

# O uso de experts em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça\*

## The use of experts in environmental disputes before the International Court of Justice

Lucas Carlos Lima\*\*

### RESUMO

O presente artigo analisa o problema do uso de peritos em controvérsias de natureza ambiental perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ). Como metodologia, a análise inicia com um exame das figuras processuais orientadas a oferecer input científico à CIJ, passando-se a uma análise cronológica caso a caso, incluindo as decisões recentes na temática. O trabalho identifica as dificuldades em relação ao uso de peritos pela CIJ em casos ambientais e conclui por individuar o uso de peritos indicados pelas partes como o método favorecido pela Corte em controvérsias envolvendo provas de natureza técnica ou científica, na esteira dos casos *Whaling* e *Certain Activities*. Sendo a temática de evidência técnica e científica, um dos recentíssimos problemas enfrentados pela Corte e devido ao crescimento das controvérsias envolvendo questões ambientais, o valor de introduzir o debate reside não apenas no pontual exame da casuística da Corte, mas igualmente na identificação de tendências que permitem conhecer características próprias do contencioso internacional.

**Palavras-chave:** Corte Internacional de Justiça. Direito Ambiental Internacional. Peritos.

### ABSTRACT

The present paper analyses the problem of the use of experts in environmental disputes before the International Court of Justice (ICJ). From a methodological viewpoint, the analysis starts with an examination of each category of expert provided by the Statute directed to offer scientific input to the ICJ. Then, I perform a chronological analysis of each case touching upon environmental issues, including recent decisions. The work highlights the main difficulties faced by the ICJ when it has to grapple with technical or scientific evidence in environmental cases. Following the approach taken in the *Whaling in the Antarctic* and in the *Certain Activities* cases, the Court seems to favour the use of party-appointed experts as a methodology to test this kind of evidence. The theme of use of experts is one of the most recent problems which the Court is dealing with and if one takes into account the growing number of environmental disputes, the value of introducing this debate lies not only in the individual examination of the case law of the ICJ,

\* Recebido em 30/04/2016  
Aprovado em 30/05/2016

\*\* Doutorando em Direito Internacional na Università degli Studi di Macerata (Itália), bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina. Contato: lucaslima00@hotmail.com

but equally in the identification of the trends that allow identifying the main idiosyncratic characteristics of international litigation.

**Keywords:** International Court of Justice. International Environmental Law. Experts.

## 1. INTRODUÇÃO

Complexas questões probatórias figuram, de maneira não infrequente, em controvérsias ambientais perante a Corte Internacional de Justiça (“CIJ” ou “a Corte”)<sup>1</sup>. Tais questões requerem do juiz internacional um próprio manejo, determinação e avaliação da prova apresentada. A abordagem que uma Corte ou Tribunal internacional assume em relação às contingências científicas de uma controvérsia pode influenciar não somente o resultado daquela específica controvérsia, mas igualmente as potenciais disputas a serem trazidas ao tribunal no futuro<sup>2</sup>. O principal instrumento processual que permite ao juiz internacional de executar tais funções é o uso de peritos (“*experts*”) no procedimento: eles são responsáveis pelo oferecimento de *input* científico ao órgão colegiado e, desse modo, contribuem, em última análise, à legitimidade da sentença.

O uso de *experts* soleva diversas, embora coligadas, questões. Em guisa de exemplo, pode-se citar a distribuição do ônus da prova ou qual é o *standard of proof* requerido em casos ambientais. Contudo, esses aspectos não serão abordados neste trabalho. O foco concerne os métodos de indicação e a importância atribuída aos peritos por parte da CIJ<sup>3</sup> em casos envolvendo aspec-

tos ambientais. Para tanto, será conduzida uma análise *caso a caso* em ordem cronológica. Antes, porém, serão analisadas as diferentes categorias de peritos previstos nos instrumentos que governam a atividade judiciária da CIJ. Por fim, serão delineadas algumas conclusões em relação a como a CIJ tem utilizado peritos até então e quais poderiam ser as dificuldades no uso de peritos em futuros casos.

## 2. O PAPEL DOS PERITOS NO ESTATUTO E NA PRÁXIS DA CIJ.

Um *input* científico pode assumir diferentes formas no contencioso internacional. De maneira ilustrativa, evidências científicas podem ser apresentadas na forma de relatórios aduzidos pelas partes ou oferecidos por organizações internacionais. Diversos dispositivos nos instrumentos que governam a CIJ (seu Estatuto e Regulamento) regulam o aparecimento de peritos numa controvérsia. Outras categorias de experts foram desenvolvidas ao longo da prática da Corte. São elas: a) o perito indicado pela parte; b) o perito advogado; c) o perito independente nomeado pela Corte; d) *assessor* e e) o assim chamado “perito fantasma”.

a) Perito indicado pela parte: a categoria de peritos mais utilizada pela jurisprudência da Corte é o perito que é nomeado pelas partes em litígio e que é examinado e interrogado (*cross-examination*) seguindo o procedimento estabelecido nos Artigos 57 e 64 do Regulamento da Corte. Na jurisprudência da Corte, peritos nomeados pelas partes foram, frequentemente, qualificados como peritos-testemunha<sup>4</sup> uma vez que, por vezes, eles teste-

1 Para uma visão geral do argumento, consultar VINALES, Jorge. Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law. *Vanderbilt journal of transnational law*, v. 43, 2010. p. 476; SAVADOGO, Louis. Le recours des juridictions internationales à des experts. *Annuaire Français de Droit International*, v. 50, 2004. p. 231; BOYLE, Alan; HARRISON, James. *Judicial settlement of international environmental disputes: current problems*, journal of international dispute settlement, 2013. v. 4. p. 245.

2 Sobre o tema, consultar D'ASPROMONT, Jean; MBENGUE, Makane. Strategies of engagement with scientific fact-finding in international adjudication. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 5, p. 240–272, 2014; SANDS, Philippe. International environmental litigation and its future. *University of Richmond Law Review*, v. 32, 2009.

3 Existe discussão doutrinária em relação ao termo “environmental dispute” e a sua diferença para “dispute with environmental components”. Para os propósitos deste artigo, que não possui a intenção de explorar a questão, o uso do termo “controvérsia ambiental” deve ser entendido como qualquer controvérsia que possua elementos ambientais ou que toque questões relativos ao meio ambiente.

Sobre a questão, consultar, BOYLE, Alan; HARRISON, James. *Judicial settlement of international environmental disputes: current problems*, journal of international dispute settlement, 2013, v. 4, p. 245.

4 Em casos em que uma pessoa oferece a sua declaração sobre certos fatos e, também, avalia esses fatos com base em ponto de vista técnico ou científico. Esta pessoa é convidada a fazer a declaração como uma testemunha no sentido do artigo 64 (a) do Regulamento da Corte e, também, como um perito, no sentido do artigo 64 (b) do Regulamento. Como definido pela Presidente Higgins[R. Higgins, Speech by H.E. Judge Rosalyn Higgins to the Sixth Committee of the General Assembly (2 November 2007), 7]: “the term [expert-witness] refers to a person who can testify both as to knowledge of facts, and also give an opinion on matters upon which he or she has expertise”. Sobre a questão, ver TAMS, Christian. Article 49, article 50 e article 51. In: ZIMMERMANN, Andreas et. al. (Eds.). *The statute of the international court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

munham sobre questões de fato e, igualmente, de acordo com seus conhecimentos técnicos. Eles são submetidos a um procedimento de exame em quatro etapas<sup>5</sup>. Em princípio, pode ser lançada certa dúvida em relação à independência de um perito que é chamado por uma das partes para testemunhar perante a Corte.

b) Perito-advogado: com o objetivo de fortalecer seus argumentos de um ponto de vista técnico, partes usaram frequentemente peritos-advogados. O perito-advogado integra o time de advogados de um Estado e pode sustentar oralmente diante da Corte em tal condição. Não é raro encontrar na lista de membros que compõem os times defensivos de um Estado o elenco de “*Scientific Advisors or Experts*”<sup>6</sup> ou “*Expert Advisor*”. O problema dessa categoria de expert é que a ausência de cross-examination da prova apresentada pode diminuir o peso probatório de seu testemunho.

