

A PROTECÇÃO INTERNACIONAL DO AMBIENTE NA CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY

CARLA AMADO GOMES

Professora Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa

0. Introdução

I. A Convenção de Montego Bay e a protecção do ambiente: uma visão panorâmica

1. A protecção dos recursos marinhos no mar territorial
2. A protecção dos recursos marinhos na plataforma continental
3. A protecção dos recursos marinhos na zona económica exclusiva
4. A protecção dos recursos marinhos na Área
5. A protecção dos recursos marinhos no Alto Mar
6. O dever de protecção e preservação do meio marinho

II. O Acordo de Nova Iorque, de 4 de Dezembro de 1995: uma aproximação ao princípio da precaução?

1. A precaução: um princípio (?) que veio do mar
2. O dilema “precaucionista” na gestão das pescas
3. O artigo 6º do Acordo de 1995: princípio da precaução ou princípio da prevenção temperado pelo princípio da proporcionalidade?

III. Reflexões finais

0. Foi no plano internacional que as preocupações ambientais primeiro se suscitaram, tendo até KISS identificado o ano de 1968 como o início da “era ecológica”¹. O carácter crescentemente transfronteiriço das emissões poluentes, por um lado, e a consciencialização da comunidade internacional para a necessidade de, em face da finitude dos recursos, implementar políticas baseadas na ideia de desenvolvimento sustentado, por outro lado, são duas razões justificativas deste novo interesse.

Mais concretamente, entre o objectivo de protecção do ambiente e o Direito do Mar existe uma ligação primordial, a dois títulos: em primeiro lugar, o mar foi o palco de grandes desastres ambientais em finais dos anos ‘60 e inícios dos anos ‘70², que contribuíram fortemente para a tomada de consciência dos Estados e outros actores da cena internacional da necessidade de condicionar as actividades aí desenvolvidas e, em segundo lugar, foi no

¹ A. KISS, **Direito Internacional do Ambiente**, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 147 segs, 147.

² Lembrem-se os derrames dos petroleiros *Torrey Canyon* (1967), *Arrow* (1970) e *Zoe Colocotroni* (1973).

âmbito do Direito do Mar que primeiro se logrou estabelecer um regime geral de protecção do meio ambiente, na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982.

Houve, contudo, uma sensível evolução no tratamento das questões relativas à preservação do meio marinho³: de uma abordagem baseada num pressuposto de que a *capacidade de assimilação/aproveitamento* era *tendencialmente ilimitada* (cfr. Convenções de Londres, de 1972 e 1973) — o qual justificava a adopção de medidas preventivas apenas quando o risco para o ambiente fosse razoavelmente previsível —, passou-se para um modelo de *capacidade de assimilação/aproveitamento tendencialmente limitada* (cfr. a Convenção de Montego Bay, Parte XII), com a implementação de uma atitude permanentemente preventiva por parte dos Estados, e ter-se-á transitado, no final dos anos '80 (cfr. a Declaração de Londres de 1987), para um quadro de *tendencial incapacidade de assimilação/aproveitamento*, que obriga à abstenção de intervenções potencialmente lesivas do meio marinho, mesmo que os dados científicos não permitam estabelecer, com segurança, o nexo de causalidade entre a intervenção projectada e o dano pressentido.

É a propósito destes últimos desenvolvimentos que se fala do princípio da precaução e dos seus efeitos revolucionários no domínio do Direito Internacional, concretamente, para o que aqui releva, no Direito do Mar. Este conceito, de natureza muito debatida, teve a sua génese precisamente no Direito do Mar (a propósito dos problemas da poluição marinha) e tem alargado o seu âmbito a variados objectos, no domínio estrito do ambiente e noutros (como a saúde pública: lembre-se o problema da doença das vacas loucas). O Acordo de 1995, celebrado em Nova Iorque para dar aplicação às disposições da Convenção de Montego Bay sobre a protecção dos peixes transzonais e das espécies altamente migratórias, tem sido apontado como exemplo de mais uma consagração da ideia de precaução (cfr. o artigo 6) e também como passo sedimentador da caminhada do Direito das Pescas em direcção a um novo estádio.

A nossa intenção é, em primeiro lugar, avaliar o quadro normativo estabelecido pela Convenção de Montego Bay no que respeito à protecção do ambiente (I.). As formas de tutela internacional do ambiente — nomeadamente, as relativas à poluição do meio marinho —, encontram-se concentradas na Parte XII, o que não nos exime de traçar rapidamente as linhas de utilização dos recursos dentro dos vários espaços de mar. Isto porque, dada a natureza transzonal de elementos tais como a água ou certas espécies piscícolas, não se pode ter a noção plena das formas de protecção internacional — ou seja, nas áreas não submetidas à jurisdição nacional — sem atender aos poderes que os Estados detêm sobre eles nas áreas submetidas à sua jurisdição. Esta bipartição dir-se-ia tributária de uma visão dual da protecção internacional do ambiente: por um lado, e fora da jurisdição do Estado, a perspectiva seria predominantemente ecocêntrica; por outro lado, dentro dos espaços submetidos a jurisdição estatal, a actuação do Estado em prol do ambiente seria motivada por razões ligadas ao aproveitamento económico dos recursos, sendo aí predominantemente antropocêntrica.

Num segundo momento e após fazer uma síntese dos resultados obtidos, vamos debruçar-nos sobre os desenvolvimentos trazidos pelo Acordo de 1995, com incidência sobre a conservação e gestão das espécies transzonais e altamente migradoras, a fim de tentarmos concluir se e em que medida representa ele um avanço relativamente ao regime consagrado na Convenção de 1982 (II.). Terminaremos com algumas reflexões conclusivas (III.).

³ Sobre esta evolução, veja-se STUART M. KAYE, *International fisheries management*, The Hague/ London/ Boston, 2001, pp. 43 segs.

I. Antes de mais, é bom lembrar, em primeiro lugar, que a protecção do ambiente na Convenção de Montego Bay incide, quer sobre recursos vivos (flora e fauna marinhas), quer sobre recursos não vivos (minerais, água). Em segundo lugar, que a *repartição* do espaço marinho consoante a incidência dos direitos de soberania dos Estados obriga a uma análise pentagonal, a qual vai cruzar-se com a primeira divisão. E, em terceiro lugar, que todas estas áreas estão sujeitas às regras da Parte XII, sobre protecção e preservação do meio marinho.

Daí que, como já referimos, haja que ter em consideração, num primeiro momento, cinco regimes diferentes de protecção dos recursos naturais existentes no mar: no mar territorial, na zona económica exclusiva, na plataforma continental, na Área e no Alto Mar. Num segundo momento, temos que acrescer a estes regimes diferenciados as regras genéricas da Parte XII. É que o artigo 193º reconhece aos Estados o direito à utilização e aproveitamento dos recursos que se encontrem nas zonas sob sua jurisdição e nos limites desta, mas vincula-os sempre ao dever de proteger e preservar o meio marinho.

Passemos então à sua identificação sumária.

1. No mar territorial, o regime de utilização dos bens ambientais, bióticos e abióticos, pauta-se pelo princípio da soberania, no respeito pelas normas da Convenção e demais instrumentos de Direito Internacional (artigo 2º/3).

No que respeita aos concretos poderes que o Estado costeiro detém no capítulo da protecção do ambiente, refiram-se:

- o direito de estabelecer normas sobre a conservação dos recursos vivos do mar, sobre a prevenção de infracções às regras de pesca, sobre a preservação do meio ambiente costeiro e prevenção, redução e controlo da sua poluição [artigo 21º, alíneas d), e) e f)];

- o direito de autorizar, expressamente, qualquer alijamento⁴, em consonância com os interesses de Estados que possam vir a sofrer danos dele decorrentes (artigo 210º/5);

- o direito de se opor à passagem de navios que pratiquem qualquer acto de poluição significativa [artigos 19º/h) e 221º]⁵ — e não autorizada — ou qualquer actividade de pesca [artigo 19º/i)];

- o direito de iniciar procedimentos tendentes a controlar uma descarga poluente não autorizada (artigo 220º/1). Estes procedimentos podem abarcar, inclusive, a detenção do navio, caso ele navegue no seu mar territorial (artigos 220º/2 e 292º), *maxime* se tiver ocorrido flagrante delito (artigo 220º/6, mas confronte-se também o nº 7);

- o direito de pedir informações e eventualmente realizar inspecções (se se tratar de uma “descarga substancial que ameace provocar poluição importante”) num navio sobre o qual recaiam dúvidas sérias de ter efectuado uma descarga poluente na sua zona económica exclusiva (artigo 220º/3 e 5);

⁴ Nos termos do artigo 1º/1, 5) a), “alijamento» significa:

i) qualquer lançamento deliberado no mar de detritos e outras matérias, a partir de embarcações, aeronaves, plataformas ou outras construções;

ii) qualquer afundamento deliberado no mar de embarcações, aeronaves, plataformas ou outras construções”.

