonsense or Devil's Handwork? *IEEE Technology and Society Magazine*, v. 21, n. 4, p. 8-13, 2002-2003.

FREESTONE, David; HEY, Ellen (Ed.). *The precautionary principle and international law: the challenge of implementation*. Kluwer Law International BV, 1996.

FROTA, Elisa Bastos; NETO, Benjamin Alves Carvalho; HERMITTE, Marie-Angèle. A implementação do princípio da precaução no âmbito internacional. *Revista da Esmese*, 2012.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. A theory of customary international law. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, p. 1113-1177, 1999.

HEY, Ellen. Considerations regarding the Hormones Case, the precautionary principle and international dispute settlement procedures. *Leiden Journal of International Law*, v. 13, p. 239, 2000.

HICKEY JR, James E.; WALKER, Vern R. Refining the precautionary principle in international environmental law. *Va. Environmental Law Journal*, v. 14, p. 423, 1994.

HUANG, Yan. Refining the Precautionary Principle in Public International Law. *US-China Law Review*, v. 17, p. 75, 2020.

ITLOS. Opinião Consultiva sobre a Responsabilidade e Obrigações dos Estados que patrocinam Pessoas e Entidades no quadro de atividades desenvolvidas na Área. *Opinião Consultiva*. 1 de fevereiro de 2011.

KAZHDAN, Daniel. Precautionary pulp: pulp mills and the evolving dispute between international tribunals over the reach of the precautionary principle. *Ecology LQ*, v. 38, p. 527, 2011.

LAOWONSIRI, Akawat. Application of the Precautionary Principle in the SPS Agreement. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, p. 565-623, 2010.

LO, Ming-Cheng M. How Taiwan's Precautionary Approach Contained COVID-19. *Contexts*, v. 19, n. 4, p. 18-21, 2020.

MAHMOUD, Nashat. Trade Restrictions During Covid-19 Justification Under Gatt. *Psychology and Education*, v. 58, n. 1, p. 5115-5125, 2021.

MARCEAU, Gabrielle Zoe; TRACHTMAN, Joel P. A map of the WTO Law of Domestic Regulation of Goods (revised version). *Trade and human health and safety*, p. 9-76, 2006.

MARCEAU, Gabrielle Zoe; TRACHTMAN, Joel P. Law of Domestic Regulation of Goods: The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. *Journal of World Trade*, 2014, vol. 48, n. 2, p. 351-432.

MCINTYRE, Owen; MOSEDALE, Thomas. The precautionary principle as a norm of customary international law. *Journal of Environmental Law*, v. 9, p. 221, 1997.

MEßERSCHMIDT, Klaus. COVID-19 legislation in the light of the precautionary principle. *The Theory and Practice of Legislation*, v. 8, n. 3, p. 267-292, 2020.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Acción de Inconstitucionalidad 11/2016*. Relator: Norma Lucía Piña Hernández, 24 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=1938>  
48 Acesso em: 01 jun. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. 22 maio 1969. Disponível em: <http://www.un.org/law/ilc/texts/treaties.htm>. Acesso em: 21 mar. 2022.

NAÇÕES UNIDAS. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

OMC. *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures* (SPS Agreement). Disponível em: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/sps\\_e/spsagr\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm). Acesso em: 28 jul. 2021.

OMC. WT/DS18/AB/R. Australia – Measures Affecting Importation of Salmon (“*Austrália – Salmão*”). Genebra, 1998.

OMC. WT/DS26/AB/R. EC Measures Concerning Meat and Meat Products (“*CE – Hormônios*”). Genebra, 1997.

OMC. WT/DS76/AB/R. Japan – Measures Affecting Agricultural Products (“*Japão – Produtos Agrícolas*”). Genebra, 1998.

OMC. WT/DS245/AB/R. Appellate Body Report, Japan - Measures Affecting the Importation of Apples (“*Japão – Maçãs*”). Genebra, 2003.

OMC. WT/MIN(01)/DEC/1. *Ministerial Declaration. Doha*. Adopted on 14 November 2001.

POORHASHEMI, Seyed Abbas; ZARE, Ali. Implementation of the Precautionary Principle in International Environmental Law. *Journal of Law and Politics*, v. 11, n. 1, p. 117-127, 2015.

QUEIROZ, Raul Loureiro. Direito Ambiental e Comércio Internacional: o Princípio da Precaução e sua Aplicação no Âmbito da Organização Mundial de Comércio. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito–PPGDir./UFRGS*, v. 3, n. 6, 2005.

SANDS, P. The “greening” of international law: Emerging principles and rules. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1, 293-323, 1994.

SUNSTEIN, Cass R. *The cost-benefit revolution*. MIT Press, 2018.

TOLLEFSON, Chris. *A precautionary tale: trials and tribulations of the precautionary principle*. In: A Symposium on Environment in the Courtroom: Key Environmental Concepts and the Unique Nature of Environmental Damage. 2012.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. 29 de julho de 1992. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>. Acesso em: 21 mar. 2022.

VAN DEN BOSSCHE ET AL. *Re-conceptualizing the Role of Science in International Trade Disputes*. SPS, 2005, p. 27-81.

VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros. O Princípio da Precaução e sua Aplicação Comparada nos Regimes da Diversidade Biológica e de Mudanças Climáticas. *Revista de direitos difusos*. São Paulo, ano 2, vol. 12, p. 1587-1596, abril/2002.

VARELLA, Marcelo Dias. Variações sobre um mesmo tema: o exemplo da implementação do princípio da precaução pela CIJ, OMC, CJCE e EUA. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRÉVOST, Denise. What role for the precautionary principle in WTO law after Japan-Apples?. *Economics International: Journal of Trade and Environment Studies*, v. 2, n. 4, 2005.

VO, Thuy Dung; TRAN, Manh Dung. The impact of covid-19 pandemic on the global trade. *International Journal of Social Science and Economics Invention*, v. 7, n. 1, p. 1-7, 2021.