b) O perito independente nomeado segundo o Artigo 50 do Estatuto: nos termos do referido dispositivo, a Corte “pode a qualquer momento, confiar a qualquer indivíduo, corporação, repartição, comissão ou outra organização, à sua escolha, a tarefa de proceder a um inquérito ou a uma perícia”. Enraizada na prática dos Estados oriundos de um sistema de *civil law*, a nomeação de peritos independentes não é frequente na *caselaw* da CIJ. A Corte, efetivamente, apontou peritos, apenas, uma vez, no caso *Canal de Corfu*. Naquela ocasião, ao se referir ao peso probatório desses peritos, a Corte estatuiu que ela “não pode deixar de atribuir grande peso à opinião dos Experts que examinaram a localidade de maneira a oferecer todas as garantias de uma informação correta e imparcial”.<sup>7</sup> O não uso de peritos independentes no caso *Pulp Mills* gerou críticas, as quais serão examinadas, posteriormente, por este artigo.

c) Assessores: a possibilidade de utilizar assessores é reconhecida pelo Artigo 30(2) do Estatuto da Corte, o qual prevê que “o Regulamento da Corte disporá sobre a nomeação de assessores para a Corte ou para qualquer de suas Câmaras, os quais não terão direito a voto”. Não é imediatamente claro nesse dispositivo ou no Regulamento se assessores podem ser utilizados pela Corte de maneira a obter assistência em questões técnicas que emergem no contexto do procedimento. Embora ofereçam algum risco ao princípio do contraditório ao não oferecer às partes o direito de comentar a evidência técnica apresentada, o uso de Assessores seria uma maneira de incorporar *input* científico no processo decisório da Corte. Contudo, assessores nunca foram utilizados nos procedimentos da CIJ.

d) O perito invisível: de maneira a avaliar a prova técnica de um caso, a CIJ utilizou de uma figura conhecida como “*invisible expert*”, “*experts fantômes*”<sup>8</sup> ou “peritos internos não oficiais”<sup>9</sup>. Como o nome sugere, essa categoria de perito é *invisível* e não se sabe precisamente em quais casos tais peritos foram utilizados. Também é desconhecido o conteúdo de seus relatórios e de seus conselhos técnicos à Corte. O uso desses peritos vem reconhecido individualmente por juízes, que fazem referência ao fato de que, por vezes, durante o processo de deliberação, a Corte vale-se da assistência desses expertos. Como observado por alguns autores<sup>10</sup>, esse instrumento é caracterizado por uma falta de transparência e implica um sacrifício do direito das partes de examinar as provas o que, ao menos em teoria, diminuiria seu valor enquanto testemunhas. Outro problema é que essa categoria de perito aborda o corpo probatório de um litígio *após* as audiências, durante a fase de deliberação. Esse fato, dificilmente, pode ser considerado em conso-

5 O procedimento de quatro etapas ocorre da seguinte maneira: 1. A parte que indicou a testemunha ou o perito realiza o interrogatório principal. Essa etapa pode ser evitada se a testemunha confirma o seu anterior relatório escrito; 2. A outra parte possui a opção de interrogar o perito. Evitar o exercício do direito de *cross-examination* pode acarretar algumas implicações, como ocorreu no caso *Croatian Genocide*; 3. A parte que nomeou a testemunha ou perito pode realizar o reexame. Este é um desenvolvimento recente no procedimento da Corte. 4. Os juízes perguntam às testemunhas e aos peritos. Em relação ao procedimento passado, existe uma participação crescente de juízes e peritos no procedimento de exame.

6 *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, 22, 25.

7 Do original: “it cannot fail to give great weight to the opinion of the Experts who examined the locality in a manner giving every guarantee of correct and impartial information”. *Corfu Channel Case (UK v Albania)*, ICJ Reports 1949, 21).

8 As palavras são dos juízes SIMMA e AL-KHAZAWNEH em sua opinião dissidente conjunta no caso *Pulp Mills Case*, cit., Joint-Dissenting Opinion, 114

9 O termo é utilizado por BENZING, Markus. Evidentiary issues. In: ZIMMERMANN, Andreas et. al. (Eds.). *The statute of the international court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, p. 1218

10 SIMMA, Bruno. The international court of justice and scientific expertise. *Proc. of the Annual Meeting ASIL*, n. 106, v. 230, 2012; PEAT, Daniel. The use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice. *British Yearbook of International Law*, n. 84, v. 288, 2014; FOSTER, Caroline. New clothes for the emperor? consultation of experts by the international court of justice. *Journal of International Dispute Settlement*, n. 5, v.32, 2013; COUTASSE, J. G. S.; SWEENEY-SAMUELSON, E. Adjudicating conflicts over resources: the icj’s treatment of technical evidence in the pulp mills. *Goettingen Journal of International Law*, n. 3, v. 447, 2011.

nância com a máxima *audi alteram partem* ou as exigências do devido processo legal. Estes são elementos que justificam o criticismo endereçado à categoria de perito invisível.

### 3. CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO QUESTÕES AMBIENTAIS E O USO DE EXPERTS

#### a) O caso Gabčíkovo-Nagymaros Project

Questões de cunho ambiental foram solevadas perante a CIJ em alguns casos primeiros<sup>11</sup>. Contudo, a primeira controvérsia geralmente indicada por conter significativas questões ambientais foi o caso contencioso Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia).<sup>12</sup> Em síntese, a Hungria lançou mão de argumentos ambientais para justificar a suspensão da construção conjunta com a Eslováquia de uma barragem sobre o Rio Danúbio. A CIJ decidiu que as preocupações ambientais da Hungria não constituíam razões suficientes para suspender e abandonar os trabalhos da construção<sup>13</sup>. Embora a abordagem da Corte tenha focado em direito dos tratados e pouca atenção tenha sido dada à apreciação da prova apresentada<sup>14</sup>, algumas características do caso em relação ao uso de peritos e à apresentação de prova técnica merecem ser apontados.

A primeira característica refere-se ao fato de como a

prova técnica foi apresentada pelas partes. Além da evidência escrita e dos relatórios técnicos, ambas as partes possuíram em seus colégios defensivos peritos-advogados, ou seja, cientistas que fizeram a defesa oral perante a Corte<sup>15</sup>. Como referido, o principal problema dessa categoria de perito (o perito-advogado) reside no fato de que a prova por eles apresentada não é testada nem pela outra parte, nem pela Corte. A Corte não fez qualquer referência ao peso probatório que suas contribuições tiveram no caso. Um autor observou que “a participação de peritos como advogados possui um considerável efeito, embora a adoção desse procedimento por ambos os litigantes significa que a ‘batalha de experts’ foi reproduzida em uma nova forma processual”<sup>16</sup>. Embora levando em consideração a prova científica a si apresentada, a abordagem assumida pela Corte não necessitou a resolução dessa “batalha de peritos”. Segundo a Corte:

Ambas as partes colocaram nos autos uma impressionante quantidade de material científico objetivando reforçar seus respectivos argumentos. A Corte prestou cuidadosa atenção a este material, no qual as partes desenvolveram suas visões opostas em relação às consequências ecológicas do Projeto. A Corte concluiu, porém, que [...] não é necessário de maneira a responder às questões colocadas a ela pelo Acordo Especial determinar quais destes pontos é cientificamente melhor fundamentado<sup>17</sup>.

Complementarmente, a Corte, também, notou a existência de um certo desacordo entre as prova científicas examinadas quando observou que “os numerosos relatórios científicos que foram apresentados à Corte pelas partes — mesmo se suas conclusões são frequentemente contraditórias — oferecem prova abundante que este impacto e estas implicações são consideráveis”<sup>18</sup>. A abordagem da Corte recebeu críti-

11 Sobre a questão ver BOYLE, Alan. *Environmental dispute settlement*. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009; FITZMAURICE, Malgosia. The international court of justice and the environment. *Non-State Actors and International Law*, v. 4, 2004; JENNINGS, Robert. the role of the international court of justice in the development of international environment protection law. *Review of European Community and International Environmental Law*, n. 1, v. 240, 2004; VINUALES, Jorge. The contribution of the international court of justice to the development of international environmental law: a contemporary assessment. *Fordham international law journal*, v. 32, 2008. Sobre a proteção dos interesses da comunidade internacional em relação a recursos naturais, ver o célebre e necessário curso de GAJA, Giorgio. The protection of general interests in the international community. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, n. 364, p. 171-181, 2011.

12 *Case concerning the GABČÍKOVŮ-Nagymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997.

