



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

O PRINCÍPIO DA UTILIZAÇÃO EQUITATIVA E RAZOÁVEL

MARIA DA GRAÇA ALMEIDA DE EÇA DO CANTO MONIZ

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em
Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Ciências Jurídico-Políticas

Menção: Direito Internacional Público e Direito da União
Europeia

Orientador: Senhor Professor Doutor Francisco Ferreira de
Almeida

Coimbra
2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

O PRINCÍPIO DA UTILIZAÇÃO EQUITATIVA E RAZOÁVEL

MARIA DA GRAÇA ALMEIDA DE EÇA DO CANTO MONIZ

Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Ciências Jurídico-Políticas

Menção: Direito Internacional Público e Direito da União Europeia

Orientador: Senhor Professor Doutor Francisco Ferreira de Almeida

Coimbra

2013

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Associação de Direito Internacional

AIA – Avaliação de Impacte Ambiental

CDI – Comissão de Direito Internacional

CFR - Confrontar

CNU – Convenção das Nações Unidas

DCAI – Direitos dos Cursos de Água Internacionais

DIA – Direito Internacional do Ambiente

DI – Direito Internacional

EUA – Estados Unidos da América

IDI – Instituto de Direito Internacional

ONU – Organização das Nações Unidas

PDS – Princípio do Desenvolvimento Sustentável

PUER – Princípio da Utilização Equitativa e Razoável

SS. – Seguintes

PARA – Parágrafo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

INTRODUÇÃO

A presente investigação, dedicada ao Princípio da Utilização Equitativa e Razoável (doravante PUER), no Direito dos cursos de água internacionais, justifica-se, em primeiro lugar, pela relevância deste tema já que os recursos hídricos provenientes de lagos, rios e albufeiras, constituem a principal fonte de água para a satisfação das necessidades humanas. Em segundo lugar, encontramos três ordens de razões que fundamentam a nossa investigação: por um lado, aquele princípio é a pedra de toque do corpo normativo que regula as utilizações diversas da navegação dos cursos de água internacionais e, por outro lado, pela importância do tema, numa dimensão global, tendo em conta a atenção que o Direito tem vindo a conceder à Água e, em particular, aos cursos de água internacionais. Por fim, ao longo da nossa investigação, constatámos a quase inexistência de uma reflexão jurídica da Doutrina portuguesa neste domínio, apesar de cerca de 65% da área do território português ser ocupada por cinco bacias hidrográficas partilhadas com Espanha.

O PUER implica que o Direito Internacional (doravante DI) procure regular e equilibrar os interesses dos Estados ribeirinhos de modo a alcançar uma distribuição equitativa dos usos provenientes dos recursos de um curso de água transnacional. No pretérito, a aplicação deste princípio topava, porém, com dificuldades várias fruto do seu conteúdo vago ao qual acresciam incertezas quanto ao processo a utilizar para pôr em prática essa partilha de usos. Todavia, julgamos que, hoje em dia, face à tendência para “processualizar” o DI do Ambiente (doravante DIA), as incertezas são reduzidas.

Ao longo do nosso texto debatemo-nos com aquele e com um outro aspeto capital relacionado com o peso relativo e prioridade atribuídos às considerações ambientais nesse processo de repartição de usos e, por isso, de ponderação de interesses segundo o qual, aparentemente, os binómios proteção/utilização e qualidade/quantidade (dos cursos de água internacionais e dos recursos aquíferos) não podem ser separados. I. é, procuraremos determinar o lugar da proteção ambiental nessa procura pela utilização equitativa sabendo que um dos principais desafios do DI, no contexto dos recursos naturais partilhados, é a necessidade de as normas legais capturarem e integrarem a realidade e, simultaneamente, questionarem o lugar preponderante que o DI tradicionalmente concedeu aos Estados e, exclusivamente, aos seus interesses (*estatocentrismo*).

Face a este contexto, propomos, pela nossa investigação, clarificar estas questões, por um lado pela análise do desenvolvimento do Direito dos cursos de água internacionais (doravante DCAI) e, por outro, pela descrição analítica do desenvolvimento do PUER na arquitetura global daquele ramo do Direito enquanto emanção do conceito de Equidade.

CAPÍTULO I – O DIREITO DOS CURSOS DE ÁGUA INTERNACIONAIS

0. Formulação do problema: aspetos quantitativos e qualitativos da água

A água, nas suas variadas funções, é essencial à vida.¹ Sucede porém que, além de ser vital e insubstituível, é também finita e, apesar de o Planeta abundar em água, aquela que é utilizável – a água doce –, é apenas 3% desse total.² Acresce ainda que, numa base *per capita*, a *quantidade* e a *qualidade* de água doce têm conhecido profundas alterações, sempre num sentido acentuadamente descendente.³

O reconhecimento da escassez deste bem deve-se, a um tempo, ao continuado aumento da sua utilização para diversos fins,⁴ bem como ao aumento da população mundial. Esta *aventura humana*⁵ acarreta uma grande pressão sobre as reservas mundiais de água doce, agravando-se o panorama se pensarmos que a maior parte dos locais onde o Homem mais dela necessita são aqueles onde ela menos chega em termos percentuais: pelo ano de 1990, a água disponível *per capita*, em dezoito países, caiu abaixo de 1000 m³ por ano⁶ – um volume que os peritos consideraram estar abaixo do que é necessário para manter um adequado

¹ M. FALKENMARK distingue as funções de saúde, de habitat, de transporte e de produção, tanto de biomassa (“água verde”), como social (“água azul”). Cfr. “Water Scarcity – Challenges for the Future”, in E.H.P. Brans, E.J. de Haan, A. Nollkaemper, J. Rizema (eds.), *The Scarcity of Water. Emerging Legal and Policy Responses*, London, 1997, p. 26.

² Vide P. GLEICK, “An Introduction to Global Fresh Water Issues”, in P. Gleick (ed.), *Water in Crisis: A Guide to the World’s Fresh Water Resources*, New York: Oxford University press, 1993, p. 3.

³ Esta dicotomia está patente no próprio título do Convénio Luso-Espanhol, assinado em 1998, em Albufeira, “Convenção sobre Cooperação Para a Proteção e o Aproveitamento Sustentável das Águas das Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas”. Sobre este tema cfr. S. MCCAFFREY, “Water scarcity: institutional and legal responses”, in E.H.P. Brans et. al. (eds.), *The Scarcity of water: emerging legal and policy responses*, London/The Hague/Boston, Kluwer Law International, 1997, p. 43.

⁴ Há uma tendência global para que a ação do Homem diminua a quantidade de água disponível devido, em grande parte, ao desenvolvimento económico, às mudanças nos hábitos pessoais e ao progresso científico, fatores estes que interagem de tal modo que “a procura de água estimula a invenção, e a facilidade na sua obtenção tem sempre aumentado a procura”. Cfr. H. SMITH, *The economic uses of international rivers*, London, King, 1931, p. 1.

⁵ A expressão é de P. CANELAS DE CASTRO, “Sinais de (nova) Modernidade no Direito Internacional da Água”, Comunicação apresentada ao Seminário Internacional *O Desafio das Águas: Segurança Internacional e Desenvolvimento Duradouro*, organizado pelo Instituto da Defesa Nacional, em Lisboa, em 30 e 31 de Março de 1998, p. 104.

⁶ Cfr. P. GLEICK, *Water in the 21st century*, in P. Gleick (ed.) *Water in Crisis: A Guide ...*, cit., p. 105.

padrão de vida.⁷ Segundo GLEICK⁸, “pelo ano 2025, mais de trinta países não terão possibilidade de prover 1000 m³ [de água] por pessoa, devido simplesmente ao crescimento populacional” e “uma em cada três pessoas – praticamente 3,25 bilhões de pessoas – viverão em 52 países assolados por *stress* hídrico ou por uma escassez crônica de água”.⁹

Por seu turno, os problemas relativos à água são causados não só pela quantidade, que se nos apresenta como uma questão de *justiça distributiva*¹⁰ mas, também, pela qualidade da água relacionada com um *problema de responsabilidade*.¹¹ Pensemos, em concreto, no grave problema da poluição¹² e, mais genericamente, na vastidão de causas, desde a expansão da diversidade de utilizações dos recursos hídricos¹³ até aos processos massivos de urbanização e industrialização, que contribuem para a necessidade de proteção dos cursos de água internacionais contra a degradação qualitativa que é, infelizmente, crescente.¹⁴

Por fim, a água doce, em muitos casos,¹⁵ localiza-se e flui de um Estado para o outro em constante movimento,¹⁶ percorrendo e atravessando fronteiras de Estados, nos cursos de

⁷ V. M. FALKENMARK e G. LINDH, “Water and economic development”, in P. Gleick (ed.), *Water in Crisis: A Guide ...*, cit., p. 84.

⁸ Cfr. P. GLEICK, Water in the 21st century, in P. Gleick (ed.) *Water in Crisis: A Guide ...*, cit., p. 105-106.

⁹ I. SERAGELDIN, “Water resources management: a new policy for sustainable future”, *Water International*, 20, 1995, p. 15; Para uma análise mais detalhada das consequências futuras da escassez de recursos de água doce, v. M. W. ROSEGRANT, X. CAI e S. A. CLINE, *Global Water Outlook to 2025: averting an impending crisis*, International Food Policy Research Institute, Washington D.C., USA/International Water Management Institute, Colombo, Sri Lanka, 2002.

¹⁰ Muito resumidamente, por não se tratar do objeto do nosso texto, usamos a expressão no sentido de que esta tem por objetivo permitir que as pessoas participem de um determinado bem comum mediante uma distribuição equitativa.

¹¹ Cfr. P. BUIRETTE, “Genèse d’un droit fluvial international general”, *Revue Générale de Droit International Public*, n.º 95, 1991, p. 7.

¹² Sobre o problema da definição de poluição dos cursos de água, cfr. C. B. BOURNE, International law and pollution of international rivers and lakes, in P. Wouters (Ed.), *International water law: selected writings of Professor Charles B. Bourne*, London/The Hague/Boston, Kluwer Law, 1997, p. 114-116; J. G. LAMMERS, *Pollution of international watercourses*, Boston/The Hague/Dordrecht/Lancaster, Martinus Mijhoff, 1984, p. 7-17.

¹³ Por “recursos” entendemos não só a água em si mas os seus benefícios como a produção de energia, irrigação, pescas e lazer.

¹⁴ Vide United Nations, “Comprehensive assessment of the fresh water resources of the world”, *Report of the Secretary General*, UN Doc, A/C.6/51/NUW/WG/CRP, 1997, p. 19-21, para. 51-58.

¹⁵ As 263 bacias de drenagem internacionais existentes em todo o mundo cobrem mais de 45% da superfície terrestre, excluindo a Antártida. Geograficamente, a Europa possui o maior número de bacias internacionais (69), seguindo-se África (59), Ásia (57), América do Norte (40) e América do Sul (38). Cfr. M. A. GIORDANO e T. A. WOLF, The World’s international freshwater agreements: historical developments and future opportunities, *Atlas of international freshwater agreements*, UNEP, p. 1-2, disponível on-line em http://na.unep.net/siouxfalls/publications/treaties/1_Front_atlas.pdf, consultado no dia 8 de Janeiro de 2013.

¹⁶ Referimo-nos à qualidade *não estática* da água. A análise do ciclo hidrológico revela-nos o seu constante movimento criando um obstáculo à regulamentação jus internacional da água doce pois, apesar de as águas serem parte do território de um Estado enquanto permanecem dentro das suas fronteiras, mais tarde tornar-se-ão parte de um outro Estado. Cfr. S. MCCAFFREY, *Seventh report on the law of the non-navigational uses of international watercourses*, 1991, p. 6-34, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_3.htm, consultado no dia

água internacionais (rios, lagos, águas subterrâneas), sucessivos ou contíguos.¹⁷ Por esta razão, a água é um elemento que, pela sua própria natureza, não respeita limites artificialmente estabelecidos (*rectius*, fronteiras), seguindo o seu ciclo hidrológico e renovando-se constantemente. Consequentemente, modificações na sua quantidade ou qualidade, decorrentes de determinada utilização¹⁸ no território de um dos Estados ribeirinhos, perturbadora do fluxo natural do curso, e os possíveis efeitos negativos dali decorrentes, poderão ser transferidos e sentidos noutra ponto ao longo do mesmo curso, geopoliticamente ao abrigo de outra soberania. A este propósito, alguns observadores vaticinaram, na década de 90, o desencadeamento de *guerras de água*¹⁹ ou, mais genericamente, de *eco-conflitos*, com enormes impactos para a segurança moderna que assim se torna mais próxima da ideia de segurança ambiental.²⁰ Aliás, ficou famosa a declaração, em 1995, de Ismail Serageldin, representante do Banco Mundial, de que: “As guerras do próximo século serão sobre água”. Nesta situação, em que a água doce se assume como *casus belli*, é comum referir-se a região do Médio Oriente a título de exemplo.²¹⁻²²

10 de janeiro de 2013; S. SCHWEBEL, *First report on the law of the non-navigational uses of international watercourses*, UN Doc. A/CN.4/320, 1979, p. 146-149, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_3.htm, consultado no dia 17 de janeiro de 2013.

¹⁷ Uma vez que a discussão teórica em torno da unidade modelo sobre a qual o DI vai atuar não se reflete no objeto do nosso texto, abstemo-nos de explicar as diferenças entre curso de água internacional, rio internacional e bacia de drenagem. Certo é que, as nossas referências a “cursos de água internacionais”, se baseiam no texto chave desta matéria, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito dos Usos não Navegacionais dos Cursos de Água Internacionais, de 1997 (doravante CNU), do artigo 2.º, b). Os cursos podem revestir uma dupla natureza: serão *nacionais*, caso nasçam e desaguem no território nacional, e *internacionais* se, ao invés, atravessarem (rios sucessivos) ou separarem (rios contíguos) vários Estados. Cfr. J. LIPPER, *Equitable Utilization*, in A.H. Garretson, R.D. Hayton e C.J. Olmstead (eds.), *The law of international drainage basins*, Nova Iorque, Oceana, 1967, p. 17.

¹⁸ O termo “utilização” significa o aproveitamento das águas de um rio internacional, incluindo, mas não só, usos de consumo dessas mesmas águas. Por conveniência para a economia do trabalho deixamos de lado a distinção entre “usos consumptivos” e “usos não consumptivos” pelo que não a trataremos. Cfr. J. ANDRASSY, “Les relations internationales de voisinage”, *Recueil des Cours*, 79, 1951-II, p. 116.

¹⁹ J. R. STARR, “Water Wars”, *Foreign Policy*, Washington D.C., 1991, vol. 82, p. 17-36; D. HILLEL, *Rivers of Eden: The Struggle for Water and the Quest for Peace in the Middle East*, Oxford, 1994; J. BULLOCH e A. DARWISCH, *Water Wars. Coming conflict in the Middle East*, London, 1996.

²⁰ Assiste-se a um movimento de “ecologização” das modernas políticas externas e de segurança. Sobre este tema cfr. R. ULLMAN, “Redefining Security”, *International Security*, 1983, p. 129 e ss.; BROWN, “An Untraditional View of National Security”, *American Defense Policy*, 1984; G. HANDL, “Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1990, vol. 1.

²¹ Recentemente, o Jornal “i” noticiava que a construção de uma gigantesca barragem hidroelétrica, na cabeceira do Nilo, pela Etiópia representa uma ameaça para o Egípto que pode desencadear uma guerra. No passado, as desavenças entre a Síria e a Turquia são outro bom exemplo: em 1998 a Síria libertou o líder do PKK, Abdullah Ocalan, na esperança de que a Turquia finalmente se disponibiliza-se a negociar a distribuição de recursos no Rio Eufrates. Cfr. I. SERAGELDIN, “Water: Flowing Uphill,” *The Economist*, 12 de Agosto, 1995, p. 36 e <http://www.ionline.pt/artigos/mundo/barragem-etiofia-ameaca-hegemonia-egipto-sobre-nilo>, consultado no dia 11 de agosto de 2013.

Acresce ainda que, sobretudo desde a segunda metade do século XIX, a cartilha dos usos de água para fins diferentes da navegação²³ aumentou consideravelmente com o surgimento de novas formas de aproveitamento daquela, pelo que aumentaram também as possibilidades de que as utilizações de diferentes Estados entrem em conflito entre si. Por exemplo, a construção de uma barragem de um Estado pode interferir com várias utilizações²⁴ de outro limitando, deste modo, as suas escolhas de utilização; ou a poluição, decorrente de uma atividade industrial, poderá destruir os ecossistemas de um rio, afetando assim vários Estados.²⁵ São questões duvidosas e complexas.

Com efeito, os cursos de água assumem esta *dimensão de separação e segregação*²⁶ das comunidades humanas, no duplo sentido de aproveitamento da morfologia para a formação de fronteiras políticas²⁷ e, sobretudo, por razões decorrentes da disputa de um recurso finito e escasso mas essencial à vida: a água.

Deste cenário decorre, *bic et nunc*, um problema de disciplina social que, por natureza, se trata de um problema jurídico, desde logo, pela necessidade de regular a relação entre os sujeitos primários das relações internacionais, os Estados. Dito de outro modo, quando dois ou mais Estados partilham o mesmo curso de água, cujo volume hídrico não satisfaz as necessidades de todos, então os conflitos e disputas entre aqueles irão, provavelmente,

²² Vide S. EMLUSA, “Dividing common water resources according to international water law: the case of the Palestinian-Israeli waters”, *Natural Resources Journal*, n.º 35, 1995, p. 223-242.

²³ Até ao final do século XIX, os usos mais frequentes dos cursos de água eram a navegação e o transporte fluvial ainda que se registassem algumas exceções relativas à irrigação com finalidades agrícolas na base das quais se desenvolveram civilizações milenares. A revolução industrial marcou o ponto de viragem nesta matéria aumentando a necessidade de água para irrigação, energia, navegação, fornecimento de água. O desenvolvimento económico durante e após aquele período, o progresso científico e o salto tecnológico característicos da época, a expansão dos núcleos urbanos e a modificação dos hábitos sociais implicaram um impressionante aumento e diferenciação nos usos de água doce acompanhados pelo surgimento de novas formas de utilização daquela. Deste modo, as atenções desviaram-se para a matéria das utilizações dos cursos de água internacionais para fins diversos da navegação assim sucedendo a expansão do âmbito do DCAI. Cfr. L. CAFLISCH, *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux*, *Recueil des Cours*, 219, 1992, p. 39; F. J. BERBER, *Rivers and International Law*, London, Stevens, 1959, p. 5-9; L.A. TECLAFÉ, *The river basin management in history and law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967, p. 80-90; A. SILVA, *O Regime Jurídico das Utilizações Diversas da Navegação Dos Cursos de Água Internacionais: Normas Substantivas*, Lisboa, 2001, p. 19.

²⁴ Pode interferir com a navegação, inundar o território do outro Estado ou até mesmo não deixar água suficiente para os usos já estabelecidos ou previstos. Debruçando-se sobre este problema, G. SAUSER-HALL, *L'utilisation industrielle des fleuves internationaux*, *Recueil des Cours*, 83, 1953-II, p. 475.

²⁵ Para mais exemplos cfr. S. SCHWEBEL, *Third report of the law of the non-navigational uses of international watercourses*, UN Doc. A/CN.4/348, 1982, p. 101-102, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_3.htm, consultado no dia 17 de janeiro de 2013.

²⁶ Oposta a uma outra de unificação e agregação facilitando, entre outras coisas, a comunicação. Até as mais remotas sociedades utilizavam os rios para transporte. Vide L. CAFLISCH, *Règles générales ...*, cit., p. 21; C. J. OLMSTEAD, “Introduction”, in A.H. Garretson, R.D. Hayton e C.J. Olmstead (eds.), *The law of international drainage basins*, Nova Iorque, Oceana, 1967.

²⁷ Neste caso designam-se rios contíguos ou fronteira.

ocorrer. Assim sendo, tradicionalmente, o desafio lançado ao DCAI²⁸ é o de regular preventivamente as relações entre os Estados ribeirinhos. Por conseguinte, a *summa quaestio* é a de determinar se um Estado, cujo território é banhado por um determinado curso de água internacional, tem direito a usar essas águas e, em caso afirmativo, qual a *natureza* e a *extensão* desse direito impondo-se uma regulamentação e uma coordenação entre as várias utilizações.

Importante é averiguar como disciplinar os Estados, senhores de um “*suprema potestas*” (Bodin) e, tradicionalmente, instâncias onipotentes e livres na resolução de questões surgidas no seu território.²⁹ Esta equação é fruto do axioma segundo o qual um Estado é uma “*communitates perfectae*”, uma entidade “*superiorem non recognescentes*” (Suarez) e, portanto, soberano sobre o seu território pelo que, os demais Estados, não beneficiam de qualquer autoridade sobre esse território.³⁰

Não obstante, a análise da evolução histórica do DI permite-nos concluir que nem sempre o *princípio da soberania territorial* surgiu como critério único para determinar a legitimidade do Estado no exercício da sua autoridade, tanto para utilizar como para proteger os recursos do seu território. A “moderna” preocupação ambiental veio renovar o desafio lançado ao DI ampliando a extensão do tradicional problema, até então restrito a uma dimensão de partilha de águas ou dos respetivos usos a um compromisso de “acautelamento de produção de dano”.³¹ Neste seguimento, conforme dissemos já, aquela dimensão de partilha não pode ser separada daquela de proteção ambiental de recursos naturais pois não restam dúvidas quanto aos desafios que já há algum tempo a esta parte foram lançados ao DI em questões de distribuição de recursos naturais.³²

Ocupar-nos-emos de seguida desta evolução que se refletiu nas limitações ditadas pelo DI à utilização desenfreada dos cursos de água internacionais.

²⁸ Propondo uma definição, o DCAI regula a utilização dos recursos hídricos comuns a diversos Estados e abrange tanto a totalidade das bacias hidrográficas como apenas a parte que é partilhada, por marcar, atravessar, ou ser situada na fronteira entre Estados vizinhos.

²⁹ Cfr. P. CANELAS DE CASTRO, “Sinais de (nova) Modernidade no ...”, cit., p. 107.

³⁰ Como é sabido, segundo o DI, todos os Estados são juridicamente soberanos e iguais, nenhum podendo ser súbdito de outro. Não podendo um Estado soberano estar sujeito a quem quer que seja, ele não pode normalmente estar submetido à ordem jurídica de um dos seus pares; em compensação, nada se opõe a que ele se submeta ao direito produzido pela ação conjunta dos Estados igualmente soberanos, isto é, à ordem jurídica internacional. Cfr. J. COMBACAU e S. SUR, *Droit international Public*, Montchrestien, Paris, 1993, pág. 228.

³¹ P. CANELAS DE CASTRO, “Sinais de (nova) Modernidade no ...”, cit., p. 113.

³² P. CANELAS DE CASTRO refere-se a um “esverdeamento” do DI em “The Judgment in the Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project: Positive Signs for the Evolution of International Water Law”, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 8, 1997, p. 21.

1. A questão da soberania

Segundo CASSESE, a pedra de toque do edifício jus internacional continua a ser o Estado,³³ cujo respeito pela soberania e integridade constituem condições de progresso e Paz internacional. A soberania absoluta não é, contudo, mais a mesma, se é que a prática se igualou à teoria. Transformou-se numa *soberania razoável* ou *partilhada*,³⁴ pois aparece-nos a cooperação entre Estados como um corolário necessário daquela que comporta, agora, uma dimensão positiva e outra negativa.³⁵ I.é., a soberania sobre os recursos naturais (positiva) gera um dever correspondente: o de reconhecer e respeitar a correlata soberania dos outros Estados e, portanto, inclui uma *obrigação de evitar ações que são contrárias aos direitos semelhantes dos outros Estados* (negativa).³⁶

Esta evolução geral refletiu-se nas reivindicações estaduais relativas aos cursos de água internacionais.³⁷ Assim, numa fase inicial, as relações entre Estados ribeirinhos caracterizaram-se por um confronto entre duas teses de soberania – ditas “absolutistas” –

³³ No momento de categorizar os vários sujeitos de DI o Autor reconhece a maior importância do Estado relativamente aos demais sujeitos por ser, na verdade, o único sujeito de direito que beneficia da característica da soberania. Cfr. A. CASSESE, *Le droit international dans un monde divisé*, Berger-Levrault, Paris, 1986.

³⁴ Em bom rigor, a tradicional visão Vestefaliana encontra-se atualmente em vias de extinção ou, pelo menos, numa fase de transição. O presente momento do conceito é referido, ainda, com expressões como *pós-soberania*, *soberania limitada*, *soberania partilhada*, *soberania globalizada*, *soberania imperial* ou *soberania avançada*. Cfr. J. H. JACKSON, “Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept”, *American Journal of International Law*, 97, 2003, p. 782.

³⁴ J. MACHADO, *Direito Internacional. Do paradigma clássico...cit.*, p. 213.

³⁵ Cfr. P. CANELAS DE CASTRO, “Sinais de (nova) Modernidade no ...”, *cit.*, p.107.

³⁶ O carácter recíproco e corresponsivo dos direitos e deveres inerentes à soberania estatal vem explicado no caso *Isla of Palmas*, de 23 de janeiro de 1925, que opôs os EUA aos Países Baixos, relativamente ao território da Ilha das Palmas. Por outro lado, o princípio 2 da Declaração do Rio de 1992 confirmou a necessidade de conciliar o princípio do desenvolvimento sustentável com a soberania dos Estados sobre os seus recursos naturais. I.é., não se trata de uma proibição absoluta de causar danos ambientais, nem de uma liberdade absoluta de explorar os seus recursos naturais, antes se anuncia o casamento entre o desenvolvimento económico e a proteção ambiental. Para completar esta ideia, apela-se, ao *princípio do sic utere* confirmando a obrigação que recai sobre todos os Estados, de proteger dentro do *seu* território os direitos de *outros Estados*. Cfr. G. HANDL, “Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution”, *American Journal of International Law*, vol. 69, 1975, p. 50-61.

³⁷ Durante muito tempo a intensificação da utilização dos usos dos cursos de água não foi acompanhada por uma regulação coerente e clara pelo que, em finais do século XIX, foram surgindo diferentes teorias e princípios correspondentes às várias práticas estatais.

diametralmente opostas e *cosmeticamente* jurídicas³⁸: a da “soberania territorial”³⁹ e a da “integridade territorial”⁴⁰ – ambas reconduzidas ao *princípio da territorialidade*.⁴¹

Os resultados negativos destas teses absolutistas saltam à vista desde logo, pela situação de injustiça que criam, inaceitável à luz do princípio da igualdade soberana dos Estados; em segundo lugar, a primeira posição é tão anárquica – ao permitir que cada Estado infligisse danos irreparáveis sobre os vizinhos, sem ser capaz de exercer algum controlo para afastar a ameaça de guerra – como a outra obstrutiva – por constituir, essencialmente, um direito de veto; em terceiro lugar, a aplicação prática destas teses exclui *ab initio* qualquer possibilidade de acordo ou arranjo mutuamente vantajoso dada a natureza intrinsecamente conflitual subordinada à perspectiva de ganhar ou perder; por fim, não existe atualmente suporte, tanto na prática estatal como na Doutrina, para as teorias absolutistas além de que estas não têm, hoje, qualquer relação com a realidade das relações interestatais na matéria dos recursos naturais partilhados, nem mesmo com as necessidades da sociedade

³⁸ A expressão é de P. CANELAS DE CASTRO, “Sinais de (nova) Modernidade no ...”, cit., p. 108.

³⁹ Em extrema síntese, esta posição traduz-se na reivindicação estatal da utilização livre e ilimitada dos recursos de um curso de água que flui sobre o respetivo território, sem qualquer concessão aos interesses de outros ribeirinhos. Naturalmente que, os Estados localizados a montante num curso de água usaram e abusaram deste tipo de reivindicações. No domínio do direito das águas, esta teoria é também conhecida como “Doutrina de Harmon”, a qual deve o seu nome ao Procurador-Geral norte-americano que a defendeu no momento de saber se os EUA, Estado a montante, tudo podiam fazer com as águas do Rio Grande, impedindo o vizinho a jusante, o México, de fruir das águas com que a Natureza o tinha originariamente agraciado. Em nome da soberania, Harmon não hesitou em responder que sim. Uma vez que a análise desta teoria não se reflete de forma direta e imediata no objeto da nossa investigação, remetemos para outros textos sublinhando apenas duas ideias: *primeira*, a maioria dos Estados rejeita a ideia de uma soberania territorial absoluta o que, de resto, é comprovado pela ausência de qualquer defesa da mesma, pelo menos declaradamente, aquando das negociações da CNU; *segunda*, a qualidade anacrónica desta tese tornou-se cada vez mais óbvia à medida que aumentou a procura de recursos hídricos finitos e, por conseguinte, a interdependência entre Estados. Cfr. S. MCCAFFREY, “The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised”, in *Natural Resources Journal*, 1996, Vol. 36, p. 549 e ss.; O. MCINTYRE, *Environmental Protection of International Watercourses Under International Law*, Ashgate, 2007, p. 13 e ss..

⁴⁰ Paralelamente à doutrina anterior, mas de orientação inversa ainda que também em nome da soberania e, por isso, absolutista quanto ao conteúdo, a teoria da integridade territorial ou do “fluxo natural” insistia na completa liberdade de ação do Estado a jusante. O seu fundamento reside nas ideias do “natural flow” e da “riparian rights doctrine” oriundas dos sistemas de “common law” que defendem o direito do Estado proprietário de um leito a receber inalterado o caudal natural de água, provindo de um território situado a montante. Por conseguinte, nenhuma perturbação, por mínima que seja, poderá ser causada ao Estado a jusante pelo que este se encontra investido de um inaceitável poder de controlo ou veto sobre as atividades do seu vizinho a montante o que, bem vistas as coisas, acaba por resvalar num direito exclusivo de utilização do curso de água partilhado. V. F.J. BERBER, *Rivers ...*, cit., p. 20; D. A. CAPONERA, *Principles of water law and administration: national and international*, Rotterdam, Balkema, 1992, p. 82-83 e 126-127; J. A. BARBERIS, *Los recursos naturales compartidos entre estados y el derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1979; J. LIPPER, *Equitable Utilization ...*, cit., p. 18-20. Em termos de jurisprudência destaca-se o famoso caso do Lago Lanoux, envolvendo uma reivindicação por parte da Espanha, cujos argumentos têm sido reconduzidos a esta teoria.

⁴¹ De facto, a autoridade territorial soberana de um Estado, oferece “liberdade de ação...dentro das suas fronteiras e (...) inclui a soberania sobre os seus recursos naturais”. *Vide* L. OPPENHEIM, *Oppenheim’s international law*, 9ª edição, R. Jennings e A. Watts (Eds.), Essex, Longman, 1992, p. 382 e ss..

contemporânea. Face a estas debilidades, o Direito move-se, gradualmente, em direção à verdadeira conceção de cada bacia de um rio como uma unidade física indivisível.

Enfim, estas duas teorias, usadas unilateralmente por razões de conveniência, como instrumentos de defesa (*tools of advocacy*) dos interesses estatais e não como verdadeiros princípios legais determinados a auxiliar na resolução de conflitos,⁴² são, em essência, *factualmente míopes* – pois ignoram as necessidades e dependências dos outros ribeirinhos – e *legalmente anárquicas* – por negarem que a soberania comporta direitos e deveres.⁴³

2. O Direito dos cursos de água internacionais na atualidade. A mudança de paradigmas

No contexto do novo modelo de DI,⁴⁴ tornou-se evidente o desajustamento destas visões sobretudo, porque, por um lado, não atendiam à unidade natural do recurso em causa – que, numa primeira mudança conceptual e normativa, passou a ser “compartilhado”⁴⁵ – e,

⁴² A variação das reivindicações feitas pelos Estados foi sempre determinada em função da sua posição geográfica, a montante ou a jusante do curso de água transfronteiriço. De facto, os Estados souberam manusear estrategicamente as diferentes construções doutrinárias quais bastiões teóricos dos seus interesses geopolíticos recorrendo à técnica do “jogo de soma zero” (*zero sum game*). Cfr. P. W. BIRNIE e A. BOYLE, *International law and the environment*, Oxford, Nova Iorque, 2002, p. 218 e O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 21.

⁴³ Vide S. MCCAFFREY, *The law of international watercourses: non navigational uses*, Oxford, University Press, 2001, p. 93.

⁴⁴ No modelo da Carta das Nações Unidas (a partir do epílogo do segundo conflito à escala mundial) a proteção ambiental de tutela e preservação dos sistemas naturais e de equilíbrio dos ecossistemas, alcançou uma posição central, ocasionando uma transformação no DI. Deste modo, estamos face a um ordenamento jurídico axiologicamente fundado e materialmente interessado e, por isso, liberto da tradicional visão *estatocêntrica*. O Direito começou, no entanto, por encarar o problema ecológico a partir de uma pré-compreensão antropocêntrica, isto é, considerando a proteção do Ambiente como um instrumento necessário para a defesa da saúde e do bem-estar económico-social do Homem. Só mais tarde, com o advento de uma verdadeira consciência ecológica, se afirmou uma pré-compreensão ecocêntrica, que considera o Ambiente como um valor, em si mesmo, digno de proteção jurídica, independentemente do interesse que a sua defesa e conservação possa ter para o próprio homem. A tutela jurídica do Ambiente é uma realidade dos nossos dias, que surgiu a partir de meados do século XX. Apesar disso, a consideração do Ambiente como bem jurídico encontra as suas raízes filosóficas mais remotas no Cristianismo e, em particular, no pensamento de S. Francisco de Assis, que falava na sua pregação, do amor ao “irmão lobo”, ao “irmão pássaro” ou à “irmã árvore”, perspetivando a relação do Homem com a Natureza como uma forma de amar e respeitar o Criador Divino. Cfr. F. Ferreira de ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 30 e ss.; A. ARAGÃO, *A renovação ecológica do Ambiente*, sumários desenvolvidos, 2011/2012.

⁴⁵ Dá-se um primeiro passo conceptual com a constatação de que a Natureza é *una*. Porém, abstermo-nos de explorar a *condição jurídica* – ora mais “proprietarista” (HUBER) ora mais “comunitarista” (CAFLISCH) – dos cursos de água internacionais pois, segundo cremos, não é esse o problema chave. Aquilo que verdadeiramente nos interessa são os deveres estaduais para cumprimento do PUER. Certo é que, o reconhecimento do conceito de propriedade partilhada pode elucidar e reforçar o dever dos Estados em cooperar. Cfr. E. BENVENISTI, “Collective action in the utilization of shared freshwater: the challenges of international water resources”, *American Journal of International Law*, Vol. 90, 1996, p. 399; G. HANDL, “The principle of “equitable

por outro lado, emergiu uma preocupação com a *fruição igualitária* por parte das entidades soberanas – nesta fase, assumidamente interdependentes⁴⁶ –, à medida que a questão se colocou cada vez menos no plano “proprietarista” da determinação do conteúdo de um título de soberania⁴⁷ e mais no do desfrute das potencialidades dos usos.⁴⁸

Assim, atualmente, verificamos a consagração em vários instrumentos de DI, de uma tese limitadora dos poderes soberanos do Estado, dentro do seu território, fundamentada numa nova orientação conceptual, correspondente ao *obiter dictum* do Tribunal Permanente de Justiça Internacional,⁴⁹ de “comunidade de interesses” (*common interests*) ou “preocupações comuns” (*common concern*), dos Estados ribeirinhos, na área ocupada pelos cursos de água internacionais.⁵⁰ Esta ideia exprime as consequências normativas do facto físico e natural de que um curso de água é, no fundo, uma unidade que obriga à ação coletiva e conjunta e apela a uma forma de *gestão comum*, à *desnacionalização* dos cursos de água internacionais, deslocando a ênfase do Estado para uma organização comum ou, se quisermos, para uma espécie de “compropriedade estatal”.⁵¹ Inequivocamente se deu, assim, mais um passo na integração e assunção da realidade ambiental determinante para o surgimento de um “novo paradigma”.

Esta doutrina da “soberania (ou integridade) territorial limitada” deriva de um postulado fundamental: a ideia do carácter duplo do poder dos Estados sobre o seu território, assente numa razão ampla de soberania reciprocamente respeitosa e limitadora, i.é., aquela ideia da

use” as applied to internationally shared natural resources: its role in resolving potential international disputes over transfrontier pollution”, *Revue Belge de Droit International*, n.º 14, 1978-79, p. 58-59.

⁴⁶ Somos, no ensinamento de SINGER, “um só mundo”. V. P. Singer, *Um só mundo, a ética da globalização*, Gradiva, 2004, p. 25.

⁴⁷ Cfr. J. P. DELLAPENNA, “Treaties and Instruments for Managing Internationally-Shared Water Resources: Restricted Sovereignty vs. Community of Property”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1994, p. 27 e ss..

⁴⁸ Cfr. E. Jiménez de ARECHÁGA, *International law in the past third of a century*, *Recueil des Cours*, 159, 1979, p. 192; G. SAUSER-HALL, *L’utilisation ...*, cit., p. 540-541.

⁴⁹ Referimo-nos à decisão de 1929 relativa ao caso da Jurisdição Territorial da Comissão Internacional do Rio Oder sobre a extensão da competência da Comissão do Rio Oder às secções dos afluentes Warta e Netze. *Vide* A. SILVA, *O Regime Jurídico das Utilizações Diversas ...*, cit., p. 80.

⁵⁰ Estes conceitos confundem-se, noutros contextos, com o de “patrimónios comuns”, “herança comum” ou de “condomínio”. Em comum registamos uma tomada de posição: pretende-se não a determinação de um *título de soberania* mas antes a desnacionalização dos recursos comuns, a cooperação e concertação de interesses, pela *gestão* de um bem unitário, de modo a determinar as formas mais recomendáveis da sua exploração e proteção numa abordagem que se quer “holística”, “integrada”, “omnicomprensiva”. Cfr. P. CANELAS DE CASTRO, “Sinais de (nova) Modernidade no ...”, cit., p. 118.

⁵¹ Cfr. L. CAFLISCH, *Règles générales ...*, cit., p. 59. Adiante-se que, na ausência destas noções do *comum* e do *partilhado*, a repartição de recursos aquíferos cega e brutal, através do PUER, dificilmente se compatibiliza com os objetivos a longo prazo do princípio do desenvolvimento sustentável.

soberania razoável⁵² combinada com o essencialíssimo princípio da igualdade de soberanias entre Estados – um limite intrínseco à liberdade de exercício dos poderes de um estado.⁵³

Apesar desta evolução, alguma Doutrina entende que o cenário atual de uma espécie de estado de necessidade ambiental próprio da contemporânea *sociedade de risco*,⁵⁴ no qual os recursos globais de água doce continuam a diminuir, exige outra reformulação do problema à qual corresponderá não só uma diferente harmonização dos valores em causa como, também, uma metodologia conceptual diferente da anterior a vários níveis.⁵⁵ Dizem alguns Autores que os conflitos entre Estados não diminuíram antes aumentando em número e agravando-se o respetivo conteúdo e sentido.⁵⁶ Dito de outro modo, os limites do modelo anterior deveriam ser superados por um novo paradigma⁵⁷ em que o Estado e os seus domínios soberanos são pressionados por uma realidade complexa e que os transcende, caracterizado por um amplo programa de cooperação e corresponsabilização, em cujo conteúdo se vão iluminando as opções axiológicas decorrentes dos princípios do DIA. Enfim, requer-se que, no plano normativo, o Homem assuma a sua responsabilidade não só para com os seus semelhantes, em particular, as gerações futuras, como também para com a própria Natureza.⁵⁸

Neste contexto, já não é, nem pode ser, o conceito de *soberania*, nem mesmo o de *soberania relativa* ou o de *soberania permanente sobre os recursos naturais*, que determina as soluções

⁵² Ver *infra* o nosso ponto 1.

⁵³ Apesar da unanimidade de opiniões quanto à aceitação desta doutrina as divergências respeitam aos fundamentos teóricos da mesma. Alguns Autores referem o direito da vizinhança (HUBER), outros a doutrina do abuso dos direitos (QUINT) ou os princípios de equidade (FAUCHILLE). Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 28.

⁵⁴ U. BECK, *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage Publications, London, 1992.

⁵⁵ Esses Autores apelam à reformulação dos postulados centrais ainda em vigor, assentes num entendimento *antropocêntrico* da água – esta só relevando na medida em que for mediatizada pelo e para o Homem –, *economicista* – a água só assume um valor instrumental –, focado na prioridade estatal e correlata soberania e, por outro lado, ainda que o conceito de soberania tivesse sido moldado, a conceção era ainda exclusivista e absolutista na determinação dos poderes de utilização e fruição lembrando a máxima, do direito romano, “*ius utendi, fruendi abutendi*”. Sobre esta questão cfr. P. CANELAS DE CASTRO, “Sinais de (nova) Modernidade no ...”, cit., p. 111.