⁵ Conforme nota F. LACERDA COSTA-PINTO, não faria sentido, sobretudo se tivermos em consideração o disposto no artigo 221º, que o Estado costeiro pudesse tomar medidas a fim de proteger o seu litoral contra um navio causador de poluição accidental fora do seu mar territorial e, dentro dele, só se pudesse opor à passagem de um navio que provocasse um acto de poluição grave. Assim, o mais razoável é entender que, perante qualquer actividade, intencional ou não, causadora de poluição proveniente de um navio que a atravessasse o mar territorial, o Estado costeiro se pode opor à sua passagem, que deixa de ser inofensiva — **Direito Internacional e poluição marítima**, Lisboa, 1988, p. 78.

- o direito de tomar providências relativas a um navio que, acostado voluntariamente num porto sob sua jurisdição, tenha comprovadamente efectuado descargas poluentes no alto mar, independentemente da consulta ao Estado de bandeira — artigo 218º/1 —, que redunde num dever de restringir a sua navegação, caso se conclua que isso pode constituir perigo para o ambiente (artigo 219º).

2. Na plataforma continental, o regime de protecção compreende, nos termos do artigo 77º/3, “os recursos minerais e outros recursos não vivos do leito do mar e subsolo, bem como os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias”. Também aqui o princípio é o de que o Estado detém o exclusivo do direito de exploração e aproveitamento destes recursos (cfr. o artigo 77º/1).

Os Estados devem tomar todas as medidas, legislativas e administrativas, com vista a prevenir, reduzir e controlar a poluição proveniente de actividades que leve a cabo nos fundos marinhos, bem assim como cooperar internacionalmente no sentido de harmonizar as formas de protecção (artigo 208º). Nomeadamente, em termos administrativos, cabe ao Estado o poder de autorizar, de forma expressa, qualquer alijamento na sua plataforma continental (artigo 210º/5), sem descurar os interesses de Estados que possam vir a sofrer danos daí advenientes.

3. Na zona económica exclusiva, o Estado goza de “direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo” [artigo 56º/1/a)]. Note-se que, neste ponto, os poderes do Estado encontram-se condicionados pela obrigação de cumprimento de dois deveres:

- de gestão racional (ou “utilização óptima”, como dispõe o artigo 62º) dos recursos vivos, de acordo com os “melhores dados científicos” disponíveis e em harmonia com factores ecológicos e económicos (artigo 61º/2 e 4); e

- de cooperação com as organizações internacionais e outros Estados no sentido de recolher e actualizar informação tendente à conservação das populações de peixes (artigo 61º/5), bem assim como de disciplinar as capturas, nomeadamente quando existirem excedentes (artigo 62º/2)⁶, e quando se tratar de peixes anádromos (artigo 66º/2)⁷.

No capítulo da luta contra a poluição, dentro da sua zona económica exclusiva, o Estado pode ainda:

- requerer informações a uma embarcação, sempre que haja motivos sérios para lhe imputar a realização de uma descarga poluente nessa zona (artigo 220º/3);

- efectuar uma inspecção ao navio, sempre que tenha motivos sérios para lhe imputar a responsabilidade de uma “descarga substancial que ameace provocar poluição importante”, caso lhe tenham sido recusadas as informações pedidas ou se se tiverem revelado falsas (artigo 220º/5);

- deter o navio, se o tiver surpreendido em flagrante delito de alijamento (artigo 220º/6, mas confronte-se também o nº 7).

⁶ Note-se a preocupação de, a par da conservação, “reduzir ao mínimo a perturbação da economia dos Estados cujos nacionais venham habitualmente pescando na zona” (artigo 62º/3).

⁷ Todavia, este condicionamento sofre uma amputação de vulto na sua eficácia — não na sua validade, sublinhe-se —, na medida em que, nos termos do artigo 297º/3/a), “o Estado costeiro não será obrigado a aceitar submeter aos procedimentos de solução qualquer controvérsia relativa aos seus direitos soberanos referentes aos recursos vivos da sua zona económica exclusiva ou ao exercício desses direitos, incluídos os seus poderes discricionários de fixar a captura permissível, a sua capacidade de captura, a atribuição dos excedentes a outros Estados e as modalidades e condições estabelecidas nas suas leis e regulamentos de conservação e gestão”.

4. Na Área, o princípio é o do aproveitamento comum dos recursos minerais, subordinado à gestão da Autoridade (artigo 137º/2)⁸. Este espaço, considerado património comum da Humanidade⁹, é especialmente protegido em razão da sua natureza de repositório de recursos minerais, nomeadamente de nódulos polimetálicos¹⁰. Estes, em razão da sua utilidade industrial e científica, perfilam-se como uma riqueza a que todos os Estados deverão ter acesso, surgindo o seu aproveitamento comum como uma forma de promover a igualdade real entre eles, sobretudo os menos desenvolvidos.

A aptidão da Autoridade (e da figura da Área) para a gestão de recursos abióticos não obsta a que deva respeitar a integridade dos recursos vivos aí existentes e dos que se encontrem nas zonas adjacentes. Veja-se o artigo 145º, que fixa deveres de dois tipos:

- de “prevenir, reduzir e controlar a poluição e outros perigos para o meio marinho, incluindo o litoral” [alínea a)]; e

- de “proteger e conservar os recursos naturais da Área e prevenir danos à flora e à fauna do meio marinho” [alínea b)].

De acordo com o artigo 209º/1, cabe à Autoridade estabelecer normas e empreender procedimentos no sentido de prevenir e controlar a poluição proveniente das actividades na Área. Os Estados, por seu turno, estão legitimados para tomar todas as medidas necessárias à prevenção, minimização ou eliminação de danos para o meio ambiente marinho no Alto Mar provocados por emissões poluentes provenientes da Área (artigo 142º/3). O que redundaria, eventualmente, numa possibilidade de os Estados se insurgirem contra medidas adoptadas pela Autoridade, em defesa dos recursos vivos existentes no Alto Mar, numa espécie de legítima defesa de bens que, em virtude da sua localização e natureza, podem também ser entendidos como bens comuns da Humanidade.

A Autoridade, no desenvolvimento das suas funções de gestão do património comum da Humanidade, está naturalmente sujeita a determinadas regras¹¹. Sendo certo que o fim último será sempre o do desenvolvimento económico geral de todos países, especialmente dos menos favorecidos, os artigos 150º e 151º indicam alguns princípios em sede de exploração e produção dos recursos minerais¹², dos quais destacaríamos dois: o da “gestão ordenada,

⁸ Facto que consubstancia, segundo PAULO OTERO (**A Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos**, Lisboa, 1988, p. 63) um verdadeiro fideicomisso internacional.

⁹ Sobre a noção de património comum da Humanidade, entre tantos, vejam-se, A. KISS, **La notion de patrimoine commun de l'humanité**, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, v. 175, pp. 103 segs; J. CHARPENTIER, **L'Humanité: un patrimoine, mais pas de personnalité juridique**, in *Les hommes et l'environnement. Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 17 segs; J. M. PUREZA, **O património comum da humanidade: rumo a um Direito Internacional da solidariedade?**, s/ local, 1998.

¹⁰ Sobre os nódulos polimetálicos, v. MADALENA MARQUES DOS SANTOS, **Nódulos polimetálicos**, in *Revista Jurídica*, n° 24, 2001, pp. 137 segs.

¹¹ Cfr. PAULO OTERO, **A Autoridade...**, cit., pp. 81 segs; P. BATISTA PAYOYO, **Cries of the Sea. World inequality, sustainable development and the common heritage of Humanity**, The Hague/ London/ Boston, 1997, pp. 237 segs.

¹² O regime de aproveitamento e exploração dos recursos na Área está previsto na Secção 3 da Parte XI da Convenção e nas Secções 6, 7 e 8 do Acordo de Nova Iorque de 1994 (publicado no DR-I, de 14 de Outubro de 1997). Este Acordo, sem constituir uma alteração formal às disposições da Convenção, modificou substancialmente o sentido das regras sobre a gestão dos recursos da Área, diminuindo o alcance da instituição de um património comum da humanidade. Cfr. M. TERESA IGLESIAS, **La zona internacional de os fondos marinos como patrimonio común de la humanidad: una aspiración truncada**, in *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Madrid, 1998, pp. 177 segs; UGO VILLANI, **Il regime di sfruttamento dei fondi marini**, in *Prospettive del Diritto del Mare all'alba del XXI secolo*, 1999, pp. 149 segs; F. PAOLILLO, **El regimen de explotación de los fondos marinos**, in *Prospettive del Diritto del Mare all'alba del XXI secolo*, 1999, pp. 173 segs; N. NAVARRO BATISTA, **Fondos marinos y patrimonio común de la humanidad**, Salamanca, 2000, max. 53 segs.

segura e racional dos recursos da Área, incluindo a realização eficiente de actividades na Área e, de conformidade com são princípios de conservação, a evitação de desperdícios desnecessários” [artigo 150º/a)], e o do “aumento da disponibilidade dos minerais provenientes da Área, na medida necessária para, juntamente com os obtidos de outras fontes, assegurar o abastecimento aos consumidores de tais minerais” [artigo 150º/e)].