13 FITZMAURICE, Malgosia. Case Analysis: the gabčíkovo-nagymaros case: the law of treaties. *Leiden Journal of International Law*, v. 11, p. 321-344, 1998.

14 Na palavras de FITZMAURICE, Malgosia. Case Analysis: the gabčíkovo-nagymaros case: the law of treaties. *Leiden Journal of International Law*, v. 11, p. 321-344, 1998. p. 321: “the basis of the whole dispute between Hungary and Slovakia in this case is derived from the interpretation of the treaty in question”.

15 *GABČÍKOVŮ-Nagymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997. p. 11.

16 FOSTER, Caroline. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 89.

17 *GABČÍKOVŮ-Nagymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 42, para. 54. Do original: “Both Parties have placed on record an impressive amount of scientific material aimed at reinforcing their respective arguments. The Court has given most careful attention to this material, in which the Parties have developed their opposing views as to the ecological consequences of the Project. It concludes, however, that [...] it is not necessary in order to respond to the questions put to it in the Special Agreement for it to determine which of those points of view is scientifically better founded”

18 *GABČÍKOVŮ-Nagymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 72, para. 140 (ênfase adicionada). Do original: “the numerous scientific reports which have been presented to the Court by the Parties – even if their conclusions are often contradictory – provide

cas e levou um autor a questionar-se se “não teria sido melhor para a Corte ter buscado informação técnica imparcial e, portanto, tornado mais específico o julgamento nestas questões científicas?”<sup>19</sup>.

Outro ponto interessante, que é ao mesmo tempo um dos mais inovadores aspectos desse caso de um ponto de vista processual, refere-se ao fato de que a Corte, utilizando seus poderes prescritos pelos Artigo 50 do Estatuto e Artigo 66 do Regulamento, “visitou um número de localidades ao longo do Danúbio e levou em consideração as explicações técnicas oferecidas pelos representantes que foram designados com esse propósito pelas partes”<sup>20</sup>. Embora não tenha se referido na sentença ao material probatório aduzido naquela ocasião<sup>21</sup>, parece relevante que a Corte tenha notado as evidências então apresentadas. Nas palavras do então presidente da CIJ, Stephen Schwebel, a visita de campo ofereceu “*a new dimension of insight into the case*”. Ademais, com a visita de campo, a Corte permitiu às partes a introdução de informações técnicas não apenas seguindo os modelos escritos e orais previstos no Estatuto, mas também *in locu*. É relevante que a Corte tenha desenvolvido uma nova maneira de introduzir provas técnicas que contribuam para melhor compreender as realidades técnicas de um caso. Contudo, a introdução de evidência em tal modalidade carrega o mesmo defeito que possui o perito-advogado: a prova apresentada em tal forma não é testada nem confrontada. Além disso, não há registros seja no julgamento ou no website da Corte do conteúdo da prova apresentada. Essa ausência parece oferecer algum prejuízo ao requisito de transparência

abundant evidence that this impact and these implications are considerable”.

19 ROSENNE, Shabtai. Fact-finding before the international court of justice. In: ROSENNE, Shabtai. *Essays on international law and practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 242-final.

20 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 14, para. 10. Do original: “visited a number of locations along the Danube and took note of the technical explanations given by the representatives who had been designated for the purpose by the Parties”. Sobre a questão, consultar THOUVENIN, Jean-Marc. La descente de la cour sur les lieux dans l'affaire relative au projet gabčíkovo-nagyymaros. *Annuaire Français de Droit International*, v. 43, 1997. p. 333.

21 Além da passagem citada, President Schwebel assim descreveu a visita: «The Court looked, listened, asked many questions, and gained a new dimension of insight into the case and what it meant to the Parties much more than could have been gleaned from confining the proceedings to The Hague». Statement by Judge Stephen M. Schwebel to the fifty-second session of the General Assembly in connection with the annual report of the International Court of Justice, 27 October 1997.

dos procedimentos judiciais.

A terceira consideração a ser feita em relação ao caso *Gabčíkovo-Nagyymaros Project* refere-se ao específico método de prova ao qual a Corte parece atribuir importância. Antes do início dos procedimentos, as partes haviam estabelecido um grupo tripartite de peritos (“um perito designado por cada parte e três peritos independentes designados pela Comissão das Comunidades Europeias”<sup>22</sup>) com o propósito de “oferecer confiáveis e indisputáveis dados sobre os efeitos mais importantes da presente descarga de água”<sup>23</sup>. Em duas passagens da sentença, a Corte fez referência a esse grupo de peritos. Na primeira passagem, a Corte utilizou o relatório de tal grupo de peritos para determinar a oficial “descrição dos elementos constituintes da Variante C”<sup>24</sup>. Na segunda ocasião, a Corte observou que “emerge do relatório que não usar o sistema teria ocasionado consideráveis perdas financeiras, e isto teria soleado sérios problemas ao meio ambiente”<sup>25</sup>. Alguns juízes igualmente citaram o relatório do grupo de peritos em suas opiniões separadas<sup>26</sup>. Em relação a essas passagens, parece claro que a Corte atribuiu significativo peso probatório às conclusões do relatório. Não parece surpreendente que a Corte o tenha feito, outorgando peso, portanto, a uma comissão técnica composta pelos membros indicados pelas partes juntamente com membros de uma organização internacional. Ainda assim, em relação a esse fato, é possível extrair outra tendência geral da Corte em relação a controvérsias ambientais: a fiabilidade da Corte em instituições que permitem a identificação de um “terreno comum” de acordo entre as partes. Como se verá, isto ocorreu, igualmente, em casos subsequentes.

Em conclusão, o uso de peritos no caso *Gabčíkovo-Nagyymaros Project* não apenas demonstrou a disposição da Corte em admitir *input* científico (com a visita de campo), mas, igualmente, revelou a tendência de atribuir peso probatório à prova científica a que ambas as partes, de algum modo, tenham concordado em relação ao conteúdo.

22 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 24, para. 25.

23 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 24, para. 24.

24 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, 47, para. 66.

25 *GABČÍKOVŮ-Nagyymaros project: Hungary/Slovakia*. ICJ Reports, n. 7, 1997, para. 72.

26 Nesse sentido, consultar as opiniões dissidentes dos juízes Parra-Aranguren, Vereschetin, Fleischhauer, Herczegh e a opinião individual do juiz Bedjaoui, todas elas em ICJ Reports 1997.

b) O caso *Pulp Mills* e a crítica à abordagem da Corte

O caso *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* solevou questões de natureza científica altamente complexas. Por diferentes razões, o caso suscitou um debate em relação ao uso de peritos perante a Corte Internacional de Justiça. Em particular, as opiniões dissidentes e separadas de alguns juízes revelou a existência de uma pluralidade de visões no interior da Corte em relação aos métodos de afrontar a prova científica em casos de cunho ambiental<sup>27</sup>.

Entre as diversas questões levantadas, a Corte teve de verificar a existência de dano ambiental causado pela instalação de uma usina de celulose na margem do Rio Uruguai. A Corte preferiu não apontar seus próprios peritos (utilizando a possibilidade prevista no Artigo 50) e decidiu o caso, simplesmente, baseando-se nas provas apresentadas pelas partes; particularmente pelos peritos-advogados chamados pelas partes. Em uma passagem bem conhecida, a Corte observou que:

apesar do volume e da complexidade de informações fáticas submetidas, é responsabilidade da Corte, após ter considerado cuidadosamente toda a evidência colocada diante de si pelas Partes, determinar quais fatos devem ser considerados relevantes, avaliar seu valor probatório e deles extrair conclusões como apropriado.<sup>28</sup>

Além de toda a evidência técnica apresentada pelas partes por meio de documentos, as partes utilizaram peritos que realizaram sustentações orais perante a Corte na qualidade de advogados. Desse modo, eles não puderam ser interrogados pela parte opositora nem pela Corte, não se configurando, pois, a *cross-examination*. A reação da Corte a essa decisão das partes foi a seguinte:

Em relação aos peritos que apareceram nos procedimentos como advogados, a Corte teria considerado mais útil se eles tivessem sido apresentados pelas Partes como peritos testemunha previstos nos Artigos 57 e 64 do Regulamento da Corte, em vez de terem sido incluídos como advogados em suas respectivas delegações. A

27 *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, 14ff. Sobre questões probatórias, ver Al-Khasawneh and Simma, as opiniões separadas dos juízes Keith, Cañado Trindade e Greenwood, a declaração do juiz Yusuf e a opinião separada do juiz ad hoc Vinuesa.