⁵⁶ Vide S. MCCAFFREY, “Water, Politics and International Law”, in Peter Gleick (ed.), *Water in Crisis: A Guide ...*, cit., p. 92-97, *apud* P. CANELAS DE CASTRO, “Sinais de (nova) Modernidade no ...”, cit., p. 112.

⁵⁷ A. TIMOSCHENKO, “Ecological Security and Global Change Paradigm”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1990; E. HEY, “Sustainable Use of Shared Water Resources: The Need for a Paradigm Shift in International Watercourse Law”, in G. H. Blake, W.J. Hildesley, M.A. Pratt, R. J. Ridley, C.H. Chofield (eds.), *The Peaceful Management of Transboundary Resources*, 1995, p. 127-152.

⁵⁸ Sinal desta mudança de paradigmas é o surgimento de uma *ética ambiental* acompanhada pela moderna perceção filosófica, moral e cultural de que o Homem não é o centro do Mundo em que vive, porventura refletida nas preocupações do recente relatório da ONU sobre as trágicas alterações climáticas. Cfr. Alexander GILLESPIE, *International Environmental Law, Policy and Ethics*, Oxford, 1997; P. CANELAS DE CASTRO, “Sinais de (nova) Modernidade no ...”, cit., p. 116 e 122.

normativas do atual DCAI mas antes os conceitos de *responsabilidade*⁵⁹ e *cooperação*.⁶⁰ A ideia de soberania nacional atingiu o seu zénite. É neste enquadramento que vem surgindo na Doutrina e na prática internacional uma outra estratégia de regulamentação dos cursos de água internacionais: a de *gestão comum*, assente em estruturas institucionais internacionais, incluindo, em particular, Comissões Internacionais, de modo a facilitar a discussão em torno da fórmula proposta pelo PUER para posterior aplicação a determinados cursos de água internacionais.⁶¹ Em suma, esta proposta de mudança de paradigmas resume-se a duas coordenadas fundamentais: (i) surgimento de uma “amizade ambiental” e, numa perspetiva mais metodológica, (ii) prescrição de formas de cooperação alargada.⁶²

Pode, conseqüentemente, concluir-se que o ramo do DI de que nos ocupamos, tem sido alvo de uma espécie de invasão das opções axiológicas do DIA resultante do surgimento de uma genérica obrigação de prevenção de danos,⁶³ em várias codificações e convenções,⁶⁴ que

⁵⁹ Em documentos mais recentes, tem-se assistido ao desaparecimento das menções ao conceito de soberania sucedendo-lhe alusões a “direitos soberanos” conjugadas com políticas ambientais e com as obrigações de prevenção de dano. Por exemplo, o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo e o Princípio 2 da Declaração do Rio. Esta “responsabilidade na atuação” não se dilui num plano substantivo. Pelo contrário, antes promove a ação através de um conjunto de atuações e abstenções de carácter procedimental e organizatório referenciadas em convenções – pensamos, por exemplo, no art. 8.º da CNU –, e em jurisprudência – nos parágrafos 112, 137 e 147 da sentença do caso Gabcikovo-Nagymaros – e que se abarcam no conceito chave de “cooperação” a que aludimos adiante.

⁶⁰ Sintomático desta conclusão é a tendência da Doutrina: por um lado, cada vez levantando mais interrogações sobre as limitações que os Estados conhecem (NOLKAEMPER) e, por outro, preocupada em salientar que a doutrina Harmon se encontra definitivamente enterrada (MCCAFFREY). Vide A. NOLKAEMPER, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution: Between Discretion and Constraint*, Dordrecht, 1993; S. MCCAFFREY, “The Harmon Doctrine One Hundred ...”, cit., p. 549 e ss..

⁶¹ Von MOLTKE nota que a criação de instituições para a repartição e gestão de recursos aquífero é inerente à natureza dos assuntos (ambientais) e não é uma novidade. O Autor relembra, entre outras, a Comissão do Rio Reno, estabelecida no Congresso de Viena e tornada operacional pelo Tratado de Mannheim, de 1868 e a Comissão do Danúbio, estabelecida em 1878. Ver K. von MOLTKE, “International Commissions and Implementation of International Environmental Law”, in J.E. Carroll, *International Environmental Diplomacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 89; Uma lista das várias instituições de gestão comum encontra-se em O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 30.

⁶² Importantíssima para esta conclusão é ideia de participação equitativa (5.º, n.º 2 da CNU). Esta aponta para uma dimensão do PUER mais relacionada com o grau de *integração* da comunidade formada pelos vários ribeirinhos, construída sobre a consideração do curso de água como entidade única comum, acentuando um dever positivo de cooperação (8.º da CNU) no desenvolvimento dos recursos comuns. É um conceito que deriva do PUER – este requer aquele para a sua implementação. Segundo a Doutrina, uma recusa do Estado para negociar e cooperar em boa-fé, de modo a coordenar diferentes interesses da utilização das águas partilhadas, tornará difícil ao ribeirinho que recusou argumentar que aquele uso planeado ou atual é equitativo. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 80; P. CANELAS DE CASTRO, “The Judgment in the Case ...”, cit., p. 23 e caso relativo ao projeto Gabcikovo..., cit., para. 112, 113, 143 e 147.

⁶³ A obrigação de prevenção de danos encontra-se hoje profundamente incrustada no costume internacional trazendo consigo um elevado grau de sofisticação e substância normativos, incluindo, por exemplo, o conceito de *due diligence* – pois trata-se de uma obrigação relativa, de resultado e de conduta – e a ancilar obrigação processual de cooperação.

⁶⁴ Incluindo a CNU.

pretende destacar as considerações e os fatores ambientais no processo de balanceamento de interesses na determinação de uma dada utilização equitativa.⁶⁵ Por outro lado, a inclusão, também naqueles instrumentos, de noções de sustentabilidade,⁶⁶ entre os objetivos centrais do PUER, sugere a prioridade e crescente importância que tem sido concedida aos fatores ambientais.

Destas bases conceptuais, decorrem os dois princípios materiais do direito dos cursos de água internacionais: o dever dos Estados de não causarem danos a outros co ribeirinhos, e o princípio que garante a um Estado o direito a uma utilização equitativa e razoável das águas de um curso de água internacional. Este segundo, do qual nos ocupamos, retira o seu fundamento teórico da noção de comunidade de interesses,⁶⁷ da qual deriva um *direito legal comum*⁶⁸ a uma partilha equitativa e razoável dos recursos naturais do curso de água partilhado, e da teoria da soberania territorial limitada. A ideia da comunidade de interesses é uma extensão daquela teoria sendo inovatória por inserir os direitos sobre o curso num *corpo* coletivo.

3. A necessidade de codificação das regras e princípios gerais

O artigo 13.º da Carta das Nações Unidas alude às operações de codificação e desenvolvimento progressivo do DI.⁶⁹ Ainda que nem sempre seja fácil, na prática, destrinçar uma da outra, é certo tratar-se da conversão e afirmação, por escrito, de costumes, princípios gerais ou normas. O contributo destas operações é duplo: além de atenuar as dificuldades de prova típicas do elemento psicológico do costume internacional, no DCAI não existiu, durante muito tempo, um corpo legal escrito que englobasse as respetivas regras e princípios

⁶⁵ Muitas questões se levantam acerca da relação entre o PUER e a obrigação de prevenção de danos. Segundo cremos, não é possível separar de forma clara e objetiva aquele desta antes pelo contrário: o princípio da utilização equitativa e razoável fornece um enquadramento concetual, substantivo e processual dentro do qual será determinada a probabilidade, gravidade e equidade de qualquer tipo de dano, deste modo injetando naquele princípio considerações ambientais. *Vide* O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 6.

⁶⁶ Numa tentativa de introduzir algumas “limitações de interesse público” – que são, segundo TANZI e ARCARI, “valores inerentes” ao PUER, – à tradicional doutrina da utilização equitativa, os redatores da CNU introduziram, no art. 5.º, n.º 1, o conceito de “utilização sustentável” consistente com uma adequada proteção dos cursos de água internacionais. Adiante trataremos melhor este ponto.

⁶⁷ Para MCCAFFREY este conceito de comunidade de interesses funciona não só como pilar do direito dos cursos de água internacionais, mas, também, como princípio do qual derivam verdadeiras obrigações para os ribeirinhos. S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 152.

⁶⁸ A expressão foi usada no *supra* citado caso sobre a jurisdição internacional da Comissão Internacional do Rio Oder. *Vide* C.A.R. ROBB (ed.), *International Environmental ...* cit., p. 127.

⁶⁹ Seguimos de perto F. Ferreira DE ALMEIDA, *Direito Internacional ...* cit., p. 173.

gerais.⁷⁰ Na verdade, quanto a este segundo ponto, há que considerar que os acordos sobre cursos de água não são celebrados num qualquer vácuo jurídico, antes são suportados, limitados e testados por um conjunto de regras e princípios tidos como termos de referência.

⁷¹ Evidente por si só é, também, o relevo dos princípios gerais na situação em que não exista nenhum acordo específico em relação a um curso de água cuja utilização seja disputada. Ainda, a enorme diversidade existente entre os cursos de água internacionais dificulta a redação de princípios de âmbito universal requerendo, ao invés, a adoção de acordos específicos que tratem das características únicas de cada curso de água internacional.

Por estas razões, várias associações e organismos internacionais e não-governamentais, preocupadas com o desenvolvimento do DI, concentraram esforços na codificação desta matéria, com destaque, até à data, para o Instituto de Direito Internacional (IDI), a Associação de Direito Internacional (ADI)⁷² e, mais importante, a Comissão de Direito Internacional (CDI)⁷³. Do labor jurídico destes organismos destacamos três instrumentos normativos internacionais que temos para nós como mais significativos, e dos quais procuraremos traçar um quadro de leitura que permita apreender os seus elementos mais destacados, as grandes tendências e a respetiva imagem normativa global.

As resoluções do IDI centram-se na obrigação de não causar danos significativos a outros Estados ribeirinhos. A primeira, conhecida como Declaração de Madrid, adotada em 1911, em claro contraste com a Doutrina Harmon, estabelece uma proibição absoluta contra atividades que possam resultar em danos. Em 1961, esta estatuição foi reafirmada mas, ao mesmo tempo, a Resolução de Salzburgo restringiu o caráter absoluto daquela obrigação ao

⁷⁰ Apesar de os problemas dos cursos de água internacionais constituírem a mais antiga tentativa de lidar com problemas de DIA. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 64.

⁷¹ Vide H. R. FABRI, Règles coutumières générales et droit international fluvial, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 36, 1991, p. 818.

⁷² Estabelecidos em 1873, o IDI é uma organização pequena cuja qualidade de membro é determinada por eleição ou convite; já a ADI é maior e a adesão é feita por recomendação. Porém, as normas e resoluções que deles emanam não gozam de uma posição formal nem são vinculativas *per se*. Distinguem-se das convenções e dos tratados cujo efeito vinculativo deriva do facto de os Estados os assinarem e ratificarem. Ainda assim, a considerável autoridade destes instrumentos normativos provém do facto de refletirem costumes internacionais e da experiência e respeito dos membros de ambas as instituições. Ademais, estes instrumentos normativos não pretendem ser regulações vinculativas para o julgador antes, pelo contrário, pretendem servir de guia e inspiração aos negociadores de futuros tratados sobre utilizações aquíferas. Importante sublinhar que, em princípio, os membros destes organismos, são indivíduos no exercício das suas capacidades individuais e não em representação de um Estado, governo ou organização, ainda que, por vezes, esta distinção não seja assumida pelos próprios. Cfr. S. M. A. SALMAN, “The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law”, *Water Resources Development*, vol. 23, n.º 4, 2007, p. 625 a 640 e C. BOURNE, “The international law association’s contribution to international water resources law”, *Natural Resources Journal*, vol. 36, 1996, p. 155–216.

⁷³ Esta é um órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, composto por vários peritos legais nomeados pelos Estados, encarregue da codificação e desenvolvimento progressivo do Direito Internacional.

reconhecer a reciprocidade e igualdade do direito de utilização de cada ribeirão. As resoluções de 1979 e 1997 refletem preocupações com o ambiente proibindo quaisquer atos que causem poluição ou danos significativos nos ribeirinhos.⁷⁴

Contrariamente, as resoluções e regras da ADI destacam a primazia do PUER. No pós segunda guerra mundial registraram-se variados conflitos em torno da utilização de rios internacionais, com destaque para as disputas sobre o rio Indu, o Jordão, o Nilo e o Columbia. Foi a ausência de um consenso⁷⁵ em torno das normas aplicáveis naquelas situações que levou a ADI a responder à pergunta: o que é o direito dos cursos de água internacionais? A primeira resposta veio da Declaração Dubrovnik, de 1956, a confirmar a soberania territorial dos Estados e a impor o controlo do exercício da mesma pela consideração dos efeitos nos outros ribeirinhos. Posteriormente, em 1958, a Resolução de Nova Iorque afirma que cada co ribeirão tem direito a um quota equitativa e razoável dos usos benéficos das águas da bacia de drenagem. Por fim, o PUER foi a essência da discussão da ADI, na reunião em Tóquio, em 1964. Estas resoluções pavimentaram o caminho que terminaria com a adoção, em 1966, das Regras de Helsínquia sobre os Usos de Águas de Rios Internacionais (doravante Regras de Helsínquia)⁷⁶ das quais nos ocupamos de seguida.

3.1. As Regras de Helsínquia

Estas Regras, uma vez que foram a primeira tentativa, por parte de uma associação internacional, de codificação de todo o direito dos cursos de água internacionais, exerceram uma enorme influência na prática estatal dali em diante, tendo sido referidas e adotadas por várias organizações e países.⁷⁷

Quanto ao respetivo âmbito de aplicação, ainda que o título refira apenas rios internacionais, o artigo I favoreceu uma definição abrangente de bacia hidrográfica estatuidando que as Regras são aplicáveis ao uso de águas de uma bacia de drenagem

⁷⁴ Cfr. S. M. A. SALMAN, “The Helsinki Rules, the UN Watercourses...”, cit., p. 628.

⁷⁵ Conforme veremos, os Estados a jusante dos rios defendiam posições opostas às dos Estados a montante dos mesmos.

⁷⁶ Disponíveis on-line em: <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/22TRATADOSSOBREELAGUA/TA2222ING.pdf>, consultado no dia 7 de janeiro de 2013.

⁷⁷ Por exemplo, o Acordo de 1992 entre a Namíbia e a África do Sul, sobre o estabelecimento de uma Comissão de Água Permanente refere as regras. Mas, a melhor evidência da influência das Regras de Helsínquia e do seu estatuto no DI, resulta do trabalho da CDI sobretudo nos estudos dos Relatores Especiais, Schwebel, Evensen e McCaffrey. Cfr. S. M. A. SALMAN, “The Helsinki Rules, the UN Watercourses...”, cit., p. 630.

internacional em cuja definição se inclui, pela primeira vez num instrumento legal internacional, as águas subterrâneas transnacionais.⁷⁸ Assim, trata-se a bacia de drenagem como uma unidade hidrológica indivisível, a ser gerida como uma só, de modo a assegurar a “utilização máxima e o desenvolvimento de qualquer porção das suas águas” e, assim, promovendo uma gestão ambiental integrada dos cursos por se tratar da “forma mais eficiente de atingir o controlo da poluição e utilização da água.”⁷⁹

No que respeita ao tratamento dado ao conceito de utilização equitativa,⁸⁰ o PUER é assumidamente o princípio-chave sendo reconhecido um “direito a uma quota equitativa e razoável nos usos benéficos das águas”, determinado com base numa lista não exaustiva de fatores, elencados no artigo V,⁸¹ para determinar, em cada caso, a partilha razoável e equitativa, devendo “tomar-se em consideração todos os fatores, e as conclusões devem basear-se no seu estudo global”.⁸² As Regras determinam ainda que não pode ser estabelecida qualquer ordem de prioridade entre os diferentes usos porque nenhum goza de preferência intrínseca, conforme o artigo VI. É, assim, rejeitada tanto a teoria da soberania territorial como a da integridade territorial e, aquele princípio não estipula uma divisão igual mas, pelo contrário, atribui a cada Estado um direito igual a usar as águas com base nas suas necessidades.⁸³ Em conformidade com este princípio, as preocupações referentes à

⁷⁸ Simplificando, a bacia hidrográfica ou bacia de drenagem de um curso de água é o conjunto de terras que fazem a drenagem da água das precipitações para esse curso de água e respetivos afluentes. O curso de água é, ao contrário da bacia de drenagem, um canal de água, i.é, um rio ou, no máximo, um sistema de rios e água. Cfr. C. BOURNE, “The international law association’s ...”, cit., p. 199 e 205.

⁷⁹ Cfr. Artigo II e comentário (a). Esta assunção da relação entre todas as Partes de um sistema aquífero parece simplória mas não é. Pensemos num exemplo sugerido por MCCAFFREY: um determinado aquífero é a fronteira natural entre o Estado A e o Estado B. As atividades mineiras nas águas subterrâneas no território do Estado A podem afetar os níveis das águas subterrâneas no Estado B. Cfr. S. MCCAFFREY, “The contribution of the UN Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses”, *International Journal of Global Environmental Issues*, Vol. 1, N.º 3 /4, 2001, p. 251 e T. AMADOR, “Direito dos Cursos de Água Internacionais. O Caso do Rio Douro”, *O regime jurídico internacional dos rios transfronteiriços*, in Revista do CEDOUA, Coimbra, 2006, p. 181 e ss..

⁸⁰ Vide Artigo IV.

⁸¹ Os fatores são: a) a geografia da bacia, incluindo em particular, a extensão da área de drenagem no território de cada Estado; b) a hidrologia da bacia, incluindo em particular o contributo de água para cada Estado; c) as condições climáticas que afetam a bacia; d) as antigas utilizações da bacia, incluindo em particular, as ainda existentes; e) as necessidades sociais e económicas de cada ribeirão; f) a população dependente das águas da bacia em cada Estado; g) os custos comparativos de medidas alternativas que satisfaçam as necessidades sociais e económicas dos ribeirinhos; h) a disponibilidade de recursos alternativos; i) a prevenção de desperdícios na utilização das águas de cada bacia; j) a possibilidade de compensação a um ou mais ribeirinhos como meio de ajustar os conflitos entre usos; k) o grau de satisfação das necessidades do ribeirão sem causar danos substanciais aos co ribeirinhos.

⁸² Artigo V (3).

⁸³ Necessidades essas que são determinadas pelo conceito de “uso benéfico”, i.é, aquele que oferece benefício económico e social ao utilizador. Vide T. AMADOR, “Direito dos Cursos de Água ...”, cit., p. 189.

diminuição e prevenção da *poluição*⁸⁴ estão patentes nestas Regras, cujo Capítulo 3 e, em particular, o artigo X, as torna num tema central a examinar na determinação do conceito de utilização equitativa.⁸⁵ Porém, tratam-se de *regras mínimas*. Alguma Doutrina⁸⁶ reclama a ausência, de entre os artigos, de uma obrigação autónoma e separada do PUER de prevenção de danos.⁸⁷ Antes, o dano é inserido entre os fatores a ponderar na determinação da utilização equitativa podendo determinada atividade provocar danos a outro ribeirão (como a redução de água disponível) e, ainda assim, corresponder a uma utilização equitativa.⁸⁸

O artigo VIII, parágrafo 1, vem permitir que novos usos concorram com os já existentes deste modo ampliando o escrutínio do controlo e, bem assim, afastando a doutrina da apropriação prévia defendida por alguns Estados dos EUA.⁸⁹ Ainda, o artigo VI estatui que nenhum uso ou categoria de usos goza de preferência sobre outro uso ou categoria de usos.

Quanto à resolução de diferendos, no artigo XXVII é recordado o comando da Carta das Nações Unidas de resolução pacífica de disputas⁹⁰ e, por conseguinte, as regras prescrevem não só *técnicas de prevenção* de conflitos como também *mecanismos de resolução* dos mesmos. Quanto às primeiras, recomenda-se o cumprimento de deveres processuais como a troca de informação sobre os usos e atividades relativos às águas em disputa,⁹¹ a notificação prévia de projetos que alterem o regime da bacia e a concessão, ao notificado, de um prazo razoável para os examinar.⁹² Acontece que, segundo estas Regras, o não cumprimento da notificação terá repercussões na determinação da quota equitativa e razoável conforme prescreve o parágrafo 4 do artigo XXIX.⁹³ Em rigor, face a uma disputa, os Estados devem

⁸⁴ A maior preocupação eram as situações nas quais os rios eram usados como esgotos o que, à data, iria certamente aumentar com os avanços tecnológicos, industriais e crescimento populacional. *Vide* C. BOURNE, “The international law association’s ...”, cit., p. 166.

⁸⁵ *Vide* O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 68.

⁸⁶ Cfr. C. BOURNE, “The international law association’s ...”, cit., p. 187.

⁸⁷ Aliás, já no respeitante à poluição cedo se entendeu que uma regra geral de diminuição da mesma podia criar ónus excessivos pois, muitas vezes, os prejuízos decorrentes da cessação da atividade poluidora não seriam proporcionais aos benefícios obtidos pelo Estado prejudicado pela poluição. A pergunta que fazemos, hoje, no século XXI é: e a proteção ambiental? Cfr. ADI, *Report of the Fifty-First Conference of the International Law Association*, Tóquio, 16-22 de agosto, 1964, p. 184.

⁸⁸ Cfr. S. M. A. SALMAN, “The Helsinki Rules, the UN Watercourses...”, cit., p. 630.

⁸⁹ Adiante voltaremos a referir esta teoria.

⁹⁰ Decorre do art. 2.º, n.º 3, da Carta das Nações Unidas, que os Estados estão obrigados a resolver as suas querelas de forma pacífica.

⁹¹ Artigo XXIX, parágrafo 1.

⁹² *Idem*, parágrafo 2.

⁹³ No caso de não se verificar a notificação o preceito prevê que “(...) a alteração por um Estado do regime da bacia de drenagem não beneficiará do peso normalmente concedido à prioridade temporal desse uso no caso de se pretender determinar o que é a quota razoável e equitativa das águas daquela bacia”. Ou seja, não tendo notificado os demais ribeirinhos de determinado projeto, o Estado de origem sairá prejudicado no momento de

procurar uma solução pela ordem seguinte: (i) negociação,⁹⁴ (ii) recorrer a uma agência conjunta⁹⁵, (iii) mediação de um terceiro (Estado, organização ou perito)⁹⁶, (iv) através de uma comissão de inquérito ou, finalmente, pela criação de um tribunal arbitral *ab hoc* ou recorrendo ao TIJ.⁹⁷

Apesar do significativo avanço que este arrazoado representa, vários assuntos foram excluídos desta tentativa de regulamentação proposta pela ADI. Pensemos, por exemplo, no controlo de cheias,⁹⁸ na poluição,⁹⁹ a relação entre os recursos aquíferos dos cursos de água internacionais e outros recursos e elementos naturais,¹⁰⁰ os recursos aquíferos e instalações em tempos de conflito armado,¹⁰¹ a administração de recursos aquíferos internacionais,¹⁰² entre outros.¹⁰³ Esta falha foi compensada, em 1986, numa reunião em Seoul, pela adoção das “Regras Complementares Aplicáveis a Recursos Aquíferos”, verdadeiros *guias* para a aplicação das Regras de Helsínquia.¹⁰⁴ Como bem se compreenderá, o trabalho da ADI não se resume a estas datas antes continuando até aos dias de hoje sob os auspícios do Comité de Recursos Aquíferos Internacionais, constituído em 1990,¹⁰⁵ autor das Regras de Berlim de 2004 que *infra* analisamos.

determinar se aquela atividade é ou não razoável na medida em que, à prévia existência daquela atividade e, portanto, à respetiva prioridade temporal – que do outro modo seria um fator positivo e que por ventura os outros usos em concurso, dos demais ribeirinhos, não gozam – não será dado o devido peso. Não será uma sanção demasiadamente exigente, dadas as dependências sociais e económicas que a população de um ribeirinho cria em relação a um determinada atividade?

⁹⁴ Artigo XXX.

⁹⁵ Artigo XXXI.

⁹⁶ Artigo XXXII.

⁹⁷ Artigo XXXIV.

⁹⁸ Por exemplo, a compensação aos co ribeirinhos na eventualidade de uma cheia provocada pela descarga excessiva de uma barragem. *Vide* C. BOURNE, “The international law association’s ...”, cit., p. 178 e ss..

⁹⁹ A poluição marítima com origem nos rios que, em 1972, suscitou à ADI o Projeto de Artigos sobre Poluição Marinha de Origem Continental

¹⁰⁰ Este ponto foi tratado, em 1980, na Conferência da ADI, em Belgrado.

¹⁰¹ Posteriormente elaborado, em 1976, pela ADI, numa Conferência em Madrid da qual resultou a idealista “Resolução para a Proteção de Recursos Aquíferos e Instalações Aquíferas em Tempos de Conflito Armado” cuja finalidade é a proteção da população civil e do equilíbrio ecológico tendo em conta o poder destrutivo das armas modernas, as possibilidades de envenenamento da água, a destruição de equipamentos básicos indispensáveis à sobrevivência da população, o desvio de água com finalidades militares, a destruição de barragens.

¹⁰² Implicitamente, das Regras de Helsínquia, resulta um dever de cooperação na utilização dos cursos de água porém, não há qualquer acordo quanto ao tipo de cooperação pretendida. Assim, naquela mesma conferência em Madrid, discutiram-se as vantagens da institucionalização da cooperação através da criação de organismos administrativos internacionais com um mandato destinada à conservação, desenvolvimento e utilização das águas da bacia de drenagem.

¹⁰³ Uma análise detalhada em C. BOURNE, “The international law association’s ...”, cit., p. 198.

¹⁰⁴ Cfr. C. BOURNE, “The international law association’s ...”, cit., p. 202.

¹⁰⁵ Este comité realizou várias reuniões ao longo dos anos: no Cario (1992), Berlim (1993), Roma (1994), Buenos Aires (1994), Jerusalém (1995), Edimburgo (1996), Londres (2000), Nova Deli (2002) e Berlim (2004).

3.2. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito dos Usos diferentes da Navegação dos Cursos de Água Internacionais

No dia 8 de Dezembro de 1970, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou uma resolução¹⁰⁶ na qual encarregava a CDI do estudo do direito dos cursos de água internacionais. O trabalho da CDI iniciou-se em 1971 e, em 1994,¹⁰⁷ após a aprovação de um Projeto de Artigos recomendou-os à Assembleia Geral bem como a adoção de uma Convenção para lhes dar forma.¹⁰⁸ Volvidos três anos e muitas deliberações formais e informais do Sexto Comité da ONU¹⁰⁹, a Assembleia Geral das Nações Unidas adota, através da Resolução 51/229, a CNU no dia 21 de Maio de 1997. Um total de 103 países votou a favor, 3 contra (Burundi, China e Turquia), 27 abstenções e 52 países que não participaram nas votações. A Convenção abriu para assinaturas no próprio dia, permanecendo aberta por mais três anos até 20 de Maio de 2000. Nessa data, apenas 16 Estados tinham assinado o que não serve de todo para medir o sucesso da Convenção já que está prevista a possibilidade de adesão¹¹⁰ à Convenção.¹¹¹

A Convenção, largamente baseada no trabalho da ADI, sobretudo nas Regras de Helsínquia, assume dois objetivos normativos: por um lado, o de dar forma escrita a princípios gerais que podem ser posteriormente especificados em acordos particulares, e por

¹⁰⁶ É a resolução 2669 (XXV), intitulada “Desenvolvimento Progressivo e Codificação das Regras de Direito Internacional relativas aos Cursos de Água Internacionais”.

¹⁰⁷ Durante esse período, a investigação da CDI foi orientada por vários Relatores Especiais: Richard Kearney (1974), Stephen Schwebel (1977), Jens Evensen (1982), Stephen McCaffrey (1985) e Robert Rosenstock (1992).

¹⁰⁸ Sobre estes desenvolvimentos, cfr. S. MCCAFFREY, “The United Nations Starts Work on a Watercourse Convention”, *American Journal of International Law*, vol. 91, n.º 2, 1997, p. 374-378.

¹⁰⁹ Encarregue de discutir as questões legais.

¹¹⁰ A adesão (art. 15.º da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados) permite a um Estado não signatário de uma convenção internacional, que se encontra já em vigor, tornar-se parte nela, independentemente de ter ou não participado na negociação. Foi o caso, recentemente, do Níger (aderiu a 20 de fevereiro de 2013), da Itália (30 de Novembro de 2012), do Chade (26 de setembro de 2012), do Benim (aderiu a 5 de Julho de 2012), da Dinamarca (30 de Abril de 2012), de Burkina Faso (22 de março de 2011), da França (24 de fevereiro de 2011). Informação disponível no seguinte site: http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/watercourse_status.html, consultado no dia 5 de junho de 2013.

¹¹¹ Para uma aprofundada análise desta Convenção, P. CANELAS DE CASTRO, “O Regime Jurídico das Utilizações dos Cursos de Água Internacionais no Projeto da Comissão de Direito Internacional”, *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 5 e 6, 1996, p. 141 e ss..

outro, o de providenciar regras adequadas para uma aplicação material na falta de outras regras específicas, contendo certas disposições que são sem dúvida reflexo do costume existente. Em concreto, aquela propõe-se assegurar a utilização, desenvolvimento, conservação, gestão e proteção dos cursos de água internacionais, e promover a utilização ótima e sustentável para as gerações presentes e futuras. Enquanto Convenção-quadro,¹¹² trata de alguns aspetos processuais básicos e substantivos, deixando os detalhes para os ribeirinhos definirem posteriormente, em face das especificidades do caso.¹¹³

Dividida em sete Partes, com 37 artigos, inclui, também, um anexo sobre Arbitragem. De entre as principais questões ali abordadas destacaremos, agora, algumas.

Desde logo, no artigo 2.º, alínea a), define-se curso de água internacional como “a água à superfície e subterrânea que, constituindo em virtude da sua relação física um todo unitário, normalmente corre para um terminal comum”. Influenciada pela definição de bacia de drenagem internacional das Regras de Helsínquia, inclui apenas água subterrânea hidrologicamente conectada com as águas da superfície que, como seria de esperar, sucede com a maior parte daquela água.

A Parte II, “Princípios gerais”, é o *core* da Convenção onde se prescrevem os direitos e obrigações fundamentais dos Estados ribeirinhos. Tal como naquelas Regras, a Convenção abraça o PUER como regra cardinal da regulamentação apresentada mas acrescenta aos objetivos anteriores o conceito de “utilização sustentável”.¹¹⁴ Porém, como é que o ribeirinho a jusante A conclui que a sua utilização do curso de água é equitativa e razoável *vis-à-vis* os ribeirinhos a montante B e C? Em primeiro lugar, a Convenção determina e descreve, no artigo 6.º, alguns fatores e circunstâncias a considerar na determinação de uma utilização equitativa e razoável.¹¹⁵ Fatores esses que, uma vez comparados com os das Regras de

¹¹² É uma Convenção-Quadro no sentido em que prevê um conjunto de princípios e regras, de parâmetros básicos, que podem ser aplicados e ajustados de modo a servir as características de um particular curso de água internacional. Além de ser um ponto de partida, guia para as negociações estatais, na existência de um acordo aplicável, a Convenção desempenhará um relevante papel na interpretação e preenchimento de lacunas do mesmo. Aliás, como sucedeu no caso Gabcikovo-Nagymaros. É por esta razão que o sucesso da Convenção não dependerá da sua entrada em força. Cfr. S. MCCAFFREY, “The contribution of the UN Convention ...”, cit., p. 250 e 252

¹¹³ Cfr. S. M. A. SALMAN, “The Helsinki Rules, the UN Watercourses...”, cit., p. 632.

¹¹⁴ O artigo 5.º (Utilização Equitativa e Razoável e Participação) prevê, no n.º 1, o direito de cada ribeirinho a uma utilização equitativa e razoável subordinado a uma otimização dos benefícios da mesma – implica atingir os máximos benefícios possíveis e a mais ampla satisfação de necessidades, minimizando possíveis impactos – e ao desenvolvimento sustentável, e que será definido tendo em conta os demais interesses estatais bem como a adequada proteção do curso. Adiante voltamos a este ponto. Cfr. A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention, User's Guide*, 2012, p. 108, disponível on-line em: <http://www.gwptoolbox.org/images/stories/Docs/unwaterconventionuseguide2012.pdf>, consultado no dia 14 de janeiro de 2013.

¹¹⁵ Adiante faremos uma análise crítica a cada um destes fatores.

Helsínquia, se aproximam significativamente. Tal como no artigo V daquelas, o artigo 6.º da Convenção estatui que o peso a dar a cada fator é determinado pela sua importância em comparação com outros fatores relevantes. O preceito esclarece também que, na determinação do uso equitativo e razoável, todos os fatores deverão ser considerados em conjunto e a conclusão determinada com base no todo. Esta é a mesma linguagem do artigo V das Regras de Helsínquia. Em segundo lugar, além daquela obrigação substantiva, a Convenção prevê a importantíssima obrigação de cooperação (art. 8.º) que, conforme veremos, se concretiza em vários deveres processuais.¹¹⁶

A Convenção também dispõe, no artigo 7.º, sobre a controversa¹¹⁷ obrigação de não causar dano significativo, requerendo que um ribeirão adote todas as medidas apropriadas para assegurar que atividades conduzidas sob a respetiva jurisdição não causem danos significativos¹¹⁸ ao território de outros ribeirinhos. Acontece, porém, que a fórmula contida nos dois parágrafos é um *pot-pourri* que muita tinta fez correr na Doutrina. Entre estes dois princípios pode surgir um conflito sempre que a qualidade ou quantidade da água sejam insuficientes, altura em que o primeiro, o PUER, estabelecerá a partilha dos usos da água entre os ribeirinhos, enquanto que o segundo impedirá os usos que possam causar danos significativos.¹¹⁹ A opinião maioritária entende, com base numa leitura conjunta dos artigos 5.º, 6.º e 7.º, que, tal como nas Regras de Helsínquia, a obrigação de não causar danos se encontra subordinada ao PUER.¹²⁰

¹¹⁶ A Parte III da Convenção, “Medidas Planeadas” refere uma série de deveres processuais a seguir na eventualidade de uma nova atividade planeada ou de uma modificação numa atividade já existente causar efeitos adversos significativos nos outros ribeirinhos. No nosso capítulo “Aspetos Processuais” dedicamos bastante atenção a estes deveres. Também ali trataremos a distinção entre obrigações processuais e obrigações substantivas.

¹¹⁷ Aprovada com 38 votos a favor contra 4 contra e 22 abstenções. Cfr. S. MCCAFFREY, “The contribution of the UN Convention ...”, cit., p. 254.

¹¹⁸ O “dano” é certamente algo mais que “efeito adverso” e, segundo alguns Autores, é um prejuízo real, com um impacto e consequências sobre o ambiente ou desenvolvimento socioeconómico do Estado vítima, objetivamente comprovado e determinado numa base casuística. Cfr. A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention ...*cit., p. 120.

¹¹⁹ Certo é que a obrigação de não causar danos significativos tem o âmbito geral de limitação da soberania territorial dos Estados enquanto que o PUER apenas se aplica aos cursos de água internacionais. O primeiro conceito está contido no Princípio 21 da Declaração de Estocolmo e foi posteriormente confirmado pelo Princípio 2 da Declaração do Rio. *Vide* T. AMADOR, “Direito dos Cursos de Água ...”, cit., p. 194.

¹²⁰ *Vide* o nosso ponto 1.1.2.1.. Por ora, deixamos um exemplo: o Estado A a montante do rio ainda não desenvolveu significativamente os seus recursos aquíferos em virtude do terreno montanhoso. Todavia, a topografia do Estado B, a jusante do rio, permitiu-lhe utilizar a água do rio para irrigação desde há muito tempo. O Estado A pretende, agora, desenvolver os seus recursos para a produção de energia hidroelétrica e para finalidades agrícolas. O Estado B opõe-se com base no dano que tal utilização traria para o seu uso já tão estabelecido. Como reconciliar as duas posições que, nem uma nem outra, parecem despropositadas? Será que vigora, no direito dos cursos de água internacionais, uma proibição absoluta de dano cega às considerações de

A Parte IV, intitulada “Proteção, Preservação e Gestão”, regulamenta uma série de elementos ambientais: a proteção e preservação de ecossistemas;¹²¹ a prevenção, redução e controle da poluição; a introdução de novas espécies e a proteção e preservação do ambiente marinho e contém ainda a regra geral de gestão conjunta dos cursos de água internacionais (art. 19.º). Na análise dos preceitos “ambientais” da Convenção não pode esquecer-se a natureza da mesma, de Convenção Quadro, cuja intenção é clarificar os *standards* mínimos e básicos deste ramo do DI, pelo que o nível de detalhe e o grau de proteção não serão nunca os mesmos presentes num instrumento regional ou bilateral. O objetivo deste Tratado é um só: orientar os Estados na negociação de acordos sobre cursos de água específicos.

Pois muito bem, dezasseis anos após a sua adoção, a Convenção não obteve o número necessário de instrumentos de ratificação e adesão que permitam a sua entrada em vigor.¹²² As razões para esta relutância estatal transcendem o objeto do nosso trabalho. Importa, porém, realmente, ter presente que as divergências sobre a relação entre o PUER e a obrigação de não causar danos serão uma razão de relevo.¹²³ Contudo, se bem virmos, o sucesso da Convenção não dependerá da sua entrada em vigor uma vez que a sua influência advém da sua utilização como padrão ou guia.¹²⁴

3.3. As Regras de Berlim

A necessidade de repensar profundamente o regime jurídico dos usos dos cursos de água internacionais em anos recentes determinou a adoção, por parte da ADI, destas regras, aprovadas pelo respetivo órgão plenário em 21 de Agosto de 2004. A sua importância deve-

equidade e razoabilidade? Não cremos. Existe, isso sim, uma obrigação de *due diligence* ou de melhores esforços (*best efforts*), dentro das circunstâncias.

¹²¹ Argumentando que esta obrigação, contida no artigo 20.º da Convenção, de proteção do ambiente, não é uma obrigação absoluta mas, antes, uma de *due diligence*, S. MCCAFFREY, “The contribution of the UN Convention ...”, cit., p. 256.

¹²² Nos termos do artigo 36.º, a entrada em vigor da Convenção requer a ratificação, aprovação ou adesão de 35 países. Até 2013, apenas 30 países o fizeram.

¹²³ Em geral, os ribeirinhos superiores (*upper riparians*) favorecem o PUER por lhes conceder uma ampla margem de manobra no desenvolvimento de atividades que possam ter impactos para os ribeirinhos inferiores (*lower riparians*). Pelo contrário, os ribeirinhos inferiores apoiam a regra do “no-harm” por proteger usos já existentes contra os impactos das atividades dos ribeirinhos superiores. Cfr. S. M. A. SALMAN, “The Helsinki Rules, the UN Watercourses...”, cit., p. 633.

¹²⁴ Mesmo a China, que em 1997 votou contra a Convenção, celebrou em 2001 um acordo com o Cazaquistão sobre a Cooperação no Uso e Proteção de Rios Transnacionais baseado naquela. Cfr. A. RIEU-CLARKE e F. LOURES, “Still not in force: Should States support the 1997 UN Watercourse Convention?”, *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 18, 2, 2009, p. 185 e ss..

se ao facto de se tratar de uma expressão do estado da arte, das boas práticas nesta matéria,¹²⁵ proveniente de um grupo dos mais reputados peritos no domínio, afirmando-se como uma espécie de padrão do Direito do presente-futuro.

Relativamente às Regras de Helsínquia e à CNU, destacam-se alguns progressos normativos: (i) desde logo a adoção do princípio da gestão conjuntiva ao integrar águas internas e internacionais, a gestão da água com demais elementos e a criação de um regime específico para águas subterrâneas¹²⁶ (artigos 5.º, 6.º e 36.º); (ii) como particular novidade, consagra-se, no Capítulo IV, um direito de acesso à água dando mais um passo na assunção da água como um direito humano internacional. Ainda, no conspecto de direitos consagrados no mesmo capítulo, reconhece-se o direito de acesso a informação, de educação, de participação em procedimentos decisórios e de acionamento de remédios, administrativos e jurisdicionais; (iii) o ambiente e a sua proteção, regulados no capítulo V, revelam uma opção de *amizade ambiental*¹²⁷ que explica as referências aos caudais ecológicos (art. 24.º), as normas sobre a prevenção de introdução de espécies alienígenas (art. 25.º), sobre as substâncias perigosas (art. 26.º) e sobre a poluição (art. 27.º); (iv) é também essa opção que anima a introdução, no Capítulo VI, da Avaliação de Impacte Ambiental (doravante AIA) (art. 29.º) e a menção expressa ao princípio da precaução (*qua tale* sem referência expressa na CNU) no artigo 23.º; (v) no que tange aos deveres processuais, regulado no Capítulo XI, a grande novidade é a previsão de um dever de coordenação e harmonização de ações nacionais e internacionais (art. 62.º) e representação institucional (art. 64.º) promovendo-se a instauração de instituições de gestão conjunta, agora com uma clareza e alcance que transcendem a do artigo 8.º da CNU; (vi) quanto aos deveres materiais, o comentário ao artigo 12.º confirma que “hoje o PUER é básico para a gestão das águas de cursos de água internacionais” e, mais importante, o elenco dos fatores determinantes de uma utilização equitativa e razoável compreende referências mais cuidadas a fatores naturais e a opções amigas do ambiente. Por seu turno, o artigo 12.º utilizando a expressão “having due regard” parece apontar para um *aller de concert*, para uma concordância prática, entre os

¹²⁵ Estas regras representam uma “compreensiva revisão das Regras de Helsínquia” e pretendem “providenciar uma afirmação clara e coerente do costume aplicável às águas de bacias de drenagem internacionais” e “assumir o desenvolvimento progressivo do direito necessário a dar resposta aos problemas globais de gestão da água no século vinte e um”. Cfr. ADI, Regras de Berlim sobre o Direito dos Recursos Aquíferos, 2004, disponível on-line em http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf, consultado no dia 4 de janeiro de 2013.