Destas disposições não perpassam exclusivamente preocupações de conservação dos recursos — os quais, porque existentes em terreno praticamente inexplorado, serão em grande abundância —, mas também e sobretudo objectivos de regulação do mercado, numa lógica de diminuição das desigualdades e promoção do desenvolvimento económico geral. Os intuitos conservacionistas ficam-se pelo mínimo indispensável (gestão racional com evitação de desperdícios desnecessários).

Note-se ainda que, não existindo nenhuma disposição que confira expressamente à Autoridade poderes de controlar actos de alijamento efectuados na Área, parece ser de aplicar o artigo 210º/5, baseado na cláusula de atribuição de poderes implícitos do artigo 157º/2.

5. A conservação e gestão dos recursos vivos no Alto Mar surge no texto da Convenção de Montego Bay, na Secção 2 da Parte VII (artigos 116º a 120º), a qual trata essencialmente dos problemas relacionados com a pesca. Com a criação da figura da zona económica exclusiva, perdeu sentido o estabelecimento de direitos preferenciais na zona adjacente ao mar territorial (o antigo alto mar) a favor dos Estados costeiros, que podíamos observar nos artigos 6 e 7 da Convenção de Genebra, de 1958. Com a Convenção de Montego Bay, todos os Estados gozam de acesso indiscriminado ao alto mar e ao aproveitamento dos seus recursos vivos.

O princípio de que parte a Convenção na matéria da conservação e gestão dos recursos vivos do Alto Mar é ainda o da liberdade de pesca no Alto Mar (artigo 116º)¹³. Esta liberdade não obsta a que os Estados devam cooperar entre si no sentido de disciplinarem as actividades piscatórias dos respectivos nacionais, a fim de preservarem um nível adequado de aproveitamento dos recursos (artigos 117º e 118º). Os Estados, ao entabularem esta cooperação preventiva, devem obediência aos princípios seguintes, de acordo com o disposto no artigo 119º:

- *princípio do máximo rendimento constante*, determinado a partir de factores ecológicos e económicos. O aproveitamento dos recursos deve fazer-se na base dos melhores dados científicos que permitam atestar a capacidade de restabelecimento das populações das espécies capturadas e das que lhes estão associadas, mas sem esquecer as necessidades económicas dos Estados, *maxime* das suas populações ribeirinhas e dos Estados em vias de desenvolvimento [alíneas a) e b)];

- *princípio da informação*. Os Estados devem publicitar os dados científicos disponíveis entre si e também relativamente a organizações internacionais competentes, no sentido de partilhar o conhecimento e permitir uma melhor gestão dos recursos (nº 2);

- *princípio da igualdade*. Estatui o nº 3 que “os Estados interessados devem assegurar que as medidas de conservação e a aplicação das mesmas não sejam discriminatórias, nem de direito nem de facto, para os pescadores de nenhum Estado”.

A cooperação entre Estados — *maxime*, costeiros — torna-se mais concreta relativamente às espécies indicadas nos artigos 63º/2 e 64º a 67º: é uma cooperação tendente à conservação

Sobre a natureza jurídica do Acordo de 1994, veja-se ANA MARIA MARTINS, **O Acordo relativo à aplicação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 na óptica do Direito dos Tratados**, in *Revista Jurídica*, nº 24, 2000, pp. 21 segs (*max. p. 50*).

¹³ Sobre o regime da Secção 2 da Parte VII, veja-se R. CASADO RAIGÓN, **La pêche en haute mer**, in D. VIGNES/ G. CATALDI/ R. CASADO RAIGÓN, *Le Droit International de la pêche maritime*, Bruxelles, 2000, pp. 117 segs.

dessas populações na área adjacente às suas zonas económicas exclusivas. Este direito a participar activamente na cooperação internacional em pé de igualdade adquire uma conotação especial em determinadas situações. É que, apesar do desaparecimento de direitos preferenciais dos Estados costeiros na Convenção de Montego Bay, há ainda algumas reminiscências desse fenómeno — aquilo a que se tem chamado *creeping jurisdiction* — no artigo 66º/3/d) e no artigo 67º/2¹⁴.

Se bem que a cooperação seja uma forma de incentivar, e não de impor, o espírito de preservação das espécies, fica a impressão de que se trata de um regime algo vago e completamente entregue à vontade dos Estados. Nas palavras de CASADO RAIGÓN, criou-se uma obrigação de comportamento, um *pactum de negotiando*, não uma obrigação de resultado¹⁵. As maiores limitações à liberdade de pesca, segundo este autor, acabam por ser as decorrentes dos princípios da boa-fé e o da proibição do abuso de direito (cfr. o artigo 300º)¹⁶.

Na lógica do Autor citado, estes princípios justificariam a aplicação destes acordos a terceiros Estados, nomeadamente a adopção de medidas contra Estados que violem as obrigações de conservação de espécies neles acordadas. Incumbindo a obrigação de preservação do meio marinho a todos os Estados, a não observância de normas constantes de acordos de cooperação nessa sede constituiria um abuso de direito, explica CASADO RAIGÓN.

Note-se, contudo, que uma coisa é a violação de obrigações estabelecidas na Convenção de Montego Bay — a sua violação será uma afronta aos princípios *pacta sunt servanda* e, conseqüentemente, da boa-fé; outra coisa, bem diferente, é a vinculação indirecta a um acordo, ainda inexistente à data da assinatura da Convenção Bay, por alegada remissão de uma norma ou princípio desta. E uma terceira realidade será ainda a oponibilidade *erga omnes* — não somente enquanto dever de respeito (vertente negativa), como também impondo a adopção de deveres concretos de actuação (vertente positiva) — dos acordos que vierem a ser realizados, em nome da natureza dos bens naturais, nomeadamente da susceptibilidade da sua fruição colectiva¹⁷.

Parece-nos que a oponibilidade *erga omnes* destes acordos¹⁸ só poderá basear-se na admissão de um princípio de direito internacional que consagre os recursos ambientais existentes no alto mar (para além dos fundos marinhos que integram a Área) como *res communis*¹⁹ — o que, tendo em consideração, por um lado, os condicionamentos à pesca previstos no artigo 119º e, por outro lado, o dever de cooperar para a sua conservação e gestão, é eventualmente sustentável²⁰.

¹⁴ Neste sentido, R. CASADO RAIGÓN, *La pêche...*, cit., p. 131.

¹⁵ R. CASADO RAIGÓN, *La pêche...*, cit., p. 177.

¹⁶ R. CASADO RAIGÓN, *La pêche...*, cit., p. 178.

¹⁷ Esta questão, pelo menos no que concerne às espécies transzonais e altamente migradoras, tem um enquadramento novo no Acordo de 1995, dado que aí se reconhece expressamente a oponibilidade *erga omnes* das suas normas relativas à conservação daquelas. V. *infra*, II.3..

¹⁸ Que, de resto, revela uma tendência de algumas recentes convenções no âmbito da regulação internacional das pescas — cfr. A. TAHINDRO, **Conservation and management of transboundary fish stocks: comments in light of the adoption of the 1995 Agreement for the conservation and management of straddling fish stocks and highly migratory fish stocks**, in *Ocean Development & International Law*, nº 28, 1997, pp. 1 segs, 26.

¹⁹ É a opinião de P. BATISTA PAYOYO, **Cries of the Sea...**, cit., pp. 237 segs, e do próprio R. CASADO RAIGÓN, *La pêche...*, cit., p. 167.

²⁰ Sem embargo de se reconhecer, como aliás se afirmou *supra* no texto, de que a Secção II da Parte VII assenta no princípio da liberdade de aproveitamento dos recursos no Alto Mar — mas já não uma liberdade ilimitada e incondicionada, mas orientada para a gestão racional dos recursos.

6. Sobre todos estes regimes parcelares há uma espécie de *chapéu de chuva*, constituído pelos artigos 192º a 237º da Convenção — Parte XII. Aqui a tensão gera-se, uma vez mais, entre os princípios da soberania e da preservação e gestão racional dos recursos marinhos, vivos e não vivos (artigo 193º). Para tanto, os Estados deverão “tomar, individual ou conjuntamente, como apropriado, todas as medidas compatíveis com a (...) Convenção que sejam necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, qualquer que seja a sua fonte, utilizando para esse fim os meios mais viáveis de que disponham e de conformidade com as suas possibilidades, e devem esforçar-se por harmonizar as políticas a esse respeito” (artigo 194º/2)²¹.

É preciso ter em consideração que os fenómenos de poluição são geralmente transfronteiriços e daí que a Convenção tenha recordado aos Estados a necessidade de tomar todas as medidas necessárias a prevenir a eclosão de danos provocados por emissões provenientes de área sob a sua jurisdição a Estados terceiros (artigo 194º/2), bem assim como impôs a proibição de transferência e transformação de fontes poluentes (artigo 195º). Lembre-se que, nos termos do artigo 142º/3, os Estados podem reagir contra emissões poluentes provenientes da Área, numa espécie de legítima defesa de bens comuns. E do artigo 194º/4 pode talvez retirar-se possibilidade semelhante, na medida em que a proibição de ingerência injustificável só opera perante uma actividade realizada de acordo com os parâmetros da Convenção — o que pode legitimar uma intervenção de um Estado ou conjunto de Estados, em nome da preservação do meio marinho, contra um terceiro Estado (parte) que não reaja a uma fonte de poluição situada sob sua jurisdição.