28 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., 62, para. 168. Do original: “despite the volume and complexity of the factual information submitted to it, it is the responsibility of the Court, after having given careful consideration to all the evidence placed before it by the Parties, to determine which facts must be considered relevant, to assess their probative value, and to draw conclusions from them as appropriate”.

Corte efetivamente considera que as pessoas que testemunham perante a Corte com base em seus conhecimentos científicos ou técnicas ou com base em suas experiências pessoais deveriam testemunhar perante a Corte como peritos, testemunhas ou em alguns casos em ambas as qualidades, em vez de como advogados, de maneira que eles possam ser submetidos aos questionamentos das outras partes bem como pela própria Corte<sup>29</sup>.

Nessa passagem, a Corte translucidamente distinguiu os perito-advogados dos peritos-testemunhas. A Corte deixou claro que atribui maior peso probatório a peritos-testemunhas em comparação a peritos-advogados, particularmente em razão da possibilidade de *cross-examination*. Em relação a essa passagem, se permanece com a impressão de que o valor do perito-testemunha não é válido por si só, mas como o resultado de um processo de exame pelas partes e, também, pela Corte.

Em outra passagem da sentença, a Corte abordou a questão do valor probatório das diferentes “interpretações” oferecidas pelos perito-advogados. A Corte observou que “ao avaliar o valor probatório da evidência colocada perante si, a Corte irá principalmente sopesar e avaliar os dados em vez das interpretações conflitantes oferecidas pelas partes ou por seus peritos e consultores”<sup>30</sup>. Essa passagem sublinha que, em casos em que questões científicas estão em discussão, é esperado que ambas as partes ofereçam *expertise* científica para provar seus argumentos em relação aos fatos (repetindo-se, portanto, o ocorrido no caso *Gabčíkovo-Nagyymaros Project* case) e, por consequência, a Corte ver-se-á diante de prova científica conflitante. Nessas situações, o valor probatório dos peritos-advogados tende a ser quase vão.

Outra interessante indicação da Corte que emerge desse caso refere-se à existência e ao uso dos peritos invisíveis. Em sua opinião dissidente conjunta, os juízes

29 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit, 62, para. 167. Do original: “[r]egarding those experts who appeared before it as counsel at the hearings, the Court would have found it more useful had they been presented by the Parties as expert witnesses under Articles 57 and 64 of the Rules of Court, instead of being included as counsel in their respective delegations. The Court indeed considers that those persons who provide evidence before the Court based on their scientific or technical knowledge and on their personal experience should testify before the Court as experts, witnesses or in some cases in both capacities, rather than counsel, so that they may be submitted to questioning by the other party as well as by the Court”.

30 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., 82, para. 236. Do original: “in assessing the probative value of the evidence placed before it, the Court will principally weigh and evaluate the data, rather than the conflicting interpretations given to it by the Parties or their experts and consultants”.

Simma and Al-Khasawneh<sup>31</sup> criticaram, agudamente, os métodos de *fact-assessing* da Corte, entendendo que

em circunstâncias como as do presente caso, adotar tal prática iria privar a Corte das vantagens de transparência, abertura, justiça processual e da habilidade das partes de comentar, ou ao menos auxiliar a Corte no entendimento das provas perante ela<sup>32</sup>.

Os dois juízes argumentaram que, em alguns casos, a consulta a essa categoria de peritos pode ser escusável “if the input they provide relates to the scientific margins of a case”; porém eles enfatizaram que a situação altera-se quando o caso trata de complexas questões de prova científica<sup>33</sup>. Em sua opinião, ao adotar essa solução, a Corte está negligenciando dois valores essenciais que garantem a boa administração da justiça: transparência e *procedural fairness*, ambos importantes porque “requerem que a Corte assuma seu dever global de facilitar a produção de provas e de atingir a melhor representação dos fatos essenciais de um caso, de maneira a melhor resolver a controvérsia”<sup>34</sup>.

As críticas veiculadas na opinião desses juízes reverberou no interior da doutrina e levantou dúvidas em relação à capacidade da Corte em resolver controvérsias ambientais que envolvam prova de natureza científica altamente técnica de maneira sólida.

### c) O caso Whaling in the Antarctic

O caso *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan)* é outro caso em que um “vast amounts of highly technical scientific evidence”<sup>35</sup> foi aduzido perante a Corte, cuja tarefa era verificar se o programa baleeiro japonês poderia ser considerado como detentor de “finalidades científicas” nos termos do Artigo VIII da Convenção

Baleeira<sup>36</sup>. Nesse caso as partes utilizaram peritos indicados de acordo com os artigos 57 e 64 do Regulamento da Corte. As críticas em relação ao uso de peritos-advogados no caso *Pulp Mills* parece ter sido levado em consideração pelas partes no caso *Whaling in the Antarctic*. Nenhuma das partes lançou mão dessa categoria de perito.

Em relação aos peritos apontados pelas partes, a primeira questão digna de exame refere-se à seleção de indivíduos que são indicados como peritos. Pode-se imaginar se o *background* dos experts possuiu algum impacto na convicção da Corte. Nesse sentido, pode ser interessante notar que um dos experts indicados pela Austrália era um membro do governo australiano. De um ponto de vista teórico, poderia ser sugerido que essa próxima relação com o governo possa diminuir o peso probatório da sua opinião.

Outra questão é saber se seria apropriado indicar como peritos indivíduos que participaram diretamente no programa que deu origem à controvérsia. Assim, por exemplo, Japão deixou de indicar como peritos (ou testemunhas) os cientistas japoneses que estavam envolvidos no programa JARPA II. Poder-se-ia sugerir que a presença desses peritos teria valia uma vez que possibilitariam à Corte melhor entendimento das premissas científicas do programa. A Corte não deixou de notar essa ausência. Contudo, é difícil inferir do julgamento qual teria sido a preferência da Corte nesse ponto. Quando examinando o uso de métodos letais no programa JARPA II, a Corte afirmou que ela “não ouviu argumentos diretamente dos cientistas japoneses que foram envolvidos no desenvolvimento do JARPA II”.<sup>37</sup> Um membro da Corte perguntou ao Japão qual análise tinha sido conduzida em relação à viabilidade de méto-

31 O juiz Simma reconheceu o uso de peritos fantasmas argumentando que “[t]o mention them does not breach confidentiality”. See Simma, cit., 231

32 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., Simma and Al-Khasawneh opinion, para. 14. Do original: “under circumstances such as in the present case, adopting such a practice would deprive the Court of the above-mentioned advantages of transparency, openness, procedural fairness, and the ability for the Parties to comment upon or otherwise assist the Court in understanding the evidence before it”.

33 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., Simma and Al-Khasawneh opinion, para. 14.

34 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., Simma and Al-Khasawneh opinion, para. 14. Do original: “they require the Court to assume its overall duty for facilitating the production of evidence and to reach the best representation of the essential facts in a case, in order best to resolve a dispute”.

35 As palavras são do presidente Peter Tomka, *Speech by H.E. Judge Peter Tomka to the Sixth Committee of the General Assembly* (31 October 2014)

36 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014. Para uma impressão geral do caso, ver PAYNE, C. R. Australia v. Japan: ICJ halts Antarctic whaling. *American Society of International Law Insights*, 2014; GRAY, C. The 2014 judicial activity of the international court of justice. *American Journal of International Law*, n. 109, p. 589-602, 2015; BORDIN, Fernando Lusa. *Procedural developments at the international court of justice, the law and practice of international courts and tribunals*. 2015. KLEIN, N. Whales and tuna: the past and future of litigation between Australia and Japan. *The Georgetown international environmental law review*, n. 21, 2009; COELHO, Luciana Fernandes. Reflexões provenientes do dissenso: uma análise crítica a respeito do caso Austrália versus Japão perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, 2015.