¹²⁶ As eternas esquecidas da disciplina da gestão das águas e da prática interestadual apesar de representarem 97% das águas doces do Planeta. Um avanço que lembra aquele que, no quadro comunitário europeu, é traçado pela Diretiva-Quadro da Água.

¹²⁷ A expressão é de P. CANELAS DE CASTRO, “Mudanças de Paradigmas no Direito Internacional ...”, cit., p. 131.

dois princípios centrais do regime: o da equidade e o do não dano, dissipando dúvidas interpretativas que alguma Doutrina avança e das quais trataremos; (vii) registam-se ainda dois progressos, um constituído pela integração das Regras do Direito Internacional dos conflitos armados respeitantes à água (capítulo X) e do regime particular da navegação (capítulo XII-XIV).

A Doutrina vê nestas regras um padrão merecedor de atenção que aponta para um progresso científico, mais concretamente, para aquilo que KUHN desinga por “transição de paradigmas” ou “revolução científica” que traz consigo novas ideias, conceitos, crenças e valores dando relevo à questão ambiental, apelando à necessidade de soluções procedimentais e institucionais, assumindo a complexidade da Natureza e das soluções que a mesma exige.¹²⁸

3.4. O Projeto de Artigos sobre Direito dos Aquíferos Transnacionais¹²⁹

Em 2008, a CDI finalizou um projeto de 19 artigos sobre aquíferos transnacionais¹³⁰ e sujeitou-os à discussão no seio da Assembleia Geral.¹³¹ Discussão essa que, sendo incluída na agenda da 66ª Sessão daquela Assembleia, realizada nos dias 18 de outubro e 9 de novembro, foi adiada para a agenda da 68ª Sessão a ocorrer ainda este ano.¹³² Uma vez que o impacto do arrazoadado de artigos ainda está por determinar,¹³³ cumpre, ainda assim, alertar para uma sobreposição¹³⁴ relativamente à Convenção e para a inclusão de uma disposição, no artigo 3.º, digamos, “perigosa” e sem paralelo naquela, para a evolução deste ramo do DI. Efetivamente, ali se pretende reintroduzir o conceito de soberania territorial sobre a porção

¹²⁸ P. CANELAS DE CASTRO, “Mudanças de Paradigmas no Direito Internacional ...”, cit., p. 136.

¹²⁹ CDI, “Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers”, *British Yearbook of International Law Commission*, 2008, Vol. II, Parte II, também disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/8_5_2008.pdf, consultado no dia 23 de março de 2013.

¹³⁰ Disponível on-line em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/8_5_2008.pdf, consultado no dia 23 de Março de 2013.

¹³¹ Na origem deste estudo está um vácuo jurídico, na Convenção, na regulamentação das águas subterrâneas que não estão hidrológicamente conectadas com as águas da superfície. Sobre a questão, S. MCCAFFREY, “The International Law Commission’s flawed Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers: the way forward”, *Water International*, Vol. 36, n.º 5, 2011, p. 567.

¹³² Quanto ao destino desta proposta, cremos que será semelhante ao do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Estatal de 2001 (“Responsabilidade do Estado pela prática de Atos Ilícitos”) que nunca serviram de base para a negociação de uma nova convenção.

¹³³ Por esta razão não estudamos em detalhe o texto proposto.

¹³⁴ Esta sobreposição resulta das diferenças ao nível das obrigações substantivas nos dois instrumentos.

do aquífero no território de um ribeirão.¹³⁵ Conforme vimos, a própria evolução do DI compromete esta proposta: um Estado nunca poderá ter a propriedade exclusiva num recurso que é, por natureza e pela Natureza, partilhado com outro Estado.¹³⁶

3.5. Convenções Regionais

No âmbito das convenções regionais, a *Convenção sobre a Avaliação do Impacte Ambiental num Contexto Transfronteiras* (Convenção Espoo)¹³⁷ visa promover a cooperação entre Estados cujas condições ambientais, culturais e socioeconómicas sejam suscetíveis de ser afetadas por atividades de outro Estado. Entrou em vigor em Setembro de 1997, tendo sido ratificada por Espanha e aprovada por Portugal.¹³⁸ Esta Convenção baseia-se no princípio de que os Estados se comprometem a avaliar qualquer atividade que seja suscetível de causar impactes transfronteiras a outro Estado com vista à prevenção, redução e controlo. O n.º 8, do art. 1.º, define “impacte transfronteiriço” como “qualquer impacte, que a atividade proposta é suscetível de exercer dentro dos limites de uma zona abrangida pela jurisdição de uma Parte e cuja origem física se situa, no todo ou em parte, dentro da zona abrangida pela jurisdição de outra Parte”. A Convenção prevê ainda o direito de participação do público nos processos pertinentes de avaliação dos impactes ambientais das atividades propostas (art. 2.º, n.º 6) e estabelece a obrigação de notificação (art. 3.º), consulta (art. 5.º) e cooperação (art. 8.º) entre os Estados.

Em 1992, em Helsínquia, foi adotada a *Convenção sobre a Proteção e Utilização dos Cursos de Água Transfronteiriços e dos Lagos Internacionais* (Convenção de Helsínquia), a qual foi sujeita a ratificação por Portugal em Dezembro de 1994.¹³⁹ Apesar das críticas apontadas à respetiva formulação da responsabilidade do Estado, aquela Convenção reflete a ideia de que as regras internacionais só podem ser formuladas a um elevado nível de generalidade e que a cooperação regional constitui a forma mais eficiente de gestão dos cursos de água

¹³⁵ Vide S. MCCAFFREY e K. NEVILLE, “The politics of sharing water: international law, sovereignty, and transboundary rivers and aquifers, in K. Wegerich e J. Warner (eds.), *The politics of water: a survey*, Londres/Nova Iorque, Routledge, 2010, p. 18-44.

¹³⁶ Uma das vozes com mais peso na matéria propõe a exclusão daquele “princípio geral” do projeto de artigos. Vide S. MCCAFFREY, “The International Law Commission’s ...”, cit., p. 571.

¹³⁷ Adotada em Espoo (Finlândia), à sombra da Comissão Económica para a Europa das Nações Unidas (CEE-ONU), em 25 de Fevereiro de 1991.

¹³⁸ Decreto n.º 59/99 de 17 de Dezembro de 1999.

¹³⁹ Foi adotada em Helsínquia, também sobre os auspícios da CEE-ONU, em Março de 1992, tendo entrado em vigor em Outubro de 1996.

internacionais. O seu objetivo é proteger o ambiente através da “prevenção, controlo e redução do impacte transfronteiriço” (art. 3.º) resultante da utilização de cursos de água internacionais.

CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO DA UTILIZAÇÃO EQUITATIVA E RAZOÁVEL DE UM CURSO DE ÁGUA INTERNACIONAL

0. A Equidade e a utilização equitativa e razoável

O nosso estudo ficaria incompleto sem uma brevíssima análise da função da equidade, ou “justiça do caso concreto”, no DI em primeiro lugar, na distribuição e alocação de recursos naturais partilhados em segundo e, finalmente, no PUER.¹⁴⁰

Sabemos que não existe uma definição consensual para equidade.¹⁴¹ Ainda assim, arriscamo-nos nesse terreno pantanoso partindo de BACELAR GOUVEIA que distingue claramente dois contextos nos quais a equidade, enquanto *critério de decisão* ou *esquema* que permite decidir sem recurso a um critério material, assume contornos de relevo: em primeiro lugar, o contexto referido no artigo 38.º, do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (ETIJ),¹⁴² e, em segundo, um outro, enquanto “equidade alternativa”,¹⁴³ quer por força de norma costumeira, quer por força de norma convencional.¹⁴⁴ Nesta segunda modalidade,

¹⁴⁰ Frequentemente utilizaremos a expressão “utilização equitativa” para nos referirmos ao PUER. A distinção entre “razoabilidade” e “equidade” foi esclarecida pela CDI, em 1994, servindo a primeira expressão para julgar a qualidade da utilização *per se* (a atividade, projeto e plano), enquanto que a segunda expressão aponta para a ideia de justiça do caso concreto, para a análise de fatores que transcendem o projeto em causa. Admitindo a confusão entre os dois conceitos, A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention ...cit.*, p. 108.

¹⁴¹ Certo é, porém, que, de acordo com o TIJ, a equidade, enquanto conceito legal, é uma emanação da ideia de Justiça. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 121.

¹⁴² Aqui, a equidade encaixa no n.º 1, al. c), daquele artigo e no n.º 2 do art. 38.º do ETIJ. Naquele n.º 1 enquanto Princípio Geral de Direito e, no n.º 2, prevê-se a possibilidade de o tribunal proferir uma decisão *ex aequo et bono* por acordo das Partes, isto é, segundo critérios de equidade, desempenhando nessa hipótese uma função complementar ou de “justiça corretiva”. Cfr. F. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional ...cit.*, p. 196; J. MACHADO, *Direito Internacional. Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª edição, 2006, p. 128.

¹⁴³ J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público. Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, Lisboa, Almedina, 2005, p. 170 e ss..

¹⁴⁴ Conforme veremos, no Direito do Mar, v.g., a delimitação dos espaços marítimos pode ser feita com recurso à equidade, tal como resulta do artigo 74.º, n.º 1, da Convenção de Montego Bay.

interessam-nos os ensinamentos do Direito do Mar,¹⁴⁵ com várias menções convencionadas¹⁴⁶ à equidade e à aplicação de princípios equitativos na delimitação dos recursos naturais partilhados. Por outro lado, este ramo do DI é riquíssimo em decisões jurisprudenciais relativas a esse assunto.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Certamente que os cursos de água internacionais têm características próprias sobretudo, geográficas e físicas pelo que não seria razoável aplicarmos diretamente as conclusões do TIJ, relativas à delimitação da plataforma continental e à determinação dos regimes de utilização dos cursos internacionais. Não obstante, há paralelismos e pontos em comum que não podemos ignorar entre aqueles e o território da plataforma continental ou, mais concretamente, entre os problemas que a utilização dos recursos naquelas duas situações colocam. Ademais, conforme observa HIGGINS, não é coincidência que é na área da alocação de recursos – o Direito do Mar e o dos cursos de água internacionais – que as referências às considerações de equidade são mais frequentes. *Vide* R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 229.

¹⁴⁶ Da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, aberta a assinaturas em Montego Bay, na Jamaica, a 10 de Dezembro de 1982, destacamos duas situações: a primeira, diz respeito à delimitação, quer da zona económica exclusiva quer da plataforma continental, entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente, regulada nos artigos 74.º, n.º 1, e 83.º, n.º 1, que se pretende uma “solução equitativa”; a segunda, é relativa aos direitos de participação dos Estados sem litoral (art. 69.º) e dos Estados geograficamente desfavorecidos (art. 70.º), “numa base equitativa”, nos recursos marinhos, *maxime*, das zonas económicas exclusivas dos Estados costeiros da mesma sub-região ou região e da Área (artigos 140.º e 148.º). Sucede que, os Estados incluídos nestas duas categorias não têm direito àqueles recursos com base nos critérios de soberania ou territorialidade pelo que, o único fundamento sólido para a reclamação desse direito é a equidade. A simples pertença, destes Estados, à comunidade internacional, serve de fundamento legal para o aproveitamento daqueles recursos marinhos. MCCAFFREY recorre a um paralelismo para sublinhar a atual e futura necessidade de um sistema semelhante, i. é., que possibilite uma partilha equitativa dos recursos de água doce do Planeta, especialmente para aquilo que ele intitula como “Estados hidrologicamente desfavorecidos” (*hydrologically disadvantaged states*). S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 173-174.

¹⁴⁷ A jurisprudência do TIJ reconheceu que o *core* do regime jurídico da delimitação das fronteiras marítimas e da distribuição de recursos haliêuticos reside na aplicação de critérios equitativos de modo a alcançar um resultado também ele equitativo. Na origem desta jurisprudência encontra-se a sentença do TIJ, proferida em 1969, relativamente ao caso da “Plataforma do Mar do Norte”, onde se viram envolvidos a Dinamarca e os Países Baixos por um lado, e a República Federal da Alemanha por outro. Outra decisão importante foi o caso da Plataforma Continental, entre a Tunísia e a Líbia, de 1982. Ali o TIJ entendeu que “o resultado da aplicação de princípios equitativos deve ser equitativo (...). É, todavia, o resultado que é predominante; os princípios são subordinados ao objetivo. A equidade de um princípio deverá ser avaliada à luz da sua utilidade para o propósito de alcançar um resultado equitativo. (...) Desta consideração segue-se que o termo “princípios equitativos” não pode ser interpretado em abstrato, refere-se aos princípios e regras apropriados de modo a alcançar um resultado equitativo” (itálicos nossos). É aquilo que TANZI e ARCARI designam por doutrina dos “princípios equitativos – resultados equitativos”. Num outro caso, da Jurisdição das Pescas, aquele tribunal sublinhou que os Estados em questão tinham uma obrigação de uso razoável, cujos contornos seriam determinados mediante negociações orientadas pelo princípio da boa-fé e cujo escopo seria um resultado equitativo. I. é., uma distribuição equitativa dos recursos haliêuticos baseada nos fatos do caso concreto. Cfr. Caso da *Plataforma Continental do Mar do Norte (República Federal da Alemanha/Dinamarca; República Federal da Alemanha/Holanda)*, decidido pelo TIJ, em 1969, disponível on-line em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=295&code=cs2&p1=3&p2=3&case=52&k=cc&p3=5>; Caso da *Plataforma Continental (Tunísia/Jamahiriyá Árabe Líbia)*, decidido pelo TIJ, em 1982, disponível on-line em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=330&code=tl&p1=3&p2=3&case=63&k=c4&p3=5>, consultado no dia 22 de janeiro de 2013, p. 37; Ver os casos da *Jurisdição de Pescas (Reino Unido vs. Islândia; República Federal Alemã vs. Islândia)*, decididos pelo Tribunal Internacional de Justiça, de 1974, disponíveis on-line em: <http://www.icj-cij.org>, consultado no dia 22 de janeiro de 2013; A. TANZI e M. ARCARI, *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses*, Kluwer Law International, The Hague/Boston, 2001, p. 98, 110 e ss.; Para uma

Apesar das dúvidas em torno do conceito de equidade decorrentes, sobretudo, da indeterminação terminológica,¹⁴⁸ de um ponto não temos dúvidas: a equidade é a estrela polar da distribuição de recursos naturais partilhados. A utilização daquela é praticamente obrigatória quando recursos naturais partilhados são submetidos a um *processo de racionamento* e de *justiça distributiva* pelos Estados. Estes casos requerem um *tempero* quando a repartição de bens e recursos ocorre num contexto em que um quase infinito número de variáveis geográficas, topográficas, económicas, políticas, estratégicas, demográficas e científicas se confundem. Neste panorama, normas muito precisas apenas podem ser usadas para atingir um resultado que conduzirá à indignação moral ou à *reductio ad absurdum* do Direito. Mas, a esta razão, acrescem outras: a um tempo, a rapidez do progresso tecnológico e científico requer que os sistemas legais possuam uma estrutura flexível adequada a esse progresso¹⁴⁹ e, a outro tempo, a equidade assume uma *função corretiva* já que as desigualdades entre países desenvolvidos e países em vias de desenvolvimento requerem que a igualdade formal entre Estados, perante a lei, se materialize.¹⁵⁰ Ainda hoje, “a própria igualdade é iníqua”.¹⁵¹

Nenhuma dúvida temos, tal como HIGGINS,¹⁵² de que a equidade, por natureza, é um conceito abstrato, indeterminado, amplo e flexível que, enquanto critério de decisão, se operacionaliza como um esquema apto a considerar todas as circunstâncias relevantes do caso concreto.¹⁵³ As decisões do TIJ referidas consolidaram um *corpus* jurisprudencial de precedentes, no âmbito da partilha de recursos naturais, cujas soluções demonstram a

análise detalhada dos casos, W. FRIEDMANN, “The North Sea continental shelf cases: a critique”, *American Journal of International Law*, 64, p. 229-240.

¹⁴⁸ O TIJ parece enquadrar a equidade como Princípio Geral de Direito, no sentido da al. c), do n.º 1, do art. 38.º, como resulta de vários trechos dos dois casos relativos à Plataforma Continental. Porém, um segmento da Doutrina entende que o tratamento jurisprudencial que tem sido dado à equidade, neste assunto, não permite uma distinção entre aquela alínea e o n.º 2 do mesmo artigo. Ou melhor dizendo, a aplicação dos ditos “princípios equitativos” pressupõe a outorga de um genérico poder discricionário que lembra a ampla margem de manobra concedida por aquele n.º 2. Adiante veremos que, talvez, a equidade tenha adquirido uma nova função. I. BROWNLIE, *Principles of International Public Law*, Oxford University Press, 1979, p. 27 e O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 129.

¹⁴⁹ Vide T. M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon, Oxford, 1995, p. 56.

¹⁵⁰ FRANCK defende ainda que a equidade emerge como um meio de tutela dos interesses da biosfera. Cfr. T. M. FRANCK, *Fairness in ...*, cit., p. 79.

¹⁵¹ Em latim, “*ipsa aequalitas est iniqua*”, cfr. CÍCERO, *De Republica*, 1, 43, 6, *apud*, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – I, Parte Geral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 29.

¹⁵² Cfr. R. HIGGINS, *Problems and Process ...* cit., p. 221.

¹⁵³ O TIJ corroborou esta posição, no caso da Plataforma Continental, que opôs a Tunísia e a Líbia, considerando ser “virtualmente impossível alcançar uma solução equitativa para qualquer delimitação sem considerar as particulares circunstâncias da área”. Porém, levanta-se o problema dos limites aos fatores que devem integrar a formação do argumento da equidade. Vide O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 133 e 137 e V. LOWE, “The Role of Equity in International Law”, *Australian Yearbook of International Law*, n.º 12, 1989, p. 72.

utilidade da equidade enquanto *técnica* jurídica¹⁵⁴ e não apenas como mera exigência abstrata de Justiça. Posto isto, estamos de acordo com BRUHACS¹⁵⁵ quando refere que, com os recentes desenvolvimentos do DI manifestados, sobretudo, na jurisprudência do TIJ nos últimos 20 anos, a equidade recebeu uma *nova função* enquanto regra de delimitação e distribuição de recursos naturais partilhados.¹⁵⁶

Face ao exposto, o conceito pantanoso da equidade aparece-nos como um reservatório geral de ideias¹⁵⁷ e soluções apadrinhando, desse modo, a imprecisão e indeterminação legal incompatíveis com a certeza e segurança exigidas ao ordenamento jurídico.¹⁵⁸ Enquanto parte desse reservatório geral, o PUER não seria, pois, exceção.¹⁵⁹ Porém, não se julgue que esta indeterminação dá aso a um desorientado exercício discricionário. Nada de mais errado.

¹⁵⁴ Cfr. J. BRUHÁCS, *The Law of non navigational uses of international watercourses*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1993, p. 159.

¹⁵⁵ J. BRUHACS, *The Law of ...*, cit., p. 160.

¹⁵⁶ Com esta nova função BRUHACS distancia-se dos tradicionais objetivos da equidade: *secundum legem* (a equidade atenua a aplicação do direito quando a aplicação estrita das normas jurídicas conduza a injustiças ou iniquidades); *praeter legem* (a equidade completa o direito aplicável) e *contra legem* (a equidade afasta o direito aplicável quando as Partes expressamente o prevejam). Cfr. F. Ferreira DE ALMEIDA, *Direito Internacional ...cit.*, p. 196 e O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 60.

¹⁵⁷ No domínio do DIA, a equidade intergeracional (*intergenerational equity*), talhada à luz da “posição original” de RAWLS, é outra concretização da equidade segundo a qual cada geração tem uma obrigação para com as gerações futuras de passar os recursos naturais e culturais do planeta numa condição que não seja pior àquela em que os receberam ao mesmo tempo que a geração do presente tem acesso razoável a esses recursos. Acresce que, no Princípio 7 da Declaração do Rio de 1992, vem consagrado o *Princípio da responsabilidade partilhada mas diferenciada* que, segundo cremos, também se trata de uma concretização da equidade no DI. Em extrema síntese, este princípio, não isento de controvérsias, permite concessões, *v.g.*, financeiras, temporais, aos países em vias de desenvolvimento quanto à implementação de certas obrigações convencionadas. Isto é assim, porquanto, como se percebe, o princípio deve ser entendido num certo *sentido histórico* que aponta para o facto de os Estados industrializados (Japão, Rússia, União Europeia) terem, ao longo do tempo, praticado ações desestabilizadoras do equilíbrio ambiental, cabendo a esses países a maior fatia da responsabilidade ambiental a nível internacional e devendo estes mesmos tomar as principais medidas para reverter os danos feitos, bem como para prevenir futuras agressões ao meio ambiente. Ora a atribuição da responsabilidade aos países em desenvolvimento, nos mesmos termos em que é atribuída aos países Industrializados, seria injusta. Cfr. E. BROWN WEISS, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Dobbs Ferry, NY, Transnational Publications, 1989, p. 37-38; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

¹⁵⁸ É essa a definição de GOLDIE para *equidade internacional*: “um compêndio de conceitos que promovem e implementam direitos, benefícios e satisfações validados pelo sentido de justiça da sociedade contemporânea” (tradução nossa). *Vide* L. F. E. GOLDIE, “Equity and the International Management of Transboundary Resources”, in A. Utton e L. Teclaff (eds), *Transboundary Resources Law*, Westview Press, London/Boulder, 1987, p. 103 e ss..

¹⁵⁹ É esta a crítica da Doutrina mais cética como BROWNLIE e SCOBIE: o PUER permite um processo de negociações à sombra do Direito. Cfr. I. BROWNLIE, “Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects)”, *Recueil des Cours*, vol. 162, I, 1979, p. 288 e I. SCOBIE, “Tom Franck’s Fairness”, *European Journal of International Law*, n. ° 13, 2003, p. 915. Apresentando algumas razões para explicar a relutância da CDI e da Assembleia Geral da ONU em apresentar normas substantivas claras e determinadas quanto ao PUER, *v.* O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 113.

Trata-se, isso sim, de uma imprecisão não só necessária¹⁶⁰ como também derivada da própria natureza das coisas¹⁶¹ e, conforme referiu o TIJ numa decisão já *supra* citada, de uma emanção da própria ideia de Justiça aplicada à distribuição de recursos naturais partilhados.¹⁶²

O PUER é, assim, um exemplo daquilo a que FRANCK designa por “equidade amplamente concebida” (*broadly conceived equity*) no qual a equidade, em si mesma, é a norma jurídica.¹⁶³ Por outro lado, reconhecemos que, de acordo com o PUER, já que se trata de determinar um regime de utilizações, o resultado desejado¹⁶⁴ seria um arranjo segundo o qual cada Estado estaria intitulado a uma quota razoável e equitativa dos usos do curso de água. E, pelo menos esse resultado, encontra-se claramente articulado em vários acordos internacionais.¹⁶⁵ Tão ou mais relevante é, porém, a forma de aplicar a equidade de modo a atingir este resultado, o que aparece, em todas as formulações do PUER, com contornos indeterminados. Pensemos, por exemplo, na CNU que coloca todos os usos (até mesmo os direitos pré-existentes) no mesmo plano (art. 10.º) afastando a superioridade deste ou daquele uso.¹⁶⁶ Por conseguinte, a determinação da equidade e razoabilidade das quotas estatais apenas pode ser alcançada com base em todos os fatores relevantes do caso concreto

¹⁶⁰ Sobre a flexibilidade inerente à equidade e à sua habilidade para permitir uma ampliação do âmbito de análise, LOWE observa que são estas características que fazem com que a equidade seja tão adequada a contextos em que há diferentes interesses conflitantes e não protegidos por direitos e deveres específicos. Esta ideia é ainda mais válida para áreas em que o Direito ainda não se encontra muito desenvolvido, diz aquele Autor. E, em áreas relativas à partilha de recursos, é mais importante assegurar uma solução sustentável no futuro do que uma baseada numa vindicação estrita de direitos e deveres nascidos no passado. Cfr. V. LOWE, “The Role of Equity in ...”, cit., p. 73.

¹⁶¹ Cfr. J. LIPPER, *Equitable utilization ...*, cit., p. 41-42.

¹⁶² V. H.R. FABRI, “Règles coutumières générales et droit international fluvial”, *Annuaire Français de Droit International*, 1990, 36, 818-842; A. NOLKAEMPER, “The contribution of the ILC to international water law: does it reverse the flight from substance?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, 27, 1996, p. 39-73; E. HEY, “Sustainable use of shared water resources: the need for a paradigmatic shift in international watercourse law”, in G. H. Blake et al. (eds.), *The peaceful management of transboundary resources*, London/Dordrecht, Graham & Trotman/Nijhoff, 1995, p. 127-153.

¹⁶³ No inglês “equity is in itself a rule of law”. Neste caso, esta norma, a equidade, não atua como uma exceção mitigando uma aplicação injusta do direito mas, antes, é a própria norma a aplicar para determinar a distribuição de recursos. *Vide* I. SCOBIE, “Tom Franck’s ...”, cit., p. 913 e O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 77 e 128.

¹⁶⁴ De acordo com a doutrina dos “princípios equitativos – resultados equitativos” *supra* referida.

¹⁶⁵ Nos dois tratados (1906 e 1944) celebrados entre o México e os EUA; o acordo de 1959 sobre as Águas do Rio Nilo celebrado entre o Sudão e o Egito; o acordo sobre as Águas do Rio Hindu celebrado entre a Índia e o Paquistão, entre outros. Cfr. “Final Report of the Experts Group on Environmental Law on Legal Principles of Environmental Protection and Sustainable Development”, in R. D. Munro e J. G. Lammers, *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Graham & Trotman, Londres, 1987, p. 73.

¹⁶⁶ Com a exceção, apenas, dos usos essenciais às necessidades humanas mais básicas nos termos do art. 10.º, n.º 2.

pois, *prima facie*, não há uma prioridade ou uma ordem de importância (art. 6.º, n.º 3).¹⁶⁷ Assim, a equidade, no âmbito do PUER, atua em duas fases distintas: primeiro, ao permitir a consideração de todos os fatores relevantes (e.g. geográficos, económicos, sociais, ambientais) e, segundo, na identificação de um resultado desejado.

Em todo o caso, conforme veremos, os últimos desenvolvimentos do DI apontam para uma *processualização*, a par e passo com a *institucionalização* do PUER, na qual a gestão comum desempenha um papel de relevo na implementação e aplicação práticas do princípio, com consequências positivas para a incerteza e insegurança jurídicas atribuídas àquele. Ainda, temos para nós que o PUER apenas poderá funcionar efetivamente enquanto processo ou, melhor, *técnica processual* determinada a alcançar um resultado equitativo, em cada caso concreto, em vez de fixar uma norma substantiva com conteúdo mais ou menos específico.¹⁶⁸ De resto, no contexto da partilha de recursos naturais, imperativo não é a determinação de uma repartição de direitos definitiva e “de uma vez por todas” mas, antes, o estabelecimento de um enquadramento elástico para a construção de uma relação contínua, duradoura e amigável entre as Partes.¹⁶⁹

1. Formulação do PUER e exposição do seu conteúdo

Nascida das decisões do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (doravante EUA),¹⁷⁰ relativas aos casos de repartição interestadual de águas, no início do século XX, a doutrina da utilização equitativa foi aplicada aos cursos de água internacionais sendo considerada o princípio fundamental da sua regulação.¹⁷¹ Impõe-se, *hic et nunc*, sublinhar a natureza deste princípio pois trata-se, sobretudo, de um instrumento de repartição (*apportionment*) e atribuição (*allocation*) dos usos das águas partilhadas entre Estados e, mais recentemente, de proteção dessas águas.¹⁷² Por isso mesmo, esta *norma costumeira*¹⁷³ é uma

¹⁶⁷ Adiante veremos que não é bem assim, havendo, hoje em dia, um segmento da Doutrina que atribui prioridade à proteção ambiental.

¹⁶⁸ Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 134 e ss..

¹⁶⁹ Vide V. LOWE, “The Role of Equity in...”, cit., p. 73.

¹⁷⁰ Para uma análise e comentários a estas decisões, cfr. S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 324 e ss..

¹⁷¹ Este estatuto de cânone foi definitivamente confirmado pela decisão do Tribunal Internacional de Justiça no caso relativo ao projecto Gabcikovo-Nagymaros, pela Comissão de Direito Internacional (CDI) no Comentário ao Artigo 5.º dos Draft Articles de 1994 e pela Associação de Direito Internacional (ADI) no Comentário ao Artigo 12.º, das Regras de Berlim, de 2004. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 1.

¹⁷² Conforme veremos, a dimensão ambiental do PUER tem vindo a ser destacada. No caso Pulp Mills, o TIJ entendeu que este princípio requer um balanço entre os direitos dos Estados e as respetivas necessidades

ferramenta fundamental no processo de reconciliação e ajustamento de interesses dos Estados ribeirinhos titulados por direitos iguais.

Da exposição resultará o nosso entendimento do PUER enquanto *método*, ou mesmo *processo*, em constante evolução, com uma estrutura complexa que conjuga normas substantivas e processuais,¹⁷⁴ que funcionam numa lógica de interdependência pela qual as segundas facilitam a aplicação e cumprimento das primeiras. Assim, o princípio serve *duas funções*: em primeiro lugar, estabelece o objetivo a ser alcançado (uso equitativo e razoável) e, em segundo lugar, serve uma importante função operacional, ao nível processual, requerendo que todos os fatores e circunstâncias relevantes (naturais e socioeconómicas) sejam tidos em consideração no processo de comparação de necessidades e usos propostos, na determinação do que é legítimo.¹⁷⁵

1.1. Aspetos fundamentais

1.1.1. Fundamento jurídico e função do PUER

O ponto de partida para a análise do conceito de utilização equitativa é o de *igualdade de direitos*¹⁷⁶ derivado do princípio basilar de DI da igualdade das soberanias, presente no artigo 2.º, n.º 1, da Carta das Nações Unidas embebido, ainda, da tese da soberania territorial limitada.¹⁷⁷ Aliás, isto mesmo foi confirmado pelo Tribunal Permanente de Justiça

económicas e comerciais, com a obrigação de proteger o curso de água de qualquer dano ambiental que lhe possa ser causado por essas atividades. Cfr. S. MCCAFFREY, *The law of international ...*, cit., p. 325; O. MCINTYRE, “The World Court’s ongoing contribution to international water law: The Pulp Mills Case between Argentina and Uruguay”, *Water Alternatives*, n.º 4, 2011, p. 132.

¹⁷³ Não temos dúvida quanto a natureza do princípio reunindo os dois elementos constitutivos (material e subjetivo) da norma costumeira. Cfr. S. MCCAFFREY, “The contribution of the UN Convention ...”, cit., p. 259.

¹⁷⁴ T. FRANCK refere-se ao PUER como sendo um conceito com várias camadas de complexidade (*multi-layered complexity*). V. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 77.

¹⁷⁵ Cfr. A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention ...*, cit., p. 105.

¹⁷⁶ *In casu*, iguais direitos de utilização do curso de água internacional.

¹⁷⁷ MCCAFFREY encontra os fundamentos políticos e filosóficos do princípio da utilização equitativa numa decisão do Supremo Tribunal de Justiça (de ora em diante designado STJ) dos EUA, de 1931, que opôs o Estado de Nova Jersey ao de Nova Iorque. Segundo aquele Autor, nessa decisão, o tribunal rejeita tanto a teoria da soberania territorial absoluta como a da integridade territorial absoluta reconhecendo que ambos os Estados têm interesses legítimos a ser conciliados da melhor forma possível. O objeto dessa conciliação é, assim, o de assegurar uma repartição equitativa entre soberanias com igualdade de direitos. S. MCCAFFREY, *Second report on the law of the non navigational uses of international watercourses*, 1986, p. 131, para. 172, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_3.htm, consultado no dia 10 de janeiro de 2013; S. MCCAFFREY, *The law of international ...*, cit., p. 326. A jurisprudência do STJ, dirigida a unidades quase soberanas de um Estado

Internacional, no caso da Jurisdição territorial da Comissão Internacional do Rio Oder e, mais recentemente, pelo TIJ, no caso Gabčíkovo-Nagymaros,¹⁷⁸ numa passagem que refere a existência de um “direito legal comum cujos traços essenciais são a perfeita igualdade de todos os Estados ribeirinhos no uso da totalidade do curso do rio e a exclusão de qualquer privilégio preferencial (...)”. Ademais, do reconhecimento da igualdade de direitos deduzimos a consideração de que, no exercício da soberania territorial, nenhum Estado tem o poder de tornar impossível o exercício da mesma prerrogativa por outros Estados pelo que, conseqüentemente, a liberdade de um Estado de utilizar recursos hídricos comuns, encontrará um limite no respeito das prerrogativas pares dos seus co-ribeirinhos. Neste sentido, MCCAFFREY propõe a ideia de *correlação* em lugar da de igualdade.¹⁷⁹ Assim, LIPPER explica que este princípio implica que todos os Estados ribeirinhos gozem de igualdade de direitos no uso de um curso de água partilhado de modo a que, o direito de utilização de cada um, respeite e esteja coordenado com os direitos correlativos dos outros Estados ribeirinhos.¹⁸⁰

Mas será que reconhecer esta igualdade de direitos basta para resolver um problema que é de distribuição, repartição e proteção de recursos naturais? Não cremos. É, conforme dissemos, apenas o essencialíssimo *ponto de partida* pois significa que nenhum Estado ribeirinho tem uma reivindicação (*rectius*, um direito) superior ao de outro Estado.

A verdade é que, esta igualdade de direitos, não compele a uma repartição em quantidades iguais, do volume das águas partilhadas.¹⁸¹ *Making a long story short*, igualdade não é sinónimo de equidade, nem mesmo de Justiça.¹⁸² Ou – o mesmo é dizer – utilização equitativa não é mesmo que utilização igual.¹⁸³ Antes, segundo ensina MCCAFFREY,¹⁸⁴ cada

federal, é, conforme veremos, útil para o nosso estudo pois assenta em noções de igualdade da soberania de Estados independentes.

¹⁷⁸ Mais à frente iremos analisar em detalhe esta decisão do TIJ.

¹⁷⁹ S. MCCAFFREY, *Second report ...*, cit., p. 131, para. 172.

¹⁸⁰ Sobre o princípio da igualdade entre ribeirinhos v. o já referido caso sobre a jurisdição internacional da Comissão Internacional do Rio Oder e o caso do Lago Lanoux. Cfr. C.A.R. ROBB (ed.), *International Environmental Law Reports, Volume 1: Early Decisions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 146 a 156 e J. LIPPER, *Equitable utilisation ...* cit., p. 44-45.

¹⁸¹ É, historicamente, este o entendimento desde uma das primeiras formulações do princípio, no artigo 3.º da Resolução dedicada aos usos das águas internacionais não marítimas, adotada em Salzburgo, em 1961, pelo Instituto de Direito Internacional. Cfr. J. ANDRASSY, *Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation)*, Rapport provisoire et rapport définitive, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1, 1959, p. 258-262.

¹⁸² L. CAFLISCH, *Règles générales ...*, cit., p. 149.

¹⁸³ Um exemplo de utilização equitativa que não é igual encontra-se no acordo celebrado entre a Índia e o Bangladesh, sobre o Rio Ganges (12 de Dezembro de 1996), e o acordo celebrado entre aquele país e o Nepal sobre o Rio Mahakali (12 de Fevereiro de 1996). Nos dois casos a Índia, de longe e por ser o Estado com mais população e, também, geograficamente maior, beneficia de um maior volume de água. Cfr. S. M. A. SALMAN e

Estado ribeirinho tem direito a uma parcela *equitativa* dos usos e benefícios do curso de água internacional. O desafio é, pois, a reconciliação daqueles direitos iguais através da determinação da medida de cada uma dessas parcelas – é esse o papel do PUER.

Por mor do que acaba de ser dito, este princípio, no qual vai ínsita a noção de equidade, assume uma função de *correção* perante a rigidez e, se nos é permitido, o miopismo, da igualdade de direitos. Na verdade, uma repartição dos usos e benefícios dos cursos de água internacionais, orientada pela igualdade *de per se* parece, se aplicada em geral, inadequada para a resolução da maioria das situações, cada uma delas marcada pelas exigências e necessidades de cada Estado em particular, que, seguramente, variam, por exemplo, em função do grau de desenvolvimento, da posição geográfica, da densidade populacional. O mandato da equidade impõe uma análise casuística e situacional produzindo, desse modo, uma *individualização* do princípio da igualdade dos direitos dos Estados ribeirinhos, adaptando-o às exigências da situação concreta e restabelecendo o equilíbrio entre duas situações materialmente diferentes.¹⁸⁵

Em consequência do que ficou dito, o conceito de utilização equitativa é marcado por uma *flexibilidade* temporal e geográfica pois, aquilo que representa uma partilha equitativa num dado momento e num dado lugar modificar-se-á com a alteração das circunstâncias e das latitudes.¹⁸⁶ De resto, bem se compreende que uma solução baseada na consideração das circunstâncias do caso concreto, derivada de uma ponderação dos benefícios/prejuízos inerentes a cada projeto de utilização, não se pretende definitivamente válida e normativamente determinada¹⁸⁷: a lógica própria do mecanismo estabelece que uma mudança relevante das circunstâncias corresponda a um reequilíbrio dos interesses em jogo.¹⁸⁸ É por

K. UPRETY, “Hydro-Politics in South Asia: A Comparative Analysis of the Mahakali and Ganges Treaty”, *Natural Resources Journal*, 39, 1999, p. 295.

¹⁸⁴ S. MCCAFFREY, *The law of international ...*, cit., p. 331.

¹⁸⁵ Segundo C. DE VISSCHER, este é o objecto “(...) de uma igualdade que responde à equidade”. Cfr. *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pedone, 1972, p. 7; J. LIPPER, *Equitable utilization ...*, cit., p. 44.

¹⁸⁶ Aliás, a rejeição de uma regra rígida e absoluta resulta das discussões da Assembleia Geral, durante a sua 46.^a Sessão. Cfr. Topical Summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its Forty-Sixth Session, UN Doc. A/CN.4/L.469, 1992, para. 18.

¹⁸⁷ Quem o diz é O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 52.