A lógica da Convenção de Montego Bay, quer no capítulo da conservação dos recursos vivos, quer no plano da defesa contra a poluição, é a da prevenção moderada, assente num nexo de previsibilidade do dano²². Note-se que, depois de no nº 1 do artigo 194º se ter estatuído a obrigação genérica de “prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho”, logo no nº 3, especialmente dedicado às emissões poluentes da água, fala-se em “reduzir tanto quanto possível” as mesmas. O artigo 221º, ao tratar dos acidentes marítimos, consagra o direito de qualquer Estado tomar medidas preventivas contra a poluição ou ameaça de poluição que dele decorra, sempre que “se possa de forma razoável prever” a eclosão de “importantes consequências nocivas”.

Por sua vez, o nº 5 (só) incide sobre os “ecossistemas raros ou frágeis”, bem assim como outras espécies marinhas “em vias de extinção, ameaçadas ou em perigo”. O artigo 196º/1, a propósito da utilização de tecnologia e da introdução de espécies novas no meio marinho, veda apenas aquelas que possam provocar mudanças “importantes e prejudiciais”. E em sede de gestão das pescas (Secção 2 da Parte VII), recorde-se a afirmação da “necessidade” das medidas, o que, pelo menos implicitamente, nos remete para um nexo de previsibilidade, para a existência de um perigo, não de um “mero” risco (artigo 118º).

Para implementar esquemas de prevenção e controlo da poluição, a Convenção aposta na cooperação internacional e na constituição de organizações regionais especialmente

²¹ Recorde-se que, nos termos do artigo 1º/1, 4), “poluição do meio marinho” traduz-se n’ “a introdução, pelo homem, directa ou indirectamente, de substâncias ou de energia no meio marinho, incluindo os estuários, sempre que a mesma provoque ou possa vir a provocar efeitos nocivos, tais como danos aos recursos vivos e à vida marinha, riscos à saúde do homem, entrave às actividades marítimas, incluindo a pesca e as outras utilizações legítimas do mar, alteração da qualidade da água do mar, no que se refere à sua utilização, e deterioração dos locais de recreio”.

²² Cfr. R. JAY WILDER, **Law of the Sea Convention as stimulus for robust environmental policy: the case for precautionary action**, in *Environment* (University of Chicago), 1996, pp. 207 segs, 214.

destinadas ao efeito (artigo 197º)²³. Além disso, avança alguns deveres instrumentais dessa cooperação preventiva, a saber:

- o dever de notificação de danos iminentes ou actuais (artigo 198º);
- o dever de estabelecer planos de emergência contra os acidentes poluentes (artigo 199º);
- o dever de promoção da investigação científica e da publicitação da informação recolhida (artigo 200º);
- o dever de estabelecer uma disciplina adequada e actualizada, em função da informação recolhida, à prevenção, redução e controlo da poluição do meio marinho (artigos 201º e 204º);
- o dever de conceder assistência técnica e científica aos Estados em vias de desenvolvimento para fins de protecção e preservação do meio marinho (artigo 202º), a par de lhes reconhecer uma posição preferencial junto das organizações internacionais (artigo 203º);
- o dever de avaliação periódica dos riscos e efeitos da poluição e da sua publicitação através de relatórios (artigos 204º, 205 e 206º);
- o dever de adopção de medidas administrativas restritivas à navegação de embarcações acostadas que revelem condições de perigosidade para o meio marinho (artigo 219º).

Estes deveres existem independentemente da natureza da fonte poluente, seja proveniente da terra (artigo 213º), dos fundos marinhos (artigo 214º), da Área (artigo 215º) ou do mar (artigos 217º segs). Relativamente aos fenómenos poluentes emergentes de actividades desenvolvidas no mar, a Convenção distingue os deveres e direitos dos Estados de bandeira (artigo 217º), do porto (artigos 218º e 219º) e costeiros (artigo 220º) perante actos de poluição intencional (I.) e não intencional (II.):

I. Poluição intencional:

- os *Estados de bandeira* têm um dever genérico de vigilância das condições de navegabilidade das embarcações que hasteiam o seu pavilhão (artigo 217º/2, 3 e 4), bem como de sancionar as condutas dos prevaricadores (artigos 217º/8 e 230º). Devem poder contar com a colaboração de terceiros Estados para desenvolver as investigações que considerarem necessárias (artigos 217º/5, 6 e 7 e 226º);
- aos *Estados do porto* é reconhecida a faculdade de iniciar uma investigação sobre alegadas descargas poluentes realizadas por um navio voluntariamente acostado, e imposto o dever de decretar medidas preventivas para evitar a repetição da situação, nos termos dos artigos 218º e 219º. Para além dos poderes já referidos em 1., 2. e 3., acrescente-se que o Estado do porto tem o dever de colaborar com qualquer Estado que lhe requeira a abertura de um procedimento de investigação relativamente a um navio que se encontre acostado, por alegado alijamento em zona sob jurisdição do Estado requerente, ao abrigo do nº 2, 1ª parte, do artigo 218º;

II. Poluição não intencional:

- Qualquer Estado, fora do seu mar territorial (e, por maioria de razão, dentro dele), pode tomar as medidas adequadas e proporcionais ao dano, efectivo ou potencial, derivado de um acidente marítimo que prejudique ou ameace prejudicar o seu litoral ou interesses conexos, inclusive a pesca (artigo 221º/1). Apesar de referência aos interesses dos Estados, vislumbra-se aqui (mais) uma forma de legítima defesa de bens comuns, sobretudo se pensarmos num acidente ocorrido no alto mar.

²³ Cfr. A. REY ANEIROS, **La situación actual de las organizaciones internacionales de pesquerías en el régimen jurídico de la pesca en alta mar**, in *Noticias de la Unión europea*, nº 161, 1998, pp. 95 segs.

Tentando fazer uma síntese, podemos dizer que, a par dos poderes que os Estados têm, em áreas marítimas sujeitas à sua jurisdição, no campo da protecção do “seu” ambiente, a Convenção traça um quadro de deveres oponíveis aos Estados em prol da tutela do ambiente para além dos danos (económicos) que possam sofrer, em concreto, na sequência de um acto de poluição, intencional ou involuntário. Mas a Convenção vai mais além: não trata apenas da degradação dos recursos, mas também da conservação dos mesmos, o que aponta para a disciplina da actividade da pesca. Sendo certo que o controlo da poluição tem reflexos directos sobre a actividade piscatória, podemos identificar dois tipos de deveres:

I. Relativos à redução, prevenção e controlo da poluição:

Em qualquer zona sobre jurisdição estatal, os Estados “devem tomar todas as medidas necessárias para garantir que as actividades sob sua jurisdição ou controlo se efectuem de modo a não causar prejuízos por poluição a outros Estados e ao seu meio ambiente”, através dos “meios mais viáveis de que disponham e de acordo com as suas possibilidades” — artigo 193º/1 e 2.

Estas “medidas necessárias” concretizam-se, em relação a actividades poluentes provenientes de terra, dos fundos marinhos, de embarcações ou da atmosfera (artigos 207º, 208º, 210º, 211º e 212º), em oito sub-deveres:

- 1.1. Adopção de leis e regulamentos, de acordo com as práticas internacionalmente recomendadas;
- 1.2. Harmonização das políticas ao nível regional;
- 1.3. Cooperação internacional com vista ao estabelecimento de normas de redução, prevenção e controlo da poluição — que inclui o estabelecimento de planos de emergência contra acidentes poluentes —, de acordo com informação adequada e actualizada;
- 1.4. Notificação de danos iminentes ou actuais no meio marinho;
- 1.5. Promoção da investigação científica e da publicitação da informação recolhida;
- 1.6. Concessão de assistência técnica e científica aos Estados em vias de desenvolvimento para fins de protecção e preservação do meio marinho, numa perspectiva de solidariedade intrageracional;
- 1.7. Avaliação periódica dos riscos e efeitos da poluição e publicitação através de relatórios;
- 1.8. Imposição de restrições à navegação de embarcações acostadas que revelem condições de perigosidade para o meio marinho.

II. Relativos à conservação dos recursos vivos:

Nesta sede, o défice da Convenção é evidente. Não há propriamente regras sobre a conservação dos recursos, existindo tão só um dever geral de cooperação preventiva, regional e mundial, no sentido do estabelecimento de regras de aproveitamento das espécies piscícolas, *maxime* das transzonais e altamente migratórias. O Acordo de 1995 tem, por isso, um relevo fundamental.

Finalmente, não podemos deixar de fazer referência ao regime da Área, que configura a consequência final da consideração de certos bens ambientais marinhos como *res communis*: as riquezas encontráveis nos fundos marinhos do alto mar são património comum da Humanidade, sujeitos a um aproveitamento comum através da gestão internacional. Cabe à Autoridade exercer os poderes de controlo sobre as actividades poluentes.