37 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 270, para. 138.

dos não letais para estabelecer o tamanho das amostras para cada ano do JARPA II. Japão não ofereceu nenhum documento para clarificar a questão e, por fim, a Corte concluiu que “a ausência de qualquer prova apontando à considerações de viabilidade de métodos não letais não foi explicada”.<sup>38</sup> Em relação a essas duas pasagens, permanece a impressão de que a Corte tacitamente criticou a ausência de um *certo tipo* de expert, i.e., um perito que tenha participado no programa JARPA II o qual Japão poderia ter utilizado para embasar a sua posição. Nesse sentido, a ausência de explicação por parte do Japão parece ter enfraquecido o argumento desse Estado. Contudo, como contra-argumento, poderia-se conjecturar que a decisão de não apontar peritos japoneses que tenham participado no desenvolvimento do programa JARPA II é justificado pela necessidade de evitar uma “biased witness”.<sup>39</sup> Em particular, pode-se argumentar que, se o Japão tivesse indicado um perito que tenha participado do programa JARPA II, a Corte teria dado um menor peso probatório para a evidência apresentada por eles, uma vez que, como a Corte notou em casos anteriores, “um membro do governo de um Estado [...] tende a identificar a si mesmo com os interesses de seu Estado, e de estar ansioso quando oferecendo evidência de maneira a não dizer nada que possa provar-se adverso à sua causa”.<sup>40</sup>

A última observação levanta uma questão geral sobre a possibilidade de transpor alguns dos critérios estabelecidos pela Corte em relação ao peso probatório de “ordinárias” testemunhas para peritos<sup>41</sup>. A sentença não

diz nada sobre esse ponto. É interessante notar, porém, que a Corte parece levar em consideração quando os peritos divergem da opinião tomada pelo Estado que o nomeou. Dessa maneira, a Corte ponderou as críticas realizadas pelo perito apontado pelo Japão, Sr. Walløe, em relação à transparência das atividades desenvolvidas pelo programa JARPA II.<sup>42</sup> A ideia de dar relevância a opiniões de peritos que contradizem a posição de um Estado pode ser comparada ao critério segundo o qual deve ser dado peso às declarações realizadas por funcionários do Estado quando essas declarações são desfavoráveis ao Estado.<sup>43</sup>

Em relação à tendência geral da Corte em relação à avaliação da opinião dos peritos, um aspecto que emerge da sentença é que a Corte parece ter dado particular importância à existência de um acordo entre as opiniões expressas pelos peritos indicados pelas partes. Por exemplo, quando avaliando a transparência do programa Japonês, a Corte observou que “as provas demonstram que o plano de pesquisa do programa JARPA II carece de transparência em suas razões para selecionadas particulares amostras para itens individuais de pesquisa. Esta é uma questão que os peritos chamados pelas duas Partes concordam, como descrito anteriormente”.<sup>44</sup> Ela também enfatizou que “o processo usado para determinar o tamanho das amostras para baleias Minke carece de transparência, como os peritos de ambas as Partes concordam”.<sup>45</sup>

Em mesmo sentido, a Corte deu relevância ao fato que a opinião expressa por um perito indicado pela parte não tinha sido contestada pela outra parte. Nesse sentido, a fim de avaliar se o número de baleias mortas era razoável segundo finalidades científicas, a Corte, referindo-se à opinião expressa pelo perito indicado pela Austrália, notou o fato que o “Japão não contesta esta opinião pericial”.<sup>46</sup>

38 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 271, para. 141.

39 O critério que diminui o peso probatório da prova apresentada por esse tipo de testemunha apareceu no caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *ICJ Reports 1986*, para. 70: “[a] member of the government of a State engaged, not merely in international litigation, but in litigation relating to armed conflict, will probably tend to identify himself with the interests of his country, and to be anxious when giving evidence to say nothing which could prove adverse to its cause” e é combinado com a presunção de que “[t]he Court takes the view that statements of this kind, emanating from high-ranking official political figures, sometimes indeed of the highest rank, are of particular probative value when they acknowledge facts or conduct unfavourable to the State represented by the person who made them. They may then be construed as a form of admission” (ibid, para. 64).

40 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., para. 70. Do original: “a member of the government of a State [...] tends to identify himself with the interests of his country, and to be anxious when giving evidence to say nothing which could prove adverse to its cause”

41 Sobre a questão, ver LIMA, Lucas C. The evidential weight of experts before the icj: reflections on the whaling in the antarctic case. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 6, p. 621-635, 2015.

42 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 275, para. 159.

43 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., para. 64: “The Court will treat with caution evidentiary materials specially prepared for this case and also materials emanating from a single source. It will prefer contemporaneous evidence from persons with direct knowledge. It will give particular attention to reliable evidence acknowledging facts or conduct unfavourable to the State represented by the person making them”.

44 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 283, para. 188.

45 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 292, para. 225.

46 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, 283, para. 190.



Certamente, não surpreende que a Corte tenha dado importância à existência de um acordo entre as partes em relação ao fato que a opinião de um perito não tenha sido contestada pela parte. Se as partes possuem o ônus da prova, é razoável dar importância ao acordo entre peritos por elas apresentadas em relação aos fatos e circunstâncias do caso. Em outras palavras, parece bastante lógico que, quando os peritos apontados pelas partes dividem uma avaliação científica, é difícil que a Corte tome uma visão diferente. Contudo, a impressão geral é que o peso probatório dado pela Corte às opiniões dos peritos é diretamente relacionado com a medida que eles permitem a Corte de identificar a emergência de um consenso em relação a um certo fato ou dado científico. Nessa lógica, o interesse em haver peritos no procedimento é que eles permitem identificar a existência de um acordo em relação aos fatos científicos controversos. Por conseguinte, o peso probatório de opiniões dos peritos parece ser estreitamente ligado à contribuição deles à emergência de um acordo. Nesse sentido, a “busca” pelo consenso parece, em algum grau, possuir um papel maior que a “busca” pela verdade científica. Esse método parece adequar-se à lógica adversarial que governa os procedimentos da Corte.

Em relação a esse ponto, duas observações se fazem necessárias. A primeira é que é claro que a importância prescrita ao emergir de um *consensus* em relação a um certo fato ou dado científico não deve diminuir o papel desempenhado pela Corte na avaliação das provas. De maneira significativa, no julgamento do caso *Whaling in the Antarctic*, a Corte parece ter utilizado argumentos técnicos que não tinham sido anteriormente discutidos pelos peritos. A segunda observação é que o acordo entre os peritos pode não refletir, necessariamente, o acordo das partes, por exemplo porque a opinião de um perito contradiz as visões expressas pela parte que o apontou. É, também, possível que a opinião dos peritos não revele a opinião de nenhuma das partes. Em ambos os casos, parece razoável que a Corte atribua importância ao acordo dos peritos, independentemente, da posição das partes.

Como notado por alguns autores<sup>47</sup>, um problema aparece quando peritos tomam posições diferentes em

questões controversas de natureza técnica ou científica, uma situação que foi etiquetada pela Corte no passado como “the clash of expert opinions”<sup>48</sup>.

Em casos anteriores, como mostram *Gabčíkovo-Nagyymaros Project* e *Pulp Mills*, quando confrontada com prova científica divergente, “a Corte não considerou necessário resolver o *clash* de opiniões periciais”<sup>49</sup> e claramente observou que “a Corte não pode aceitar a posição que, de maneira a decidir esse caso, ela precise antes determinar, com base no desacordo entre cientistas, qual é a mais plausivelmente correta interpretação dos aparentemente incompletos dados científicos”<sup>50</sup>. Alguns autores sugerem que, nessas situações, a Corte prefere ignorar o problema e resolvê-lo por meio de técnicas jurídicas.<sup>51</sup>

Tal abordagem foi, também, adotada pela Corte no caso *Whaling in the Antarctic*. De maneira a evitar uma tomada de decisão em questões sobre as quais os peritos possuíam opiniões divergentes, a Corte lançou mão de distintos argumentos. Por exemplo, em relação à confiabilidade e ao valor dos dados coletados pelo programa JARPA II, os peritos indicados pelas partes ofereceram opiniões contraditórias e a Corte entendeu que “este desacordo parece ser sobre uma questão de opinião científica”<sup>52</sup>.