¹⁸⁸ Este entendimento foi bem explicado na primeira decisão do STJ dos EUA, relativa à repartição equitativa de um rio partilhado, que opôs o Kansas ao Colorado, em 1907. Em síntese, o Kansas, ribeirinho a jusante e utilizador prévio, pretendia responsabilizar o Colorado, ribeirinho a montante, pelos efeitos decorrentes dos desvios do rio Arkansas. O Tribunal entendeu que o Kansas não tinha direito à sua reivindicação comparando a medida do prejuízo para aquele Estado com “(...) o grande benefício que obviamente tinha resultado (...) ao Colorado” e determinou que “(...) a igualdade de direito e equidade entre os dois Estados proíbe qualquer interferência com a presente retirada de água no Colorado para fins de irrigação”. Mas, acrescentou o Tribunal, “se a retirada das águas do rio pelo Estado do Colorado continuar a aumentar, chegará a altura em que o Kansas poderá

esta razão que MCCAFFREY explica que a utilização equitativa será melhor entendida enquanto *processo* ou método dinâmico e não como uma espécie de “estado das coisas” (*state of affairs*) estático¹⁸⁹ ou como uma *regra normativamente determinada* (*normatively determinative rule*)¹⁹⁰ reconhecendo, deste modo, a importância de reanalisar o resultado de determinada aplicação do PUER, à medida que o tempo passa e sempre que as circunstâncias se alteram.¹⁹¹ A observação de QUENTIN-BAXTER não podia ser mais adequada: “é uma característica do mundo moderno (...) que a resolução de disputas entre os Estados orientar-se-á, cada vez mais, pelo ajustamento de interesses em conflito do que pela imposição e aplicação de regras proibitivas”.¹⁹²

1.1.2. Aplicação do PUER

Expostos os fundamento e finalidade do PUER surge, então, a questão de saber de que forma a sua aplicação determinará, em concreto, a extensão e medida dos direitos dos ribeirinhos na utilização de um curso de água internacional. Considerando a paridade dos direitos de utilização dos ribeirinhos e, por conseguinte, a ausência de qualquer espécie de prioridade de um face a outro, o funcionamento do princípio em exame implica um juízo informado destinado a (i) examinar as necessidades económicas e sociais dos ribeirinhos pela análise objetiva dos vários fatores e interesses em conflito; (ii) distribuir os usos e os recursos aquíferos entre os ribeirinhos de modo a prover a máxima satisfação das suas necessidades com a mesma medida de benefícios e, ainda, com o mínimo detrimento para cada um.¹⁹³

No caso de a *quantidade* ou *qualidade* da água de um curso de água internacional ser insuficiente para satisfazer as necessidades de todos os ribeirinhos – i.é., existe um conflito de usos¹⁹⁴ – a aplicação do princípio segue uma estratégia de duas fases, primeiro aferindo-se

justamente dizer que já não existe uma divisão equitativa de benefícios, e poderá, com direito, exigir justiça contra a ação do Colorado” (itálicos nossos). Cfr. U.S. Supreme Court, *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46, 1907, p. 104, disponível online em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/206/46/>, consultado no dia 29 de janeiro de 2013.

¹⁸⁹ Vide S. MCCAFFREY, *The law of international ...*, cit., p. 343.

¹⁹⁰ Esta ideia foi reforçada pela decisão do TIJ relativamente ao caso das fábricas de celulose que opôs a Argentina ao Uruguai no que respeita ao Rio Uruguai. Adiante faremos a sua análise.

¹⁹¹ A este propósito, nas considerações Francesas aquando da aprovação da Convenção de Helsínquia, aquele país demarcou-se de um entendimento normativo e fixo do PUER e declarou que qualquer referência ao conceito de utilização equitativa e razoável ilustra um *princípio de cooperação* entre as Partes. Cfr. Declaração Francesa de 14 de Agosto de 1998, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Status as at April 1999*, 1999, p. 897 e O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 80.

¹⁹² Vide R. Q. QUENTIN-Baxter, Second Report on International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law, *Yearbook of International Law*, Vol. 2, Pt.1, p. 115, para. 54 citando as decisões relativas ao Direito do Mar já *supra* mencionadas.

¹⁹³ Com outras palavras cfr. artigo 5.º da CNU e J. LIPPER, *Equitable utilization ...*, cit., p. 45.

¹⁹⁴ Cfr. A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention ...*, cit., p. 109.

a razoabilidade do uso¹⁹⁵ e, em segundo, há que reconciliar, com base na equidade, os usos razoáveis em conflito.¹⁹⁶ Sem prazo de respiro, convirá agora e uma vez que a aplicação do princípio depende, sobretudo, da consideração de vários fatores,¹⁹⁷ explicar quais são, afinal, esses fatores, destacando os dois aspetos mais importantes: por um lado a proteção do DI aos usos prévios e, por outro, o lugar do elemento dano neste processo de reajustamento de interesses que conduz a uma utilização equitativa e razoável.

1.1.2.1. A ponderação de fatores

A repartição dos usos de um curso de água internacional dependerá de um processo casuístico de ponderação de *todos* os fatores relevantes, relativos a um determinado curso de água, excluindo-se qualquer hierarquização entre os mesmos.¹⁹⁸ Sabendo que não é, pois,

¹⁹⁵ Exemplificando, o Estado A (país em desenvolvimento e a montante) e o Estado B (país a jusante) partilham um curso de água internacional. O primeiro pretende desviar água daquele curso para irrigar os seus canais e informa B do seu plano. Na notificação diz-se que o desvio não é significativo ainda que com enormes benefícios para a segurança alimentar das populações de A. Na resposta, B, preocupado com a cedência como criação de um precedente e com receio de que aquele projeto venha a interferir com os seus planos de expansão turística ao longo do Rio, argumenta que, em vez de desperdiçar mais água nos seus velhos canais de irrigação, A devia insistir num sistema moderno de irrigação ou, então, adquirir os alimentos necessários a B. O requisito da razoabilidade não impõe a utilização das melhores tecnológicas possíveis (no caso de irrigação) mas, antes, segue a contemporânea conceção de racionalidade que toma em conta os fatores específicos do país – e.g. estado de desenvolvimento. Pressupondo que a utilização planeada será, provavelmente, sustentável, o uso será considerado razoável.

¹⁹⁶ Depois de dado como razoável, o uso proposto passa pelo crivo da equidade. Também aqui o argumento de B não colhe já que, comparando os seus planos com os de A, dificilmente a utilização do curso para o desenvolvimento de turismo se posiciona acima das necessidades de irrigação agrícolas de A. Um exemplo bem detalhado, em Cfr. A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention ...*, cit., p. 114.

¹⁹⁷ As formulações, quer codificadas, quer convencionadas, do PUER incluem uma lista indicativa e não exaustiva de fatores relevantes na determinação de um regime de utilizações equitativo. Cfr. em particular, art. 6.º, n.º 1, da CNU; o art. V (2) das Regras de Helsínquia e o art. 13.º das Regras de Berlim.

¹⁹⁸ Todos os instrumentos internacionais sobre esta matéria enfatizam a ausência de hierarquia entre os fatores (art. V (3) das Regras de Helsínquia e o art. 6.º, n.º 3, da CNU) e, por outro lado, convém recordar que a proposta do Grupo de Trabalho da Assembleia Geral da Delegação Finlandesa, de introdução de uma cláusula geral, no art. 6.º, a prescrever que o valor relativo a dar a cada fator fosse determinado em função dos objetivos do desenvolvimento sustentável do curso de água como um todo, tendo em particular consideração, ainda, as necessidades vitais humanas e a dependência da população daquele curso de água, foi firmemente rejeitada. Contudo, ainda que o art. 10.º, da CNU, e o art. VI, das Regras de Helsínquia, prescrevam a inexistência de prioridade nos usos – na ausência de um acordo ou um costume em contrário –, resulta da Doutrina, da Jurisprudência e da prática estatal uma tendência segundo a qual a utilização da água para beber e para outras finalidades domésticas – segundo a SADC (Southern African Development Community) “usos domésticos” englobam: cozinhar, beber, tomar banho, saneamento e armazenamento de água –, por parte da população do ribeirinho, goza de prioridade. Ou, pelo menos, de uma “prioridade presumida” sobre os demais fatores (TANZI e ARCARI). Esta ideia é reforçada pelo art. 10.º, n.º 2, da CNU, estabelecendo uma especial consideração a dar às necessidades humanas vitais (i.e., assegurar água potável para sustentar a vida humana, incluindo água para consumo e para assegurar a produção de alimentos de modo a prevenir a fome) e, mais

possível estabelecer uma escala de prioridades absoluta – porque estas variam de caso para caso – os fatores servem para estabelecer essas prioridades caso a caso.

Quanto ao primeiro ponto que nos propomos analisar, desde logo afastamos a máxima “prévio no tempo, prévio no direito” subjacente à *teoria da apropriação prévia*,¹⁹⁹ pelo que a prioridade do uso já existente terá que ser analisada lado a lado com outros fatores.²⁰⁰ Não obstante, dificuldades de não pequena monta surgem quando uma outra dúvida se ilumina: em que medida os usos “prévios” ou “históricos” são, ou foram, protegidos pelo DI? ²⁰¹ A resposta a este quesito começa, desde logo, pela rejeição dos dois extremos de possibilidades, tanto de proteção absoluta, como da negação de qualquer proteção, o que nos leva a abraçar um *tertium genus* entre as duas.

No que toca à primeira, nega qualquer consideração quanto à viabilidade e mérito de um uso potencial,²⁰² de outros Estados ribeirinhos, ou quanto à utilização sustentável e

recentemente, pelo art. 14.º, das Regras de Berlim. Claramente, estes preceitos refletem a emergência, no DI, de um direito humano de acesso à água, intrinsecamente ligado à satisfação das tais necessidades humanas vitais, consagrado no art. 17.º das Regras de Berlim. Cfr. J. LIPPER, *Equitable utilization ...*, cit., p. 60 e 62, O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 16 e ss. e A. TANZI e M. ARCARI, *The United Nations Convention on ...*, cit., p. 125.

¹⁹⁹ Defendida por E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, “International Legal Rules Governing the Use of Waters of International Watercourses”, *Inter-American Law Review*, n.º 2, 1960, p. 335 e R.K. BASTONE, “The Utilization of the Nile Waters”, *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 8, 1959, p. 529. Um resumo da teoria em O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 168.

²⁰⁰ Ensina CAFLISCH que “(...) os princípios equitativos, com efeito, não privilegiam necessariamente, e sempre, o primeiro a chegar”. *Vide* L. CAFLISCH, *Règles générales ...*, cit., p. 159. Esta tese da apropriação prévia é fartamente questionada e debatida na jurisprudência do STJ dos EUA com destaque para uma decisão de 1945 relativa à repartição da água do Rio North Platte entre o Nebraska (situado a jusante do curso de água) e o Wyoming e Colorado (situados a montante). Em síntese, o Nebraska veio requerer ao tribunal uma decisão que impedisse os dois ribeirinhos superiores de procederem a desvios lesivos dos seus direitos, e que simultaneamente estabelecesse, partindo do princípio da prioridade de utilização, os critérios de uma repartição justa dos recursos hídricos comuns. O tribunal respondeu que, para que fosse alcançada uma distribuição justa e equitativa, não seria possível uma adesão estrita à regra da prioridade uma vez que todos os fatores relevantes devem ser considerados para “(...) alcançar o delicado ajuste de interesses que deve ser feito”. A decisão encontra-se on-line em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/325/589/>, consultado no dia 28 de janeiro de 2013.

²⁰¹ Imagine-se uma população indígena extremamente dependente de um determinado curso de água cujas utilizações estão em discussão pelos vários ribeirinhos. *Quid Iuris?* A título de exemplo, o Egito, enquanto Estado que depende do Nilo há milénios, defendeu, aquando do problema de repartição das águas daquele rio com o Sudão, para efeitos de irrigação, em notas diplomáticas, que possuía “direitos históricos e naturais”, ou “direitos adquiridos”, quanto às suas águas. *Vide* a troca de notas entre o Reino Unido – a atuar em representação do Sudão – e o Egito em relação ao uso das águas do Rio Nilo para fins de irrigação, 7.5.1929, n.1, para. 2, anexo A. Legislative Texts, t. n. 7. p. 100, *League of Nations Treaty Series*, vol. 93, p. 45, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/reports/english/A_53_10.pdf, consultado no dia 18 de janeiro de 2013.

²⁰² É certo que, em termos práticos, sempre será mais fácil ou, pelo menos com mais certezas, quantificar os benefícios, impactos ambientais e ineficiências de uma atividade que já existe face a um projeto futuro inexistente. Isto é assim porquanto, os usos prévios são, por natureza, associados às necessidades económicas e sociais, bem como às necessidades vitais humanas, criando dependências. *Vide* O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 171.

coordenada do curso de água enquanto unidade.²⁰³ Acontece, todavia, que, esta hipótese, além de ser politicamente indefensável pela violação que implica da regra cardinal da igualdade de direitos,²⁰⁴ esta reivindicação encontra apenas eco nas negociações diplomáticas.²⁰⁵ E, ainda que se diga que a proteção de usos prévios é prevista num certo número de tratados,²⁰⁶ tal não significa uma aceitação da existência de uma regra de DI que proteja, de forma absoluta, tais utilizações.²⁰⁷ Mais a mais, a necessidade de rever o *status quo* dos usos e atividades existentes resulta dos respetivos impactos ambientais e da constante evolução científica e tecnológica quanto ao conhecimento destes.²⁰⁸ Este processo de revisão poderá culminar com a modificação e até mesmo cessação de determinada atividade.²⁰⁹

Para mais, quanto à segunda hipótese, destacamos o obstáculo ao *incentivo económico* na medida em que, a desproteção total das atividades económicas existentes desencoraja os investimentos para desenvolver o curso de água dadas a ausência de segurança e certezas quanto à manutenção daquelas atividades, havendo o risco de, aquelas atividades existentes serem apagadas perante novas utilizações, cuja única condição é que sejam avaliadas como “equitativas e razoáveis”.²¹⁰

²⁰³ Cfr. J. W. DELLAPENNA, “Rivers as legal structures: the examples of the Jordan and Nile, *Natural Resources Journal*, n.º 36, p. 248-249.

²⁰⁴ Pois, caso contrário, ao aceitar-se uma proteção absoluta, privilegiar-se-ia, *ab initio* e sem qualquer ponderação equitativa, um determinado uso e, desse modo, um determinado Estado.

²⁰⁵ Neste sentido, J. W. DELLAPENNA, “Rivers as legal structures: the ...”, cit., p. 247.

²⁰⁶ Quem o diz é J. BRUHÁCS, *The law of non navigational uses ...*, cit., p. 134-135.

²⁰⁷ Alguns tratados e convenções reconhecem a importância dos usos existentes, ainda que sem lhes conceder primazia face aos demais. É o caso do Artigo 2.º, da Convenção de Genebra sobre o Desenvolvimento do Poder Hidráulico que Afete Mais de um Estado, que, ainda assim, apenas prescreve que devida consideração seja dada aos usos prévios. Por seu turno, o respeito pelos costumes locais pode explicar a razão de alguns tratados delimitadores de fronteiras de reconhecerem a superioridade dos usos existentes. É o caso, por exemplo, do artigo III do Acordo de 1926, entre a Grã-Bretanha e a França relativo aos territórios da Palestina, Síria e Líbano. Assim sendo, devemos ter presente que o art. 10.º, n.º 1, da CNU, expressamente prevê duas exceções à regra da prioridade de usos: um acordo e um costume. Dos trabalhos preparatórios da CNU retira-se que costume, naquele sentido, é o “local”, “especial” ou “regional”, são as tradições locais, é um conceito mais próximo do de acordo tácito do que do costume geral de DI. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 167.

²⁰⁸ F. BOTCHWAY justifica a necessidade de rever uma dada utilização, sempre que ocorrer uma “alteração fundamental das circunstâncias” – alterações ao nível do valor dos recursos económicos, inovações tecnológicas que possam aliviar os malefícios da utilização, uma certa exaustão dos recursos explorados pela atividade analisada, entre outras. *Vide* “The Context of Trans-Boundary Energy Resource Exploitation: The Environment, the State, and the Methods”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 14, 2003, p. 191.

²⁰⁹ Neste caso, FUENTES, com base no comentário às Regras de Helsínquia, no qual se refere à compensação como uma mera *possibilidade*, entende que não existe qualquer obrigação de compensar. *Vide* O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 170 e X. FUENTES, “The Criteria for the Equitable Utilization of International Rivers”, *British Yearbook of International Law*, n.º 67, 1996, p. 369.

²¹⁰ Cfr. L. CAFLISCH, *Règles generales ...*, cit., p. 159.

Por estas razões, os usos prévios não gozam de prioridade sobre os demais fatores, i.é, não merecem prioridade enquanto fator *per se*. Não obstante, desejavelmente podem e devem beneficiar de especial consideração quando conjugados com outros fatores como as necessidades vitais humanas, as dependências sociais e económicas ou a obrigação de prevenção de danos, mas nunca independentemente destes.²¹¹ Sendo certo que uma atividade que já exista crie, tendencialmente, dependência económica, é provável que, por essa razão, a proteção daquela ganhe preponderância em confronto com os demais fatores no processo de determinação da utilização equitativa e razoável.²¹² Na verdade, em nossa opinião, os fatores socioeconómicos, em particular aqueles diretamente relacionados com as necessidades humanas vitais e mais elementares, gozam de prioridade relativamente àqueles ditos “naturais”, como sejam os geográficos, hidrológicos e hidrográficos.²¹³

Quanto à lista de fatores sugerimos, tendo presente a sua não exaustividade, pela própria natureza das coisas, a seguinte, com base no art. 6.º, da CNU: (i) necessidades sociais e económicas. Neste caso, o elemento mais importante é a medida da dependência da economia do ribeirão daquele curso de água e dos respetivos recursos naturais (n.º 1, b)). Certo é que, estas necessidades, só podem ser entendidas em conexão com outros fatores, em particular, a dependência das populações e a existência de utilizações alternativas; (ii) dependência da população (o tamanho da população que efetivamente depende e o grau dessa dependência) do curso de água (n.º 1, c)). Alguma Doutrina retira deste fator, em conjugação com o art. 10.º, n.º 2, da CNU e com o art. 14.º das Regras de Berlim, um direito humano à água;²¹⁴ (iii) usos existentes e potenciais (art. 10.º);²¹⁵ (iv) conservação, proteção, desenvolvimento e economia do uso dos recursos aquíferos do curso e custos das medidas adotadas para esse efeito (6.º, n.º 1, f)). Segundo a Doutrina, a *ratio* do preceito é a de aferir o

²¹¹ Aliás, basta analisar algumas decisões dos organismos de resolução de disputas internacionais nomeadamente, da Comissão do Rio Helmand (estabelecida para resolver os conflitos entre o Afeganistão e o Irão, em 1951). Cfr. *Report of the Helmand River Delta Commission, Afghanistan and Iran*, Fevereiro 1951, reproduzida em *Principles of Law and Recommendations on the Use of International Rivers*, American Branch Report, ILA, 1958 *apud* J. LIPPER, *Equitable utilization ...*, cit., p. 53.

²¹² Convém não esquecer, ainda, que a cessação de uma determinada atividade pode provocar danos, em violação da obrigação de prevenção de danos, danos esses que serão analisados no quadro do PUER. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 173.

²¹³ Esta conclusão resulta da análise de vários tratados e decisões jurisprudenciais de cujo conteúdo se retira a preponderância daqueles fatores. Neste sentido também O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 179 e ss..

²¹⁴ Entende-se que entre 50 a 100 litros de água potável por pessoa, por dia, são o necessário para assegurar necessidades sanitárias, higiénicas e alimentares. Cremos que muito dificilmente um uso será catalogado de equitativo se impedir a satisfação destas necessidades básicas. Cfr. S. R. TULLY, “The Contribution of Human Rights to Freshwater Resource Management”, *Yearbook of International Environmental Law*, n.º 14, 2003, p. 10.

²¹⁵ Adiante voltaremos a referir-nos a este fator em particular.

cumprimento de um *dever de eficiência* de uso – proporcional aos recursos financeiros – dos ribeirinhos e de gestão dos recursos do aquífero em causa;²¹⁶ (v) alternativas de valor comparável, não só quanto à utilização planeada ou existente como, também, quanto aos recursos naturais usados (6.º, n.º 1, g)). Recorrendo a um exemplo, havendo alternativas e, por isso, uma escolha, a prioridade será determinada não só em virtude das circunstâncias económicas como, ainda, pelo reconhecimento de que a irrigação é somente possível pelo uso daquela água, mas já não assim no caso da produção de energia que, como é sabido, pode ser gerada por fontes alternativas tais como, o petróleo, o gás, o óleo, entre outros; (vi) fatores naturais: como os geográficos (a extensão do curso de água internacional no território do ribeirinho e a área da bacia de drenagem no território daquele ribeirinho), hidrográficos (medição, descrição e cartografia das águas do curso), hidrológicos (as tendências do fluxo do rio), ecológicos (o equilíbrio ecológico – i.é, os ecossistemas aquáticos – não é mais excluído do juízo inerente ao PUER) (art. 6.º, n.º 1, al. a)); (vii) efeitos nos outros ribeirinhos (6.º, n.º 1, al. d)).²¹⁷ *Prima facie*, esta alínea seria lida em conjunto com o art. 7.º e 21.º, n.º 2 – obrigação de prevenção e diminuição de poluição de modo a evitar danos substanciais aos ribeirinhos – e com o 20.º – obrigação de proteção e preservação dos ecossistemas do curso de água. Não terá sido, porém, essa a intenção do preceito já que, nos trabalhos preparatórios da CNU, a delegação Suíça do Grupo de Trabalho da Assembleia Geral propôs a exclusão do art. 7.º – obrigação de não causar danos –, acompanhada da emenda desta alínea d), de modo a clarificar o lugar do dano, incluído de entre os demais fatores, no juízo de equidade. A proposta não foi aceite.²¹⁸ Daqui resultam dois problemas, o primeiro tem que ver com o significado da alínea pois, parece que por “efeitos” não se entende “danos” e, o segundo, com a relação entre a obrigação de prevenção de danos e demais obrigações ambientais e o PUER. Quanto ao primeiro, é difícil chegar a um sentido útil da

²¹⁶ Trata-se de uma norma que pretende evitar desperdícios de água com respeito pelo princípio da responsabilidade comum mas diferenciada pois, não é aceitável que um Estado utilize de forma ineficiente determinados recursos quando tem ao seu dispor meios de redução dessa ineficiência. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 174.

²¹⁷ Outros fatores são, por exemplo, o respeito pelo costume local. Segundo FUENTES, são atividades tradicionais desenvolvidas pelos habitantes de um rio, consistentes, por exemplo, numa prática tradicional local como a pesca; esta noção encontra paralelo nas referências dos poderes coloniais europeus, nos tratados delimitativos de fronteiras, aos costumes e direitos tribais e é particularmente importante no contexto do direito dos povos indígenas. Recordemos o povo Ogoni, da Nigéria, e a sua forte dependência do Delta do Níger até as empresas petrolíferas Shell e Chevron iniciarem as atividades de exploração. Além da cumplicidade com o regime ditatorial, a água do rio está contaminada brilhando o óleo em muitos copos de água em virtude dos sucessivos derramamentos no Delta do Níger. V. X. FUENTES, “The Criteria for the Equitable Utilization ...”, cit., p. 373.

²¹⁸ Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 155 e ss..

alínea.²¹⁹ Não menos pacífico é o segundo: saber se vigora, no direito dos cursos de água internacionais, um princípio estrito do *sic utere tuo?* I. é., para que a utilização derivada de uma determinada atividade seja equitativa e razoável não poderá, de forma alguma, causar qualquer tipo de dano.²²⁰ Segundo cremos, a resposta é negativa.²²¹

Em primeiro lugar, é de aplicar na resolução desta questão a análise comparativa do dano *versus* o benefício que, segundo MCCAFFREY é “parte integrante de toda a análise equitativa”.²²² Assim, um Estado deverá suportar algum dano, possivelmente com a adequada compensação, de forma a permitir que outro Estado inicie uma nova utilização, a qual, por seu turno, lhe trará benefícios superiores ao dano suportado pelo primeiro Estado.

Em segundo lugar, nem a obrigação de prevenção de danos, nem a de proteção ambiental gozam de carácter absoluto, antes se encontrando subordinadas ao enquadramento do PUER. Na verdade, a versão final do art. 7.º, da CNU, não faz qualquer menção à poluição,²²³ e o comentário à versão definitiva dos Draft Articles da CDI claramente refere que “o facto de uma atividade envolver danos significativos, não constitui uma base

²¹⁹ Nem recorrendo às Regras de Helsínquia, fonte de inspiração da CNU, chegamos a uma solução já que o mais próximo desta al. d) é o artigo V (i) e (k) que, pelas considerações acima referidas, é necessariamente excluído. Uma parte da Doutrina propõe que a alínea seja lida em sintonia com a alínea e), do mesmo artigo da CNU, pelo que a análise deste fator debruça-se sobre os efeitos que um novo uso – ou a modificação de um já existente – poderá causar naqueles. Cfr. A. TANZI e M. ARCARI, *The United Nations Convention on ...*, cit., p. 132.

²²⁰ Alguma Doutrina defende que existe uma especial categoria de dano, o ambiental (e.g. poluição) que determina imediatamente a iniquidade daquela utilização. Entre nós, GOMES CANOTILHO distingue dois tipos de danos ecológicos: (i) *os danos sem lesados individuais* (“lesões intensas causadas ao sistema ecológico natural sem que tenham sido violados direitos individuais”) e (ii) *os danos sem causador determinado*, como por exemplo os danos acumulados ou produzidos por fontes longínquas. Nos dois casos não existiria qualquer esquema de lesante/lesado, mas tão-somente o *interesse global de defesa do ambiente*. Porém, as conclusões da ADI, da CDI e da própria CNU (art. 5.º e 7.º) apontam para a subordinação de todo o tipo de dano ao juízo inerente ao PUER. Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *A responsabilidade por Danos Ambientais – Aproximação Juspublicística*, Direito do Ambiente, INA, 1994, p. 402-403; A. NOLLKAEMPER, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution: Between Discretion and Constraint*, Graham & Trotman, Dordrecht, 1992, p. 68; O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 360.

²²¹ Como BOURNE notou, “a declaração não qualificada de que tudo aquilo que causa dano a outrem é ilícito e deverá ser compensado, não tem fundamento”. Cfr. C. B. BOURNE, *The right to ...*, cit., p. 74-75; J. ANDRASSY, *L’utilisation des eaux des bassins fluviaux internationaux*, *Revue Égyptienne de Droit International*, n.º 16, p. 23-40.

²²² Vide S. MCCAFFREY, *The law of international ...*, cit., p. 337. O mesmo sucedeu na primeira decisão do STJ dos EUA, relativa à repartição equitativa, de 1907, que opôs o Kansas ao Colorado já *supra* referenciada.

²²³ Nem sempre foi esta a posição da CDI. Nos *Draft Articles* sobre o Direito dos Usos Não-Navegacionais dos Cursos de Água Internacionais, de 1991, a poluição e os danos significativos eram contrários à utilização equitativa de um curso de água. Mas, mais interessante, foi a posição do Relator Especial Rosenstock que, em 1993, propôs um novo art. 7.º segundo o qual a poluição era tratada como uma presunção refutável de iniquidade. Cfr. CDI, *Yearbook*, 1982, Vol. 2, Parte I, p. 91-101 e 144 e CDI, *Yearbook*, 1983, Vol. 2, Parte I, pág. 181 e R. ROSENSTOCK, *First Report on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, 1993, p. 10 disponíveis on-line em <http://legal.un.org/ola/>, consultado no dia 20 de maio de 2013.

suficiente para a restringir” (tradução nossa).²²⁴ Por seu turno, o artigo 7.º, n.º 2 da CNU, prevê a possibilidade de ocorrer um dano que, ainda assim, poderá ser tolerado se passar pelo controlo do PUER.²²⁵ Ademais, o comentário à versão definitiva do art. 21.º, n.º 2, da CNU, apenas refere que “o preceito se trata de uma aplicação específica dos princípios gerais contidos nos artigos 5 e 7”.²²⁶ A mesma posição é defendida pela ADI que, recentemente, confirmou a sua posição através do artigo 8.º das Regras de Berlim.²²⁷ Em termos de jurisprudência, o TIJ, no caso Gabcikovo-Nagymaros, enfatizou o PUER quando referiu que “o programa com múltiplos propósitos, na forma de uma unidade coordenada, para o uso, desenvolvimento e proteção do curso de água internacional é implementado de forma equitativa e razoável”, excluindo qualquer alusão à proibição de causar danos.²²⁸

Finalmente, do que foi dito, podemos concluir que o elemento dano está enquadrado no processo geral de balanço dos interesses contrapostos dos ribeirinhos em conflito, ainda que não venha especificado como um fator *per se* no artigo 6.º da CNU. Por conseguinte, se a atividade proposta ou existente provocar, por exemplo, poluição, não significa que aquele uso seja *ab initio* iníquo²²⁹ e, nesse caso, a produção de dano não basta, por si só, para bloquear esse aproveitamento de um curso de água transfronteiriço.

Todavia, recentemente, alguma Doutrina,²³⁰ ainda que reconheça que, quanto aos artigos 5.º e 7.º, da CNU, a poluição ou outro tipo de dano ambiental não beneficiam de tratamento especial,²³¹ tem defendido uma posição privilegiada para as obrigações ambientais (art. 20.º,

²²⁴ A explicação continua: “Em certas circunstâncias, a «utilização equitativa e razoável» (...) pode, ainda, envolver danos significativos a outro ribeirinho. Geralmente, nestes casos, o princípio da utilização equitativa e razoável permanece como critério preponderante no balanço dos interesses em causa”. Cfr. CDI, Draft Articles on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, in *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session*, artigo 14.º, p. 114, disponível on-line em <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/46/46docs.htm>, consultado no dia 24 de fevereiro de 2012.

p. 236.

²²⁵ Cfr. S. MCCAFFREY, “The contribution of the UN Convention ...”, cit., p. 255.

²²⁶ *Vide idem*, p. 291.

²²⁷ O preceito dita que “os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas à prevenção ou minimização de danos ambientais”. No comentário ao artigo, a ADI defende que “(...) a obrigação é consistente com o princípio da utilização equitativa e rejeita a posição segunda a qual a poluição ou outros danos ambientais nunca poderão ser legais”. Todavia, o mesmo comentário refere que “(...) o costume de direito internacional relativo aos problemas ambientais há muito tempo que tornou claro que o dano ambiental merece especial atenção”. Cfr. ADI, *Berlin Rules on Water Resources Law*, 2004, p. 17 e 18, disponíveis on-line em http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf, consultado no dia 20 de maio de 2013.

²²⁸ Cfr. S. M. A. SALMAN, “The Helsinki Rules, the UN Watercourses...”, cit., p. 634.

²²⁹ Defendendo esta opinião, S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 337.

²³⁰ O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 361.

²³¹ Já NOLKAEMPER, quanto ao artigo 5.º, da CNU, tem uma posição diferente. Para aquele Autor, o preceito aponta para um nível *mínimo de proteção* do curso de água – sugerindo que os usos que não forem consistentes com uma “adequada proteção” (expressão que pretende criar uma obrigação de proteção ambiental e que

21.º, 22.º e 23.º da CNU) ou, pelo menos, uma tendência para atribuir prioridade aos fatores ambientais²³² na aplicação do PUER. Dizem aqueles Autores ser necessária uma orientação geral, um fio condutor ou um método de medição de todos os fatores proporcionado pelas preocupações ecológicas.²³³ Apesar do consagrado nos artigos 6.º, n.º 3 e 10.º, n.º 1, da CNU, o peso consagrado aos fatores ambientais advém do grau de normatividade específica e da sofisticação das normas e princípios de proteção ambientais, processuais e substantivos.²³⁴ Segundo NOLKAEMPER, este regime de proteção ambiental simboliza a evolução de expectativas normativas e pode mesmo alterar o resultado do processo de ponderação.²³⁵ Mas não só. Para quê, por exemplo, a utilidade do instrumento da AIA se não para dar utilidade máxima às ideias da prevenção e da precaução?²³⁶ Por seu turno, o princípio do desenvolvimento sustentável (PDS) deve ser lido em sintonia²³⁷ com o PUER – nascendo uma espécie de *equidade sustentável*²³⁸ – o que permitiria afirmar a superioridade dos fatores ambientais, em virtude do peso particular que a proteção ambiental tem enquanto componente principal do PDS.²³⁹ Por outro lado, o reconhecimento da aplicação do objetivo

abrange, o controlo de cheias, poluição, erosão, mitigação de secas, controlo da intrusão salina), não serão equitativos e razoáveis. Cfr. A. NOLKAEMPER, “The Contribution of the International Law Commission to International Water Law: Does it Reverse the Flight From Substance?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, n.º 39, XXVII, 1996, p. 67

²³² Estes fatores, que aludem à proteção ambiental, encontram-se referidos nos artigos 5.º, 6.º, 7.º, 20.º, 21.º, 22.º e 23.º.

²³³ J. M WENIG, discutindo o caso do Rio Jordão, nota que “a consideração de todos estes fatores sem um método de aferição da sua importância relativa não pode conduzir a conclusões realistas” (tradução nossa). *Vide* “Water and Peace: The Past, the Present and the Future of the Jordan River Watercourse: An International Law Analysis”, *New York University Journal of International Law and Policy*, n.º 27, 1995, p. 348.

²³⁴ A verdade é que a CNU incluiu uma obrigação geral de proteção e preservação de ecossistemas dos cursos de água internacionais (20.º e 22.º), uma obrigação de prevenção, redução e controlo da poluição que possa provocar danos significativos noutros ribeirinhos (21.º, n.º 2), uma obrigação de proteção e preservação do ambiente marinho (23.º). E, por exemplo, o art. 21.º, n.º 3, vai ao ponto de enunciar uma lista específica de métodos e medidas. Todavia, nem a CNU nem os respetivos comentários elaboram sobre a relação entre estas obrigações e o PUER e, em particular, sobre os limites que aquelas obrigações comportam ou não para o escopo do PUER. Porém, ainda que existam dúvidas sobre a natureza de algumas normas e princípios de DIA (BODANSKY entende que são meramente declarativas e não costumeiras) não podemos ignorar a respetiva penetração na prática estatal e jurisprudencial. Sobre a questão cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 192 e ss..

²³⁵ *Idem* p. 24, 110 e 116 e 118.

²³⁶ Cfr. P. CANELAS DE CASTRO, “Mudanças de Paradigmas no Direito Internacional ...”, cit., p. 125-126.

²³⁷ Esta interpretação resulta do consagrado no art. 5.º, n.º 1, da CNU e de alguma Jurisprudência analisada *infra*.

²³⁸ Cfr. F. N. BOTCHWAY, “The Context of Trans-Boundary Energy Resource Exploitation: The Environment, the State and the Methods”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, n.º 14, 2003, p. 191 e ss..

²³⁹ Sobre a prioridade da dimensão ambiental no PDS, cfr. X. FUENTES, “International Law-Making in the Field of Sustainable Development: the Unequal Competition between Development and the Environment”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 2, 2002, p. 109. Importante na definição das prioridades em causa no PDS é opinião separada do Juiz Weeramantry no Caso Gabcikovo-Nagymaros decidido em 1997 a que aludimos *infra*.

do desenvolvimento sustentável ao direito dos cursos de água internacionais, pode ser visto como uma forma de tornar aplicáveis a este ramo a multiplicidade de normas, princípios e *standards* internacionais relativos à proteção ambiental.²⁴⁰ Acresce ainda que, a tendência para a *processualização* deste ramo do direito e a existência e criação difundidas de Comissões Internacionais (cujo mandato é a proteção ambiental) corroboram esta posição.²⁴¹ Por fim, defende-se que as normas do DIA alcançaram já um *status* que lhes permitiria preencher o conceito de costume tal como vem previsto no art. 10.º, n.º 1 da CNU para a atribuição de prioridade às considerações ambientais.²⁴² As dúvidas existentes sobre a relação do PUER (que *prima facie* aponta para a consideração dos fatores ambientais no mesmo pé que os demais) com os artigos 7.º, 20.º e 21.º da CNU (que aparentemente retiram os impactos ambientais do âmbito de aplicação do PUER) seriam explicadas pela prevalência dos segundos que, por isso, restringiam o funcionamento do PUER,²⁴³ limitando as atividades que provoquem danos ambientais.

De todo em todo, o PUER tem evoluído no sentido da construção de uma estrutura ou um enquadramento substantivo e processual, dentro do qual fatores de conservação ecológica e proteção ambiental estão incluídos. Cremos, por isso, que um moderno entendimento deste princípio se define numa estratégia holística que conjuga considerações de *distribuição* de recursos (quantidade) e de *proteção* dos mesmos (qualidade). Refira-se ainda, para concluir que, na perspetiva da *lege ferenda* concordamos com a proposta da posição do Relator Especial Rosenstock que tratava a poluição como uma presunção refutável de iniquidade aplicando, assim, a estrutura mental da *precaução do in dubio pro ambiente* ou do “better safe than sorry”.²⁴⁴

²⁴⁰ Por exemplo, o requisito da AIA (na medida em que é um meio de executar não só a obrigação de prevenção de danos como também o dever de cooperação, o princípio da precaução e o PDS, assegura a importância das considerações ambientais). Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 365.

²⁴¹ Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 367 e 372.

²⁴² *Ibidem*. Não obstante, não nos parece que seja esse o sentido do termo ali como já referimos *supra*.

²⁴³ I.é., se determinado uso comporta-se um dano ambiental, nunca essa utilização podia ser equitativa e razoável. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 364.

²⁴⁴ Em extrema síntese, o princípio da precaução traduz-se na ideia de que o ambiente deve ter o benefício da dúvida quando haja incerteza, por falta de provas científicas, sobre onexo causal entre uma atividade e um determinado fenómeno de poluição ou degradação ambiental. Por conseguinte, é possível falar-se a este propósito de uma espécie de “princípio in dubio pro ambiente”, ou seja, na dúvida sobre a perigosidade de uma certa atividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor. A aplicação deste princípio determina que o ónus da prova da inocuidade de uma ação com efeitos ambientais seja transferido do Estado para os potenciais poluidores. Cfr. A. ARAGÃO, *A renovação ecológica do Ambiente*, Sumários desenvolvidos, 2010/2011.

1.2. Aspectos processuais. O princípio da utilização equitativa enquanto *processo*

Sobeja tratar, neste ponto, da natureza processual²⁴⁵ do PUER. Fundamentalmente, a nosso ver, aquela decorre de três razões umbilicalmente ligadas. Em primeiro lugar, aludimos já à *flexibilidade* e *elasticidade*, temporal e geográfica, ínsitas no PUER. Com efeito, a utilização equitativa não é um conceito abstrato e estático mas antes o resultado de um processo de negociação e reconciliação de interesses, alcançado através da contínua e atualizada comparação das situações e utilizações dos Estados envolvidos. Ora, – e passamos a apresentar a segunda razão, – o maior obstáculo a um Estado preocupado em assegurar que o seu uso atual ou potencial seja equitativo é o da *assimetria informativa*.²⁴⁶ Muitos dos fatores a ter em consideração²⁴⁷ pressupõem informação que não pode ser obtida dentro das suas fronteiras mas, pelo contrário, terá de ser fornecida e recolhida pelos co ribeirinhos.²⁴⁸ Por último, dado que a obrigação de não causar dano²⁴⁹ aos co ribeirinhos é uma *obrigação de*

²⁴⁵ Segundo C. B. BOURNE, “procedure is everything here”. Cfr. I. KAYA, *Equitable Utilization. The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, Ashgate, 2003, p. 120.

²⁴⁶ Segundo MCCAFFREY, “(...) sem dados e informação, sobre as condições do curso de água, fornecidos pelos dos co ribeirinhos, será muito difícil, senão mesmo impossível, não só regular os usos e proteger o curso (contra cheias e poluição) no seu território, mas também assegurar que a sua utilização é equitativa e razoável vis-à-vis com os outros Estados que partilham aquele recurso”. Cfr. S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 411.

²⁴⁷ Se tomarmos como exemplo a lista de fatores da CNU, vemos que poderá ser necessário o fornecimento de informação por diferentes co-ribeirinhos consoante a respetiva posição face ao curso de água, a natureza da sua utilização atual ou potencial, e o efeito que esse uso tem para outros ribeirinhos. A natureza do conceito de utilização equitativa implica que todas as características e usos de todas as Partes relevantes do sistema ou bacia de drenagem em questão devam ser consideradas e avaliadas, e não apenas a situação existente no território do Estado que propõe determinado uso.

²⁴⁸ Cfr. artigo 9.º da CNU (“Trocas regulares de dados e informações”). Facilmente se compreende que, sem essa informação, o Estado ver-se-ia forçado a avaliar de forma cega ou com base em previsões e suposições a legitimidade da sua utilização o que, normalmente, levará a que a classificação interna e isolada de determinada conduta como equitativa, seja subsequentemente considerada como não equitativa pelos demais co-ribeirinhos. Porém, um problema que se ilumina tem que ver com a fidelidade da informação partilhada já que um país pode decidir estrategicamente partilhar a informação plenamente, parcialmente, ou de forma abusiva. Para uma análise mais minuciosa deste ponto, cfr. R.E. JUST e S. NETANYAHU, *International transboundary water: cooperation with limited enforcement*, in R.E. Just e S. Netanyahu (Eds.), *Conflict and cooperation on transboundary water resources*, Boston/Dordrecht/London, Kluwer Academix, 1998, p. 9.