II. O Acordo de Nova Iorque, de 4 de Outubro de 1995²⁴, visou disciplinar a conservação e gestão das espécies piscícolas transzonais e altamente migradoras (cfr. o Preâmbulo e o artigo 3º)²⁵. A disciplina da Convenção de Montego Bay, nesta sede, é claramente deficitária, como já se notou. O estabelecimento de regras de aproveitamento das espécies, sobretudo das altamente migradoras, apenas dentro das zonas económicas exclusivas, não evita a sua desprotecção no Alto Mar²⁶. E as regras dos artigos 116º e seguintes revelam-se pouco aptas a garantir essa protecção, bastando-se com a remissão para a cooperação preventiva entre Estados.

Nas palavras de MOREIRA DA SILVA, cedo se concluiu que “não era suficiente prever obrigações genéricas de meios, como o vago dever de cooperar na conservação das espécies, ou obrigações pouco densificadas de resultado, derivadas de cláusulas abertas, como o «máximo rendimento constante» ou a «utilização óptima dos recursos» e sujeitas a cláusulas de salvaguarda a favor dos Estados costeiros [veja-se o regime do artigo 297º/3]. Era necessário avançar para regimes obrigatórios de cooperação, para sistemas cautelares apropriados e para uma efectiva responsabilização dos prevaricadores”²⁷.

Não nos interessa aqui analisar em pormenor o regime do Acordo de 1995. A nossa intenção é centrarmo-nos na introdução, no texto do Acordo, de um preceito cujo conteúdo envolve um dos temas mais debatidos pela doutrina ambientalista na actualidade: o princípio da precaução. Façamos uma breve resenha das origens da ideia de precaução e tentemos então verificar quais o significado e efeitos do artigo 6º do Acordo de Nova Iorque.

1. A precaução é uma ideia que emergiu do Direito do Mar²⁸. A primeira aparição registada é em 1987, na Segunda Conferência Ministerial do Mar do Norte, sobre poluição marítima²⁹. Na Declaração resultante dessa Conferência — Declaração de Londres — podem ler-se várias menções à necessidade de uma abordagem “precaucionista” dos problemas relativos à protecção do ambiente e nomeadamente uma tomada de posição quanto à vinculação dos signatários a essa atitude, “em especial quando haja razão para recear a eclosão de danos ou efeitos perniciosos nos recursos marinhos provocados por [produtos] tóxicos, mesmo se os

²⁴ Publicado no DR-I, de 26 de Janeiro.

²⁵ Em especial sobre o Acordo de 1995, vejam-se H. GHERARI, *L'accord du 4 août 1995 sur les stocks chevauchants et les stocks de poissons grand migrants*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1996/2, pp. 367 segs; D. BALTON, *Strengthening the law of the sea: the new agreement on straddling fish stocks and highly migratory fish stocks*, in *Ocean Development & International Law*, n° 27, 1996, pp. 125 segs, max. 135 segs; M. CHRISTOPHERSON, *Toward a rational harvest: the United Nations Agreement on straddling fish stocks and highly migratory species*, in *Minnesota Journal of global trade*, 1996/2, pp. 357 segs, max. 367 segs; A. TAHINDRO, *Conservation and management...*, cit.; L. JUDA, *The 1995 United Nations Agreement on straddling fish stocks and highly migratory fish stocks: a critique*, in *Ocean Development & International Law*, n° 28, 1997, pp. 147 segs.

²⁶ Na fórmula curiosa de D. BALTON (*Strengthening the law of the sea...*, cit., p. 127), “In an ideal world, all fish would remain either solely within the EEZ of a single coastal state or solely on the high seas. In either case, a clear body of rules would apply. To provide for those pesky fish in the real world that insist on crossing the 200-mile line, however, the 1982 Convention contains additional provisions (...)”.

²⁷ L. MOREIRA DA SILVA, *A “segunda revisão” da Convenção de Montego Bay ou o fim do Mare Liberum*, in *Revista Jurídica*, n° 24, 2001, pp. 53 segs, 55.

²⁸ Cfr. O. McINTYRE/T. MOSEDALE, *The precautionary principle as a norm of customary international law*, in *Journal of Environmental Law*, 1997, n° 2, pp. 221 segs, 224 segs; P. MARTIN-BIDOU, *Le principe de précaution en Droit International de l'Environnement*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1999/3, pp. 631 segs, 635 segs.

²⁹ Sobre a adopção da abordagem precaucionista nas Declarações das Conferências do Mar do Norte, H. HEY, *The precautionary approach. Implications of the revision of the Oslo and Paris Conventions*, in *Marine Policy*, 1991/7, pp. 244 segs.

dados científicos não permitirem estabelecer, com certeza, um nexo de causalidade entre as emissões e os efeitos” (artigo XVI/1).

Ainda que vários Estados signatários pouco tenham feito para introduzir o princípio nas suas ordens jurídicas³⁰, a precaução teve larga divulgação no plano internacional, de acordo com NICOLAS DE SADELEER. Logo em 1989 as Comissões de Paris e Oslo adoptaram decisões que o tiveram por pressuposto³¹; em 1990, foi acolhido pela Declaração da Conferência governamental de Bergen sobre o Desenvolvimento Sustentado³²; em 1992 vêmo-lo na Convenção de Paris sobre a protecção do meio marinho do oceano Atlântico³³, nas Convenções de Helsínquia sobre a protecção e utilização dos rios e lagos internacionais³⁴, e sobre a protecção do meio marinho na zona do Mar Báltico³⁵. Mas o documento que mais impacto teve na universalização do princípio, também do ano de 1992, foi a Declaração do Rio:

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

Note-se que, no princípio 15 desta Declaração se fala em “abordagem precaucionista” (“precautionary approach”) e não em “princípio da precaução” (“precautionary principle”), além de se moderar a aplicação do princípio de acordo com as capacidades dos Estados. Já no artigo 3/3 da Convenção-quadro da Organização das Nações Unidas sobre as alterações climáticas, fala-se em “medidas de precaução” e, apesar de se referir que a incerteza científica não deve servir de pretexto à sua não adopção, estatui-se a necessidade de fazer uma ponderação de custos.

³⁰ Cfr. J. M. MACDONALD, **Appreciating the precautionary principle as an ethical evolution in ocean management**, in *Ocean Development & International Law*, Vol. 26, 1995, pp. 255 segs, 268.

³¹ NICOLAS DE SADELEER, **Les principes du polluer-payeur, de prevention et de précaution**, Bruxelas, 1999, p. 139, nota 305. Veja-se também J. CAMERON, **The status of the precautionary principle in international law**, in *Interpreting the precautionary principle*, *cit.*, pp. 262 segs, 267 segs.

³² Nos termos seguintes: “In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation”.

³³ No artigo 2/a), a precaução é definida como sendo um princípio “selon lequel des mesures de prévention doivent être prises lorsqu’il y a des motifs raisonnables de s’inquiéter du fait que des substances ou de l’énergie introduite dans le milieu marin puissent entraîner des risques pour la santé de l’homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes de la mer, même s’il n’y a pas de preuves concluantes d’un rapport de causalité entre les apports et les effets”.

³⁴ O artigo 2 enuncia o princípio da precaução como aquele “en vertu duquel [les Parties] ne diffèrent pas la mise en oeuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puissent avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n’a pas pleinement démontré l’existence d’un lieu de causalité entre ces substances, d’une part, et un éventuel impact transfrontière, d’autre part”.

³⁵ No artigo 3/2), estabelece-se que a actuação de acordo com o princípio da precaução consiste “à prendre des mesures préventives dès lors que l’on est fondé à penser que les substances ou l’énergie introduites directement ou indirectement dans le milieu marin peuvent mettre en danger la santé de l’homme, nuire aux ressources biologiques et de la mer, même lorsque le rapport de causalité entre les apports et leurs effets n’est pas établi”.

Nascida no mar, a precaução depressa penetrou noutros domínios do Direito Internacional do Ambiente³⁶, e mesmo nos ordenamentos internos³⁷. O Direito Comunitário, por seu turno, também lhe não foi alheio, podendo hoje ler-se, no artigo 174/2 do Tratado de Roma, uma clara vinculação da Comunidade ao “princípio da precaução”, no desenvolvimento da política de ambiente³⁸.

A “deriva” da sua formulação leva a que estatuto da precaução não esteja ainda bem definido³⁹. Há quem a inclua no leque de princípios gerais do Direito Internacional, enquanto outros o reconduzem já a regra de Direito costumeiro⁴⁰. Em contrapartida, há também autores que, em virtude da grande variação de interpretações que a envolvem, preferem negar-lhe, por ora, o estatuto de princípio geral de Direito Internacional⁴¹, e existem mesmo vozes que lhe negam o estatuto de princípio jurídico, devido à sua grande indefinição⁴².

Os autores parecem convergir na necessidade de, em certas situações, mesmo na ausência de dados científicos suficientes para estabelecer uma relação de causa-efeito, se tomar uma decisão *in dubio pro ambiente*, baseada na ideia de precaução. Porém, daí a afirmar que essa orientação deve ser sempre adoptada, vai um passo que muitos — juristas, políticos e mesmo cientistas — não querem dar.