Em relação ao desacordo dos peritos sobre a determinação do critério para outorgar significado à expressão “pesquisa científica”, em relação à significação do Artigo VIII da Convenção Baleeira, a Corte se apoiou na distinção entre questões de fato e questões de direito. A Corte desenvolveu o raciocínio que, sendo as questões de interpretação do termo “pesquisa científica” uma questão de direito<sup>53</sup>, cabia à Corte resolver a ques-

47 *Pulp Mills on the River Uruguay*, cit., Separate Opinion of Judge CANÇADO TRINDADE, paras. 148 and 151. SCOVAZZI, Tullio. Between law and science: some considerations inspired by the whaling in the antarctic judgment. *QIL-Questions of International Law*, n. 14, 2015. Available in: <www.qil-qdi.org/between-law-and-sciencesome-considerations-inspired-by-the-whaling-in-the-antarctic-judgment-2/> Accessed: 04 apr. 2016.; FOSTER; PEAT, Daniel. The use of Court-Appointed Experts by the International Court of Justice. *British Yearbook of International Law*, n. 84, v. 288, 2014.

48 *Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, 2008 ICJ Reports 2008, 12, para. 147.

49 *Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, 2008 ICJ Reports 2008, 12, para. 147.

50 *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports 1982, 18, para. 41. Do original “[t]he Court is unable to accept the position that in order to decide this case, it must first make a determination upon a disagreement between scientists of distinction as to the more plausibly correct interpretation of apparently incomplete scientific data”.

51 RIDDELL, Anna; PLANT, Brendan. *Evidence before the international court of justice*. London, BIICL 2009.

52 *WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening*, ICJ Reports, 2014, 269, para 134. Do original: “[t]his disagreement appears to be about a matter of scientific opinion”

53 MBENGUE, M. M. Between law and science: a commentary

tão, sem levar em consideração as indicações fornecidas pelos peritos. Na visão da Corte, ainda que

[...] como uma questão de opinião científica, os peritos chamados pelas Partes concordaram que métodos letais podem possuir um lugar na pesquisa científica, embora não necessariamente concordando com as condições para seu uso, [...] suas conclusões como científicas, porém, devem ser distinguidas da interpretação da Convenção, que é uma tarefa desta Corte.<sup>54</sup>

Numa avaliação geral, porém, em comparação com a abordagem adotada no caso *Pulp Mills*, foi certamente observado que “a mudança de abordagem da Corte no caso *Whaling in the Antarctic* deve ser bem-vindo, vez que ele oferece uma oportunidade para um mais rigoroso tratamento de complexa prova científica”<sup>55</sup>. Não apenas, mas a Corte também parece ter estabelecido uma preferência em relação à metodologia para indicação, exame e, por meio de alguns elementos, avaliação da prova científica apresentada por peritos. Contudo, existe clara dependência das partes em relação ao corpo probatório apresentado e aos peritos indicados. Finalmente, cabe às partes escolher a forma como peritos serão envolvidos numa controvérsia.

d) Os casos *Certain Activities and Construction of a Road*.

Questões de natureza técnica foram consideradas durante o procedimento conjunto dos casos *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* e *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*. O primeiro caso versava sobre, *inter alia*, as violações da Nicarágua de suas obrigações em razão de suas atividades de dragagem executadas no Rio Colorado. O segundo caso referia-se a violações de obrigações da Costa Rica pela construção de uma estrada nas bordas do Rio San Juan.

---

on the whaling in the antarctic case. *QIL-Questions of International Law*, n. 14, p.8-9, 2015. Available in: <[www.qil-qdi.org/between-law-and-science-a-commentary-on-the-whaling-in-the-antarctic-case-2](http://www.qil-qdi.org/between-law-and-science-a-commentary-on-the-whaling-in-the-antarctic-case-2)>. Accessed: 04 apr. 2016.

54 WHALING in the Antarctic: Australia v. Japan: New Zealand intervening, *ICJ Reports*, 2014, para. 82. Do original: “as a matter of scientific opinion, the experts called by the Parties agreed that lethal methods can have a place in scientific research, while not necessarily agreeing on the conditions for their use, [...] [t]heir conclusions as scientists, however, must be distinguished from the interpretation of the Convention, which is the task of this Court”

55 GRAY, Christine. The 2014 judicial activity of the international court of justice. *American Journal of International Law*, n. 109, p. 589-602, 2015. p. 597. No mesmo sentido, BORDIN, Procedural developments at the international court of justice. *The law and practice of international courts and tribunals*, n. 13, 2014, p.241.

As partes possuíam conselheiros científicos e peritos integrando as suas delegações, mas as partes também apontaram peritos de acordo com os artigos 57 e 64 do Regulamento da Corte. O uso de peritos nesses casos demonstra algumas similaridades com o uso de peritos no caso *Whaling in the Antarctic*.

Uma primeira questão interessante refere-se à indicação dos peritos. Antes das audiências do case *Construction of a Road*, Nicaragua sugeriu o uso de um “neutral expert on the basis of Articles 66 and 67 of the Rules”.<sup>56</sup> A Costa Rica não concordou com esse requerimento e, em resposta, apontou que “that there [was] no basis for the Court to exercise its power to appoint an expert as requested by Nicaragua”. Não é o primeiro caso uma das partes solicita à Cortenomear peritos para colaborar com a avaliação do contexto fático de uma controvérsia<sup>57</sup>. Não é, também, a primeira vez que a Corte preferiu não o fazer sem indicar as razões que embasavam sua decisão. É, claramente, uma questão para especular-se, mas o desacordo entre as partes em relação à nomeação do perito independente pode ter sido um fator que a Corte levou em consideração para a não indicação de peritos independentes no sentido do artigo 50 do Estatuto.

Se, por um lado, a Corte preferiu não nomear peritos independentes, por outro lado, ela assumiu um papel mais ativo ao indicar o tipo de evidência técnica que estaria interessada em ter acesso. Por meio da Secretaria e logo no início dos procedimentos, a Corte sugeriu às partes que fossem chamados os peritos que ofereceram suporte técnico aos times de defesa durante a fase escrita:

o Secretário (Registrar) informou as Partes que a Corte consideraria útil se, durante as audiências dos dois casos, elas pudessem chamar os peritos cujos relatórios foram anexados aos memoriais, em particular o senhor Thorne e o senhor Kondolf. O Secretário também indicou que a Corte seria grata se, ao mais tardar no 15 de Janeiro 2015, as Partes fizessem sugestões em relação à modalidade de exame destes peritos<sup>58</sup>.

---

56 *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, *ICJ Reports*, 2015, para. 30.

57 QUINTANA, J. J. *Litigation at the international court of justice*. Leiden: Brill, 2015.

58 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 30. Do original: “the Registrar informed the Parties that the Court would find it useful if, during the course of the hearings in the two cases, they could call the experts whose reports were annexed to the written pleadings, in particular Mr. Thorne and Mr. Kondolf. The Registrar also indicated that the Court would be grateful if, by 15

Ou seja, sugeriu-se aos litigantes repetir a abordagem tomada pelas partes no caso *Whaling in the Antarctic*. Parece existir uma linha de continuidade entre o desencorajamento da Corte ao uso de peritos-advogados no caso *Pulp Mills* e sua ativa declaração de receber um certo tipo de prova científica nos casos *Certain Activities* e *Construction of a Road*. Ao tomar essa atitude, poderia-se sugerir que a Corte parece indicar uma “prática preferível” em relação ao uso de peritos. Ademais, a Corte indicou, nominalmente, os peritos que considerava interessante ouvir durante a fase oral. Um segundo desdobramento dessa passagem do julgamento reforça a ideia de que não é, apenas, suficiente que as partes introduzam evidência técnica por meio de provas escritas e relatórios; a prova deve ser propriamente testada por meio do procedimento de *cross-examination*.

Outra interessante questão levantada em relação à prova é a disponibilidade das partes em organizar uma visita de campo — uma questão conectada com o caso *Gabčíkovo-Nagymaros*. Embora houvesse um acordo entre as partes em relação à possibilidade da Corte em executar uma visita de campo, Nicaragua “reiterou sua proposta da Corte nomear um perito para avaliar a construção da Corte, e sugeriu que o perito fosse incluído em uma delegação da Corte para qualquer visita de campo”<sup>59</sup>. A Costa Rica respondeu a esta proposta considerando que “a nomeação de um perito era desnecessária”<sup>60</sup>. Por fim, “o Registrar informou às Partes que a Corte tinha decidido de não efetuar uma visita de campo”.

Poder-se-ia, unicamente, especular se a ausência de um acordo entre as partes quanto aos *exatos termos* da visita de campo foi um elemento decisivo que levou a Corte a não realizá-la. É igualmente uma matéria para especulação se o fato de que da Costa Rica ter recusado a indicação de peritos possuiu algum particular significado para a Corte.