²⁴⁹ Cfr. artigo 7.º da CNU. Quanto ao estatuto normativo desta obrigação, muitos Autores definem-na como norma costumeira. Em nosso entender, os Estados têm a obrigação de não causar danos substanciais a outros e, hoje em dia, não temos dúvidas de que é uma obrigação do DI geral. Porém, sobretudo depois da Conferência de Estocolmo, a aplicação daquela obrigação abrange os recursos naturais em geral e o ambiente. Pelo menos duas conclusões gozam de apoio na prática estadual, na jurisprudência, nas decisões de organizações internacionais e no trabalho da CDI: (i) os Estados têm o dever de prevenir, reduzir e controlar a poluição e os danos ambientais; (ii) existe um dever de cooperar na mitigação de riscos e emergências

prevenção,²⁵⁰ um Estado deverá exercer um cuidado razoável para que, no exercício dos direitos soberanos de exploração e utilização dos seus recursos naturais, nele integre o impacto das suas atividades em áreas além-fronteiras.²⁵¹ Assim, esta obrigação sugere que um Estado não deverá simplesmente avançar com um determinado projeto ou plano de utilização de um curso de água até que o outro se queixe daquela mas, antes, exercer a diligência devida (*due diligence*) para evitar que a sua utilização prive os co-ribeirinhos das suas quotas-partes equitativas e, por conseguinte, conduzir um processo de AIA, notificando os demais co-ribeirinhos no caso de uma atividade planeada implicar consequências adversas sobre eles, em resultado da sua operação.²⁵²

Posto isto, parece não oferecer dúvidas que o PUER impõe um planeamento *ex ante* pois, de outro modo, o princípio atuaria apenas como uma verificação *post hoc* da utilização de um curso de água internacional.²⁵³ Ora, então, pode concluir-se que a implementação daquele princípio depende, em última análise, da boa-fé e *cooperação contínua* entre os Estados co-ribeirinhos.²⁵⁴ Mais sentido fará, ainda, se entendermos que os problemas da água são problemas de *governance*, de gestão.²⁵⁵ O objetivo de assegurar um resultado equitativo na repartição dos usos da água de um curso de água internacional deve, então, ser entendido como um processo, onde o esforço se concentra em assegurar a partilha de um recurso sem recorrer a expedientes rígidos, tendo simultaneamente presente que a obtenção deste

ambientais através da notificação, consulta, negociação, e, quando apropriado, pela AIA. Cfr. C. BOURNE, “The international law association’s ...”, cit., p. 192; P. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law and ...*, cit., p. 104; A. KISS e D. SHELTON, *International Environmental Law*, Graham & Trotmanm Londres, 1991, p. 130; P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, vol. 1, Manchester University Press, Manchester, 1995, p. 190.

²⁵⁰ De conduta e não de resultado. Cfr. P. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law and ...*, cit., p. 112.

²⁵¹ Vide P.-M. DUPUY, “Overview of the Existing Customary Legal Regime Regarding International Pollution”, in D. B. Magraw (ed.), *International Law and Pollution*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991, p. 61.

²⁵² Conforme veremos adiante, importante para este tema – no sentido de confirmar o papel dos deveres processuais para a determinação do que será uma utilização equitativa e razoável – é a recente decisão do TIJ relativamente ao caso Pulp Mills pois, neste acórdão, o tribunal relacionou o dever de notificação de novos projetos com a satisfação da *due diligence* exigida pela obrigação de prevenção de danos transnacionais. Cfr. O. MCINTYRE, “The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law. Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina vs. Uruguay), International Court of Justice, 20 April 2010”, *Journal of Environmental Law*, vol. 22, n. ° 3, 2010, p. 475-497.

²⁵³ Daí a inserção sistemática de uma parte destes deveres no Capítulo III, da CNU, relativo às “Medidas Planeadas”. Segundo cremos, esta atuação *post hoc*, ainda que inevitável, deverá ser evitada, minimizada, ponderada, já que, quando uma nova utilização for implementada e absorvida por uma comunidade criam-se os já referidos laços de dependência económica em relação àquela.

²⁵⁴ A experiência sugere que essa cooperação é mais efetiva quando é institucionalizada. Uma conclusão que parece ser confirmada pelo grande número de comissões internacionais estabelecidas por Estados co-ribeirinhos relativas a um curso de água internacional. O *doyen* de todas estas comissões internacionais é a Comissão Central de Navegação do Reno constituída em 1815. Vide S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 343.

²⁵⁵ Vide P. K. WOUTERS e A. S. RIEU-CLARKE, “The Role of International Water Law in ensuring ‘Good Water Governance’: A call for renewed focus and action”, *Water Law*, n. ° 15, 2005, p. 89.

resultado não pode promover o exercício de livre arbítrio quando se compreende a equidade como uma exigência do DI geral. Até porque, o recurso objecto da partilha é, sem si mesmo e por natureza, sujeito a variações, quantitativas e qualitativas.

Se bem virmos, o PUER deve ser entendido como *estrutura normativa* que engloba os requisitos processuais necessários para a sua implementação. Dito de outro modo, o conceito de utilização equitativa conjuga uma dimensão substantiva e outra processual.²⁵⁶ Esta segunda dimensão é concebida num nível plurilateral, como um procedimento relacional e de comunicação com outros ao jeito da “inclusão do outro”, ensinada por Habermas.²⁵⁷ Este entendimento insere-se num contexto mais amplo de *reconstrução constitucional* do DI fruto da utilização, cada vez mais frequente,²⁵⁸ de obrigações processuais no DIA. A importância desta “processualização” está relacionada com questões de legitimação da governança internacional e do respetivo processo de tomada de decisões que passa, assim, a ser uma tarefa conjunta e participada. Segundo cremos, estes deveres processuais deslocam o *locus* da autoridade do processo decisório, permitindo a Estados – e,

²⁵⁶ Partindo da CNU, MCCAFFREY distingue entre as obrigações *substantivas* e *processuais* no direito dos cursos de água internacionais que, segundo o Autor, encontram expressão na prática estadual: naquela primeira categoria cabem a obrigação de utilização equitativa e razoável, a obrigação de prevenção de danos significativos a Estados co-ribeirinhos; naquela segunda categoria encontra-se a obrigação de prévia notificação dos planos e projetos que possam afetar co-ribeirinhos. Recentemente, outras duas obrigações têm merecido a atenção da doutrina: a obrigação (substantiva) de proteção dos cursos de água internacionais e respetivos ecossistemas e a obrigação (processual) de cooperação entre ribeirinhos. Ainda que, por vezes, seja difícil explicar o binómio substantivo-processual, é uma separação unanimemente usada na Doutrina. Para BOURNE, as obrigações substantivas servem o propósito de elucidar os Estados a respeito dos seus direitos, influenciando desse modo as suas ações; já as processuais servem para prevenir e resolver disputas. Segundo cremos, na conhecida distinção entre normas primárias e normas secundárias, tratam-se de normas primárias na medida em que impõem determinadas obrigações de conduta aos seus destinatários. Da sua violação resultam obrigações secundárias. No caso Pulp Mills adiante analisado, o TIJ aceitou o argumento da Argentina segundo o qual obrigações *substantivas* (no caso, a obrigação de prevenção de danos transnacionais) e obrigações *processuais* (o dever de notificação) estão intrinsecamente ligadas numa lógica de *complementaridade* e de *instrumentalidade* para a prevenção de danos e de conflitos. De facto, o tribunal entendeu que enquanto as obrigações substantivas são formuladas em termos genéricos, as obrigações processuais são mais específicas e estreitas. Cfr. P. OKAWA, “Procedural obligations in international environmental agreements”, *British Yearbook of International Law*, n.º 67, 1996, p. 275. Cfr. C. BOURNE, “The international law association’s ...”, cit., p. 172; S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 396; Comissão de Direito Internacional, “Draft Articles on State Responsibility”, *Yearbook of International Law Commission*, 1996, p. 58, arts. 41-6; F. Ferreira DE ALMEIDA, *Direito Internacional ...*cit., p. 226; O. MCINTYRE, “The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law...”, cit., p. 480 e, do mesmo Autor, “The World Court’s ongoing contribution to international water law: The Pulp Mills Case between Argentina and Uruguay”, *Water Alternatives*, n.º 4, 2011, p. 124 e ss..

²⁵⁷ Cfr. J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, 1996, Surkamp e P. CANELAS DE CASTRO, “Nova Era nas Relações Luso-Espanholas na Gestão das Bacias Partilhadas”, in *O Regime Jurídico ...*, cit., p. 115.

²⁵⁸ Desde 1972, aquando da Conferência da ONU sobre o Ambiente Humano. Cfr. P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 275. Na Doutrina, A. E. UTTON (*vide* “International Environmental Law and Consultation Mechanisms”, *Columbia Journal of Transnational Law*, n.º 56, 1973) e C. B. BOURNE (*International law and pollution of international rivers...*, cit., p. 121) assumiram o papel de profetas anunciando, também na década de 70, esta tendência.

mesmo aos seus cidadãos – potencialmente afetados por determinada atividade, a participação nesse processo exercendo, desse modo, a sua soberania. Acresce ainda que, as obrigações processuais fornecem um quadro para prevenir e resolver disputas ambientais assegurando que as partes interessadas são informadas do projeto pretendido e das suas possíveis implicações ambientais criando, deste modo, uma oportunidade de consenso, harmonização e concertação dos conflitos de interesses inter-estatais.²⁵⁹ Ora, a Doutrina entende que, por essa via, se tem vindo a operar uma modificação no seio das relações dos sujeitos de DI, ocorrendo uma *subjectivização* do processo decisório tendo em conta a tendência para assegurar a proteção dos direitos e interesses dos Estados afetados.²⁶⁰ Intrínseca a estas obrigações processuais é uma noção de justiça (*fairness*) na forma de *due process of law* de acordo com a qual ao Estado afetado é dada uma voz, uma possibilidade de defender o seu interesse e participar no processo decisório.²⁶¹

1.2.1. As obrigações processuais

Como se disse, da *generalidade* e *flexibilidade* deste princípio resulta, para a sua operacionalização normativa, a necessidade de recorrer a uma cartilha de deveres processuais que, em geral, são aglomerados numa obrigação genérica de cooperação.²⁶² Mas não só. De que forma poderia uma determinada utilização ser catalogada como equitativa e razoável se os interesses dos co ribeirinhos não fossem devidamente ponderados?²⁶³ Pensadas para uma fase preliminar, precedendo a operacionalidade de qualquer plano ou projeto de utilização e, em princípio, qualquer tipo de dano, estas regras procuram dar sentido ao artigo 2.º, n.º 3, da Carta das Nações Unidas, reafirmado no n.º 1, do art. 33.º, da CNU, relativamente à obrigatoriedade de resolução pacíficas de querelas entre Estados.

²⁵⁹ Os objetivos são vários: além de resolver os problemas de falta de conhecimento e informação, contribui-se para o aumento da eficiência na implementação do projeto já que as medidas contam com a boa vontade e espírito de colaboração dos interessados e, ainda, aprofunda-se o espírito democrático das relações entre Estados. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 317. Por exemplo, o Artigo 16.º da Convenção de 1992 sobre a Proteção e Uso de Cursos de Água e Lagos Internacionais, requer que todos os Ribeirinhos tornem pública a informação importante sobre o projeto em discussão.

²⁶⁰ Cfr. P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 277.

²⁶¹ P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 278.

²⁶² Cfr. O. SCHACHTER, *Sharing the Worlds Resources*, Columbia University Press, Nova Iorque, 1977 e I. KAYA, *Equitable Utilization. The Law ...*, cit., p. 120.

²⁶³ Seria, antes, uma utilização *discriminatória* e irrealista. Defendendo que os Estados estão obrigados, por um vero dever, a conciliar os seus interesses com outros Estados, G. HANDL, “The principle of “equitable use” as applied to internationally shared natural resources: its role ...”, cit., p. 62.

Quanto à *natureza* destes deveres processuais no corpus do DIA, a Doutrina não é unânime sendo a opinião maioritária a de que, com a exceção da notificação em situações de emergência, nenhum outro dever processual é costume internacional.²⁶⁴ Esta posição resulta também do trabalho da CDI sobre responsabilidade internacional por danos provocados por atos não proibidos pelo DI e das posições adotadas pelo IDI. No primeiro caso, o segundo Relator Especial reconheceu que estes deveres processuais não se tratavam de “hard obligations” e, no segundo, o Relator NASCIMENTO E SILVA referiu-se ao caráter meramente contratual destes deveres. Em sentido diverso apontam as resoluções da ADI ao reconhecerem estes deveres processuais como parte do DI geral.²⁶⁵

Não será assim no caso particular do DCAI para a doutrina corrente: OKAWA dá conta de uma prática estadual, mesmo na ausência de qualquer tratado ou convenção, de cumprimento destes deveres. Ora, é nossa convicção que não é líquido que desta prática, verificada num contexto tão específico, se possa extrapolar um qualquer costume em relação às obrigações ambientais no seu todo pois, diz aquela Autora, ainda que esta prática seja relevante, tem valor limitado na formação de normas costumeiras dado o caráter de *lex specialis* e, por isso, não podendo ser automaticamente transferida para outros contextos mais gerais.²⁶⁶ É este também o raciocínio de MCCAFFREY reconhecendo aquela mesma natureza de *lex specialis* a este corpo legal, e nele a existência de uma riquíssima história de cooperação internacional e, portanto, uma *posição especial* dos deveres processuais decorrentes da sua prática consagrada.²⁶⁷

²⁶⁴ Segundo aquela corrente, – e sabendo que estamos em presença de um modo espontâneo de surgimento de normas jurídicas cujo conteúdo se determina mediante a análise de determinados comportamentos –, não há prática estatal a corroborar aquela natureza costumeira no contexto mais amplo do DIA. *Vide* P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 317. Ao contrário, defendendo que o dever de notificar e de negociar são normas costumeiras, A. BOYLE, “Nuclear Energy and International Law: An Environmental Perspective”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 60, 1989, p. 281; E. Jiménez de ARECHÁGA, *International law in the past ...*, cit., p. 197; F. L. KIRGIS, *Prior Consultation in International Law*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1983; P. SANDS, *Principles of International Environmental ...*, cit., p. 604.

²⁶⁵ *Vide* BARBOZA, “Sixth Report on liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law”, *Yearbook of International Law Commission*, 1990, vol.2, parte I, p. 92; NASCIMENTO E SILVA, *Annuaire de L’institute de Droit International*, vol. 62, n.º I, 1987, p. 220; P. OKAWA, “Procedural obligations in ...” cit., p. 319 e 32e ss.; O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 340.

²⁶⁶ A Doutrina ensina que o costume relevante não é só o *geral*, no sentido do âmbito da sua aplicação subjetiva, podendo ser um costume *regional* e *local*. Não será bem esse o caso mas tratar-se-á de um costume *particular*, pois circunscrito a um âmbito de aplicação objetivo (o direito dos cursos de água internacionais), nascido e aplicável apenas por um conjunto de Estados com afinidades ambientais decorrentes da partilha de um recurso natural. Cfr. J. MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 3.ª edição, 2006, p. 47, J. BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional ...*, cit., p. 137 e F. Ferreira DE ALMEIDA, *Direito Internacional ...*cit., p. 167.

²⁶⁷ Cfr. Summary Records of the Meetings of the Forty-First Session, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, p. 91.

Independentemente da sua natureza no DIA e no DCAI, estes deveres processuais desempenham um papel auxiliar em dois momentos: (i) na implementação de obrigações substantivas. Neste aspeto pensemos na obrigação de prevenção de danos transnacionais cujo cumprimento requer um determinado grau de diligência (*due diligence*). Ora, o problema de determinar e verificar o grau de diligência dessa conduta é facilitado se entendermos estes deveres processuais como *standards* da conduta desejável;²⁶⁸ (ii) por outro lado, nos meandros da proteção ambiental, as atuações estaduais são orientadas por princípios essencialmente programáticos (o dever de cooperação, a utilização sustentável de recursos, a boa vizinhança, o princípio da precaução) e de conteúdo vago.²⁶⁹ A sua tradução em conceitos práticos dependerá da preparação e vontade dos Estados em observar os tais deveres processuais, por exemplo: como assegurar que os recursos serão usados de forma sustentável sem a realização de uma AIA?

Propomo-nos neste ponto examinar aquilo que HIGGINS²⁷⁰ designa como o “direito processual da cooperação” (*procedural law of cooperation*), respeitante aos cursos de água internacionais, ressaltando a sua função e inclusão na determinação de uma certa utilização equitativa de um curso de água internacional. O nosso ponto de referência é a CNU, sobretudo a Parte III, dedicada às “medidas planeadas”,²⁷¹ com normas processuais sobre a notificação, consulta e negociação.²⁷²

²⁶⁸ O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 340.

²⁶⁹ Interessa-nos também sublinhar que a observância destes *standards* processuais evita decisões arbitrárias e injustas.

²⁷⁰ Cfr. R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 136.

²⁷¹ A expressão “medidas” tanto abrange um *novo projecto ou programa* como uma *modificação* a um uso já consagrado, cfr. I. KAYA, *Equitable Utilization. The Law ...*, cit., p. 129 e A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention ...*cit., p. 136. Porém, a Doutrina não é unânime havendo quem proponha uma interpretação restritiva da expressão, limitando-a a novos projetos ou programas e, por isso, critique a CNU por permitir que as utilizações, estruturas e projetos já existentes escapem ao escrutínio deste processo sem haver qualquer mecanismo de revisão para aquelas. Cfr. D. J. LAZERWITZ, “The Flow of International Water Law: The International Law Commission’s Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n.º 1, 1993, p. 9.

²⁷² Não obstante, não podemos menosprezar que, recentemente, as Regras de Berlim reforçaram a importância da cooperação de boa-fé (art. 11.º) incluindo, também, o Capítulo XI sobre “Cooperação e Administração Internacional” com normas processuais como “a troca de informações” (art. 56.º), a “notificação de programas, planos, projetos ou atividades” (art. 57.º), “consultas” (art. 58.º e 59.º).

1.2.1.1. Obrigação geral de cooperação

Em termos algo simplistas, podemos dizer que a importância da cooperação entre Estados ribeirinhos é um resultado inevitável da natureza partilhada e unitária dos cursos de água internacionais.²⁷³ A cooperação entre Estados é vital neste ramo, servindo como *meio* para atingir determinados objetivos: (i) dela dependem não só a utilização ótima e sustentada dos cursos de água partilhados, como também a proteção e preservação dos respetivos ecossistemas; (ii) é o pressuposto essencialíssimo para o bom funcionamento das regras processuais a que aludimos.²⁷⁴

As vantagens da cooperação entre ribeirinhos são frequentemente explicadas com recurso ao “dilema do prisioneiro”²⁷⁵ e à “tragédia dos comuns”²⁷⁶ para exemplificar as consequências da falta de comunicação e das atuações unilaterais. Vale isto por dizer que, a ausência de cooperação conduzirá à utilização ilimitada dos recursos aquíferos, sua degradação e poluição, além de promover o surgimento de conflitos.

Em termos de jurisprudência, no caso do Lago Lanoux,²⁷⁷ ainda que o tribunal arbitral não recorra ao termo “cooperação”, alude à relação que existe entre a interdependência factual ambiental e os deveres processuais de um Estado da qual deriva, num contexto de negociações preliminares, uma “obrigação de boa fé” e de aceitação de todas as

²⁷³ H. SMITH, *The economic uses of ...*, cit., p. 150.

²⁷⁴ Cfr. P. SANDS, *Principles of International Environmental ...*, cit., p. 197.

²⁷⁵ A e B, são presos pela polícia, que, separando-os, lhes oferece o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o seu cúmplice, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber da decisão do outro. Numa situação deste tipo a estratégia dominante é confessar, ou seja, o melhor que A e B têm a fazer, escolhendo individualmente, é confessar, já que independentemente da ação do outro têm sempre a melhor hipótese se confessarem. No entanto, esta situação não é ótima, no sentido de Pareto, ou seja, há uma forma de a utilidade de um dos prisioneiros aumentar, sem diminuir a utilidade do outro: ambos devem permanecer calados, apesar de essa ser uma decisão irracional no contexto do jogo. *Vide* R. AXELROD e W. D. HAMILTON, “The Evolution of Cooperation”, in *Science*, vol. 211, n.º 4489, Março, 1981, pág. 1390 e ss..

²⁷⁶ A tendência para o esgotamento de bens naturais foi formulada, pela primeira vez, por T. R. MALTHUS, em 1789, na obra “*An essay on the principle of population*”, associada ao aumento demográfico tendencial da população, com base nas limitações da Terra. Aquela tendência foi também evidenciada por SCOTT GORDON a partir do exemplo da pesca, enquanto atividade económica, cujo trabalho impulsionou uma interessante análise conhecida como a «*tragédia dos baldios*» ou «*tragédia dos comuns*», desenvolvida por GARRET HARDIN. Em termos sucintos a sobre-exploração e a incapacidade de regeneração dos recursos naturais que sustentam a atividade económica refletem-se negativamente na economia e no ambiente. O acesso livre aos bens comuns, desacompanhado do dever de cuidado, conduz a uma perda efetiva de recursos naturais para todos. Tendo em conta os inúmeros bens comuns, ambientais, de acesso livre, o modelo mostra que, se não for encontrada uma solução negociada ou imposta pelo Estado, a sustentabilidade ambiental e a biodiversidade são, no limite, gravemente afetadas, com consequências desconhecidas para a manutenção da vida na Terra.

²⁷⁷ Remetemos para a nossa análise, adiante, em lugar próprio.

comunicações e contactos que poderão criar as condições necessárias para que os Estados cheguem a acordo.²⁷⁸ Também, no caso Gabčíkovo-Nagymaros, de 1997, o TIJ sublinhou que apenas a cooperação internacional poderia aliviar os problemas do controlo de cheias e de proteção ambiental.²⁷⁹

Dito isto, levanta-se a questão de saber se existirá, verdadeiramente, uma *obrigação* de cooperação no domínio dos cursos de água internacionais. I. é., é seguro afirmar que os ribeirinhos *podem* cooperar entre si mas haverá algo mais, algo como um *dever* de cooperar? Qual a natureza jurídica desta obrigação? O debate travado no seio da CDI é elucidativo neste ponto, com opiniões que oscilam entre a consideração da dita obrigação como um mero objetivo da Carta das Nações Unidas, uma linha de conduta e não uma obrigação legal *stricto sensu* (CALERO RODRIGUES)²⁸⁰, e a consideração da cooperação enquanto elemento necessário da igualdade soberana entre Estados, como verdadeiro dever legal (GRAEFRATH).²⁸¹ Apesar das divergências entre os seus membros, a CDI incluiu um artigo sobre a obrigação geral de cooperação, no capítulo II, dos “Princípios Gerais” do seu projeto de artigos sobre os cursos de água internacionais, que serviria de base ao artigo 8.º da CNU.²⁸²

Resta, finalmente, perguntar se esta provisão será a codificação de um costume internacional. Em primeiro lugar, entendendo a obrigação geral de cooperação como pressuposto do cumprimento de outros deveres, parece-nos tratar-se de um *portmanteau*, um termo genérico,²⁸³ reunindo um conjunto de deveres específicos que, *grosso modo*, esses sim, refletem costumes internacionais. Como é já do nosso conhecimento, uma longa linhagem de tratados²⁸⁴ e de prática estadual²⁸⁵ sobre a utilização dos cursos de água corrobora esta natureza. Acresce ainda que, a crescente participação dos Estados em acordos de gestão comum reforça o *status* normativo de costume dos vários deveres que compõem a obrigação

²⁷⁸ Outras decisões judiciais sublinham a importância da cooperação em questões ambientais: o caso da Fundação de Trail, o caso da Plataforma Continental do Mar do Norte e o caso da Jurisdição das Pescarias já anteriormente referidos. Cfr. I. KAYA, *Equitable Utilization. The Law ...*, cit., p. 126; P. SANDS, *Principles of International Environmental ...*, cit., p. 198.

²⁷⁹ Também quanto a esta decisão remetemos para análise posterior.

²⁸⁰ Cfr. Comissão de Direito Internacional, *Yearbook of International Law Commission*, Vol. 1, 1987, p. 71, par. 13.

²⁸¹ *Idem* p. 85, par. 52.

²⁸² A CNU é apenas um entre os vários instrumentos internacionais a reconhecer a necessidade da cooperação no direito dos cursos de água internacionais. No “Third Report on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses”, MCCAFFREY lista um conjunto de instrumentos internacionais relativos ao princípio da cooperação internacional no campo dos cursos de água internacionais. Cfr. *Yearbook of International Law Commission*, Vol. 2, Parte 1, p. 87.

²⁸³ Neste sentido, P. SANDS, *Principles of International Environmental ...*, cit., p. 197.

²⁸⁴ Para uma listagem exaustiva cfr. F. L. KIRGIS, *Prior Consultation in ...*, cit., capítulo 2.

²⁸⁵ Cfr. J. G. LAMMERS, *Pollution of international ...*, cit., p. 165.

de cooperação contribuindo, também, para a concretização do conteúdo substantivo dessas normas processuais ao esclarecer que a participação de boa-fé nesses regimes satisfaz as obrigações inerentes àqueles.²⁸⁶ Por conseguinte, se o todo não é menos que a soma das partes, podemos falar de uma obrigação geral de cooperação como parte do costume internacional.²⁸⁷ Devemos, então, concluir que a cooperação entre ribeirinhos, ainda que adotando variadas formas, não é apenas uma necessidade como, também, uma *exigência* do DCAI geral assumindo-se como uma obrigação independente,²⁸⁸ obrigatória e vinculativa para os ribeirinhos.²⁸⁹

Pelo até aqui exposto, a cooperação é um corolário *processual* das limitações das atuações estatais unilaterais numa situação de utilizações interdependentes de recursos naturais. Faz-se, agora, necessário analisar esses *indispensable mínima* que compõem a obrigação de cooperação.

1.2.1.2. Obrigação de notificação

A análise da prática estatal permite concluir²⁹⁰ que a notificação prévia de planos de exploração de recursos naturais partilhados é um “requisito obrigatório do costume internacional”²⁹¹ ou um “princípio geralmente reconhecido pelo DIA”.²⁹² Para aquilo que

²⁸⁶ Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 156.

²⁸⁷ Neste sentido, também, S. MCCAFFREY, *Ibidem* e O. MCINTYRE, “The World Court’s ongoing ...”, cit., p. 143.

²⁸⁸ Quanto ao não cumprimento ora da obrigação geral ora das obrigações específicas, MCCAFFREY propõe uma distinção. Para o Autor, o não cumprimento da obrigação geral de cooperação manifesta-se não no incumprimento das obrigações específicas mas, ao arrepio do sucedido no caso do Lago Lanoux, em “falhas de cooperação” como, por exemplo, atrasos não justificados, rejeições sistemáticas de propostas e, mais genericamente, falta de boa-fé na condução das relações com outros ribeirinhos. Segundo MCCAFFREY, estas falhas poderiam constituir uma atuação ilícita independente capaz de acionar a responsabilidade do Estado não cooperante. Cfr. S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 403.

²⁸⁹ A Doutrina em defesa da obrigação de cooperação como parte do costume internacional é abundante. Cfr. A. NOLLKAEMPER, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution ...*, cit., p. 152; P. SANDS, *Principles of International Environmental ...*, cit., p. 197; H. A. SMITH, *The economic ...*, cit., p. 150; P. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law and ...*, cit., p. 234 e ss..

²⁹⁰ Além da Doutrina, da Jurisprudência resulta que vários Estados alicerçaram as suas alegações neste dever: por exemplo, no caso do Lago Lanoux, na disputa da barragem de Itaipú bem como na queixa do Sudão de que o Egito falhou a notificação dos detalhes técnicos sobre a barragem Aswan High. *Vide* J. BARBERIS, “The Development of International Law of Transboundary Groundwater”, *Natural Resources Journal*, n.º 31, 1991, p. 167 e ss..

²⁹¹ E. J. de ARÉCHAGA, “International Law in the Past Third Century”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, 1978-I, p. 198; F. L. KIRGIS, *Prior Consultation in ...*, cit., p. 86.

²⁹² O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 324.

mais nos interessa, esta obrigação vem regulada na Parte III, da CNU,²⁹³ genericamente, no artigo 11.º e, de forma mais detalhada, no artigo 12.º.²⁹⁴ Este último determina, por um lado, o *momento*²⁹⁵ no qual a notificação deverá ser feita e, por outro, o seu *conteúdo*, i. é, a *informação* que deve acompanhá-la. Quanto ao conteúdo normativo da notificação, além do exigido pelo artigo 12.º,²⁹⁶ deve incluir toda a informação relativa à natureza da atividade, os riscos que envolve, o dano que pode causar, bem como a indicação de um prazo razoável dentro do qual o notificado deverá responder.²⁹⁷ Segundo cremos, apesar de se notar alguma indeterminação no preceituado, a sua *ratio* é clara: permitir ao notificado, com base naquela informação, fazer a sua própria avaliação preliminar sobre a atividade proposta preparando uma base para posteriores consultas e, eventualmente, negociações (art. 17.º). De qualquer modo, apesar das incertezas, sempre se poderá invocar o requisito geral da boa-fé a que os Estados estão vinculados na cena internacional – de resto, como fez o TIJ no caso dos Testes Nucleares, em 1974.²⁹⁸ Ainda quanto à informação a disponibilizar, o artigo 31.º funciona como uma válvula de escape ao cumprimento deste dever por permitir ao ribeirinho notificante a subtração de informação por razões de defesa e segurança nacional ainda que limitado pelos decoros da boa-fé nas relações entre ribeirinhos.²⁹⁹

Da análise do artigo 12.º retira-se o objetivo desta obrigação na medida em que, a notificação antecipa-se à verificação de qualquer dano legal³⁰⁰ sendo, por conseguinte,

²⁹³ As origens do princípio da notificação prévia remontam a 1972, à Conferência da ONU sobre o Ambiente Humano. Outros instrumentos contêm obrigações semelhantes: o art. 3.º da Convenção Espoo; o art. 10.º dos Draft Articles on International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law (Prevention of Transboundary Damage from Hazardous Activities); o art. 6.º da Convenção de Helsínquia.

²⁹⁴ O art. 11.º tem como epígrafe “Informação relativa às medidas planeadas” e o art. 12.º, “Notificação relativa a medidas planeadas com possíveis efeitos adversos”.

²⁹⁵ “Antes de um Estado Ribeirinho implementar ou autorizar a implementação de medidas planeadas (...)” e nunca depois da disponibilização da informação à discussão pública nacional. Note-se que a expressão “autorizar a implementação” deve ser interpretada de modo a englobar licenças e autorizações. Assim, quando um privado planeia uma medida, o ribeirinho no qual essa medida será implementada encontra-se obrigado a suspender a autorização até notificar os co ribeirinhos. O mesmo vale para os artigos 15.º, n.º 2; 16.º, n.º 1 e 19.º, n.º 1. Cfr. A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention ...cit.*, p. 140.

²⁹⁶ I.é., todos os resultados de uma eventual AIA.

²⁹⁷ O Estado notificado sujeita-se ao dever de responder nesse período de modo a evitar paralisações na atividade do Estado notificante e, conforme veremos, se não houver resposta à notificação, presume-se a concordância.

²⁹⁸ *Vide* O. MCINTYRE, “The World Court’s ongoing ...”, cit., p. 124 e 326; P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 296.

²⁹⁹ Cuja epígrafe é “Dados e informação vitais para a defesa e segurança nacionais”. Definir o tipo de informação que preenche este preceito é, como bem se compreende, um exercício discricionário.

³⁰⁰ Nem sempre é assim. Veja-se, por exemplo, os Draft Articles on International Liability for Injurious Consequences Arising Out of Acts Not Prohibited by International Law (Prevention of Transboundary Damage from Hazardous Activities), em cujo artigo 10.º consagram um *dano qualificado* (“significant transboundary harm”).

acionada quando o Estado ribeirinho entenda que a atividade planeada possa provocar “significativos efeitos adversos” (*significant adverse effect*) noutros Estados, assumindo, assim, declaradamente uma vocação preventiva ao nível do dano e das disputas interestaduais.³⁰¹ Por isto, o processo originado pela notificação facilita a implementação do artigo 5.º (PUER) e assegura o cumprimento do artigo 7.º (obrigação de prevenção de danos).³⁰²

Alguma incerteza resulta da formulação do art. 12.º na medida em que não esclarece se os “significativos efeitos adversos” incidiriam sobre possíveis e futuros usos ou, pelo contrário, se limitam ao *state of affairs* existente. Segundo cremos, quanto aos usos futuros que não se encontram numa fase de planeamento desenvolvida, não é prático nem razoável complicar e atrasar medidas já planeadas com base na mera possibilidade de um novo uso vir a ser planeado, a certa altura, no futuro. De resto, os usos futuros estarão sempre a coberto da proteção concedida pelo PUER já que, no artigo 6.º, al. e), da CNU, se encontram entre os fatores de ponderação.

Quanto à *natureza* deste dever, em geral, as negociações da CNU para a adoção daquele preceito não foram controversas³⁰³ o que, é certo, sugere uma aceitação generalizada do mesmo como reflexo das expectativas da sociedade internacional. De facto, as queixas estaduais,³⁰⁴ a forma de resolução das disputas até agora ocorridas,³⁰⁵ a prática convencional,³⁰⁶ os instrumentos adotados em fóruns intergovernamentais,³⁰⁷ o labor de

³⁰¹ Na verdade, a ideia da prevenção é inequivocamente a finalidade do preceito se o compararmos com o art. 7.º pois, a referência no primeiro ao “dano significativo” é mais exigente do que a referência, no art. 12.º, aos “significativos efeitos adversos”. O artigo é de tal forma exigente que não refere, sequer, a possibilidade de *dano*. Este limiar foi deliberadamente escolhido pela CDI conforme decorre do comentário ao artigo onde se pode ler “o limiar estipulado neste *standard* (de «efeitos significativos adversos») pretende-se inferior ao do «dano significativo» do artigo 7º”. Bem se compreende que, quanto mais abrangente for o escopo destas normas processuais e os interesses a que dão guarida, maior será o seu efeito preventivo por ser também mais amplo o efeito conciliatório de interesses envolvidos. Ver C. B. BOURNE, “The International law Commission’s Draft Articles ...”, cit., p. 65 e CDI, “Report of the International Law Commission on ...”, cit., p. 111.

³⁰² Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 332.

³⁰³ Com algumas exceções como, por exemplo, a Etiópia. Cfr. UN, Resolution Adopted by the General Assembly on the Convention on the law of the non navigational uses of international Watercourses, 1997, Doc. A/51/PV.99, p. 9, disponível on-line em: <http://www.un.org/depts/dhl/resguide/r51.htm>, consultado no dia 21 de fevereiro de 2013.

³⁰⁴ Pensamos na queixa do Sudão, em 1954, relativamente à falta de notificação dos detalhes técnicos da barragem de Answan, por parte do Egipto. *Vide* S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 242.

³⁰⁵ Por exemplo, o caso do Lago Lanoux.

³⁰⁶ Ver os tratados mencionados em S. MCCAFFREY, *Third report on the law of ...*, cit., p. 25 e ss..

³⁰⁷ A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, consagra este dever no Princípio 19. Cfr. United Nations, Report of the United Nations Conference on Environment and Development, UN Doc. A/CONF.151/5/Rev., 1, 13 de junho de 1992, disponível on-line em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>, consultado no dia 5 de janeiro de 2013.

grupos de peritos³⁰⁸ e da Doutrina,³⁰⁹ permitem-nos concluir que a notificação prévia é um costume internacional.³¹⁰

Quanto aos *sujeitos* aos quais incumbe este dever, a Doutrina³¹¹ tem – erradamente em nossa opinião – criticado a CNU que, com a ajuda das leis da Natureza, endossaria aos Estados a jusante de um curso de água um inaceitável poder de *veto*³¹² ou *consentimento prévio*.³¹³ Cremos que esta posição parte, a um tempo, de uma ideia de dano unilateral e irrealista e, a outro, da ideia segundo a qual cabe sempre ao Estado a montante do curso de água notificar o seu vizinho a jusante pois apenas aquele pode causar danos a este. Entenda-se que, o carácter naturalmente unitário de qualquer curso de água partilhado é, em si mesmo, o elemento da *reciprocidade* ou da interdependência de utilizações ínsita nas relações entre ribeirinhos de modo que, qualquer projeto aquífero naquele recurso perturba o equilíbrio dos usos do mesmo, independentemente da situação geográfica do Estado que propõe. Ou, o mesmo é dizer, o *âmbito subjetivo* de aplicação deste dever engloba os Estados a montante e a jusante de um determinado curso de água internacional.³¹⁴ E, por outro lado, com esta notificação não se pretende obter um qualquer *consentimento* ou *autorização* por parte do Estado notificado mas, isso sim, uma *solução mutuamente aceitável*, um consenso,³¹⁵ alcançados através de um processo de negociações e da harmonização de interesses. Neste sentido, afastando a exigência ou dependência de um veto, o art. 17.º prescreve que do silêncio do notificado, após decorridos os seis meses³¹⁶ que lhe são concedidos para manifestar os seus

³⁰⁸ O art. 5.º da Resolução de Salzburgo, do Instituto de Direito Internacional, de 11 de setembro de 1961, disponível on-line em: <http://www.fao.org/docrep/005/W9549E/w9549e08.htm>, consultado no dia 5 de janeiro de 2013.

³⁰⁹ Cfr. L. CAFLISCH, *Règles générales ...*, cit., p. 195; G. HANDL, “The Environment: International Rights and Responsibilities”, *Proceedings of the American Society of International Law*, n.º 74, 1980, p. 224; A. NOLLKAEMPER, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution ...*, cit., p. 220.

³¹⁰ Remetemos para as nossas considerações tecidas *supra*, na página 50.

³¹¹ V. A. NOLLKAEMPER, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution ...*, cit., p. 297.

³¹² O termo foi usado pela Turquia para explicar o seu voto (contra) para a Convenção. Porém, estranhamente, aquele Estado não levantou qualquer objeção ao art. 11.º daquela Convenção. Cfr. S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 407.

³¹³ Um problema recorrente nas obrigações processuais é o de assegurar que a soberania dos Estados não seja indevidamente prejudicada. Cfr. P. OKOWA, “Procedural Obligations ...”, cit., p. 276.

³¹⁴ É, no fundo, a tal relação entre a interdependência factual ambiental e os deveres processuais de um Estado ribeirinho a que já aludimos em texto.

³¹⁵ Em inglês, “mutually acceptable solution”, foi a expressão usada pelo Tribunal no caso do Lago Lanoux. Cfr. G. HANDL, “The principle of “equitable use” as applied to internationally shared natural resources: its role ...”, cit., p. 63.

³¹⁶ Salvo acordo em sentido contrário, é o período previsto no art. 13.º da CNU. Além disto, decorre do art. 18.º, n.º 3, a suspensão, pelo mesmo prazo de seis meses, se requerida, dos planos e projetos do Estado notificante com as exceções decorrentes dos artigos 19.º e 28.º, relativos, respetivamente, aos casos de urgência das medidas planeadas (por razões de saúde pública, por exemplo) e de situações de urgência (acidentes industriais, por exemplo).

interesses, objeções e propor modificações, presume-se o seu consentimento, devendo o notificante prosseguir com os seus projetos nos termos do art. 16.º.³¹⁷

Já no que respeita aos *destinatários* da notificação, além da sua determinação ser facilitada pela interdependência natural do recurso em causa, serão determinados com base no artigo 12.º, sendo notificados os ribeirinhos que poderão ser afetados pelos significativos efeitos adversos da atividade planeada. Nos termos do artigo 15.º, os Estados notificados encontram-se obrigados a comunicar as suas conclusões no período estipulado pela notificação.

Quanto ao tipo de *atividades* e às formas de *danos* que acionam este dever, a CDI esclareceu que o processo de determinação daquele e destas deve ter lugar numa base *ad hoc* considerando todas as circunstâncias *in casu*.³¹⁸ Por outro lado, no que respeita aos *efeitos* da notificação, são dois: primeiro, o período de resposta àquela inicia (art. 13.º); segundo, impõem-se, sobre o Estado notificado, as obrigações estatuídas no artigo 14.º.³¹⁹

Esta obrigação não atua de forma isolada. Pelo contrário, é essencial para a sua eficácia o levantamento dos “efeitos adversos” provocados pelo atividade pretendida. Esta averiguação realiza-se com recurso a uma *avaliação de impacte*,³²⁰ i.é., um estudo de possíveis efeitos locais e transfronteiriços da atividade proposta que inclua participação do público e de outros interessados potencialmente afetados.³²¹ Ainda que não venha expressamente prevista nem na Convenção das Nações Unidas de 1997, esta avaliação de impacte vem travestida no art. 12.º de *avaliação de impacte ambiental*,³²² sendo, por isso mesmo, alvo de críticas doutrinárias já que os impactes transfronteiros de novas atividades nunca serão apenas e só ambientais.³²³

³¹⁷ Uma condição muito importante impõe-se nesta situação: as medidas planeadas devem ser implementadas de acordo com a notificação e qualquer outro dado ou informação previamente fornecido pelo Estado notificante (art. 16.º, n.º 1).

³¹⁸ Vide P. OKOWA, “Procedural Obligations ...”, cit., p. 291 e O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 325.