É, de facto, ainda difícil apresentar uma formulação consensual desta orientação baseada na ideia de precaução. De acordo com BOUDANT, “o princípio da precaução implica uma tomada de posição perante uma determinada situação: uma atitude de prudência face a riscos engendrados pela incerteza técnica ou científica. Ele indica uma direcção, não uma regra”⁴³. Na maior parte das vezes, afirma MARTIN, ele corporiza um objectivo programático, cuja mais valia reside precisamente na fluidez — uma vez que esta permite a abertura de um leque de elementos de ponderação⁴⁴.

Para nós, o maior risco da assunção da precaução como um princípio — ainda que com toda a vaguidade que um princípio, por definição, tenha — é o da tendência para hipervalorizar determinados valores — *maxime*, no que aqui directamente importa, os bens

³⁶ Cfr. NICOLAS DE SADELEER, **Les principes...**, *cit.*, pp.141 segs; J. M. MACDONALD, **Appreciating...**, *cit.*, pp. 267 segs.

³⁷ Cfr. E. REHBINDER, **Das Vorsorgeprinzip im internationalem Vergleich**, 1992, pp. 19 segs.

³⁸ O princípio da precaução, no Direito Comunitário, presidiu à conduta dos órgãos comunitários em casos como o da “doença das vacas loucas” — admitindo a legitimidade do embargo francês e alemão à carne de vaca inglesa —, bem como à elaboração da directiva 90/220, de 23 de Abril, sobre comercialização, no espaço comunitário, de produtos transgénicos (cfr. P. THIEFFRY, **Le contentieux naissant des organismes génétiquement modifiés: précaution et mesures de sauvegarde**, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1999, n° 1, pp. 81 segs, *max* 87 segs).

³⁹ Cfr. NICOLAS DE SADELEER, **Les principes...**, *cit.*, pp. 231 segs; P. MARTIN-BIDOU, **Le principe...**, *cit.*, pp. 658 segs.

⁴⁰ Nesse sentido, veja-se, entre tantos, O. McINTYRE/T. MOSEDALE, **The precautionary principle...**, *cit.*; J. CAMERON/ W. WADE-GERY/J. ABOUCHAR, **Precautionary principle and future generations**, in *Future generations and environmental law*, Londres, 1998, pp. 93 segs.

⁴¹ Cfr. S. BERRY/M. WILLIAMS, **The precautionary principle of international environmental law in the New Zealand domestic context**, in *Environmental Law*, 1997, Vol. 5, Fasc. 1, pp. 15 segs, 15; J. SOHNLE, **Irruption du Droit de l’Environnement dans la jurisprudence de la C.I.J.: l’affaire Gabcikovo-Nagymaros**, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1998, n° 1, pp. 85 segs, 110 (referindo-se à relutância do Tribunal Internacional de Justiça na utilização do princípio).

⁴² Cfr. CHARMIAN BARTON, **The status of the precautionary principle in Australia: its emergence in legislation and as a common law doctrine**, in *Harvard Environmental Law Riview*, Vol. 22, 1998, pp. 509 segs, 543; G. MARTIN, **Précaution et évolution du droit**, in *Dalloz Chronique*, 1995, pp. 299 segs, 300; H. SEILAN, **Du droit de la santé au droit du danger**, in *Revue Européene de Droit de l’Environnement*, 1998, n° 4, pp. 393 segs, 398.

⁴³ L. BOUDANT, **Principe de précaution et risques: l’exemple des OGM**, in *Revue Juridique de l’Environnement*, 1998, n° 4, pp. 415 segs, 426.

⁴⁴ G. MARTIN, **Précaution...**, *cit.*, p. 300.

naturais — em detrimento de outros, abstraindo de qualquer ponderação e na ausência de provas científicas minimamente conclusivas⁴⁵.

Nas palavras de MACDONALD, é precisamente esta indefinição que motiva a expansão da ideia de precaução e que explica o seu acolhimento. “Muitos Estados continuam a ver a precaução como uma mera orientação (“a guideline”) e não como uma vinculação substantiva. Dado que cada Estado é simultaneamente «legislador, administrador e julgador» do princípio da precaução, é natural que o «conteúdo» deste princípio em gestação se molde ao sabor dos seus multifacetados interesses. Mas o mais importante é que, se for objecto de uma interpretação estrita, o princípio da precaução pode afectar negativamente os interesses estatais e por isso o Estado tenha relutância em o transformar, através dessa aplicação, num precedente que justifique a emergência de um costume internacional”⁴⁶.

A ideia de precaução, se extremada, pode conter em si a semente do seu insucesso, uma vez que, em última análise, na ânsia de acautelar todo e qualquer risco — e não nos esqueçamos que vivemos numa sociedade em que o risco espreita a todo o instante⁴⁷ —, pode inviabilizar todo e qualquer avanço tecnológico, com as consequências socio-económicas que tal atitude acarreta. Por isso, a Declaração do Rio, a par de outros instrumentos, chama a atenção para a necessidade de confrontar os *efeitos* da medida com a *causa* da sua adopção e realizar uma ponderação de valores por cada Estado, em concreto. Temos um exemplo desta necessidade na gestão dos recursos vivos, ou seja, a propósito do Direito da Pesca.

2. A questão da liberdade de pesca — uma concretização tradicional do princípio do *mare liberum* — teve uma evolução sensível nos últimos 50 anos⁴⁸. Com efeito, de um primeiro momento de expansão das frotas de pesca, imediatamente após o fim da II Guerra Mundial, chegámos agora a um regime de limitação crescente de captura das espécies piscícolas, muito por força do sobreaproveitamento que se viveu até aos anos ‘70.

Com o *boom* pesqueiro dos anos ‘50, a capacidade de regeneração das espécies foi diminuindo. Na primeira sessão da III Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1974), foi analisada a situação, dado que se notava já um considerável decréscimo das populações piscícolas, com redução das capturas e emergência de casos de conflitualidade entre pescadores. Daí que tenha sido introduzido na discussão o princípio do desenvolvimento sustentado — já presente, aliás, na Declaração de Estocolmo —, o qual obriga a uma gestão racional dos recursos, que satisfaça “as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades”⁴⁹.

O suporte encontrado para incorporar esta regra de gestão racional foi o de “máximo rendimento constante” (*maximum sustainable yield*), vertido para o artigo 119º/1/a) da Convenção de Montego Bay. Esta fórmula constitui um método de determinação da capacidade de reprodução potencial de uma espécie, a qual vai por sua vez servir de base ao

⁴⁵ Nas palavras de M. TERRITO, “it is worth considering that a strong version of the precautionary principle ignores all consequences other than those of the environment” — **The precautionary principle in marine fisheries conservation and the U.S. Sustainable Fisheries Act of 1996**, in *Vermont Law Review*, vol. 24, 2000, pp. 1351 segs., 1376.

⁴⁶ J. M. MACDONALD, **Appreciating...**, *cit.*, p. 269.

⁴⁷ Cfr. o conceito desenvolvido por U. BECK, **Risk Society. Towards a new Modernity**, (tradução de M. Ritter), Londres, 1992, *passim*.

⁴⁸ Cfr. J. M. MACDONALD, **Appreciating...**, *cit.*, pp. 271 segs.; J. COOKE/M. EARLE, **Towards a precautionary approach to fisheries management**, in *RECIEL*, 1993/ 3, pp. 252 segs..

⁴⁹ Na fórmula da Comissão Mundial do Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas.

estabelecimento de quotas de captura⁵⁰. A lógica é a da capacidade de aproveitamento condicionada por uma análise contínua e cuidada dos dados científicos, os quais servirão de fundamento à adopção das medidas necessárias à adequada conservação e gestão dos recursos (cfr. o artigo 118º). Por outras palavras, a Convenção de Montego Bay adopta uma orientação preventiva assente nos melhores dados científicos no que concerne à disciplina da capacidade de pesca.

Com o Acordo de 1995, a liberdade de pesca fica ainda mais condicionada. A “abordagem cautelosa” (“precautionary approach”) a que alude a epígrafe do artigo 6º encontra a sua máxima expressão no nº 2, que dispõe:

“Os Estados serão mais cautelosos se os dados forem incertos, pouco fiáveis ou inadequados. Não poderá ser invocada a falta de dados científicos pertinentes para diferir a adopção de medidas de conservação e de gestão ou para não as adoptar”.

Admitindo a consagração do princípio da precaução nesta disposição — apesar da epígrafe poder indiciar a sua não assunção como princípio mas apenas como directiva de orientação⁵¹ —, os Estados estão vinculados, em particular, a tomar todas as medidas para evitar a ultrapassagem dos níveis de referência para cada população e, em geral, para proteger o meio marinho, ainda que os dados científicos não lhes permitam assegurar, com um grau mínimo de certeza, a eclosão de danos irreversíveis na ausência dessas medidas.

Esta perspectiva acentua a vertente comunitária dos recursos vivos marinhos, a sua caracterização como riqueza colectiva. Esta ideia é, de resto, confirmada pela possibilidade de os Estados signatários exercerem uma espécie de legítima defesa dos recursos vivos contra Estados terceiros, a fim de os “dissuadir” da prática de actividades lesivas — artigo 17/4. SCOVAZZI, que vê neste Acordo um exemplo de enfraquecimento do princípio do *mare liberum*, considera que a “comunitarização” dos recursos vivos é uma prova de que o princípio da liberdade dos mares pressupõe “um uso inofensivo e pacífico”, que não ponha em causa, nem os interesses dos Estados, nem os da comunidade internacional⁵².