Quanto ao papel dos peritos nesses casos, parece que eles desempenharam uma função bastante relevante, especialmente se se considera que a Corte referiu-se à prova por eles apresentada em diversas passagens da sentença.

No caso *Certain Activities*, o acordo entre os peritos indicados pelas partes foi citado em duas ocasiões. Pri-

meiramente, a Corte valorizou o acordo dos peritos de maneira a determinar a existência de uma determinada situação fática em relação ao uso de um dos *caños*<sup>61</sup>. Em segundo lugar, peritos foram usados para confirmar que as atividades desempenhadas pela Nicaragua “não teria um impacto significativo no fluxo do Rio Colorado”. Efetivamente, a Corte observou que “esta conclusão foi posteriormente confirmada por ambos os peritos das Partes”<sup>62</sup>. A Corte foi avante e considerou que

tendo examinado as provas dos autos, incluindo os relatórios submetidos e o testemunho oferecido pelos peritos chamados por ambas as Partes, a Corte entende que o programa de dragagem planejado em 2006 não gerava o risco de um significativo dano transfronteiriço, seja em relação ao fluxo do Rio Colorado ou às zonas úmidas da Costa Rica<sup>63</sup>.

Ao se referir ao acordo entre os peritos indicados pelas partes, a Corte parece reiterar o critério adotado no caso *Whaling in the Antarctic*, o qual consiste em atribuir peso probatório ao *consensus* que emerge entre as partes através da opinião dos peritos.

Por outro lado, a Corte não apenas citou a opinião dos peritos quando diante de um acordo entre eles. Reiterando a abordagem tomada no caso *Whaling in the Antarctic*, a Corte tomou nota e parece ter atribuído peso probatório a declarações dos peritos contrárias aos interesses das partes que o indicou. Em relação à alegação da Costa Rica que o dano causado pelas atividades de dragagem da Nicaragua, a Corte utilizou a declaração do “perito principal da Costa Rica observando que ‘não há evidência de que o programa de dragagem tenha significativamente afetado os fluxos do Rio Colorado’”<sup>64</sup>.

61 The Court exact words were: “The Court notes that the existence over a significant span of time of a navigable caño in the location claimed by Nicaragua is put into question by the fact that in the bed of the channel there were trees of considerable size and age which had been cleared by Nicaragua in 2010. Moreover, as was noted by Costa Rica’s main expert, if the channel had been a distributary of the San Juan River, “sediment would have filled in, or at a minimum partially-filled, the southern part of the lagoon”. Furthermore, the fact that, as the Parties’ experts agree, the caño dredged in 2010 no longer connected the river with the lagoon by mid-summer 2011 casts doubt on the existence over a number of years of a navigable channel following the same course before Nicaragua carried out its dredging activities. This caño could hardly have been the navigable outlet of commerce referred to above”. (*Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 90).

62 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 105.

63 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 105 (ênfase adicionada). Do original: “[h]aving examined the evidence in the case file, including the reports submitted and testimony given by experts called by both Parties, the Court finds that the dredging programme planned in 2006 was not such as to give rise to a risk of significant transboundary harm, either with respect to the flow of the Colorado River or to Costa Rica’s wetland”.

64 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 119.

January 2015 at the latest, the Parties would make suggestions regarding the modalities of the examination of those experts”.

59 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 33.

60 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 33.

No caso *Construction of a Road*, a Corte fez referência às provas apresentadas pelos peritos sem outorgar-lhe qualquer peso probatório<sup>65</sup>. Efetivamente, a Corte parece prestar cuidadosa atenção à linguagem a ser utilizada quando as declarações dos peritos coincidem com as posições das partes que os indicaram. A Corte parece ter consciência que por vezes a evidência apresentada por um perito nomeado pela parte corresponde às posições sustentadas pelos Estados. Essa correspondência entre opinião pericial e argumento Estatal parece reforçar a dúvida levantada em relação à imparcialidade de um experto nomeado por uma parte no procedimento.

Se por um lado, o acordo entre os peritos foi relevante para determinar a existência de algum sedimento erodindo da construção da estrada ao Rio, por outro lado o desacordo entre os peritos também foi notado pela Corte.

A Corte observa também que existe um considerável desacordo entre os peritos em relação a dados chave como as áreas sujeitas à erosão e as apropriadas taxas de erosão, o que os leva à diferentes conclusões em relação ao total de sedimento contribuído pela estranha<sup>66</sup>.

A Corte preferiu evitar a solução do conflito entre opiniões periciais contrastantes observando que

a Corte não vê a necessidade de executar um detalhado exame da validade técnica e científica das diferentes estimativas apresentadas pelos peritos das Partes. É suficiente notar que a quantidade de sedimento no rio devido à construção da estrada representada no máximo 2 por cento da carga total do rio, segundo os cálculos da Costa Rica baseados nos dados oferecidos pelos peritos da Nicarágua e não contestados por esta<sup>67</sup>.

Na última parte dessa passagem, a Corte recorreu, mais uma vez, ao critério que leva em consideração a

65 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 177, 182, 183.

66 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para 186. Do original: “The Court sees no need to go into a detailed examination of the scientific and technical validity of the different estimates put forward by the Parties’ experts. Suffice it to note here that the amount of sediment in the river due to the construction of the road represents at most 2 per cent of the river’s total load, according to Costa Rica’s calculations based on the figures provided by Nicaragua’s experts and uncontested by the latter (see paragraphs 182 to 183 above and 188 to 191 below”.

67 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para 186. Do original: “The Court sees no need to go into a detailed examination of the scientific and technical validity of the different estimates put forward by the Parties’ experts. Suffice it to note here that the amount of sediment in the river due to the construction of the road represents at most 2 per cent of the river’s total load, according to Costa Rica’s calculations based on the figures provided by Nicaragua’s experts and uncontested by the latter (see paragraphs 182 to 183 above and 188 to 191 below”.

prova pericial não contestada, critério, também, utilizado no caso *Whaling in the Antarctic*.

Poder-se-ia argumentar que a principal questão aberta em relação ao uso de peritos perante a Corte Internacional de Justiça refere-se, propriamente, ao desacordo em relação à prova apresentada pelos peritos nomeados pelas partes. Essa questão não foi solucionada nos casos *Certain Activities* e *Construction of a Road*. Contudo, parece que, nesses casos, a questão não se colocou, de maneira drástica, requerendo uma solução. Examinando a quantidade de sedimento alocado ao rio, a Corte concluiu que, com base no fato de que a construção da estrada estava contribuindo no máximo para apenas 2% do sedimento total, “um dano significativo não pode ser portanto inferido”<sup>68</sup>. De maneira distinta dos casos *Gabcikovo-Nagymaros* e *Whaling*, nos quais a Corte preferiu não resolver a questão colocada utilizando-se de técnicas jurídicas, a Corte resolveu o desacordo neste caso referindo-se a um exame da prova sai ela apresentada, e seu significado para a configuração de uma das conclusões arguidas pela parte.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dos casos acima examinados, algumas conclusões podem ser esboçadas.

Primeiramente, pode ser afirmado que as principais questões em relação ao uso de peritos pela CIJ apareceram em casos que tocavam questões ambientais. Não parece ser um exagero, portanto, afirmar que controvérsias ambientais auxiliaram a modelar e, em certa medida, melhorar o procedimento da Corte Internacional de Justiça em relação ao uso de peritos.

Em segundo lugar, depois de *Pulp Mills, Whaling in the Antarctic, Certain Activities* and *Construction of a Road*, pode ser sugerido que uma “abordagem preferível” em relação ao uso de peritos parece emergir: a Corte dá a impressão de que está, particularmente, interessada na prova científica apresentada e testada por meio da *cross-examination* e, também, particularmente, interessada na emergência de um *consensus* probatório entre as partes por meio da *cross-examination*. Por essas razões, no presente momento, a categoria de perito nomeado pela parte prevista nos artigos 57 e 67 do Regulamento

68 *Certain Activities, Construction of a Road*, cit., para. 194.

parece ser a categoria privilegiada para casos ambientais perante a Corte. Isso não significa, contudo, que essa abordagem não possa mudar de acordo com as circunstâncias de um novo caso. A nomeação de peritos independentes no sentir do artigo 50 do Estatuto não requer, necessariamente, o acordo de ambas as partes na controvérsia, mas ele seria, certamente, facilitado se tal acordo existisse. Talvez a existência de referido acordo e o sucesso da experiência na indicação após o distante *Corfu Channel* possa estimular a Corte em indicar peritos *proprio motu* em controvérsias ambientais mais delicadas.