³¹⁹ Merece destaque a obrigação da alínea b) por proibir o desenvolvimento da medida planeada sem o consentimento do Estado notificado. A razão é óbvia: auxiliar no cumprimento do PUER já que, se o Estado notificante promove a implementação do projeto, antes de o Estado notificado ter a oportunidade de analisar a informação que lhe foi transmitida pela notificação, certamente que não estaria numa posição – devido à falta de informação – de determinar o cumprimento dos artigos 5.º e 6.º da CNU. Cfr. Draft Articles on the Law of the Non-navigational ..., cit., artigo 14.º, p. 114.

³²⁰ No caso Pulp Mills, o TIJ reconheceu a importância central da AIA no contexto do dever de notificação do Uruguai à Argentina defendendo que esta tem prioridade e precede qualquer autorização ambiental para o projeto ao abrigo de legislação nacional.

³²¹ Cfr. art. 3.º e 2.º, n.º 6, da Convenção Espoo já *supra* referida; o art. 3.º, h), da Convenção de Helsínquia também *supra* referida.

³²² Como foi dito, a notificação prévia das medidas planeadas deve ser acompanhada pelas informações e dados técnicos, incluindo os resultados da AIA. Esta especificação não constava da versão do art. 12.º do projeto de artigos apresentado pela CDI sendo, antes, fruto de um compromisso, aquando das negociações da Convenção,

Quaisquer dúvidas a respeito da *natureza* da AIA³²⁴ foram esclarecidas pela jurisprudência Pulp Mills na qual o TIJ, registrando uma evolução no *corpus* do DIA, avançou com a existência de uma obrigação de conduzir uma AIA em cumprimento da *due diligence* imposta pela obrigação de prevenção de danos transnacionais e pela obrigação de proteção do ambiente aquático, derivada do próprio DI geral, nos casos em que há o risco de a atividade proposta ter significativos efeitos adversos num contexto transnacional, em particular, num recurso partilhado.³²⁵ De todo em todo, independentemente de qualquer discussão teórica, a obrigação de notificação prévia pressupõe, lógica e cronologicamente, a existência de mecanismos para, previamente, determinar³²⁶ se as atividades planeadas comportam os tais efeitos adversos.³²⁷

Como se disse, a AIA é um *método de investigação preliminar* mas assume também um importante papel auxiliar como parâmetro para medir a diligência com que determinado

entre duas delegações, uma propondo a introdução da AIA como requisito autónomo e, a outra, opondo-se à ideia. Cfr. S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 408.

³²³ P. OKAWA reconhece a possibilidade de, em alguns tratados, a AIA ser implícita em outros deveres processuais como, por exemplo, o dever de notificação. Também, defendendo a ideia de que o Estado potencialmente afetado pode requer ao Estado origem das medidas planeadas uma AIA, suportando o primeiro os custos daquele, o Estado origem não pode recusar, *vide* F.X. PEREZ, *Cooperative Sovereignty: From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law*, Kluwer Law International, 2000, p. 308; P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 279.

³²⁴ A Doutrina encontrava-se dividida, ver P. W. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law and ...*, cit., p. 98, duvidando da existência de uma obrigação de AIA e P. SANDS, *Principles of International Environmental ...*, cit., p. 212, mais otimista quanto àquela.

³²⁵ O tribunal referiu-se à AIA como um requisito do DI (“requirement under general international law”).

³²⁶ E é neste ponto que levantamos algumas reservas acerca da eficácia desta obrigação de notificação pois, a avaliação dos possíveis efeitos transfronteiros de um projeto aquífero (i.é., não só o conteúdo da AIA mas também a determinação da probabilidade de ocorrência e da gravidade dos efeitos adversos) é deixada à discricionariedade do Estado que o planeia – aliás, bastará referir os diferentes relatórios de AIA apresentados no caso Gabcikovo-Nagymaros. O que significa que o Estado poderá decidir unilateralmente a inexistência de qualquer efeito e, por isso, não dar início à AIA. Além do mais, não há qualquer obrigação de fundamentação da decisão tomada pelo Estado que planeia a atividade. Ainda que se reconheça um amplo espaço de discricionariedade concedido ao Estado de origem - pois depende deste a deteção do “efeito adverso” - a CNU prevê, no art. 18.º, um procedimento especial para a eventualidade de o Estado “vítima” requerer ao Estado de origem a realização de uma AIA, assim exercendo uma espécie de controlo externo ao acionar os artigos 12.º-18.º. E no art. XXIX das Regras de Helsínquia prevê-se mesmo uma sanção para esses casos. Sobre este ponto, ver P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 284 e 288.

³²⁷ Mesmo que esses efeitos sejam, de algum modo, óbvios, sempre será útil e até mesmo necessário, o recurso à avaliação dos impactes não só para reunir informação sobre esses impactes, a ser comunicada aos Estados potencialmente afetados, como também para permitir aos membros do público e demais interessados a *participarem* no processo decisório conforme com os artigos 2.º, n.º 6 e 3.º, n.º 8, da Convenção Espoo e o art. 13.º do projeto de artigos da CDI para a Prevenção de Danos Transnacionais derivados de Atividades Perigosas. Por outro lado, ainda que o escopo desta avaliação seja, sobretudo, a proteção dos interesses de terceiros Estados, estas averiguações preliminares permitem ao Estado da origem o desenvolvimento antecipado de políticas (de prevenção, mitigação ou monitorização do projeto) adequadas ao caso. Cfr. P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 279.

Estado atuou na prevenção de danos.³²⁸ Quanto ao *conteúdo específico* ou aos *elementos mínimos* da AIA, o TIJ, no caso *Pulp Mills*,³²⁹ remeteu para a discricionariedade dos Estados correndo, a nosso ver, o risco de retirar a este comando costumeiro o seu efeito útil e ignorando a necessidade de verificar a performance dos sistemas nacionais se um certo grau de consistência é pretendido. Daqui decorrem dois perigos: *um*, o oportunismo de instituições financeiras internacionais que frequentemente financiam projetos com possíveis impactos transnacionais;³³⁰ *dois*, a impossibilidade de determinar o *cumprimento* e a *responsabilidade* (ou, o mesmo é dizer, qualquer espécie de escrutínio externo) de um Estado em virtude da inexistência de *standards* que sirvam de ponto de comparação e de partida para julgar e aferir da bondade da conduta do Estado.³³¹ Assim, o Estado de origem fica com espaço de sobra para minimizar ou esconder possíveis efeitos transnacionais da atividade que propõe, prejudicando gravemente o princípio da boa-fé.³³²

A outra obrigação umbilicalmente ligada à obrigação de notificação prévia é a de consulta com os Estados potencialmente afetados. Vejamos.

1.2.1.3. Obrigação de consultar e de negociar de boa-fé

O dever de conduzir uma AIA, bem como o dever de notificação e de consultar, apenas se compreendem enquanto meios para integrar os interesses (e, sobretudo, as objeções) dos Estados notificados, facilitando a discussão dos impactos da atividade, a troca de pontos de vista de modo a possibilitar a adoção de estratégias de mitigação dos tais “efeitos adversos” ou mecanismos de compensação.³³³ Por conseguinte, nos casos em que a notificação

³²⁸ A AIA é útil para analisar o grau de diligência com que um Estado cumpriu o seu dever de prevenção de danos. Se um Estado não dá início à AIA dificilmente pode argumentar que tomou todas as medidas necessárias, dentro dos possíveis, para a prevenção de danos. Ou, dito de outro modo, no caso de se verificar um dano poder-se-á presumir que a *due diligence* não foi observada. Quem o diz é P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 280.

³²⁹ Tal como o Grupo de Trabalho da CDI sobre a responsabilidade internacional por danos provocados por atos não proibidos pelo DI, *vide* P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 282.

³³⁰ Cfr. O. MCINTYRE, “The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law...”, cit., p. 497.

³³¹ Cfr. D. W. BOWETT, “Summary Records of the Meetings of the Forty-Fifth Session”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1993, Vol. 1, p. 34, para. 6.

³³² Em nosso entender, a Convenção Espoo podia servir como referência para fixar, com algum detalhe, a informação mínima a incluir na documentação da AIA, em particular as oito categorias de informação consagradas no Anexo II.

³³³ A prática sugere que muitos Estados adiam, reestruturam ou chegam mesmo a adotar medidas específicas de modo a ir ao encontro das preocupações do Estado vítima. Nos outros casos, em que não há alternativas possíveis, os Estados de origem ou pagam uma compensação ou dão garantias de como o farão no caso de resultarem danos daquela atividade. Por exemplo, na disputa *Gut Dam*, os EUA e o Canadá chegaram a um

confirma a existência de um conflito de usos ou que um Estado será potencialmente afetado pela medida planeada, as consultas e negociações são inevitáveis.

Veja-se também, que, mais uma vez, não se procura obter um consentimento ou autorização mas, antes, se requer que o Estado que propõe um uso decida em face dos interesses dos demais de modo a que estes sejam uma componente da decisão final.³³⁴ Caso contrário, estar-se-ia a conceder um direito de intervenção preventiva nos assuntos nacionais de outros Estados.³³⁵ Não é, de todo, o que se pretende. Assim, o Estado de origem poderá iniciar o seu projeto apesar da oposição do Estado vítima ainda que, segundo MCINTYRE, se registre uma tendência para incluir nas negociações a lógica do princípio da precaução.³³⁶

A CNU refere esta obrigação em várias provisões com destaque para o artigo 11.º, prescrevendo genericamente que “um Estado ribeirinho deverá trocar informações e consultar os demais e, se necessário, negociar sobre os possíveis efeitos das medidas planeadas”. Em segundo lugar, o artigo 17.º, referindo-se ao procedimento a adotar na sequência da notificação, apela à “consulta e, se necessário, à negociação de modo a alcançar uma solução equitativa” (artigos 14.º e 15.º). O n.º 2 daquele artigo, impõe um dever de boa-fé na condução das consultas e das negociações sublinhando também a necessidade de considerar os “direitos e interesses legítimos dos outros Estados”. No n.º 3, em cumprimento daquela ideia de boa-fé, prescreve-se a suspensão das medidas planeadas pelo período de seis meses com exceção de acordo em contrário. De resto, o artigo 3.º, parágrafo 5, prevê o recurso a consultas de modo a ajustar e adaptar a própria CNU a circunstâncias particulares; o artigo 6.º, parágrafo 2, a respeito da utilização equitativa, alude genericamente a consultas num espírito de cooperação; o artigo 7.º, parágrafo 2, determina que um Estado cuja utilização provoque danos significativos entre em consultas com o Estado afetado de modo a adotar estratégias destinadas a prevenir, mitigar ou eliminar o dano.

acordo no qual os EUA não se opuseram à construção de uma barragem, por parte do Canadá, na seção internacional do rio St. Lawrence, ficando também acordado o pagamento de uma compensação por quaisquer danos atribuídos à barragem. Cfr. P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 302; O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 337. Sobre a prática estatal, consultar “Survey of State Practice relevant to international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law”, preparada pelo Secretariado da ONU, *Yearbook of International Law Commission*, 1985, Vol. I, Parte I, p. 71 e ss..

³³⁴ A. NOLLKAEMPER, *The Legal Regime for Transboundary Water Pollution ...*, cit., p.165 e P. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law and ...*, cit., p. 106 e 107.

³³⁵ Isto resulta da jurisprudência do TIJ do famoso caso do Lago Lanoux e do caso dos Testes Nucleares. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 337. Em sentido contrário, defendendo a necessidade de uma autorização do Estado vítima nos casos em que a atividade comporta sérios riscos de danos transnacionais, JENKS, “The Scope and Nature of Ultra-Hazardous Liability in International Law”, *Recueil des cours*, n.º 117, 1966-I, p. 104 e ss..

³³⁶ E a aplicação de medidas para a sua implementação como, por exemplo, a das melhores tecnologias disponíveis. Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 338.

Os artigos 3.º, n.º 5³³⁷ e 17.º, n.º 1, sugerem que a consulta é entendida pela CDI como um passo prévio à negociação formal – i.é., a adoção de um acordo –, tendente a facilitar a troca de informações e a partilha de interesses e posições dos Estados em questão.³³⁸ Porém, a *regularidade* de consultas em linha com o dever de troca de informações referido *infra*, é vital para assegurar e manter o equilíbrio das utilizações, tendo em conta não só as modificações em termos de usos por parte dos Estados, como dos fatores naturais que os afetam. Assim se percebe a importância da institucionalização da cooperação entre Estados,³³⁹ através de organismos focados na gestão e proteção dos recursos aquíferos partilhados, a que aludimos *supra*.³⁴⁰

Quanto à sua natureza, a prática estadual³⁴¹ indica que o dever de negociar tem, inequivocamente, caráter costumeiro.

Em bom rigor, a regularidade das consultas é indiretamente requerida pelo próprio PUER por duas ordens de razões: primeira, a própria dinâmica do princípio já que este se trata de um *processo*, assente em comunicações regulares entre Estados que partilham o mesmo curso de água e, segunda, é neste momento, em que se procura um consenso, que se poderá chegar a um resultado verdadeiramente equitativo.³⁴²

Quanto ao *conteúdo específico* deste dever, o art. 17.º, da CNU, é algo vago apontando para uma resolução equitativa da situação orientada pelos critérios da boa-fé. O TIJ³⁴³ pronunciou-se já pela necessidade de as discussões terem um conteúdo substantivo em vez de se traduzirem numa formalidade como, por exemplo, tomar nota das queixas ficando, deste modo, os Estados obrigados a conduzir negociações significativas (*meaningful negotiations*).

³³⁷ No artigo lê-se que “os Estados devem consultar tendo em vista uma negociação de boa-fé” e o 17.º, n.º 1, prevê que os Estados preocupados devem “entrar em consultas e, se necessário, negociações de modo a alcançar uma resolução equitativa da situação”.

³³⁸ Cfr. O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 342.

³³⁹ Apesar de não impor a criação de mecanismos de gestão conjunta, a CNU prescreve que, em certas circunstâncias, os ribeirinhos deverão consultar e negociar de boa-fé de modo a adotar esses mecanismos. Esta conclusão retira-se dos artigos 21.º, n.º 3, 24.º, 6.º, n.º 2 e 7.º, n.º 2.

³⁴⁰ A reforçar a importância desta tendência, o TIJ, no caso Pulp Mills destacou a essencialidade da Comissão Administradora do Rio Uruguai para a cooperação e prevenção de danos transnacionais. Cfr. O. MCINTYRE, “The World Court’s ongoing ...”, cit., p. 129; K. SACHARIEW, “Promoting Compliance with International Environmental Legal Standards: Reflections on Monitoring and Reporting Mechanisms”, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 2, 1991, p. 31.

³⁴¹ Por exemplo, no artigo 10.º da já referida Convenção Para a Proteção e Uso de Cursos de Água e Rios Internacionais, da Comissão Económica para a Europa. Outros exemplos em O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 341, nota de rodapé 178.

³⁴² Cfr. S. MCCAFFREY, *The law of international ...*, cit., p. 410.

³⁴³ No caso da Plataforma Continental do Norte, entre outros enumerados em J. BARBERIS, “The Development of International Law of ...”, cit., p. 181.

Acresce ainda que, o conteúdo destas negociações pode vir a ser relevante no caso de danos subsequentes e, por isso, se verifique ser necessário apurar responsabilidades.³⁴⁴

1.2.1.4. Troca de informações

Esta obrigação é um *complemento necessário* ou, até mesmo, *parte integral* do PUER e um pressuposto do cumprimento da obrigação de não causar danos pois, como se disse, é elementar a importância da monitorização das fontes e dos efeitos da poluição, numa base regular, bem como a troca dessas informações recolhidas.³⁴⁵ Por essa razão, a tendência tem sido a consagração daquela em instrumentos internacionais – incluindo, a CNU,³⁴⁶ a Convenção de Helsínquia da Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa, de 1992,³⁴⁷ o Acordo sobre o Rio Mekong, de 1995,³⁴⁸ o Tratado sobre as Águas do Indu, de 1960,³⁴⁹ as Regras de Helsínquia³⁵⁰ e de Berlim.³⁵¹

Este dever ajuda os Estados a entender a natureza, extensão e os efeitos das mudanças ambientais e permite-lhes avaliar a eficácia de medidas adotadas à luz dos desenvolvimentos científicos.³⁵² E é neste contexto que a *institucionalização* da cooperação³⁵³ assume particular importância, no quadro da *processualização* do DIA, variando as soluções desde a criação de organismos ou comissões mistas, governadas pelo princípio da especialização,³⁵⁴ dedicadas à recolha e troca de informações – como sucede no Acordo sobre o Rio Mekong, de 1995,³⁵⁵ e

³⁴⁴ Útil seria a consagração de um catálogo das condutas tidas por inaceitáveis, à luz do proposto pelo Tribunal no caso do Lago Lanoux: atrasos anormais, recusas sistemáticas de tomar em conta propostas e interesses da outra parte, violação das regras da boa-fé, entre outras. Cfr. P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 307.

³⁴⁵ Vide A. GERLAK, J. LAUTZE e M. GIORDANO, “Water Resources Data and Information Exchange in Transboundary Water Treaties”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, n.º 11, 2011, p. 179 e ss..

³⁴⁶ Cfr. artigo 9.º.

³⁴⁷ Esta Convenção contém obrigações bastante detalhadas sobre a troca de informações ambientais no art. 13.º.

³⁴⁸ Art. 24.º (C).

³⁴⁹ No art. 6.º deste tratado consagra-se um detalhado sistema de troca de informações.

³⁵⁰ Art. XXIX (1).

³⁵¹ Artigos 6.º e 56.º.

³⁵² Vide O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 333 e P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 300.

³⁵³ Nesse sentido o n.º 2, do art. 8.º da CNU. Cfr. O. MCINTYRE, “The World Court’s ...”, cit., p. 137 e ss.. Parece que a intenção é a de coordenar interesses e políticas pelo que se requer (i) um órgão coordenador e (ii) a ausência de hierarquia já que se pressupõe a descentralização e autonomia da entidade coordenadora.

³⁵⁴ Segundo este princípio, estes organismos são investidos pelos Estados com poderes cujos limites são estipulados em função dos interesses em comum e de cuja promoção aqueles Estados os investiram. Cfr. o caso Pulp Mills *supra* referido, no para. 89. Uma lista de possíveis funções destes organismos de cooperação encontra-se no art. 9.º, n.º 2, da Convenção de Helsínquia de 1992.

³⁵⁵ Art. 24.º (C).

no Tratado de Farakka³⁵⁶ – até à atribuição, a um dos Estados parte, desse dever através de grupos de peritos³⁵⁷ ou de estações de observação.³⁵⁸ De resto, como observa THOMAS FRANCK, princípios sofistas, com várias dimensões e camadas, intrinsecamente elásticos, como o PUER, requerem um intérprete credível, efetivo, legítimo e institucionalizado para esclarecer o significado da norma em diferentes contextos, dando início a um historial de precedentes que certamente contribuirão para diminuir as incertezas e inquietações em torno do PUER.³⁵⁹

Na CNU, o artigo 9.º regulamenta este dever no âmbito da genérica obrigação de cooperação sublinhando a regularidade da troca de informações e, assim, o requisito de um processo contínuo e sistemático. Nos números 2 e 3, o preceito reflete a exigência, já presente na Convenção de Helsínquia de 1992,³⁶⁰ imposta a um ribeirão de, quando requisitadas informações hidrológicas, ecológicas e meteorológicas, por outro, as conceder da forma mais eficaz, concreta e precisa possível.³⁶¹ Já o artigo 11.º, prescreve um dever autónomo para a troca de informações relacionadas, em concreto, com os possíveis efeitos das medidas planeadas nas condições de um curso de água internacional. A expressão no texto do preceito “efeitos possíveis” compreende todos os potenciais efeitos das medidas planeadas – positivos e negativos. Por conseguinte, o artigo 11.º é mais abrangente do que qualquer dos demais artigos da Parte III, por abranger as medidas planeadas que criem “efeitos significativos adversos”.³⁶²

Apesar de serem reconhecidas as vantagens da troca regular de dados e informações (e.g. o estreitamento da cooperação entre os Estados ribeirinhos)³⁶³ não há, ainda, uma norma de costume internacional prescrevendo essa troca na área de que nos ocupamos.³⁶⁴ Por

³⁵⁶ Tratado entre o Governo da República Popular do Bangladesh e o Governo da Índia sobre a partilha das águas do Ganges, em Farakka, assinado em Dezembro de 1996, cfr. arts. IV e VI.

³⁵⁷ No Tratado sobre as águas do Tibre e do Eufrates (Iraque e Turquia) de 1946, Protocolo I, art. 3.º.

³⁵⁸ No Tratado sobre as águas do Rio Indu, art. VII, 1, a).

³⁵⁹ T. M. FRANCK, *Fairness in international law and institutions*, Oxford, Reino Unido, Clarendon Press, 1995, p. 81 e ss..

³⁶⁰ No artigo 13.º, n.º 3.

³⁶¹ A expressão “prontamente disponível” mencionada no preceito indica que a obrigação se circunscreve ao tipo de informação facilmente acessível (e.g. recolhida para uso próprio). De resto, é um conceito indeterminado a preencher na sequência da avaliação dos custos e esforços a praticar para aceder à informação e as específicas circunstâncias do caso concreto. A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention ...cit.*, p. 126.

³⁶² A ideia é, pois, a da redução ao máximo de riscos. A. RIEU-CLARKE, R. MOYNIHAN e B. MAGSIG, *UN Watercourses Convention ...cit.*, p. 136.

³⁶³ Cfr. N. ELY e A. WOLMAN, Administration of international river basins, in A.H. Garretson, R.D. Hayton e C.J. Olmstead (eds.), *The law of ...*, cit., p. 146.

³⁶⁴ Cfr. J. BRUHACS, *The Law of ...*, cit., p. 174. Não obstante, a necessidade de uma monitorização contínua e regular durante a vida do projeto foi salientada pelo Vice-Presidente Weeramantry, no caso Gabcikovo-

consequente, não existe uma regulamentação uniforme de princípios para a coleta e disseminação de dados e informação ficando a cargo da discricionariedade do ribeirão, sobretudo nos casos em que a utilização não se encontrar regulada num tratado. Deste modo, na ausência de um mecanismo ou de um terceiro para determinar o nível de cumprimento, será muito difícil testar objetivamente esta obrigação.³⁶⁵ Ainda assim, caso venha a ocorrer dano, o incumprimento deste dever de cooperar na troca de informações, tal como ocorre com as outras dimensões processuais da obrigação de cooperar, pode ser pertinente para a determinação do incumprimento da obrigação de prevenção de danos.³⁶⁶

1.2.3. Breve conclusão

Os deveres processuais são absolutamente centrais para uma efetiva aplicação do PUER, entendido como um processo participativo, bem como para a proibição de infligir danos transnacionais. Assim, nunca o PUER existirá isoladamente antes integrando uma estrutura normativa procedimentalmente constituída por requisitos processuais necessários para a sua implementação.³⁶⁷ Por outro lado, não existem dúvidas de que as normas processuais codificadas na CNU correspondem, grosso modo, a costumes de DI. A CNU nada mais fez do que legitimar e reforçar o peso dos mesmos.

De notar, ainda assim, alguns limites aos deveres processuais contidos na CNU.³⁶⁸ Por exemplo, os Estados não estão sujeitos a um dever de estabelecer um mecanismo mediante o qual avaliariam, conjuntamente, os efeitos dos usos e os efeitos combinados dos diferentes usos. Veja-se ainda que, em lugar algum da CNU é imposto às partes um acordo. Apesar de assumirmos estes limites, não podemos ignorar que, hoje em dia, na ausência de compulsão legal, os Estados celebram acordos que reconhecem a natureza unitária dos cursos de água internacionais, a interdependência entre os ribeirinhos e as vantagens da cooperação de modo a atingir a utilização equitativa e razoável. Mesmo que o DI não requeira que os ribeirinhos atuem em cooperação – uma vez que, segundo OLMSTEAD, o direito internacional limita apenas a liberdade de ação unilateral mas não requer uma utilização

Nagymaros, relativamente à necessidade de uma AIA contínua. *Vide* O. MCINTYRE, “The World Court’s ongoing ...”, cit., p. 143.

³⁶⁵ *Vide* P. OKAWA, “Procedural obligations in ...”, cit., p. 301. A Autora avança a possibilidade de haver um controlo externo do cumprimento destes deveres nos casos em que um órgão de supervisão tenha poder de rever com alguma regularidade a performance dos ribeirinhos.

³⁶⁶ O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 336.

³⁶⁷ Cfr. S. MCCAFFREY, *Third report on the law of ...*, cit., p. 23, para. 34.

³⁶⁸ Seguimos de perto E. HEY, “Sustainable Use of Shared Water Resources: The Need for ...”, cit., p. 137.

conjunta –, a tendência será a de que, ao reconhecerem os interesses comuns nos recursos partilhados, os Estados *voluntariamente* celebrarão planos conjuntos e acordos de cooperação para a gestão dos cursos de água internacionais.³⁶⁹

2. Análise do princípio na jurisprudência internacional

Enquanto *fonte auxiliar* de DI, a Jurisprudência³⁷⁰ assume-se como “modo (...) de determinação das regras de direito”³⁷¹ o que nos permitirá deduzir, da sua análise, esclarecimentos sobre o PUER.

Desde logo, quanto às decisões jurisdicionais internas,³⁷² voltamos a referir as sentenças do STJ dos EUA, frequentemente invocadas como uma das *fons et origo* do PUER³⁷³ considerando a analogia possível entre as controvérsias surgidas entre os Estados federados quase soberanos e as controvérsias entre Estados sujeitos de DI.³⁷⁴ Da sua análise é possível retirar esquemas gerais de raciocínio e critérios práticos de solução dos problemas cujo valor transcende qualquer particularidade do âmbito jurídico em que surgiram. Estas decisões atuam como *guias* neste ramo do DI pois, os aspetos económicos, factuais, ecológicos e

³⁶⁹ Poder-se-á dizer que o DI, ao limitar a liberdade de acção unilateral, não estará – implícita mas necessariamente – a determinar ou a requerer a utilização conjunta? Cfr. C. J. OLMSTEAD, “Introduction”, in A.H. Garretson, R.D. Hayton e C.J. Olmstead (eds.), *The law of ...*, cit., p. 7 e 9.

³⁷⁰ *Vide* art. 38.º, parágrafo 1º, al. d), do ETIJ. O conceito pretende abranger o conjunto das decisões judiciais (ou arbitrais), sejam elas internacionais ou nacionais.

³⁷¹ Cfr. F. Ferreira DE ALMEIDA, *Direito Internacional ...*cit., p. 194.

³⁷² As decisões nacionais, ainda que não sejam fontes de DI *per se* pois são, em rigor, de carácter nacional, são, ainda assim, úteis enquanto provas da prática estadual ou dos Princípios Gerais de Direito (38.º, n.º 1, al. c) do ETIJ) e, ainda, enquanto decisões sobre disputas entre Estados federados, servem de modelos de resolução de controvérsias internacionais. J. G. LAMMERS analisa as condições de transplantabilidade e consideração de sentenças de tribunais de Estados federais no domínio da reconstrução de normas internacionais em *Pollution of international ...*, cit., p. 387-390. A. D. TARLOCK analisa detalhadamente a jurisprudência do STJ dos EUA nesta matéria em “The law of equitable apportionment revisited, updated and restated”, *University of Colorado Law Review*, 56, 1985, p. 381-411. Mas, além dos EUA, há outras decisões nacionais com relevo listadas em S. MCCAFFREY, *The law of international ...*, cit., p. 217 e ss..

³⁷³ Cfr. H. A. SMITH, *The economic ...*, cit., p. 104 e ss.; J. LIPPER, *Equitable Utilization ...*, cit., p. 22 e 41; S. MCCAFFREY, *Second report ...*, cit., p. 129, para. 165; L. CAFLISCH, *Règles generales ...*, cit., p. 141-143.

³⁷⁴ A possibilidade de manutenção de autonomia legislativa por parte dos Estados federados em relação ao poder central federal em determinação matérias, como a da gestão dos recursos hídricos, corresponde a uma quase soberania, identificável, nessa medida, com uma personalidade jurídica internacional limitada, assemelhando-se o seu estatuto jurídico ao de um Estado soberano. Sobre a influência exercida pela prática dos Estados federais no desenvolvimento do DI no tema dos recursos hídricos, cfr. D. ALHÉRITIÈRE, “Internatinal cooperation and inland waters: the influence of federalism”, *Natural Resources Law*, 1976, 16, p. 903-921.

científicos não diferem, no essencial, nas disputas internacionais e inter-estaduais.³⁷⁵ Aliás, será mesmo possível defender que aquela Jurisprudência, sobre o tema da repartição dos recursos hídricos, designada pela expressão “repartição equitativa”, é similar ao princípio, mais amplo, é certo, da “utilização equitativa”.³⁷⁶

Quanto às decisões do TIJ, constatámos que há poucas em relação ao direito dos recursos naturais partilhados, e ainda menos em relação ao DCAI. Porém, aquelas que existem, servem para confirmar a existência de alguns princípios e vetores fundamentais neste ramo: o da comunidade de interesses (no caso *Oder*³⁷⁷ e no *Gabcikovo-Nagymaros*³⁷⁸); o PUER (também no *Gabcikovo-Nagymaros*) e o da notificação prévia no caso de perigo de dano para outros Estados (*Canal Corfu*³⁷⁹), e a tendência para a *processualização* do DIA (no caso *Pulp Mills*).

³⁷⁵ No caso *Trail Smelter*, o próprio tribunal afirmou que tais decisões são úteis, pelo menos, “enquanto exemplos de decisões sensíveis das queixas dos Estados em conflito” (tradução nossa). Vide J.G. LAYLIN e R. L. BIANCHI, “The Role of Adjudication in International River Disputes: The Lake Lanoux Case”, *American Journal of International Law*, n.º 53, 1959, p. 156.

³⁷⁶ Quanto a estas decisões fomos fazendo referência – genérica por razões de tempo e de espaço – ao longo do nosso texto pelo que para elas remetemos.

³⁷⁷ Vide *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder* (Checoslováquia, Dinamarca, França, Alemanha, Reino Unido, Suécia/Polónia), 1929, PCIJ (ser. A), n.º 23, p. 5-46, 10 de Setembro de 1929, também disponível na íntegra em M. O. HUDSON (ed.), *World Court Reports*, vol. II, 1969, p. 609. A questão principal era dupla: saber se a jurisdição da Comissão abrangia dois afluentes do rio Oder situados em território Polaco discutindo-se, também, a liberdade de navegação nos rios internacionais argumentando a Polónia que, as secções dos dois afluentes em causa (*Warta* e *Notéc*), situadas exclusivamente em território Polaco, apenas permitiam àquele país acesso ao mar. O caso é importante pois avançou com a noção de *comunidade de interesses* dos ribeirinhos que seria a “base de um direito legal comum cuja característica central é a perfeita igualdade de todos os Estados ribeirinhos na utilização de todo o rio e a exclusão de qualquer privilégio preferencial de um ribeirinho em relação aos demais” (tradução nossa). Ainda que o caso discuta, essencialmente, questões de navegação, as características do curso de água que conduziram o TIJ àquela conclusão servem também para, *a fortiori*, determinar a existência de um direito legal comum quanto a usos diferentes da navegação. Aliás, a melhor designação para esse direito é a de utilização equitativa. De resto, conforme veremos, a aplicabilidade do conceito de comunidade de interesses nesta área foi confirmada pelo TIJ no caso *Gabcikovo-Nagymaros*. Vide S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 182; J. LIPPER, *Equitable Utilization ...*, cit., p. 29.

³⁷⁸ *Infra* analisá-lo-emos.

³⁷⁹ Apesar de não lidar com questões relativas aos cursos de água internacionais, esta decisão é importante no âmbito do DIA. *Making a long story short*, o TIJ identificou a existência de uma obrigação “geral e bem reconhecida” de notificação que torna internacionalmente ilegal a um Estado permitir, tendo conhecimento, que o seu território – incluindo secções de cursos internacionais ali situadas – seja usado para atos contrários aos direitos de outros Estados. Esta obrigação é uma expressão da máxima *sic utere tuo non laedas* e veio reforçar as ideias inerentes à soberania territorial limitada. Para aquilo que mais nos interessa, a decisão impõe, pelo menos, que um Estado avise os ribeirinhos da existência de uma situação de emergência que os possa afetar. Vide Caso do Canal Corfu (Reino Unido/Albânia), 1949, TIJ disponível e analisado em Q. WRIGHT, “The Corfu Channel Case”, n.º 43, *American Journal of International Law*, 1949, p. 491.

As decisões arbitrais desempenharam um papel semelhante na consolidação deste ramo do Direito com destaque para o caso do *Lago Lanoux*³⁸⁰ e para o caso *Trail Smelter*, usualmente tido como uma autoridade na regra do “no-harm” e com relevo para a criação de um regime de distribuição de usos e benefícios de um recurso natural partilhado.³⁸¹

2.1. Análise de duas decisões jurisprudenciais

A. O caso Gabcikovo-Nagymaros³⁸²

A querela entre a Hungria e a atual Eslováquia refere-se a um projeto no Rio Danúbio acordado entre ambos através de um tratado celebrado em 1977.³⁸³ O projeto consistia na construção de um série de barragens e açudes, numa extensão de 200 km do Danúbio – entre Bratislava e Budapeste –, cujas responsabilidades e encargos seriam repartidos pelas

³⁸⁰ Em síntese, a França pretendia desviar água do Lago Lanoux com implicações para a Espanha, em termos de irrigação, por aquele desvio afetar os Rios Carol e Ariège. Desta decisão retiramos duas conclusões: (i) ao argumento espanhol de que a execução do projeto francês (energia hidráulica) dependia de um acordo prévio – i.é., uma espécie de consentimento ou veto – o tribunal respondeu na negativa sob pena de se tratar de uma restrição essencial à soberania estadual; (ii) o tribunal sublinhou a importância do aviso prévio e, ainda, referindo-se a uma tendência corrente na prática internacional, da necessidade de criação de um sistema de queixas e de um processo para acautelar todos os interesses em jogo. Muito importante, ainda, foi a explicação que o tribunal fez deste processo que não pode ser reduzido a requisitos formais (como, por exemplo, simplesmente tomar nota das queixas). Pelo contrário, o tribunal referiu uma obrigação de boa-fé no processo de negociação acompanhada por outra de tomar em conta os vários interesses em questão e procurar dar satisfação aos mesmos numa solução que fosse compatível com o prosseguimento dos seus interesses. Ao longo deste processo as Partes deveriam ainda revelar um verdadeiro desejo de reconciliar os interesses em conflito. Mas, o tribunal não se ficou por aqui. Ao avaliar se a França teria considerado os interesses da Espanha de forma satisfatória, distinguiu duas obrigações intimamente ligadas: (a.) a de integrar interesses adversos no curso das negociações; (ii) a de colocar esses interesses numa posição razoável na solução alcançada. O. MCINTYRE aproxima este esquema do PUER. *Vide Environmental Protection of ...*, cit., p. 58; *Lake Lanoux Arbitration* (França/Espanha), decidido em 16 de Novembro de 1957, reproduzido em francês no n.º 62 da *Revue générale de droit international public*, 1958, p. 79 e, em inglês, no *American Journal of International Law*, 1959, p. 156; S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 202.

³⁸¹ Desta decisão destacamos dois aspetos: (i) o esforço que o tribunal desenvolveu para atingir uma “solução justa” para a controvérsia através de uma ponderação que lembra as ideias da distribuição equitativa ínsitas no PUER. No caso, a ponderação estabeleceu-se entre os interesses industriais (o funcionamento da fábrica) e agrícolas (para os agricultores afetados pelos fumos) daqui resultando uma verdadeira distribuição da capacidade do ar de acomodar poluição da fábrica; (ii) o *dictum* que tornou famosa a decisão – segundo o qual “de acordo com os princípios de direito internacional (...) nenhum Estado tem o direito de usar ou permitir o uso de seu território de uma maneira tal que cause dano no território de outro Estado” – reforça a teoria da soberania territorial limitada já mencionada. Cfr. S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 231; O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 59.

³⁸² Cfr. Caso relativo ao projeto Gabcikovo-Nagymaros (Hungria/Eslováquia), julgamento de 25 de Setembro de 1997, disponível na íntegra em *International Legal Materials*, n.º 37, 1998, p. 162.

³⁸³ Tratado relativo à Construção e Operação do Sistema de Bloqueios Gabcikovo-Nagymaros, 16 de setembro de 1977, *International Legal Materials*, n.º 32, 1993, p. 1247.

duas Partes, de modo a melhorar a navegação, a proteção das cheias e a produção de eletricidade.

Ora, citando preocupações ambientais,³⁸⁴ a Hungria cessa os trabalhos, em 1989, em duas porções dos projetos (Nagyymaros e Dunakiliti), anunciando posteriormente a denúncia³⁸⁵ do Tratado, em Maio de 1992. Perante esta decisão, a Checoslováquia decide pôr em prática um outro plano, naquele mesmo ano, conhecido por “Variant C”, cuja intenção é construir uma barragem em Cunovo, no território da Checoslováquia, e, assim, desviar uma boa parte das águas do Danúbio. Face a isto, o TIJ entendeu que as duas Partes tinham violado as suas obrigações internacionais pois o projeto deveria sempre ser posto em prática por um regime operacional conjunto num claro apelo à cooperação internacional.³⁸⁶ Para o objeto do nosso trabalho, esta decisão contribuiu a vários níveis por ser a primeira, em dois aspetos fundamentais: por um lado, nunca antes o TIJ se tinha referido ao PDS e, por outro, nunca antes tinha considerado a interação entre o DIA, o Direito dos tratados e o Direito dos cursos de água internacionais.³⁸⁷

Em primeiro lugar, destacamos a resposta do TIJ ao argumento da “necessidade ecológica” avançado pela Hungria. Apesar de rejeitar o argumento,³⁸⁸ o TIJ realça a

³⁸⁴ No rigor dos termos, “um estado de necessidade ecológica” pois, essencialmente, argumentou a Hungria que, a água, no reservatório Dunakiliti, iria ficar estagnada o que resultaria em sérias consequências para a qualidade da água subterrânea no aquífero Szigetkoz.

³⁸⁵ Nos termos do artigo 56.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

³⁸⁶ Cfr. Caso relativo ao projeto Gabčíkovo..., cit., para. 17.

³⁸⁷ Quanto a este ponto, a decisão contribuiu para a determinação do novo *locus* do DCAI sobretudo na referência do TIJ a “*normas* de DIA e *princípios* de direito internacional dos cursos de água” (itálicos nosso). A escolha de palavras é sugestiva e aponta: (i) por um lado, para a ideia de que o DIA é mais rico e denso na mensagem normativa, já o direito dos cursos de água é algo com contornos ainda indefinidos; (ii) por outro lado, parece que o TIJ conta com as normas do DIA para dar algum vigor, densidade ao conteúdo do direito dos cursos de água; (iii) em termos sistemáticos, o direito dos cursos de água ancorou-se no direito dos recursos naturais bem como no DIA. Apesar de não o ter dito expressamente, o TIJ entendeu – ainda que com enormes hesitações e inquietudes, sobretudo no que respeita ao PDS – que os princípios de DIA desempenham um papel central no desenvolvimento do direito dos recursos naturais partilhados. E, pensando bem, porque razão as normas relativas a um elemento do ambiente deveriam ser divorciadas do DIA, quando o propósito dessas regras é ajustar os usos do ambiente (da água) com a sua proteção? Ademais, a proteção ambiental é uma *conditio sine qua non* para que a utilização do ambiente (no caso, da água) seja sustentável no futuro. Cfr. P. CANELAS DE CASTRO, “The Judgment in the Case ...”, cit., p. 27.

³⁸⁸ Ainda que não o faça liminarmente: o TIJ procura a resposta num *princípio de reconciliação* apenas rejeitando o argumento por entender ser necessário provar a existência de perigo “real”, “grave” e “eminente”, em 1989, exigindo ainda que as medidas adotadas pela Hungria eram a única resposta possível a esse perigo o que, *in casu*, não se verificou. Ademais, o TIJ encontrava-se limitado, segundo o princípio *pacta sunt servanda*, pelo tratado que considerou válido. Certo é, porém, que, o Tribunal poderia ter concedido mais atenção ao argumento avançado pela Hungria de alteração de circunstâncias como, também, parece inaceitável a desconsideração pelo princípio da precaução e, por conseguinte, por todos os dados científicos apresentados. Ainda assim, cremos que com esta decisão o TIJ abriu a porta para a possibilidade de um princípio legal – o *pacta sunt servanda* – ser superado, se reunidas certas circunstâncias, pelas considerações ambientais. Sobre estes pontos, C. B. BOURNE, “The Case Concerning the Gabčíkovo-Nagyymaros Project: An Important Milestone in International Water

importância, o lugar e o respeito pelo Ambiente³⁸⁹ “não só para os Estados como, também, para toda a Humanidade”,³⁹⁰ reconhecendo o esforço “legislativo” e concetual³⁹¹ dos últimos anos determinado a angariar sensibilidade ambientais.³⁹² Neste exercício para integrar, na sua decisão, os impactos, as novas normas e *standards* ambientais, destacamos a referência, em particular, ao conceito do *desenvolvimento sustentável*, enquanto valor ou objetivo ao qual as partes estão vinculadas no processo decisório.³⁹³ Na verdade, o tribunal esboça a necessidade de uma evolução ao apelar a “ajustamentos” entre os “imperativos económicos e ecológicos”,³⁹⁴ sublinhando a importância da proteção ambiental dos cursos de água internacionais que, ainda assim, não poderá frustrar *desenvolvimentos racionais*.³⁹⁵ Esta lógica de ponderação e balanço, com implicações ao longo do processo decisório e negocial³⁹⁶ sem dúvida que se aproxima da essência do PUER e do PDS.³⁹⁷

Law”, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 8, 1997, p. 6 e A. E. BOYLE, “The Gabčíkovo-Nagymaros Case: New Law in Old Bottles”, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 8, 1997, p. 15 e S. STEC e G. E. ECKSTEIN, “Of Solemn Oaths and Obligations: The Environmental Impact of the ICJ’s Decision in the *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*”, *Yearbook of International Environmental Law*, Vol. 8, 1997, p. 41 e ss..