Porém, esta progressiva limitação do aproveitamento livre dos recursos vivos não pode ignorar a estreita ligação entre o condicionamento das actividades piscatórias e a sustentabilidade económica dos Estados costeiros — bem patente, aliás, quer na alínea a) do nº 1 do artigo 119º da Convenção de Montego Bay⁵³, quer na alínea c) do nº 3 do artigo 6º do Acordo de 1995⁵⁴. Tanto mais que as medidas restritivas podem ter, no entendimento estrito

⁵⁰ A tese do máximo rendimento constante pressupõe que “through the interplay of the natural responses for a stock to increase when its numbers are reduced, at each particular size of stock there is a certain surplus of recruitment over natural mortality. This [surplus]... increases to a maximum at some intermediate point somewhere around 50-60% of the original abundance. This [surplus] yield represents a harvest that can be taken for an indefinite time without further depleting the stock” — *apud* J. M. MACDONALD, **Appreciating...**, *cit.*, pp. 284, nota 148.

⁵¹ Facto que, como vimos, pode contribuir para uma maior aceitação por parte dos Estados signatários do Acordo — neste sentido, H. GHERARI, **L'accord du 4 août 1995...**, *cit.*, p. 374

⁵² T. SCOVAZZI, **La liberté de la mer: vers l'affaiblissement d'un principe vénérable?**, in *Annuaire du Droit de la Mer*, 1998, III, pp. 13 segs, 24.

⁵³ Quando se refere à ponderação de factores ecológicos e económicos e das necessidades especiais dos Estados em desenvolvimento.

⁵⁴ Que aponta, como um dos pressupostos da “abordagem cautelosa”, a ponderação das “condições oceânicas, ecológicas e sócio-económicas existentes e previstas”. Veja-se também o artigo 62º/3 da Convenção.

do princípio da precaução, uma base científica muito frágil⁵⁵. A aceitabilidade social das medidas será proporcional à comprovabilidade do risco de dano ecológico grave.

O argumento dos oponentes à introdução do princípio da precaução no domínio das pescas assenta precisamente na sua leitura *fundamentalista*: levar a precaução à letra poderia, em última análise, impedir qualquer actividade pesqueira, uma vez que esta comportará sempre o risco, melhor ou pior fundamentado do ponto de vista científico, de extinção das espécies capturadas. Ora, tal quadro afrontaria, por seu turno, o princípio do desenvolvimento sustentado, pois este pressupõe a manutenção das actividades industriais e económicas, subordinadas a regras de gestão racional⁵⁶.

Problemático é, de facto, impor restrições e mesmo proibições de pescar — quer no alto mar, quer em zonas sujeitas à jurisdição dos Estados (cfr. o artigo 3º/1) —, perante uma impossibilidade de estabelecer um nexo de causalidade entre a (continuação da) actividade alegadamente lesiva e o efeito projectado. Não havendo um perigo, mas um mero risco, caberia aos Estados costeiros provar a inocuidade da continuação da actividade — o que é, naturalmente, impossível. A extrema mobilidade das espécies migradoras e transzonais, que gera grandes dificuldades de calcular a taxa de reprodução, por um lado, e as inúmeras variáveis que podem afectar tal cálculo (catástrofes ecológicas; desastres ambientais; mutações genéticas), tornam a tarefa de avaliar a capacidade regenerativa das espécies um verdadeiro mar de incertezas.

A grande questão é, assim, saber se a acção (ou omissão) adoptada segundo uma lógica *in dubio pro ambiente* não compromete excessivamente outros objectivos igualmente atendíveis, sobretudo se pensarmos na necessidade de legitimação interna das decisões tomadas (ou impostas) no plano internacional. É certo que os recursos vivos devem ser objecto de uma gestão racional, numa perspectiva de desenvolvimento sustentado, que assegure, não só o seu aproveitamento pelas gerações futuras, como também pelas presentes. Todavia, o entendimento rígido da ideia de precaução pode condená-la ao total insucesso, em face das consequências sócio-económicas para as comunidades ribeirinhas — desde a redução de licenças de pesca, até à proibição total de pesca de determinadas espécies — que traga consigo.

Será este o sentido do Acordo de 1995, ao consagrar a “abordagem cautelar”? Analisêmo-lo mais detidamente.

3. O artigo 6º do Acordo de 1995 concretiza a ideia de “abordagem cautelar” num conjunto de deveres, principais e instrumentais, cuja observância considera essencial à prossecução do objectivo de conservação dos recursos vivos marinhos:

1. Deveres principais:

1.1. Deveres gerais:

1.1.1. Fixação de níveis de referência para cada população e determinação das medidas a adoptar, caso sejam excedidos — nº 3, alínea b);

⁵⁵ Leiam-se as considerações de A. TAHINDRO (**Conservation and management...**, *cit.*, p. 14), a propósito do Acordo de 1995: “While the precautionary approach may offer protection against overfishing, it could result in development paralysis if broadly applied to all development-related environmental considerations. In addition, the 1992 FAO Technical Consultation on High Seas Fishing agreed that fisheries should be managed in a cautious manner but stressed that the precautionary approach does not necessarily require moratoriums, and that precautionary management measures taken in the absence of sufficient data should be revised or revoked as appropriate when new information becomes available”.

⁵⁶ Cfr. J. M. MACDONALD, **Appreciating...**, *cit.*, p. 274.

- 1.1.2. Adopção de medidas adequadas à conservação das espécies, em ordem a não serem ultrapassados os níveis de referência pré-definidos ou a reconstituí-los, caso sejam excedidos — nº 4;
- 1.1.3. Adopção de planos de protecção das espécies não-alvo e dos habitats especialmente ameaçados — nº 3, alínea d);
- 1.1.4. Adopção de medidas cautelares — que podem envolver limitações de captura — relativamente a novas pescarias ou pescarias exploratórias, “até que existam dados suficientes para avaliar o impacte das pescarias na sustentabilidade a longo prazo das populações” — nº 6;
- 1.1.5. Revisão periódica dos procedimentos adoptados, à luz dos melhores dados disponíveis — nº 5;
- 1.2. Deveres especiais:
 - 1.2.1. Adopção de medidas de emergência para salvaguardar as espécies transzonais e altamente migradoras “sempre que a actividade da pesca ameace seriamente a sustentabilidade destas populações”, com carácter temporário e baseadas nos melhores dados científicos disponíveis — nº 7, 2ª parte;
- 1.3. Deveres excepcionais:
 - 1.3.1. Adopção de medidas de emergência para salvaguardar as espécies transzonais e altamente migradoras “sempre que um fenómeno natural tiver consequências nefastas significativas para o estado das populações” — nº 7, 1ª parte;
2. Deveres instrumentais:
 - 2.1. Recolha e intercâmbio de informação científica — nº 3, al. a);
 - 2.2. Promoção da utilização da melhor tecnologia disponível — nº 3, al. a);
 - 2.3. Promoção da investigação científica marinha — nº 3, al. d);
 - 2.4. Cooperação no estabelecimento de mecanismos de gestão das espécies transzonais, na área do alto mar adjacente à zona económica exclusiva;
 - 2.5. Cooperação no estabelecimento de mecanismos de gestão das espécies altamente migradoras, dentro e fora dos espaços sob sua jurisdição, no sentido de assegurar a conservação e a utilização óptima das mesmas.

Da análise sumária dos deveres impostos aos Estados pelo Acordo de 1995, e concretamente pela necessidade de ter em atenção a perspectiva precaucionista, podemos concluir pela existência de dados que apontam no sentido de um entendimento flexível da ideia de precaução — essencial no domínio das pescas⁵⁷ —, o qual assenta, desde logo, no artigo 6º/1, onde se refere uma aplicação *ampla* da abordagem cautelar⁵⁸.

Atente-se em que, por um lado, o Acordo pressupõe que a adopção de medidas tenha uma base causal mínima: a aproximação ou a ultrapassagem dos níveis de referência, a ameaça séria, as consequências nefastas significativas. E, por outro lado, há uma preocupação de harmonizar estas medidas com a ideia de desenvolvimento sustentado, uma vez que, por exemplo, a limitação das capturas, a existir, deverá ser gradual e as medidas de emergência deverão ser temporárias.

⁵⁷ Leiam-se as observações de J. M. MACDONALD, **Appreciating...**, *cit.*, pp. 277, 278.

⁵⁸ Cfr. o artigo 6.5. do *Código de Conduta para uma pesca responsável*, aprovado pela XXVIII Conferência da FAO (publicado em anexo à obra colectiva D. VIGNES/G. CATALDI/R. CASADO RAIGÓN, *Le Droit International de la pêche maritime*, *cit.*, pp. 455 segs) —, onde se adopta uma fórmula muito próxima, que também aponta para uma abordagem ampla da precaução.