Um problema parece persistir quando o *consensus* não emerge, porém. Esta não é uma rara ocorrência. Ele aconteceu, em diferentes medidas, em todos os casos mencionados nesse exame. Até o momento, a Corte evitou a questão, estabelecendo que “não é necessário [...] determinar quais destes pontos de vista são cientificamente melhor fundados”<sup>69</sup>. No caso *Whaling in the Antarctic*, a solução da Corte foi invocar sua função judicial indicando que “as conclusões dos peritos como cientistas, porém, devem ser distinguidas da interpretação da Convenção, que é uma tarefa desta Corte”. Por fim, no caso *Construction of a Road*, a Corte concluiu que ela “não vê necessidade de executar um detalhado exame da validade técnica e científica das diferentes estimativas apresentadas pelas partes”. Essa abordagem foi criticada no passado e pode apresentar algumas dificuldades no futuro quando as circunstâncias de um caso requeiram uma abordagem mais ativa na determinação do contexto fático de uma controvérsia. Isto é, particularmente, verdade, se for considerado o contexto das questões ambientais. As possíveis soluções da Corte foram exploradas pela literatura internacionalista, embora sem se galgar uma conclusão definitiva.

Se é verdade que “Estados agora parecem mais dispostos do que em qualquer anterior momento na história em adjudicar controvérsias relativas a recursos naturais e proteção ambiental”<sup>70</sup>, pode ser esperado que

novos casos tocando questões ambientais necessitarão de um sistema acurado para lidar com provas de natureza técnica ou científica. Portanto, pode-se prever um recorrente aparecimento de peritos em casos futuros perante a Corte. Esse aparecimento poderá responder algumas das questões levantadas nessa análise.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORDIN, Fernando Lusa. Procedural developments at the international court of justice. *The law and practice of international courts and tribunals*, n. 13, 2014.

BOYLE, Alan. Environmental dispute settlement. In: MAX Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009.

BOYLE, Alan; HARRISON, James. Judicial settlement of international environmental disputes: current problems. *Journal of international dispute settlement*, 2013, v. 4, p. 245.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: Funag, 2013.

COELHO, Luciana Fernandes. Reflexões provenientes do dissenso: uma análise crítica a respeito do caso Austrália versus Japão perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, 2015.

D'ASPREMONT, Jean; MBENGUE, Makane. Strategies of engagement with scientific fact-finding in international adjudication. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 5, p. 240–272, 2014.

DAL RI JUNIOR, Arno; NOSCHANG, Patrícia G. Contradições e dilemas no itinerário histórico da tutela do Meio Ambiente no Mercosul. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Org.). *Direito internacional contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 45-86.

FITZMAURICE, Malgosia. Case Analysis: the gabcíko-vo-nagymaros case: the law of treaties. *Leiden Journal of International Law*, v. 11, p. 321-344, 1998.

FITZMAURICE, Malgosia. The international court of justice and the environment. *Non-State Actors and International Law*, v. 4, 2004.

FOSTER, Caroline. New clothes for the emperor? consultation of experts by the international court of justice.

69 GABČÍKOVO-Nagymaros project: Hungary/Slovakia. *ICJ Reports*, n. 7, 1997, para. 54.

70 STEPHENS, Tim. International environmental disputes: to sue or not to sue. In: KLEIN, Natalie (Ed.). *Litigating international law disputes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 292. Sobre esse tema, ver igualmente HARRISON, James. Reflections on the role of international courts and tribunals in the settlement of environmental disputes and the development of international environmental law. *Journal of Environmental Law*, n. 25, 2013.

- Journal of International Dispute Settlement*, n. 5, v.32, 2013.
- FOSTER, Caroline. *Science and the precautionary principle in international courts and tribunals: expert evidence, burden of proof and finality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- GAJA, Giorgio. The protection of general interests in the international community. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, n. 364, p. 171-181, 2011.
- GALINDO, G. R. B. A Paz (ainda) pela Jurisdição Compulsória? *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 57, p. 82-98, 2014.
- GRAY, Christine. The 2014 judicial activity of the international court of justice. *American Journal of International Law*, n. 109, p. 589-602, 2015.
- HARRISON, James. Reflections on the role of international courts and tribunals in the settlement of environmental disputes and the development of international environmental law. *Journal of Environmental Law*, n. 25, 2013.
- JENNINGS, Robert. The role of the international court of justice in the development of international environment protection law. *Review of European Community and International Environmental Law*, n. 1, v. 240, 2004.
- KLEIN, N. Whales and tuna: the past and future of litigation between Australia and Japan. *The Georgetown international environmental law review*, n. 21, 2009.
- LIMA, Lucas C. The evidential weight of experts before the icj: reflections on the whaling in the antarctic case. *Journal of International Dispute Settlement*, v. 6, p. 621-635, 2015.
- MBENGUE, Makane. Between Law and Science: A commentary on the whaling in the antarctic case. *QIL-Questions of International Law*, n. 14, p. 8-9, 2015. Available in: <[www.qil-qdi.org/between-law-and-science-a-commentary-on-the-whaling-in-the-antarctic-case-2/](http://www.qil-qdi.org/between-law-and-science-a-commentary-on-the-whaling-in-the-antarctic-case-2/)>. Accessed: 04 Apr. 2016.
- PEAT, Daniel. The use of court-appointed experts by the international court of justice. *British Yearbook of International Law*, n. 84, v. 288, 2014.
- QUINTANA, J. J. *Litigation at the international court of justice*. Leiden: Brill, 2015.
- RANGEL, Vicente Marotta. Evolução da Justiça Internacional. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo: jornadas de direito internacional público no Itamaraty*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- RIDDELL, Anna; PLANT, Brendan. *Evidence before the international court of justice*. London, BIICL 2009.
- ROSENNE, Shabtai. Fact-finding before the international court of justice. In: ROSENNE, Shabtai. *Essays on international law and practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. p. 242.
- SANDS, Philippe. International environmental litigation and its future. *University of Richmond Law Review*, v. 32, 2009.
- SAVADOGO, Louis. Le recours des juridictions internationales à des experts. *Annuaire Français de Droit International*, v. 50, 2004.
- SCOVAZZI, Tullio. Between law and science: some considerations inspired by the whaling in the antarctic judgment. *QIL-Questions of International Law*, n. 14, 2015. Available in: <[www.qil-qdi.org/between-law-and-science-some-considerations-inspired-by-the-whaling-in-the-antarctic-judgment-2/](http://www.qil-qdi.org/between-law-and-science-some-considerations-inspired-by-the-whaling-in-the-antarctic-judgment-2/)>. Accessed: 04 Apr. 2016.
- SIMMA, Bruno. The international court of justice and scientific expertise. *Proc. of the Annual Meeting ASIL*, n. 106, v. 230, 2012.
- STEPHENS, Tim. International environmental disputes: to sue or not to sue. In: KLEIN, Natalie (Ed.). *Litigating international law disputes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- TAMS, Christian. Article 49, article 50 e article 51. In: ZIMMERMANN, Andreas et. al. (Eds.). *The statute of the international court of justice: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- THOUVENIN, Jean-Marc. La descente de la cour sur les lieux dans l'affaire relative au projet gabcikovo-nagymaros. *Annuaire Français de Droit International*, v. 43, 1997.
- TREVES, Tullio. Coastal states' rights in the maritime areas under UNCLOS. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, n. 1, v. 12, 2015.
- VARELLA, Marcelo D. A necessidade de repensar os mecanismos da responsabilidade ambiental em caso de riscos de vazamento de petróleo na zona econômica exclusiva no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília v. 12, p. 240-249, 2015.
- VINUALES, Jorge. Legal techniques for dealing with scientific uncertainty in environmental law. *Vanderbilt journal of transnational law*, v. 43, 2010.

---

VINUALES, Jorge. The contribution of the international court of justice to the development of international environmental law: a contemporary assessment. *Fordham international law journal*, v. 32, 2008.