³⁸⁹ Para o TIJ, o Ambiente não é uma “abstração” e é importantíssimo para “a qualidade de vida e saúde dos seres humanos”. Cfr. Caso relativo ao projeto Gabčíkovo..., cit., para. 53 e 112.

³⁹⁰ *Vide Ibidem* para. 18.

³⁹¹ Evidente em vários documentos de *policy* e normativos dos últimos anos. P. CANELAS DE CASTRO, “The Judgment in the Case ...”, cit., p. 21.

³⁹² Veja-se que isto é o mais próximo que o TIJ chega de referir a obrigação de prevenção de danos. Na verdade, é surpreendente que não haja uma alusão expressa àquele princípio num contexto de partilha de recursos aquíferos, sabendo que aquela obrigação é um dos eixos do DIA. *Vide* S. STEC e G. E. ECKSTEIN, “Of Solemn Oaths and Obligations: The ...”, cit., p. 46 e Caso relativo ao projeto Gabčíkovo..., cit., para. 140.

³⁹³ O TIJ deu a sua bênção a este conceito mas apenas o Vice-Presidente Weeramantry, na sua opinião separada, se lhe refere como princípio *erga omnes*. O mais interessante neste caso é, na verdade, a aplicação a uma disputa aquífera de um *corpus* de DIA. Este desenvolvimento é significativo por alinhar a posição do TIJ com o trabalho da CDI e, por conseguinte, da CNU, revista na fase final das negociações de modo a incluir uma referência expressa ao desenvolvimento sustentável. S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 195.

³⁹⁴ Cfr. Caso relativo ao projeto Gabčíkovo..., cit., para. 103.

³⁹⁵ *Vide* C. B. BOURNE, “The Case Concerning the ...”, cit., p. 11.

³⁹⁶ Por exemplo, a participação pública, as AIA e a aplicação do Princípio da Precaução. Cfr. A. E. BOYLE, “The Gabčíkovo-Nagymaros Case: New Law ...”, cit., p. 18.

³⁹⁷ Independentemente do entendimento que tenhamos acerca da relação entres os dois conceitos uma coisa é certa: a lógica de *reconciliação* de interesses conflitantes é semelhante nos dois casos. E, por outro lado, resulta do art. 5.º, n.º 1, da CNU, que o desenvolvimento sustentável é um objetivo ou uma meta a ser atingida pela aplicação do PUER. Alguma Doutrina afirma mesmo que o PUER *operacionaliza* a noção de desenvolvimento sustentável. *Vide* P.K. WOUTERS e A. S. RIEU-CLARKE, “The Role of International Water Law in Promoting Sustainable Development”, *Water Law*, n.º 12, 2001, p. 281. M. KROES destaca as semelhanças entre os dois conceitos dado que os dois giram em torno do equilíbrio de interesses e implicam uma fusão de método e objetivo. Cfr. “The Protection of International Watercourses as Sources of Fresh Water in the Interest of Future Generations”, in E.H.P. Brans et. al. (eds.), *The Scarcity of water: emerging ...*, cit., p. 80.

Creemos, posto isto, que esta decisão firmou a “filosofia” do TIJ em assuntos ambientais que, segundo CANELAS DE CASTRO, é uma visão moderada, humanística e amiga do ambiente (*moderately humanistic-ecofriendly vision*).³⁹⁸

Em segundo lugar, ao discutir a legalidade do projeto “Variant C”, o tribunal destacou a violação, através da operacionalidade daquele, de um “direito básico a uma partilha equitativa e razoável dos recursos de um curso de água internacional”³⁹⁹ por a Eslováquia ter assumido unilateralmente o controlo de um recurso natural partilhado.⁴⁰⁰

Em terceiro lugar, esta decisão reforça a ideia de *comunidade de interesses*, originalmente enunciada no caso do Rio Oder e, agora, aplicada expressamente a usos diferentes da navegação. O TIJ recorreu a este conceito para concluir que um ribeirão não pode, unilateralmente, assumir controlo de um recurso partilhado, ainda que esse controlo produza resultados semelhantes àqueles que o outro ribeirão tenha consentido em tratado anterior; nem mesmo o pode fazer como represália ou contra medida a um ato internacionalmente ilegal de outro ribeirão – no caso a denúncia do tratado – por ser, segundo o tribunal e à luz do PUER, desproporcional. Por isso, *a fortiori*, esse comportamento tampouco se justificará na ausência de uma violação por outro ribeirão.⁴⁰¹ Ademais, como evidência da moderna vitalidade deste conceito, o TIJ cita a CNU, o que é, sem dúvida, uma atitude notável dado que, à data do julgamento, aquele instrumento tinha sido assinado apenas por três Estados⁴⁰² e, por seu turno, vem confirmar e reforçar a autoridade daquela convenção.⁴⁰³

Em quarto lugar, o tribunal prescreve a conduta futura das partes subordinada a uma obrigação de negociação e de cooperação positiva⁴⁰⁴ com base, mais uma vez, na CNU, em particular, no art. 5.º, parágrafo 2 – ou seja, na “participação equitativa”.⁴⁰⁵ Desta insistência, por parte do TIJ, na ideia da cooperação, CANELAS DE CASTRO retira uma evolução no conceito de utilização equitativa: o ponto *cruxis* já não incidiria na determinação de quotas de

³⁹⁸ Vide P. CANELAS DE CASTRO, “The Judgment in the Case ...”, cit., p. 23.

³⁹⁹ Cfr. Caso relativo ao projeto Gabčíkovo..., cit., para. 78.

⁴⁰⁰ Vendo aqui um reforço do estatuto costumeiro do PUER, S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 192.

⁴⁰¹ Cfr. S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 193.

⁴⁰² África do Sul, Síria e Venezuela. Talvez a explicação se encontre na familiaridade do Presidente Schwebel, um antigo relator especial da CDI e outros membros do TIJ também participantes da CDI (juiz Bedjaoui, Shi e Koroma). Vide S. MCCAFFREY, *The law of international...*, cit., p. 193.

⁴⁰³ Como refere A. E. BOYLE, no que concerne às fontes do DI a decisão assume importância pelo peso que o tribunal deu ao trabalho da CDI. Cfr. A. E. BOYLE, “The Gabčíkovo-Nagymaros Case: New Law ...”, cit., p. 14.

⁴⁰⁴ Cfr. Caso relativo ao projeto Gabčíkovo..., cit., para. 100, 141, 146 e 147.

⁴⁰⁵ É muito importante a alusão a este preceito pois ali se junta o “uso, desenvolvimento e proteção” colocando-os ao mesmo nível. Na verdade, as Regras de Helsínquia não atribuíram o peso necessário à dimensão ambiental do PUER. Cfr. Caso relativo ao projeto Gabčíkovo..., cit., para. 147.

usos nem na atribuição de valores aos danos mas, agora, seria mais útil (não só para as partes como, também, para a comunidade internacional) centrar o *busílis* do PUER no contexto mais dinâmico da gestão cooperativa dos benefícios comuns de proteção e utilização de recursos. Para o Autor a antiga fórmula da equidade seria substituída por uma nova designada “participação equitativa”.⁴⁰⁶

Ora, claramente, como já insinuámos, o TIJ tomou uma posição no debate acerca da evolução do DIA: apesar de não se posicionar contra as mudanças que têm vindo a animar o DI, também não subscreveu uma filosofia ambiental radical.⁴⁰⁷ Assim, rejeitando tanto o “estado” como o “homocentrismo”, o tribunal não ratificou também qualquer forma de “ecocentrismo” antes evocando uma imagem de *direito em transição* apostado em garantir uma coexistência harmoniosa do Homem com a Natureza, na qual aquele não é sentenciado à condição de “*bon sauvage*” mas ainda tem um papel determinante a desempenhar.⁴⁰⁸

B. O Caso Pulp Mills sobre o Rio Uruguai⁴⁰⁹

A recente decisão do TIJ na disputa que opôs a Argentina ao Uruguai dá um enorme contributo para o desenvolvimento do DI relativo aos recursos aquíferos partilhados e, mais genericamente, para o DIA, sobretudo no sentido da sua *processualização*, e, por isso, amadurecimento.⁴¹⁰ É verdade que, se dúvidas existiam quanto à centralidade das normas processuais de cooperação internacional para a utilização equitativa e razoável, deixámos de as ter.⁴¹¹ Mas não só. A decisão clarifica vários pontos: (i) o significado das obrigações processuais impostas aos ribeirinhos e a relação daquelas com as normas substantivas; (ii) em particular, o tribunal sublinhou a importância da notificação entre ribeirinhos de novos

⁴⁰⁶ Já *supra* aludimos ao papel da participação no PUER.

⁴⁰⁷ Ainda assim, alguma Doutrina entende que o TIJ assumiu uma postura conservadora. Porém, a Posição Separada do juiz Weeramantry é altamente inovadora na defesa da qualidade *erga omnes* concedida às questões ambientais. Vide S. STEC e G. E. ECKSTEIN, “Of Solemn Oaths and Obligations: The ...”, cit., p. 42 e 48.

⁴⁰⁸ Cfr. P. CANELAS DE CASTRO, “The Judgment in the Case ...”, cit., p. 24.

⁴⁰⁹ Cfr. Caso Pulp Mills sobre o Rio Uruguai (Argentina/Uruguai), decidido em 20 de Abril de 2010, disponível on-line em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=135>, consultado no dia 16 de fevereiro de 2013.

⁴¹⁰ Seguimos de perto O. MCINTYRE, “The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law...”, cit., p. 475 e ss..

⁴¹¹ Relativamente ao direito que resulta do artigo 27.º, do Estatuto de 1975, que regula o direito de cada estado parte a utilizar as águas do Rio Uruguai, o TIJ deixou claro que as obrigações processuais decorrentes dos artigos 7.º a 12.º daquele mesmo Estatuto, têm de ser observadas por qualquer parte que pretenda exercer aquele direito acrescentando, ainda, que, “aquela utilização não será considerada equitativa e razoável se os interesses do outro ribeirinho e a proteção ambiental do recurso partilhado não foram tomados em devida conta”. Cfr. O. MCINTYRE, “The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law...”, cit., p. 493.

projetos e atividades, relacionando-a com o cumprimento do dever costumeiro de *due diligence* na prevenção de danos transnacionais significativos; (iii) o TIJ foi ainda mais longe concluindo que a AIA é absolutamente central para aquela notificação e, por isso, é um requisito do costume internacional.⁴¹² Infelizmente, não identificou o *core* mínimo de componentes para uma adequada AIA;⁴¹³ (iv) o tribunal confirmou que o PUER é sinónimo do conceito de desenvolvimento sustentável o que significa, portanto, que o operacionaliza no contexto do DCAI sugerindo ainda que aquele princípio consagra, de entre os seus fatores de ponderação, uma dimensão de proteção ambiental.

A disputa dizia respeito à interpretação do Estatuto de 1975,⁴¹⁴ que regula o respetivo regime de utilização e estabelece os instrumentos de cooperação necessários a uma utilização racional e ótima (art. 1.º, n.º 1) do Rio Uruguai.⁴¹⁵ Em concreto, discutia-se se o Uruguai cumpriu as suas obrigações processuais, de acordo com o estatuto,⁴¹⁶ ao autorizar a construção de duas fábricas de celulose, no seu território, nas margens do Rio Uruguai, questionando-se também se aquele mesmo país cumpria as suas obrigações substantivas, derivadas do mesmo estatuto, desde o início do funcionamento de uma das fábricas (Novembro de 2007).⁴¹⁷

Ora, relativamente ao primeiro aspeto, o tribunal aceitou o argumento da Argentina segundo o qual os dois tipos de obrigações estariam *intrínseca e funcionalmente* ligados sendo que, perante a indeterminação das obrigações substantivas,⁴¹⁸ seria necessário operacionalizá-las e complementá-las através de normas processuais. Assim, o cumprimento desses requisitos processuais – agrupados numa obrigação genérica de cooperação – seria um

⁴¹² Cfr. O Caso Pulp Mills ... cit., para. 119-121.

⁴¹³ É igualmente confuso que o TIJ tenha rejeitado o argumento da Argentina sobre a existência de uma obrigação de consultar as populações afetadas com base numa série de instrumentos internacionais como a Convenção Espoo. Cfr. O Caso Pulp Mills ...cit., para. 216 e O. MCINTYRE, “The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law...”, cit., p. 496.

⁴¹⁴ Assinado pela Argentina e Uruguai, em Salto, em Fevereiro de 1975 tendo entrado em vigor a 18 de Setembro de 1976 e disponível on-line em http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Uruguay_River_Statute_1975.pdf, consultado no dia 15 de Maio de 2013.

⁴¹⁵ Entre eles a criação da *Comisión Administradora del Río Uruguay* (CARU) pensada para facilitar a comunicação e consultas entre os dois ribeirinhos em assuntos com impactos no uso do Rio Uruguai.

⁴¹⁶ Nomeadamente, o artigo 7.º daquele Estatuto relativo à notificação e à informação, à CARU, de novos projetos e atividade no Rio Uruguai.

⁴¹⁷ Frustradas as várias reuniões da CARU tendentes a resolver as divergências entre os dois ribeirinhos, a Argentina, a 4 de Maio de 2006, inicia os procedimentos junto do TIJ com base no art. 60.º, n.º 1, do Estatuto de 1975, alegando a violação do mesmo.

⁴¹⁸ Como já se disse, um bom exemplo é a generalidade do PUER e na natureza de *due diligence* da obrigação de prevenção de danos transnacionais. Caso ocorra dano – e, com isso, a violação da obrigação de prevenção de danos – o não cumprimento da obrigação de cooperação servirá para apurar o preenchimento ou não dos *standards* da *due diligence*.

primeiro passo para o cumprimento das obrigações substantivas.⁴¹⁹ Ao enfatizar o papel da CARU na implementação do Estatuto de 1975, o TIJ entendeu o PUER como um processo inter-estadual e não como regra clara e normativa que dita um resultado certo e definitivo.⁴²⁰ Mas, mais importante, foi a alusão à existência de uma “comunidade de interesses e direitos na gestão e proteção do Rio e do seu ambiente” derivada da “tradição das partes de cooperação e coordenação através do CARU” que, por esta via, relaciona o conceito de comunidade de interesses, inerente ao PUER, com o dever de cooperação. Insistindo na importância das normas processuais, o tribunal refere a importância de mecanismos institucionais, como a CARU, para assegurar a cooperação⁴²¹ por um lado e, por outro, na linha de alguma Doutrina,⁴²² o cumprimento das obrigações substantivas derivadas do Estatuto de 1975, em particular a de utilização racional e ótima (art. 1.º).⁴²³

Quanto ao segundo aspeto, o tribunal esclareceu a natureza e a extensão da *due diligence* inerente ao dever de prevenção de danos transnacionais ao colocar a tónica no requisito de *informar* e *notificar* o Estado vizinho, através da CARU, “assim que tenha um plano suficientemente desenvolvido que permita uma avaliação preliminar” ou “numa fase em que autoridade responsável tenha o projeto na sua posse para dar a autorização ambiental e previamente à concessão dessa autorização”.⁴²⁴ O TIJ parece talhar o dever de notificação em duas fases: uma notificação inicial assim que o projeto é proposto à autoridade competente; uma notificação subsequente e mais detalhada com base no estudo da AIA.⁴²⁵ Quanto ao conteúdo e extensão da informação, “deverá ser determinado à luz do seu objetivo” i. é, o de “permitir à CARU uma análise preliminar do plano em causa de modo a determinar a possibilidade de o mesmo causar dano à outra parte”.⁴²⁶ Uma outra característica da *due diligence* é a boa-fé que caracteriza todas as obrigações processuais impondo uma determinada postura ao longo das negociações.⁴²⁷ Ainda assim, o TIJ

⁴¹⁹ Não obstante, pode suceder, como *in casu*, que a violação de uma obrigação processual não implique a violação de uma obrigação substantiva pois, em rigor, não ocorreu dano nem foram afetados de forma inequitativa e desrazoável os interesses da Argentina.

⁴²⁰ Cfr. O Caso Pulp Mills ...cit., para. 176.

⁴²¹ Cfr. O Caso Pulp Mills ...cit., para. 89.

⁴²² É o caso de O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 377.

⁴²³ Cfr. O Caso Pulp Mills ...cit., para. 173 e para. 75.

⁴²⁴ Cfr. O Caso Pulp Mills ...cit., para. 101-105.

⁴²⁵ *Vide* O. MCINTYRE, “The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law...”, cit., p. 494.

⁴²⁶ Cfr. O Caso Pulp Mills ...cit., para. 99 e 105. No caso o TIJ entendeu que o Uruguai não cumpriu esta obrigação.

⁴²⁷ O TIJ conclui que o Uruguai tinha violado este dever ao autorizar e implementar a atividade planeada sem esperar que as negociações chegassem a bom porto. Aquele Tribunal entendeu que o Uruguai falhou na sua

esclareceu que “uma obrigação de negociar não é o mesmo que uma obrigação de chegar a um acordo”.⁴²⁸

Quanto ao terceiro aspeto, na sequência das conclusões em torno da interdependência das obrigações processuais e substantivas, o tribunal entendeu que os ribeirinhos estão obrigados a realizar uma AIA de modo a cumprir a *due diligence* ínsita do dever de prevenção.⁴²⁹ Deste modo confirmou aquilo que alguma Doutrina⁴³⁰ vinha defendendo, i.é, que os aspetos transnacionais do estudo da AIA assumem um papel central facilitando a realização de muitos direitos e deveres processuais derivados da obrigação de cooperar de boa-fé.⁴³¹

Por último, o TIJ confirmou a importância dos fatores ambientais no processo de ponderação de duas formas: ao ressaltar as funções ambientais da CARU e a relação entre o PUER e o conceito de desenvolvimento sustentável. Referindo-se às implicações do artigo 27.º, do Estatuto de 1975,⁴³² o tribunal entendeu que a sua formulação reflete não só a necessidade de reconciliar os variados interesses dos ribeirinhos num contexto transnacional e, em particular, no uso de recursos naturais partilhados, como a necessidade de sopesar o uso das águas com a proteção do curso à luz do objetivo do desenvolvimento sustentável.⁴³³ O TIJ veio, deste modo, confirmar o entendimento segundo o qual o PUER operacionaliza e põe em prática o conceito de desenvolvimento sustentável e, por consequência, os fatores de ponderação daquele são equivalentes aos deste.⁴³⁴

“obrigação de tornar as negociações significativas” e, por isso, tinha violado o requisito de cumprir as obrigações processuais de boa-fé. Cfr. O Caso Pulp Mills ...cit., para. 145-149.

⁴²⁸ *Ibidem* para. 150.

⁴²⁹ A AIA é uma “exigência do DI geral” como resulta de uma série de instrumentos de DI tais como o artigo 7.º da CNU e a Princípio 2 da Declaração do Rio. *Ibidem* para. 121 e 204 e O. MCINTYRE, *Environmental Protection of ...*, cit., p. 198 a 221.

⁴³⁰ Cfr. P. M. DUPUY, “Overview of the Existing Customary Legal Regime Regarding International Pollution”, in D.B. Magraw (ed.), *International Law and Pollution*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991, p. 61.

⁴³¹ Quanto às origens da obrigação de conduzir uma AIA o TIJ entendeu ser o dever de prevenção e não, como J.H. KNOX propõe, o princípio da não discriminação. Cfr. “The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment”, *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, p. 291.

⁴³² Artigo que contém o direito de cada Estado parte ao uso das águas do rio, dentro da sua jurisdição para finalidades domésticas, sanitárias, industriais e agrícolas.

⁴³³ Cfr. O Caso Pulp Mills ...cit., para. 177 e nossa nota de rodapé 315. Na verdade, este parágrafo assemelha-se à referência deste mesmo Tribunal, no caso Gabčíkovo-Nagyymaros, à necessidade de reconciliar o desenvolvimento económico com a proteção ambiental.

⁴³⁴ V. O. MCINTYRE, “The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law...”, cit., p. 492.

3. O Convénio Luso-Espanhol: uma Aljubarrota fluvial?⁴³⁵

A Convenção celebrada entre Portugal e Espanha, em Albufeira, a 30 de Novembro de 1998, impôs-se como meio de suprimir as insuficiências existentes nos convénios de 1964 e 1968 face às modernas questões do DIA.⁴³⁶ Quando comparada com as anteriores, esta Convenção destaca-se pois propõe-se regular não só os problemas da partilha das águas mas, também, as questões relativas à *qualidade* das águas. É, portanto, um tratado mais ambicioso, mais moderno, de alcance mais vasto do que os anteriores e que, por isso mesmo, traduz um progresso ao nível das *atitudes* que se vão detetando nesta matéria.⁴³⁷

O Convénio não é um documento único, sendo constituído por um corpo principal (a Convenção propriamente dita) com dois Anexos integrados, o primeiro dedicado à permuta de informação entre as Partes, e o segundo ao impacto transfronteiriço e, ainda, por um Protocolo Adicional sobre o regime de caudais e respetivo Anexo complementar que define as bases do regime de caudais. O arrazoado é composto por 35 artigos e dividido em seis Partes: a primeira, dedicada às “Disposições Gerais”; a segunda, à “Cooperação entre as Partes”; a terceira, à “Proteção e Desenvolvimento Sustentável; a quarta, às “Situações Excepcionais”; a quinta, às “Disposições Institucionais” e, por último, a sexta, “Disposições Finais”.

O *âmbito geográfico* da Convenção abrange as bacias hidrográficas dos rios Minho, Lima, Douro, Tejo e Guadiana (art. 3.º, n.º 1)⁴³⁸ e o seu *objeto* é a definição do quadro de cooperação entre as Partes para a proteção das águas *superficiais* e *subterrâneas* e dos

⁴³⁵ A Convenção foi ratificada por Portugal, pelo Decreto do Presidente da República n.º 182/99, de 17 de agosto, e entrou em vigor em 17.01.2000. A alusão à Batalha de Aljubarrota foi retirada de uma notícia do semanário “Expresso”, de 27 de Março de 1993.

⁴³⁶ O alcance destes acordos bilaterais era limitado por várias razões: (i) pelo seu *âmbito geográfico* restrito, pois aplicava-se apenas aos troços internacionais dos rios (i.é., a parte que define a fronteira entre os dois Estados) não regulando os cursos de forma unitária; (ii) estabeleciam a regulamentação apenas de *usos específico* pelo que se impunha a adoção de uma perspetiva holística que considerasse a bacia hidrográfica como um todo; (iii) as *disposições ambientais* eram poucas e embrionárias. Para um enquadramento histórico, A. GUIMARÃES e T. AMADOR, “A convenção Luso-Espanhola de 1998 à face do direito dos cursos de água internacionais”, *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 11/12, 1999, p. 13-17; A. GUIMARÃES, “O rio Douro: um caso prático no âmbito do direito internacional dos cursos de água”, *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 7, 1997, p. 16-22.

⁴³⁷ A preocupação com a atualidade dos problemas traduz-se na formulação de soluções informadas pelo estabelecido não só a *nível comunitário* – a influência da Proposta da Comissão Europeia de 1997 para uma Diretiva-Quadro sobre a Política da Água, depois tornada Diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho – como também a *nível internacional* – com destaque para a Convenção de Espoo, de Helsínquia e para a CNU –. Cfr. Ana SILVA, *O Regime Jurídico das Utilizações Diversas ...*, cit., p. 130.

⁴³⁸ Veja-se que a utilização do conceito de bacia hidrográfica constitui a forma mais eficiente de atingir o controlo da poluição e da utilização das águas das bacias hidrográficas.

ecossistemas aquáticos e terrestres delas diretamente dependentes, e para o aproveitamento sustentável dos recursos hídricos das bacias hidrográficas indicadas (art. 2.º, n.º 1). Proclama-se a intenção de estabelecer uma cooperação relativa a uma rede de cursos de água que se estende por 264.700 km² correspondentes a 42% da superfície da Península Ibérica. Quem pensar que se trata de um exercício demasiadamente ambicioso acertou.

Como indica o Preâmbulo, procura-se um “equilíbrio entre a proteção do ambiente e o aproveitamento dos recursos hídricos necessários para o desenvolvimento sustentável” de ambas as Partes. Para tal, aquelas deverão cooperar não só através do cumprimento de *obrigações de informação*, a permutar entre si, a facultar ao público e a apresentar à Comissão,⁴³⁹ tendo em conta o Anexo I⁴⁴⁰ mas, também, através da implementação de um *sistema de consultas e de avaliação de impactos ambientais* nos termos do Anexo II.⁴⁴¹ Estes procedimentos desenvolvem-se no âmbito do modelo binário de órgãos criados pela Convenção: a Conferência das Partes⁴⁴² e a Comissão para a Aplicação e Desenvolvimento da Convenção.⁴⁴³ O núcleo da Convenção é assim, essencialmente, processual e institucional, verificando-se a ausência de qualquer menção expressa à obrigação de utilização equitativa e razoável,⁴⁴⁴ bem como à obrigação de prevenção de danos e, muito menos, uma alusão à boa-fé na cooperação. O mesmo vale dizer que, apesar de se atribuir eficácia jurídica a alguns conceitos de DI, estas duas obrigações parecem, *prima facie*, ter sido excluídas. Apesar do

⁴³⁹ Artigos 5.º, 6.º e 7.º. Um apontamento quanto à permuta de informação que, nos termos da cláusula 5 do Anexo I, é limitada “tendo em conta as condições de localização e a importância dessa informação para a prossecução dos objetivos da gestão das águas transfronteiriças”.

⁴⁴⁰ Este Anexo assegura o direito de cada uma das Partes a ser informada e a acompanhar a gestão das águas transfronteiriças.

⁴⁴¹ Cfr. Artigos 8.º e 9.º. Também o Anexo II, relativo ao impacto ambiental, prevê limites à internacionalização das AIA prescrevendo critérios baseados na distância da fronteira.

⁴⁴² Este órgão funciona como última instância para resolver questões que não tenham chegado a bom termo na Comissão e é, ainda, o lugar de encontro institucionalizado entre as Partes (art. 21.º).

⁴⁴³ A Comissão é o órgão de gestão normal encarregue ainda de resolver questões sobre a interpretação e aplicação da Convenção (art. 22.º).

⁴⁴⁴ O texto refere-se, isso sim, o “direito ao aproveitamento sustentável” e “o dever de proteção” das bacias hidrográficas no artigo 15.º sendo que o artigo 1.º, al. e) define “aproveitamento sustentável” como “aquele que permite satisfazer as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem as suas próprias necessidades”, lembrando a ideia de *equidade intergeracional*. A explicação desta omissão é dupla: por um lado, está certamente nas razões invocadas por Espanha para a abstenção na votação da CNU. Em síntese, aquele país argumentou que as referências contidas nos artigos 5.º, 6.º e 7.º não eram suficientemente explícitas e, ainda, apesar de reconhecer o artigo 7.º como um dos elementos mais importantes da convenção, o mesmo não podia ser interpretado de forma isolada dos dois artigos anteriores; por outro, a exclusão destas referências porventura se justificará dada a sensibilidade das questões. De resto, o próprio regime de caudais baliza o que é um uso equitativo e razoável na medida em que, se a Espanha não respeitar aquele regime, esse uso não será considerado equitativo e razoável. *Vide* P. K. WOUTERS e S. VINOGRADOV, “Current developments in the law relating to international watercourses: implications for Portugal”, *Nação e Defesa*, n.º 86, 1998, p. 138.

exposto, destacamos como fundamentais as duas disposições do artigo 15.º pelas quais as Partes declaram o reconhecimento mútuo: a) do direito ao aproveitamento sustentável dos recursos hídricos das bacias hidrográficas luso-espanholas e b) do dever da proteção⁴⁴⁵ desses recursos hídricos e de aplicar, no seu território, as medidas conducentes a prevenir, eliminar, mitigar e controlar os impactes transfronteiriços. É o único trecho do texto em que são empregues as palavras “direito” e “dever” pelo que cumpre sublinhar que, na sua ausência, dir-se-ia estarmos, neste convénio, perante meras declarações de intenções, programáticas e sem carácter vinculativo.⁴⁴⁶

No que respeita aos *mecanismos de cooperação* rege a Parte II. Em matéria de permuta de informação, prevê-se no art. 5.º que a mesma deverá incidir sobre a gestão das águas nas bacias hidrográficas partilhadas e sobre as atividades suscetíveis de causar danos transfronteiriços nas mesmas. Já o artigo 8.º integra o procedimento de consultas no caso de um projeto ou atividade ser suscetível de causar “impactes transfronteiriços”⁴⁴⁷ no território da outra Parte, matéria sensível que, infelizmente e como veremos, é regulada de forma obscura. O processo de consultas decorrerá no seio da Comissão e visa encontrar uma solução que assegure a prevenção, eliminação, mitigação ou controle do impacte e deverá estar concluído no prazo de seis meses, prorrogável por acordo por igual período (n.º 4). Poderão as consultas concluir pelo estabelecimento de formas de responsabilidade, segundo o direito internacional, caso em que “o prazo atrás referido será prorrogável por duas vezes”. O n.º 5 prevê que, se as Partes não chegarem a acordo no seio da Comissão no prazo referido no número anterior, haverá que recorrer aos mecanismos de soluções de conflitos previstos na Parte VI.

Quanto a este processo algumas dúvidas se levantam em relação a vários pontos mas, sobretudo, no que respeita ao *regime de suspensão*.⁴⁴⁸ O processo de consultas segue-se à

⁴⁴⁵ Poder-se-á interpretar o conteúdo deste dever de proteção como sendo uma obrigação de prevenção de danos.

⁴⁴⁶ Nas palavras de GUIMARÃES e AMADOR, «(...) em passo algum da Convenção se afirma que as “Partes se comprometem a...”, “se obrigam a...”, “têm o dever de...”, ou similares. O tempo verbal é sempre o presente do indicativo, que retira o carácter injuntivo que seria dado pela utilização do tempo futuro». Cfr. A. GUIMARÃES e T. AMADOR, “A convenção Luso-Espanhola de 1998 à face ...”, cit., p. 31

⁴⁴⁷ Este conceito é dado, por um lado, por uma definição (“qualquer efeito adverso significativo sobre o ambiente que resulte de uma alteração no estado das águas transfronteiriças, causada na jurisdição de uma Parte por uma atividade humana cuja origem física se situe total ou parcialmente sobre uma área sob jurisdição da outra Parte”) e, por outro, por um enunciado exemplificativo de tais efeitos adversos (“os que afetem a saúde e a segurança do homem, a flora, a fauna, o ar, a água, o clima, a paisagem e os monumentos históricos ou outras estruturas físicas”). Neste segundo trecho, parece estar subjacente o conceito amplo do ambiente, agregando comportamentos naturais e humanos, presente na Lei de Bases do Ambiente, n.º 11/87, de 7 de abril.

⁴⁴⁸ Porém, o debate em torno desta Convenção está apaziguado em virtude do crescente armazenamento de água em várias bacias hidrográficas. Vivemos, como é sabido, numa espécie de “cultura do imediato” na qual as

notificação, prevista no n.º 1 e no n.º 2, do art. 8.º, caso se verifique a existência de indícios suficientes de que determinada atividade causa ou é suscetível de causar os tais danos transfronteiriços. No que respeita à *notificação*, parece não ter como efeito, ao contrário do que sucede na CNU, a suspensão da implementação do projeto ou atividade proposto. Aquela possibilidade vem prevista apenas no decurso do procedimento de consultas (no n.º 6, do art. 8.º), quando já pode ter ocorrido dano, e requer o acordo das Partes. Ora, na CNU, o art. 17.º prescreve um regime mais preventivo ou garantístico na medida em que, além da suspensão da execução do projeto como efeito imediato da notificação (art. 14.º, a)), não exige o acordo das Partes. Por outro lado, coloca-se também a *questão da competência* para a apreciação dos tais indícios suficientes, sendo de prever que a posição de cada parte nessa matéria seja influenciada pela posição que tem em relação ao projeto ou atividade causadora do impacte.⁴⁴⁹ Ainda, a Convenção não prevê nenhum *prazo de resposta* à notificação, mais uma vez ao contrário do previsto no art. 13.º da CNU. Acresce também que, o preceito não articula claramente os períodos de tempo envolvidos nos números 4 e 6, adicionalmente complicados por opções de prorrogação. A contagem destes prazos suscita também algumas dúvidas, uma vez que quer no n.º 4, quer no n.º 5, se menciona o prazo previsto no número anterior, ficando por esclarecer se inclui as prorrogações expressamente admitidas. Mais uma vez, em comparação, não só oferece mais garantias ao Estado potencialmente afetado como, também, é mais claro o processo de suspensão descrito nos artigos 14.º, 17.º e 18.º da CNU, no qual se estabelecem três períodos de prorrogação: um, já referido, em que ocorre a suspensão durante a fase na qual a parte afetada prepara a sua resposta à parte responsável pelo projeto (art. 14.º); outro, referente à suspensão na fase de consultas ou negociações (art. 17.º); e, por fim, a suspensão que ocorre se a parte não foi notificada, em tempo, da existência do projeto (art. 18.º). Este regime da CNU impede qualquer interferência ou sobreposição de períodos de tempo e esclarece a sequência de ações a ser tomadas pelas Partes.⁴⁵⁰

Nas Partes II a IV da Convenção, dedicadas ao objetivo fundamental do aproveitamento sustentável, regulam-se as questões da *qualidade das águas* e de *proteção*

preocupações e riscos a longo prazo não integram as decisões do quotidiano. No dia 2 de Abril de 2013, reportava o Jornal “i” que onze bacias hidrográficas registaram uma subida do volume armazenado de água em março de 2013, comparativamente ao último dia de fevereiro daquele ano, segundo dados do Boletim de Armazenamento de Albufeiras, do Instituto da Água, disponíveis hoje na sua página na Internet. *Vide* a notícia on-line do jornal “i”, disponível em <http://www.ionline.pt/artigos/portugal/armazenamento-agua-sobe-11-bacias-hidrograficas-marco>, consultado no dia 20 de abril de 2013.

⁴⁴⁹ A. GUIMARÃES e T. AMADOR, “A convenção Luso-Espanhola de 1998 à face ...”, cit., p. 29.

⁴⁵⁰ Cfr. Ana SILVA, *O Regime Jurídico das Utilizações Diversas ...*, cit., p. 134.

ambiental. Ali são abordados os temas da qualidade das águas,⁴⁵¹ da prevenção e controle da poluição,⁴⁵² dos usos da água, os caudais e as situações excepcionais, decorrentes de incidentes de poluição accidental, cheias e secas (artigos 17.º a 19.º). Também neste domínio apontamos algumas incertezas⁴⁵³ nomeadamente, sobre a regulação efetiva de situações que envolvam secas ou faltas de água e sobre as medidas de gestão racional dos recursos hídricos. Embora surjam aqui e ali preceitos em relação a estas matérias, remetem para *estudos e acordos* delegados às Partes, veja-se o parágrafo 1, do artigo 10.º, o parágrafo 3 do artigo 15.º, o parágrafo 1 e 2 do artigo 19.º.

O *regime dos caudais* é o ponto mais sensível da Convenção.⁴⁵⁴ A polémica instalada em torno dos termos e disposições relativos aos caudais compreende-se uma vez que a questão do regime, despoletada pela apresentação pública do Plano Hidrológico Nacional de Espanha (PHNE), em 1993, foi o que justificou o empenhamento das autoridades das duas Partes na conclusão da Convenção.⁴⁵⁵ A base das críticas mais acutilantes que lhe vêm sido dirigidas, alicerça-se, sobretudo, na assunção pelo Estado a montante da obrigação de garantir a afluência de um *volume mínimo de caudais*, garantidos em secções de referência, para cada uma das principais bacias (art. 16.º).⁴⁵⁶ Nesta matéria, o princípio chave é o de que cada

⁴⁵¹ Quanto à qualidade, cabe às Partes, no contexto da Comissão, proceder à inventariação e classificação das águas transfronteiriças, em função do seu estado de qualidade, usos atuais e potenciais, e a definição dos respetivos objetivos ou normas de qualidade. Quanto aos termos e prazo em que estes objetivos deverão ser realizados, a Convenção remete para o direito da União Europeia.

⁴⁵² Mais uma vez, as normas do direito da União Europeia fixam os valores dos limites de emissões e objetivos de qualidade do meio recetor, que as Partes se comprometem a fazer respeitar, através da coordenação das ações de prevenção e controle.

⁴⁵³ Imprecisões que seriam aceitáveis se entendermos esta Convenção com sendo, tal como a CNU, uma Convenção-Quadro ou, então, a explicação será a falta de vontade em chegar a um acordo definitivo.

⁴⁵⁴ O regime de caudais, definido para cada bacia, estabelecido no artigo 16.º e no Protocolo Adicional foi, pela primeira vez, aprovado na X reunião plenária da CADC e acordado a nível político durante a 2ª Conferência das Partes, realizada em Madrid em 19 de Fevereiro, de 2008. Esta revisão deu origem ao Protocolo de Revisão da Convenção sobre Cooperação para a Proteção e Aproveitamento Sustentável das Águas das Bacias Hidrográficas Luso-Espanholas e o Protocolo Adicional, que foi aprovado por Resolução da Assembleia da República n.º 62/2008 e ratificado por Decreto do Presidente da República n.º 147/2008, de 14 de Novembro.

⁴⁵⁵ O PHNE contemplava várias hipóteses de transvase de caudais de bacias compartilhadas com destino a bacias hidrográficas espanholas da orla mediterrânica nas quais se vivia, há muitos anos, um situação de *deficit* hídrico crónico e estrutural. A escassez de água em Espanha, em comparação com Portugal, é, aliás, um dado frequentemente menosprezado na crítica ao regime de caudais. O plano envolvia a construção de mais de 200 novas barragens e um complexo sistema de condutas destinadas a permitir a transferência de largas quantidades de água das bacias hidrográficas do Norte para o Sul. A bacia do Douro era apontada como uma das soluções mais interessantes na bacia cedente. Mesmo em Espanha o plano foi recebido com grande oposição por parte da opinião pública, de organizações ambientais não-governamentais e das autoridades das regiões a partir das quais as transferências de caudais seriam feitas.

⁴⁵⁶ Existem poucos exemplos de acordos garantindo apenas o caudal mínimo: o tratado dos rios Grande, Colorado e Tijuana, de 1944, estipulado entre os EUA e México, cujo art. 10.º estabelece que os EUA garantem 1850 hm³/ano do rio Colorado ao México, disponível on-line em <http://www.ibwc.state.gov/Files/1944Treaty.pdf>, consultado no dia 22 de março de 2013; o tratado celebrado

uma das Partes terá a gestão das águas da bacia hidrográfica, pertencente ao seu território, de modo a que o regime de caudais satisfaça volumes mínimos previamente fixados, exceto quando ocorram situações excepcionais (16.º, n.º 3).⁴⁵⁷ Não basta pois às Partes absterem-se de usar as águas, elas devem, se necessário, mobilizar as albufeiras de regularização existentes no seu território por forma a garantir o resultado pretendido (o regime de caudais fixados). Há aqui, segundo CUNHA SERRA, uma obrigação de meios e de resultados exigente, sem a qual a norma ficaria extremamente enfraquecida. Trata-se de uma obrigação de “*facere*” ou de “*dare*”: estamos em face de caudais garantidos pela positiva, isto é, cada uma das Partes deve fazer algo para que os caudais previstos cheguem à outra Parte e não apenas abster-se de impedir ou dificultar esse fluxo.