É certo que se foi um pouco mais longe que a Convenção de Montego Bay, nomeadamente em relação ao artigo 118º, que refere as “medidas necessárias” — facto que implica um grau de certeza absolutamente comprovado⁵⁹. Porém, isso não significa que, em nome da preservação das espécies, os Estados devam assumir uma atitude rigidamente restritiva perante qualquer risco, por mais remoto que se apresente. A lógica do Acordo de 1995 é a de uma *prevenção agravada*, que visa antecipar o mais possível as medidas conservatórias, mas que não dispensa um nível mínimo de probabilidade.

Esta ultrapassagem do nível de protecção estabelecido na Convenção de Montego Bay implicará contradição com o seu regime? Em nossa opinião, não⁶⁰. O Acordo surge como um desenvolvimento das normas da Convenção e a ideia de precaução, não tendo autonomia em face da lógica da prevenção, constitui precisamente um desenvolvimento da orientação preventiva; daí que, numa perspectiva actualista, se deva interpretar as normas da Convenção à luz de um critério preventivo reforçado, ou seja, que não legitima apenas a intervenção (ou desintervenção) perante perigos, mas também perante riscos prováveis. A natureza dos recursos vivos — nomeadamente das espécies transzonais e altamente migratórias — enquanto bens de fruição colectiva justifica este reforço, bem como explica a oponibilidade *erga omnes* das normas do Acordo (cfr. os artigos 17º/1⁶¹ e 33º/2⁶²) — facto que, de resto, já seria induzível do texto da Convenção, pelo menos numa determinada leitura (cfr. *supra*, 5.).

Uma questão que ainda se pode colocar, depois de se admitir a compatibilidade entre a Convenção e o Acordo, é a de saber se a lógica precaucionista se circunscreve às espécies (piscícolas) objecto do Acordo ou se tem aplicação noutros domínios da protecção do ambiente, concretamente no campo das emissões poluentes. A natureza do Acordo (de desenvolvimento das normas relativas às espécies transzonais e altamente migradoras) e a fluidez da ideia de precaução levariam a crer que, perante a impossibilidade actual de qualificar a precaução como consubstanciando um princípio de Direito Internacional, a sua aplicação se restringe ao domínio das pescas.

O que não tolhe, no entanto, a possibilidade de os Estados partes na Convenção de Montego Bay poderem, casuisticamente e por consenso, lançar mão da abordagem precaucionista. Até porque a lógica da precaução é bem mais facilmente aceitável num domínio como a luta contra a poluição — no qual o interesse da protecção do ambiente irá, em regra, de encontro aos interesses económicos dos Estados — do que no que concerne às pescas.

III. É tempo de terminar. O breve percurso percorrido permite-nos atestar o empenho formal dos Estados na tarefa de preservação do meio marinho, e concretamente os esforços

⁵⁹ Neste sentido, J. M. MACDONALD, **Appreciating...**, *cit.*, p. 272.

⁶⁰ Parecendo inclinar-se para uma resposta positiva a esta questão, A. KANEHARA, **A critical analysis and recent developments in the concept of conservation of fishery resources on the high seas**, in *Japanese annuary of international law*, n° 41, 1998, pp. 1 segs, 13.

⁶¹ O qual consagra um dever de cooperação para a implementação do Acordo oponível a todos os Estados, que releva na medida em que, como refere L. JUDA, “the reality of fisheries management is such that nonparty states could undercut the effectiveness of international management efforts” (**The 1995 United Nations Agreement...**, *cit.*, p. 155). Evidentemente que esta obrigação é muito menos “pesada” do que a imposição de deveres concretos de actuação, facto que reduz consideravelmente a cláusula de oponibilidade *erga omnes*. Neste sentido, A. TAHINDRO, **Conservation and management...**, *cit.*, pp. 26, 27.

⁶² Parece-nos que esta disposição, ao legitimar a legítima defesa (passe o pleonasma) de Estados partes do Acordo contra terceiros Estados que, com a sua actuação, ponham em causa os objectivos por ele prosseguidos, investe os signatários num poder de fazer respeitar os termos do Acordo (que, por serem comuns, são também seus). Mas já não os autoriza a impor a adopção de deveres concretos a Estados que se não vincularam, e é nesta lógica que o n° 1 do artigo 33º consagra (uma vez mais) o dever de cooperação no sentido do *aliciamento* de terceiros a fazer parte do Acordo.

desenvolvidos no sentido de um melhor aproveitamento — leia-se, mais racional e mais conforme aos imperativos do desenvolvimento sustentado — dos recursos ambientais marinhos. Porém, bem sabemos que as melhores intenções podem ficar comprometidas se faltar a vontade política. No Direito (Internacional) do Ambiente, em virtude das tensões entre a preservação dos recursos e as exigências do desenvolvimento económico, esse problema é muito sensível. Normalmente, os governantes — e pensamos sobretudo nos Estados mais ricos — temem mais o mecanismo da responsabilidade política interna, accionável pela opinião pública perante medidas impopulares, do que os complexos mecanismos da responsabilidade internacional. Um exemplo basta: veja-se o recuo da Administração Bush filho na implementação do protocolo de Kyoto...

Mas a degradação do ambiente não se trava com palavras. É necessária acção, e uma acção antecipativa dos danos. Nesta perspectiva, a nova abordagem precautória introduzida no Direito do Mar pelo Acordo de 1995 é de saudar, na medida em que permite um alargamento da base de decisão de uma medida — pelo menos no domínio da conservação dos recursos vivos — às probabilidades, prescindindo de certezas científicas de comprovação exaustiva. No entanto, como vimos, nem a Convenção, nem grande parte da doutrina, defende uma aplicação estrita da ideia de precaução, sob pena de se inviabilizar qualquer harmonização entre a preservação do ambiente e o desenvolvimento económico dos Estados. A exaltação do princípio da precaução, sobretudo num domínio como o das pescas, é meio caminho andado para o seu naufrágio.

O nexó de causalidade não deve ser dispensado por completo — tem que haver uma probabilidade mínima de eclosão do dano, tanto maior quanto o impacto social da medida prevista. Se o “princípio” da precaução envolve a ideia de responsabilidade intergeracional, os seus aplicadores não devem esquecer, antes de mais, a necessidade de tornar aceitável a medida, de a legitimar aos olhos da opinião pública. Medidas extremas, tais como proibições absolutas, só haverão de ser tomadas em *ultima ratio*, e perante uma impossibilidade total de substituição.

D’AMATO chamava a atenção, há alguns anos, para o *paradoxo de Parfit*: traduzia-se este na possibilidade de toda e qualquer intervenção ambiental realizada pelo Homem poder condicionar irreversivelmente a vida das gerações futuras. O paradoxo surgia da constatação, cientificamente comprovada, de que qualquer acção sobre o meio ambiente, por mínima que seja — por exemplo, a obrigação de só utilizar gasolina sem chumbo —, pode condenar a existência dos nossos sucessores, ou seja, pode levar a que eles nem sequer nasçam. Perante tal quadro, defendia Parfit, o Homem estaria isento de qualquer responsabilidade perante as gerações futuras: qualquer que seja sua conduta, amiga ou inimiga do ambiente, o futuro daquelas estaria sempre condenado⁶³.

O insigne internacionalista critica a posição de Parfit afirmando que se, em face da possibilidade de escolha entre matar uma baleia e plantar uma árvore, o resultado poderá ser sempre condicionante da condição humana futura, em última análise a responsabilidade intergeracional não existe. Em qualquer caso, diremos nós, se há uma obrigação (moral ou jurídica) de preservação do ambiente, ela valerá sempre e em primeira linha, para a geração presente e os actos praticados serão avaliados à luz das valorações e necessidades actuais.

O paradoxo de Parfit é enganoso, claro. Se a inércia fosse equivalente a desresponsabilização, os nossos antepassados provavelmente não teriam inventado o fogo ou a roda e mudado a face da Terra, e não seriam seguramente responsáveis pela nossa presente existência — pois muito possivelmente a espécie humana teria perecido sem essas

⁶³ A. D’AMATO, **A foundation for bioethics**, in *International Law Studies*, II, The Hague, 1997, pp. 3 segs.

descobertas. E se, por cautela, tivessem pretendido (e almejado) avaliar a inocuidade daquelas descobertas para o meio ambiente, a incerteza científica acerca das consequências ambientais do fogo ou da roda poderia tê-los levado a arrear caminho.

O que quer dizer que, nem a inevitabilidade do efeito, nem a indeterminabilidade da causa, são bases suficientes de decisão no domínio da intervenção ambiental. A “verdade” residirá, quanto a nós, numa atitude de ponderação preventiva alargada, algures entre a responsabilidade intrageracional e o compromisso intergeracional⁶⁴.

Lisboa, Setembro de 2001

⁶⁴ Sobre a tensão entre estes dois princípios, leiam-se o diálogo crítico entre A. D'AMATO, E. WEISS e D. GÜNDLING em três artigos reunidos sob o título **Agora: What obligations does our generation owe to the next? An approach to global environmental responsibility**, in *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, pp. 190 segs, e as reflexões de J. CAMERON/ w. WADE-GERRY/ J. ABOUCHAR, **Precautionary principle**..., *cit.*, pp. 110 segs.