Ora, o regime dos caudais é proposto pela Comissão, devendo garantir o “bom estado das águas”⁴⁵⁸ (16.º, n.º 1), os usos atuais e previstos e funda-se nas bases estabelecidas pelo Protocolo Adicional (16.º, n.º 5). Ou seja, na fixação dos caudais, as Partes põem-se de acordo sobre os usos que entendem dar às águas. Tal significa que, uma vez fixado o regime de caudais, este passará a funcionar como *bitola* em relação à qual cada projeto deverá fazer prova de viabilidade hidráulica. As garantias acordadas pela fixação deste regime mínimo deixam de funcionar abaixo de certo grau de pluviosidade, durante os chamados *períodos de exceção*. Nestas situações, as Partes não são livres de procederem a utilização dos recursos hídricos estando obrigadas a garantir “os usos prioritários de abastecimento às populações e os usos de carácter social” (artigo 6.º, n.º 2, do Protocolo Adicional).

A solução adotada tem várias vantagens desde logo, por facilitar a verificação do seu cumprimento através da medição do caudal.⁴⁵⁹ Depois, concede ampla liberdade às Partes para a prática de atos de gestão da água no seu território desde que não afetem o estado das águas na bacia. Não obstante, a Doutrina indica a existência de duas soluções alternativas,

entre o Sudão e o Egito, em 1959, disponível on-line em http://www.internationalwaterlaw.org/RegionalDocs/UAR_Sudan.htm, consultado naquela data; e o Protocolo de Cooperação Económica assinado em Julho de 1987, pela Turquia e a Síria, abrangendo a bacia dos rios Tigre e Eufrates, no qual a Turquia se comprometeu a fornecer uma média mensal de 500m³/s de caudal de água à Síria, disponível on-line em <http://www.turkey.org/governmentpolitics/issueswtrarg.htm>, também consultado naquela data.

⁴⁵⁷ Cfr. P. CANELAS DE CASTRO, “Nova Era nas Relações Luso-Espanholas na Gestão das Bacias Partilhadas”, in *O Regime Jurídico ...*, cit., p. 102 e P. CUNHA SERRA, “O Regime de Caudais nas Convenções Luso-Espanholas de Rios Transfronteiriços”, in *O regime jurídico internacional ...*, cit., p. 48.

⁴⁵⁸ Em rigor, esta expressão, utilizada repetidamente ao longo de todo o texto, não encontra correspondência de significado em Hidrologia ou Hidrogeologia. O termo mais adequado seria “boa qualidade das águas”, segundo A. SILVA, *O Regime Jurídico das Utilizações Diversas ...*, cit., p. 136.

⁴⁵⁹ Os caudais são medidos em cada ano, ou em cada instante, nas estações de monitorização, ao invés de serem abstrações matemáticas cuja comprovação é baseada em modelos questionáveis e cujos resultados são afetados por erros de vária ordem e que, por isso, são outras tantas fontes de conflito. P. CUNHA SERRA, “O Regime de Caudais nas Convenções ...”, cit., p. 60.

afastadas pelas negociações, a esta fixação de caudais mínimos garantidos: (i) a repartição de caudais integrais anuais *médios* de cada bacia entre as Partes;⁴⁶⁰ (ii) a consagração de direitos à realização de aproveitamentos projetados por cada uma das Partes, seja designando-os diretamente, seja referindo os consumos aceitáveis a que dariam lugar.⁴⁶¹

O parágrafo 1, do artigo 1.º, daquele Protocolo define os critérios que servem para determinar o regime dos caudais, e os artigos 2.º a 5.º⁴⁶² estabelecem a localização de cada estação de monitorização do regime e o valor mínimo de caudal que cada parte tem de garantir ao longo do ano, com exceção dos períodos em que a precipitação média, ao longo do ano, seja inferior a determinada precipitação, ali prevista, que varia consoante a bacia hidrográfica em causa.⁴⁶³

Mas há ainda que sublinhar que, da análise deste regime de garantia mínima do volume de água resulta que a quase totalidade do cumprimento da regra recai sobre Espanha.⁴⁶⁴ Por esta razão, no nosso país existe um *mito* sociopolítico de vulnerabilidade, ou potencial

⁴⁶⁰ Esta solução foi afastada por várias razões explicadas por P. CUNHA SERRA: além do *argumento de direito*, que tem que ver com o conceito de partilha de caudais, associado a uma noção de propriedade das Partes sobre as águas, uma ideia que é mais desenvolvimentista do que conservacionista, existe ainda uma razão de *eficácia do critério* já que a verificação do cumprimento pelas Partes do critério acordado seria impossível dada a extrema irregularidade dos caudais dos rios. Em cada ano, quando se fizesse o controlo da aplicação da convenção em matéria de caudais, teria que se calcular, em cada estação de monitorização, o caudal que corresponderia ao regime natural, utilizando para esse efeito os dados de precipitação num número importante de postos pluviométricos e recorrendo, para tal, a modelos matemáticos ditos de precipitação-escoamento, modelos estes que requerem grandes quantidades de informação sobre a bacia e cuja precisão deixa muito a desejar. Aquele Autor explica: “se esse critério tivesse sido adotado, dado que não é verificável diretamente, gerar-se-iam discussões intermináveis acerca do modelo de cálculo utilizado e da sua adequação ao fim em vista, da representatividade dos postos pluviométricos utilizados e, mais importante ainda, da representatividade da série usada na calibração do modelo (por exemplo, questionando o peso maior ou menor dos anos naturalmente secos que incluisse)”. Mais desenvolvidamente *vide* “O Regime de Caudais nas Convenções ...”, cit., p. 9 e ss. e P. CANELAS DE CASTRO, “Nova Era nas Relações ...”, cit., p. 101.

⁴⁶¹ Mais uma vez, se aponta aqui o argumento ambiental pela tentação que causaria às Partes de procederem a uma listagem de projetos sem consideração da sua sustentabilidade. Por outro lado, esta solução não seria nunca equilibrada dado que a Espanha tem projetos bem mais ambiciosos e Portugal uma visão mais parcimoniosa utilização a dar à água. Cfr. *Idem*, p. 46.

⁴⁶² A estrutura destes artigos é muito semelhante, mas não é sempre igual, cada um refletindo as especificidades do rio a que respeita, apresentando o artigo 6.º, que respeita ao Guadiana, diferenças importantes em relação aos restantes que são explicadas pela situação singular deste rio do ponto de vista hidrológico.

⁴⁶³ Por exemplo, em termos quantitativos prevê-se que o caudal integral anual da bacia hidrográfica do rio Minho seja de 3700 hm³/ano na barragem da Frieira, exceto quando a precipitação de referência seja inferior a 70% da precipitação média acumulada “no mesmo período”. Quanto à bacia hidrográfica do Douro, o valor mínimo garantido é de 3500 hm³/ano na seção da barragem de Miranda, de 3800 hm³/ano na barragem de Saucelle e estação hidrométrica do Águeda, e de 5000 hm³/ano para a barragem de Crestuma, exceto quando a precipitação de referência seja inferior a 65% da média acumulada no mesmo período.

⁴⁶⁴ E os incumprimentos registados já foram vários. Segundo AMPARO SEGURO registou-se o primeiro em 2001, no Rio Douro, em 2005, no Guadiana e em 2008, no Tejo. Comunicação sem título apresentada na Conferência “Direito e Cooperação: Rios que nos unem – Convenção Luso-Espanhola”, no dia 20 de Junho de 2013, Serralves, Porto.

subjugação, a Espanha.⁴⁶⁵ Portugal, como Estado a jusante, recebe água mas não a fornece, exceto na secção final do Guadiana onde assume a posição de Estado a montante.⁴⁶⁶ Neste seguimento, quanto aos volumes de água garantidos, a Doutrina questionava a sua *suficiência* tendo por comparação alguns dados registados em anos passados, relativamente a cada uma das bacias, em que os valores médios dos volumes de água chegados a Portugal foram muito superiores ao mínimo estabelecido na Convenção pelo que esta não traduziria a realidade.⁴⁶⁷ Enfim, a Convenção não garantia os valores médios aos quais Portugal teria direito.⁴⁶⁸ Veja-se também que os valores mínimos apenas são significativos para a parte Espanhola, implicando um esforço de contenção em relação às suas necessidades, caso o clima da Península sofresse uma seca ou existisse um aumento considerável no consumo de água em Espanha, levando, em qualquer dos casos a uma quebra substancial em relação aos níveis médios de água que chegam a Portugal.⁴⁶⁹ Ainda assim, nesses anos secos, o caudal será geralmente superior ao que seria no cenário sem a Convenção, graças às descargas a que as autoridades espanholas estão obrigadas. Por outro lado, a satisfação de débitos mínimos não exclui que corra para Portugal um maior volume de água. “Mínimo” não pode ser entendido como “apenas”. Ainda, CRUCHO DE ALMEIDA explica que não é razoável comparar os caudais integrais anuais que têm afluído a Portugal com os caudais mínimos garantidos pois,

⁴⁶⁵ P. CUNHA E SERRA, “The Defence of Portuguese Interests in the Agreement on Cooperation for the Protection and Sustainable Exploitation of the Waters of the Luso-Spanish Catchment Areas”, in Luso-American Foundation, *Shared Water Systems and Transboundary Issues with special emphasis on the Iberian Peninsula*, Lisboa, 2000, p. 237.

⁴⁶⁶ Para reforçar a desvantagem natural do nosso país, há, desde a década de 60, um desenvolvimento incongruente e desequilibrado em termos de capacidades instaladas de armazenamento ou de regulação da água das bacias, entre Portugal e Espanha. Segundo A. SERENO ROSADO, cerca de 2000 estruturas de regularização em Espanha, enquanto que, em Portugal, se ficam por uma centena. Cfr. “Los Convenios Hispano-Lusos sobre Aguas Internacionales: Preocupaciones ambientales o reparto de caudales?”, *Revista Arazandi de Derecho Ambiental*, 2003-1, n.º 3, p. 162.

⁴⁶⁷ Por exemplo, quanto à bacia do rio Minho, e de acordo com as medições feitas na secção de Frieira entre 1943 e 1998, o volume anual de água que chegou a Portugal apenas foi inferior ao mínimo estabelecido pela Convenção de 1998 (3700 hm³) em 1948/1949; em relação à bacia do Tejo, de acordo com simulações dos níveis anuais do caudal na secção de Cédillo, entre 1940 e 1993, o volume de água chegado a Portugal caiu apenas abaixo do mínimo estabelecido naquela Convenção em 6 dos 53 anos estudados. Cfr. INAG, *Verificação do regime de caudais previsto no Protocolo Adicional*, Lisboa, INAG, 1998 e A. SILVA, *O Regime Jurídico das Utilizações Diversas ...*, cit., p. 138.

⁴⁶⁸ Ao assumir um compromisso voluntário com o estabelecimento de níveis mínimos de água, que só por si não representam, em condições normais, qualquer esforço para a parte Espanhola, Portugal corre o risco de ter providenciado ao país a montante uma justificação para consumir a diferença entre esse nível mínimo a ser garantido e os valores normais, sem qualquer risco de ilicitude. Neste sentido, o silêncio da Convenção em relação ao quinhão a que Portugal se julga com direito sobre os caudais integrais anuais que devem estar na fronteira, e a focagem da Convenção nos caudais mínimos garantidos envolve o risco de fornecer à retenção de água em Espanha a escusa de que, assegurado o nível de água ao país a jusante, o resto pode ser consumido sem hesitações de consciência. Cfr. L. CRUCHO DE ALMEIDA, “O regime de caudais nas ...”, cit., p. 174.

⁴⁶⁹ Regressando a 1999, o jornal “Expresso”, na sua última edição daquele ano, criava um conjunto de notícias imaginárias para o ano de 2010. Entre elas, uma dava conta do adiamento, por parte de Portugal, de uma Cimeira Ibérica e a ameaça de boicote de todas as iniciativas espanholas no seio da UE, até que a Espanha repusesse os níveis dos caudais dos rios internacionais estabelecidos na Convenção de 1998.

ainda que pertençam à mesma categoria “volumes de água”, são conceitualmente distintos e não cabem no mesmo género. Os caudais integrais correspondem a um conceito obtido a partir de fatos da natureza, os caudais mínimos baseiam-se num compromisso de vontade e pertencem ao mundo do direito e ao respetivo sistema de responsabilização.⁴⁷⁰

Tudo sopesado, será que esta solução é legitimada pelo PUER? Diremos que sim, apenas e só na medida em que, para que a utilização do Estado a montante seja equitativa e razoável, ela não pode pôr em causa a possibilidade, para o Estado a jusante, de também ele vir a realizar o aproveitamento das águas que chegam até si.⁴⁷¹

Em 1 de Outubro de 2008, entrou em vigor o novo regime de caudais aprovado pela Comissão e pela Conferência e em que se emendou, pela primeira e única vez, o texto da Convenção.⁴⁷² As alterações estabelecem o cumprimento de obrigações mais exigentes para Espanha no que se refere aos caudais que deve disponibilizar para Portugal, reforçando a consistência da garantia de caudais mínimos. Com a emenda, em resposta à grande variabilidade dos caudais ao longo do ano, a determinação dos caudais, que era anual, passou a ser feita numa base trimestral e, para algumas bacias, numa base semanal.⁴⁷³ No regime anterior, a referência era de períodos de 1 ano (com início em 1 de Outubro), sem que se considerassem as importantes variações sazonais registadas no clima peninsular. No caso de um mês de Novembro muito pluvioso, aproveitando este fato, a Espanha poderia fornecer um débito elevado no tempo de abundância e, tendo fornecido ou estando prestes a fornecer o volume anual de água que lhe compete entregar, poderia praticamente descartar-se da obrigação de contribuir para a manutenção do caudal a jusante, mesmo que o ano hidrológico acabe por ser de escassez.

Esta Convenção é um bom exemplo da “história paralela de costas viradas”⁴⁷⁴ no que respeita a cooperação bilateral entre os dois Estados da Península Ibérica mas, em rigor, este é um acordo *unilateral* porque, sob a aparência de uma redação igualitária, impõe deveres sobretudo à Parte espanhola e atribui direitos à Parte Portuguesa.⁴⁷⁵ Porém, não é possível

⁴⁷⁰ Vide L. CRUCHO DE ALMEIDA, “O regime de caudais nas convenções Luso-Espanholas relativas aos rios compartilhados”, in *O regime jurídico internacional ...*, cit., p. 174.

⁴⁷¹ P. CUNHA E SERRA, “O Regime de Caudais nas Convenções ...”, cit., p. 60

⁴⁷² A seca extrema de 2005, os problemas hídricos em Espanha em 2006 e 2007 provocaram a necessidade de redefinir os critérios de determinação do regime de caudais.

⁴⁷³ Até àquela data, Espanha estava obrigada a assegurar caudais totais anuais. As obrigações são, agora, trimestrais para os caudais dos rios Minho, Douro e Tejo e semanais para os caudais dos rios Douro e Tejo.

⁴⁷⁴ Vide J. F. ANTUNES, *Os Espanhóis e Portugal*, Oficina do Livro, 2003.

⁴⁷⁵ Não é, pois de espantar, quanto à posição mantida por Espanha, em matéria de conclusão de tratados sobre recursos hídricos, o que NUNES CORREIA refere: “sempre foi notório que por razões óbvias, cabe a Portugal impulsionar o processo negocial e pressionar Espanha no sentido de esta assumir compromissos escritos relativamente às bacias internacionais”. Cfr. F. NUNES CORREIA, Comunicação “Para que os rios unam: um

escapar às circunstâncias da Geografia que colocam Portugal a jusante de Espanha, exceto no caso do Baixo Guadiana. E, em abono da verdade, esta unilateralidade contrapõe-se à vantagem, também ela unilateral, que tem o Estado a montante na ausência de regras de direito que reequilibrem a relação entre ribeirinhos.

De qualquer forma, não se pode deixar de sublinhar, desde logo, a diferença de comportamentos entre o sucedido aquando da divulgação pública do PHNE de 1992 e o sucedido em 2000. Pode mesmo afirmar-se que, mercê da Convenção de Albufeira, os dois Estados modificaram os seus comportamentos em conformidade com aquela, do que resultou uma mudança de atitude na relação entre eles, com a consulta sobre os planos e projetos e uma redução da pressão sobre os recursos de que é mostra o PHNE na sua versão de 2000.⁴⁷⁶

Enfim, a Convenção marcou o início de um novo paradigma de gestão das águas Luso-Espanholas com três opções fundamentais ao nível *ambiental*⁴⁷⁷, *relacional*⁴⁷⁸ e do *Direito*.⁴⁷⁹

projeto de Convenção sobre a cooperação para a proteção e a utilização equilibrada e dourada dos cursos de água luso-espanhóis”, proferida no âmbito da Conferência “Portugal-Espanha: o que separa também une”, Observatório de Relações Exteriores, 28 e 29 de Novembro de 1996, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa.

⁴⁷⁶ Cfr. P. CUNHA E SERRA, “O Regime de Caudais nas Convenções ...”, cit., p. 65.

⁴⁷⁷ Na definição do objeto (art. 2.º) e dos objetivos (art. 4.º, n.º 1), assim dando corpo à tendência geral do DIA de integrar o vetor tradicional das utilizações da água com o outro, mais moderno, de proteção do ambiente.

⁴⁷⁸ Visa-se um curso de relações de cooperação constantes e intensa sob a lógica de uma gestão integrada de todos os atores relevantes e capazes de contribuir, naquele que constitui um processo poligonal de diálogo, equilíbrio e composição. Cfr. P. CANELAS DE CASTRO, “Nova Era nas Relações ...”, cit., p.126.

⁴⁷⁹ *Idem*, p. 129.

CONCLUSÃO

O problema que aciona a aplicação do PUER, essencialmente, tem que ver com a conclusão de que cada Estado ribeirinho tem um direito, tutelado pelo DI, a utilizar as águas de um curso de água internacional – o direito à utilização equitativa. Este reconhecimento abre a porta a um complexo problema: a extensão da quota que cada ribeirinho partilha na utilização daquelas águas. Sabendo que não há fórmulas mecânicas que permitam não só uma aplicação genérica a todos os cursos e que, ao mesmo tempo, sempre que aplicadas a uma situação específica, determinam a correta alocação de águas entre os ribeirinhos e uma resolução aceitável entre os conflitos derivados dos vários usos, o PUER é modernamente entendido como *processo*.

Neste contexto, a *cooperação* surge como a sua extensão lógica. Aliás, a prática estatal revela que os Estados já entenderam que a cooperação entre ribeirinhos vai mais de encontro aos seus interesses do que proceder unilateralmente pois, a interação que dali advém, conduz a resultados “win-win”, com vantagens mútuas afastando, assim, a teoria da soma zero. Quanto ao teor normativo da obrigação de cooperação explicámos a natureza, conteúdo e funcionamento dos vários deveres processuais que a constituem, orientados para a implementação do PUER bem como para a prevenção de conflitos. Podemos, então, concluir que esta natureza processual é fundamental para dissipar dúvidas em torno do princípio e esclarecer o seu conteúdo.

No que respeita à Convenção de Albufeira, tanto quanto se pode alcançar, as relações luso-espanholas na gestão das águas das suas bacias partilhadas encorajam uma perspectiva otimista acerca do futuro no sector. É do interesse de ambas as Partes o apaziguamento das relações bilaterais, tal como o são a definição de um quadro normativo e a criação de uma sede institucional para a cooperação que agora se pretende mais “íntima”, intensa e pró-activa. Certo é que, a Convenção de Albufeira é imperfeita, no sentido de que muitas das suas disposições carecem de densificação. Todavia, não se pode confundir a falta de esclarecimentos sobre determinados aspetos em matéria de cooperação com a falta de normas de direito que a regule e enquadre. As principais inovações da Convenção residem, em particular, na nova abordagem para o conjunto de problemas de gestão – uma nova compreensão que se refletiu sobre as soluções mais tradicionais e até passou a condicioná-las.

Da nossa análise emerge a imagem global de um Direito amigável de valores ou objetivos a três níveis: ambiental, relacional e da coerência jurídica. Quanto ao primeiro, deteta-se nos termos e conceito (impacte e prevenção), no objeto físico, na evolução para uma perspectiva menos estatal ou da soberania e mais naturalista. Relativamente à tensão histórica entre as dimensões da quantidade e qualidade da água, registámos a evolução do direito dos cursos de água internacionais no sentido de integração das preocupações ambientais apontando para uma mudança de paradigmas que traz consigo uma nova constelação de ideias, conceitos, soluções normativas, crenças e valores determinantes. No que respeita ao segundo, a palavra-chave é a cooperação e, por fim, quanto à coerência jurídica, deteta-se, sobretudo, nos princípios e finalidades.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, F. F. de – *Direito Internacional Público*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

ANDRASSY, J. – Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation), Rapport provisoire et rapport définitive, *Annuaire de l'Institute de Droit International*, n.º 1, 1959, p. 258 e ss.

– L'utilisation des eaux des bassins fluviaux internationaux, *Revue Égyptienne de Droit International*, n.º 16, 1960 p. 23 e ss.

ARAGÃO, A. – *A renovação ecológica do Ambiente*, Sumários desenvolvidos, 2010/2011

ARECHÁGA, Jiménez de – “Normas jurídicas internacionales que regulan el aprovechamiento hidráulico”, *Intern American Law Review*, n.º 2, 1960, p. 317 e ss..

– “International Legal Rules Governing the Use of Waters of International Watercourses”, *Inter-American Law Review*, n.º 2, 1960

– International law in the past third of a century, *Recueil des Cours*, vol. 159, 1979, p. 1 e ss.

AXELROD, R. e HAMILTON, W. D. – “The Evolution of Cooperation”, *Science*, vol. 211, n.º 4489, Março, 1981, pág. 1390 e ss.

BACELAR GOUVEIA, J. – *Manual de Direito Internacional Público. Introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, 2ª Edição, Lisboa, Almedina, 2005

BARBERIS, J. A. – *Los recursos naturales compartidos entre estados y el derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1979

– “The Development of International Law of Transboundary Groundwater”, *Natural Resources Journal*, n.º 31, 1991, p. 171 e ss.

BARRET, S. – *Environment and Statecraft: The Strategy of Environmental Treaty-Making*, Oxford University Press, Oxford, 2003

BASTONE, R.K. – “The Utilization of the Nile Waters”, *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 8, 1959, p. 529 e ss.

BECKER, U. – *Risk Society: Towards a New Modernity*, Sage Publications, London, 1992

BENVENISTI, E. – “Collective action in the utilization of shared freshwater: the challenges of international water resources”, *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, p. 384 e ss.

BERBER, F. J. – *Rivers and International Law*, London, Stevens, 1959

BIRNIE, P. e BOYLE, A. – *International law and the environment*, Oxford, Nova Iorque, 2002

BOTCHWAY, F. – “The Context of Trans-Boundary Energy Resource Exploitation: The Environment, the State, and the Methods”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 14, 2003, p. 191 e ss.

BOURNE, C. B. – “The International law Commission’s Draft Articles on the Law of International Watercourses: Principles and Planned Measures”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, n. ° 3, 1992, p. 65 e ss.

– “The international law association’s contribution to international water resources law”, *Natural Resources Journal*, vol. 36, 1996, p. 155 e ss.

– “The right to utilize waters of international rivers”, in P. Wouters (ed.), *International water law: selected writings of Professor Charles B. Bourne*, London/The Hague/Boston, Kluwer Law, 1997, p. 25 e ss.

– “The Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project: An Important Milestone in International Water Law”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8, 1997, p. 6 e ss.

BOWETT, D.W. – “Summary Records of the Meetings of the Forty-Fifth Session”, *Yearbook of the International Law Commission*, 1993, vol. 1, p. 34 e ss.

BOYLE, A. – “Nuclear Energy and International Law: Na Environmental Perspective”, *British Yearbook of International Law*, n.º 60, 1989, p. 257 e ss.

BRIERLY, J. L. – *The law of the nations*, Nova Iorque/Oxford, Oxford University press, 6ª edição, 1963

BROWN – “An Untraditional View of National Security”, *American Defense Policy*, 1984

BROWN WEISS, E. – *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony, and Intergenerational Equity*, Dobbs Ferry, NY, Transnational Publications, 1989

BRUHÁCS, J. – *The Law of non navigational uses of international watercourses*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1993

BRUNNÉE, J. e TOOPE, S. – “Environmental Security and Freshwater Resources: A Case For International Ecosystem Law”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1994, vol. 5, p. 41 e ss.

BULLOCH, J. e DARWISCH, A. – *Water Wars. Coming conflict in the Middle East*, London, 1996

CAFLISCH, L. – “Règles generals du droit des cours d’eau internationaux”, *Recueil des Cours*, vol. 219, 1992, p. 9 e ss.

CANELAS DE CASTRO, P. – “Sinais de (nova) Modernidade no Direito Internacional da Água”, Comunicação apresentada ao Seminário Internacional *O Desafio das Águas: Segurança Internacional e Desenvolvimento Duradouro*, organizado pelo Instituto da Defesa Nacional, em Lisboa, em 30 e 31 de Março de 1998.

– “Mudanças de Paradigmas no Direito Internacional da Água? – As «Regras de Berlim» da Associação de Direito Internacional”, in Carlos Alberto de Bragança (Coord.), 5º Congresso Ibérico, Gestão e Planeamento da Água – Bacias Partilhadas, Bases para a Gestão Sustentável da Água e do Território, FCT, 2006, Lisboa, p. 125 e ss.

CAPONERA, D. A. – *Principles of water law and administration: national and international*, Rotterdam, Balkema, 1992.

CASSESE, A. – *Le droit international dans un monde divise*, Berger-Levrault, Paris, 1986

COMBACAU, J. e SUR, S. – *Droit international Public*, Montchrestien, Paris, 1993

DELLAPENNA, J. P. – “Treaties and Instruments for Managing Internationally-Shared Water Resources: Restricted Sovereignty vs. Community of Property”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1994, p. 27 e ss.

DE VISSCHER, C. – *De l'équité dans le règlement arbitral ou judiciaire des litiges en droit international public*, Paris, Pedone, 1972

DUPUY, P.-M. – “Overview of the Existing Customary Legal Regime Regarding International Pollution”, in D. B. Magraw (ed.), *International Law and Pollution*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991

ECKSTEIN, G. E. – *Hydrological reality: international law and transboundary ground water resources*, texto baseado na comunicação apresentada na conferência “Water: dispute prevention and development”, American University Center for Global South, Washington, D. C., October, 1998.

EMLUSA, S. – “Dividing common water resources according to international water law: the case of the Palestinian-Israeli waters”, *Natural Resources Journal*, n.º 35, 1995, p. 223 e ss.

FABRI, H.R. – “Règles coutumières generals et droit international fluvial”, *Annuaire Français de Droit International*, 1991, vol. 36, p. 818 e ss.

FALKENMARK, M. – “Water Scarcity – Challenges for the Future”, in E.H.P. Brans, E.J. de Haan, A. Nollkaemper, J. Rizema (eds.), *The Scarcity of Water. Emerging Legal and Policy Responses*, London, 1997

FRANCK, T. M. – *Fairness in international law and institutions*, Oxford, Reino Unido, Clarendon Press, 1995

FRIEDMANN, W. – “The North Sea continental shelf cases: a critique”, *American Journal of International Law*, n.º 64, p. 229 e ss.

GERLAK, A., LAUTZE, J. e GIORDANO, M. – “Water Resources Data and Information Exchange in Transboundary Water Treaties”, *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, n.º 11, 2011, p. 179 e ss.

GILLESPIE, A. – *International Environmental Law, Policy and Ethics*, Oxford, 1997

GLEICK, P.H. (ed.) – “Environment, Resources and International Security and Politics”, in E. Arnett (ed.), *Science and International Security: Responding to a Changing World*, 1990, p. 501 e ss.

– “Environment and Security: Clear Connections”, *Bulletin of Atomic Scientists*, 1991, vol. 47, p. 17 e ss.

– *Water in Crisis: A Guide to the World’s Fresh Water Resources*, New York, Oxford University Press, 1993.

– “Water and Conflict: Fresh Water Resources and International Security”, *International Security*, 1993, vol. 18, p. 79 e ss.

GOMES CANOTILHO, J.J. – *A responsabilidade por Danos Ambientais – Aproximação Juspublicística*, Direito do Ambiente, INA, 1994

HANDL, G. – “The principle of “equitable use” as applied to internationally shared natural resources: its role in resolving potential international disputes over transfrontier pollution”, *Revue Belge de Droit International*, n.º 14, 1978-79, p. 40 e ss.

– “Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1990, vol. 1, p. 3 e ss.

HEY, E. – “Sustainable use of shared water resources: the need for a paradigmatic shift in international watercourse law”, in G. H. Blake et al. (eds.), *The peaceful management of transboundary resources*, London/Dordrecht, Graham & Trotman/Nijhoff, 1995, p. 127 e ss.

HILLEL, D. – *Rivers of Eden: The Struggle for Water and the Quest for Peace in the Middle East*, Oxford, 1994

- HUDSON, M. O. (ed.) – *World Court Reports*, vol. II, 1969, p. 609 e ss.
- JACKSON, J. H. – “Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept”, *American Journal of International Law*, n.º 97, 2003, p. 782 e ss.
- JENKS – “The Scope and Nature of Ultra-Hazardous Liability in International Law”, *Recueil des cours*, n.º 117, 1966-I, p. 104 e ss.
- KIRGIS, F. L. – *Prior Consultation in International Law*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1983
- LAMMERS, J. G. – *Pollution of international watercourses*, Boston/The Hague/Dordrecht/Lancaster, Martinus Mijhoff, 1984
- LAYLIN, J.G. e BIANCHI, R. L. – “The Role of Adjudication in International River Disputes: The Lake Lanoux Case”, *American Journal of International Law*, n.º 53, 1959, p. 30 e ss.
- LAZERWITZ, D. J. – “The Flow of International Water Law: The International Law Commission’s Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n.º 1, 1993, p. 247 e ss.
- LEOPOLD, L. B. e DAVIS, K – “Water”, *Time Magazine*, Nova Iorque, 1966
- MACHADO, J. – *Direito Internacional. Do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*, Coimbra, Coimbra Editora, 3ª edição, 2006
- MATHEWS, J. T. – “Redefining Security”, *Foreign Affairs*, 1989, vol. 68, p. 162 e ss.
- MCCAFFREY, S. – “The Harmon Doctrine One Hundred Years Later: Buried, Not Praised”, *in Natural Resources Journal*, 1996, vol. 36, p. 725 e ss.
- “Water scarcity: institutional and legal responses”, *in* E.H.P. Brans et. al. (eds.), *The Scarcity of water: emerging legal and policy responses*, London/The Hague/Boston, Kluwer Law International, 1997, p. 43 e ss.
- “The United Nations Starts Work on a Watercourse Convention”, *American Journal of International Law*, vol. 91, n.º 2, 1997, p. 374 e ss.
- “The contribution of the UN Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses”, *International Journal of Global Environmental Issues*, vol. 1, n.º3 /4, 2001, p. 250 e ss.

– “The International Law Commission’s flawed Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers: the way forward”, *Water International*, vol. 36, n.º 5, 2011, p. 566 e ss.

MCCAFFREY, S. e NEVILLE, K. – “The politics of sharing water: international law, sovereignty, and transboundary rivers and aquifers, in K. Wegerich e J. Warner (eds.), *The politics of water: a survey*, Londres/Nova Iorque, Routledge, 2010, p. 18 e ss.

MCINTYRE, O. – *Environmental Protection of International Watercourses Under International Law*, Ashgate, 2007

– “The World Court’s ongoing contribution to international water law: The Pulp Mills Case between Argentina and Uruguai”, *Water Alternatives*, n.º 4, 2011, p. 124 e ss.

MIRANDA, J. – *Curso de Direito Internacional Público*, 3.^a edição, 2006

MOLTKE, K. von – “International Commissions and Implementation of International Environmental Law”, in J.E. Carroll, *International Environmental Diplomacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988

NOLKAEMPER, A. – “The Contribution of the International Law Commission to International Water Law: Does it Reverse the Flight From Substance?”, *Netherlands Yearbook of International Law*, n.º 39, 1996, p. 39 e ss.

– *The Legal Regime for transboundary water pollution: between discretion and constraint*, Dordrecht/Londres, Nijhoff/Graham e Trotman, 1993

OKAWA, P. – “Procedural obligations in international environmental agreements”, *British Yearbook of International Law*, n.º 67, 1996, p. 274 e ss.

OLMSTEAD, C. J. – “Introduction”, in A.H. Garretson, R.D. Hayton e C.J. Olmstead (eds.), *The law of international drainage basins*, Nova Iorque, Oceana, 1967

OPPENHEIM, L. – *Oppenheim’s international law*, 9^a edição, R. Jennings e A. Watts (Eds.), Essex, Longman, 1992

PEREZ, F.X. – *Cooperative Sovereignty: From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law*, Kluwer Law International, 2000

RIEU-CLARKE, A. e LOURES, F. – “Still not in force: Should States support the 1997 UN Watercourse Convention?”, *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 18, p. 185 e ss.

ROBB, C.A.R. (ed.) – *International Environmental Law Reports, Volume 1: Early Decisions*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

ROSEGRANT, M. W., X. CAI e S. A. CLINE, – *Global Water Outlook to 2025: averting an impending crisis*, International Food Policy Research Institute, Washington D.C., USA/International Water Management Institute, Colombo, Sri Lanka, 2002

SACHARIEW, K. – “Promoting Compliance with International Environmental Legal Standards: Reflections on Monitoring and Reporting Mechanisms”, *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 2, 1991, p. 193 e ss.

SALMAN, S. M. A. e UPRETY, K. – “Hydro-Politics in South Asia: A Comparative Analysis of the Mahakali and Ganges Treaty”, *Natural Resources Journal*, vol. 39, n.º 2, 1999, p. 295 e ss.

SALMAN, S. M. A. – “The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law”, *Water Resources Development*, vol. 23, n.º 4, 2007, p. 625 e ss.

SANDS, P. – *Principles of International Environmental Law*, vol. 1, Manchester University Press, Manchester, 1995

SAUSER-HALL, G. – “L’utilisation industrielle des fleuves internationaux”, *Recueil des Cours*, vol. 83, 1953-II, p. 465 e ss.

SCOBIE, I. – “Tom Franck’s Fairness”, *European Journal of International Law*, n.º 13, 2003, p. 909 e ss.

SERAGELDIN, I. – “Water resources management: a new policy for sustainable future”, *Water International*, n.º 20, 1995, p. 15 e ss.

SERENO ROSADO, A. – “Los Convenios Hispano-Lusos sobre Aguas Internacionales: Preocupaciones ambientales o reparto de caudales?”, *Revista Arazandi de Derecho Ambiental*, 2003-1, n.º 3, p. 162 e ss.

SILVA, A. – *O Regime Jurídico das Utilizações Diversas da Navegação Dos Cursos de Água Internacionais: Normas Substantivas*, Lisboa, 2001

SMITH, H. A. – *The economic uses of international rivers*, London, King, 1931.

STARR, J. R. – “Water Wars”, *Foreign Policy*, Washington D.C., 1991, vol. 82, p. 17 e ss.

TANZI, A. e ARCARI, M. – *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses*, Kluwer Law International, The Hague/Boston, 2001

TECLAFF, L.A. – *The river basin management in history and law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967

TIMOSCHENKO, A. – “Ecological Security and Global Change Paradigm”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1990, p. 127 e ss.

TULLY, S. R. – “The Contribution of Human Rights to Freshwater Resource Management”, *Yearbook of International Environmental Law*, n.º 14, 2003, p. 101 e ss.

ULLMAN, R. – “Redefining Security”, *International Security*, 1983, p. 129 e ss..

UTTON, A. E. – “International Environmental Law and Consultation Mechanisms”, *Columbia Journal of Transnational Law*, n.º 56, 1973, p. 56 e ss.

WOUTERS, P. K. e RIEU-CLARKE, A. S. – “The Role of International Water Law in ensuring ‘Good Water Governance’: A call for renewed focus and action”, n.º 15, *Water Law*, 2005, p. 89 e ss.

WRIGHT, Q. – “The Corfu Channel Case”, n.º 43, *American Journal of International Law*, 1949, p. 491 e ss.

ON-LINE:

Adesões recentes à Convenção das Nações Unidas sobre Usos Diferentes da Navegação dos Cursos de Água Internacionais, disponível on-line em http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/watercourse_status.html, consultado no dia 5 de junho de 2013.

GIORDANO, M. A. e WOLF, T. A. – The World’s international freshwater agreements: historical developments and future opportunities, *Atlas of international freshwater agreements*, UNEP, p. 1-2. Disponível on-line em http://na.unep.net/siouxfalls/publications/treaties/1_Front_atlas.pdf, consultado no dia 8 de Janeiro de 2013.

MCCAFFREY, S. – *Second report on the law of the non navigational uses of international watercourses*, 1986, p. 131, para. 172, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_3.htm, consultado no dia 10 de janeiro de 2013.

- *Third report on the law of the non navigational uses of international watercourses*, disponível on-line em: http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_406.pdf, consultado no dia 10 de janeiro de 2013.

- *Seventh report on the law of the non-navigational uses of international watercourses*, 1991, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_3.htm, consultado no dia 10 de janeiro de 2013.

- “Convention on the Law of the Non-Navigation Uses of International Watercourses”, 2008, *in nota introdutória* disponível on-line em www.un.org/law/avl

RIEU-CLARKE, A., MOYNIHAN, R. e MAGSIG, B. *UN Watercourses Convention, User's Guide*, 2012, p. 107, disponível on-line em: <http://www.gwptoolbox.org/images/stories/Docs/unwaterconventionuseguide2012.pdf>, consultado no dia 14 de janeiro de 2013.

SCHWEBEL, S. – *First report on the law of the non-navigational uses of international watercourses*, UN Doc. A/CN.4/320, 1979, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_3.htm, consultado no dia 17 de janeiro de 2013.

SCHWEBEL, S. – *Third report of the law of the non-navigational uses of international watercourses*, UN Doc. A/CN.4/348, 1982, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/guide/8_3.htm, consultado no dia 17 de janeiro de 2013.

NAÇÕES UNIDAS:

CDI – Report of the Working Group on International Liability for the Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law, Forty-Eighth Session, 1996, Doc.A/CN.4/L.5333, p. 52.

CDI – “Draft Articles on State Responsibility”, *Yearbook of International Law Commission*, 1996.

CDI – “Draft Articles on the Law of Transboundary Aquifers”, *British Yearbook of International Law Commission*, 2008, Vol. II, Parte II.

CDI – Draft Articles on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, *in Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session*, artigo 14.º, p. 114, disponível on-line em <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/46/46docs.htm>, consultado no dia 24 de fevereiro de 2012.

NAÇÕES UNIDAS – *Integrated river basin development*, UN Doc. E/3066/Ver.1, Nova Iorque, UN, 1970.

NAÇÕES UNIDAS – Reports of International Arbitral Awards, *Yearbook of International Law Commission*, vol. 2, parte 2, 1974.

NAÇÕES UNIDAS – “Survey of State Practice relevant to international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law”, *Yearbook of International Law Commission*, 1985, vol. I, parte I.

NAÇÕES UNIDAS – *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, UN Doc. A/CONF.151/5/Rev., 1, 13 de junho de 1992, disponível on-line em: <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>, consultado no dia 5 de janeiro de 2013.

NAÇÕES UNIDAS – “Comprehensive assessment of the fresh water resources of the world”, *Report of the Secretary General*, UN Doc, A/C.6/51/NUW/WG/CRP, 1997.

NAÇÕES UNIDAS – Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses, disponível on-line em http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf, consultado no dia 15 de Dezembro de 2012.

JURISPRUDÊNCIA:

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – Casos da *Jurisdição de Pescas (Reino Unido/Islândia; República Federal Alemã/Islândia)*, decididos pelo Tribunal Internacional de Justiça, de 1974, disponíveis on-line em: <http://www.icj-cij.org>, consultado no dia 22 de janeiro de 2013

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – Caso da *Plataforma Continental (Tunísia/Jamabiriyá Árabe Líbia)*, decidido pelo TIJ, em 1982, disponível on-line em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=330&code=tl&p1=3&p2=3&case=63&k=c4&p3=5>, consultado no dia 22 de janeiro de 2013

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – *Plataforma Continental do Mar do Norte (República Federal da Alemanha/Dinamarca; República Federal da Alemanha/Holanda)*, decidido pelo TIJ, em 1969, disponível on-line em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=295&code=cs2&p1=3&p2=3&case=52&k=cc&p3=5>, consultado no dia 22 de janeiro de 2013

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – *Caso do Canal Corfu (Reino Unido vs. Albânia)*, decidido pelo TIJ, em 1949, disponível on-line em <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=cd&case=1>, consultado no dia 20 de janeiro de 2013.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – *Pulp Mills (Argentina vs. Uruguai)*, decidido pelo TIJ, em 2010, disponível on-line em <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6180>, consultado no dia 20 de janeiro de 2013.

ARBITRAGEM:

Caso do Lago Lanoux (França/Espanha), em francês no n.º 62 da *Revue générale de droit international public*, 1958, p. 79 e, em inglês, no *American Journal of International Law*, 1959, p. 156.

INSTITUTO DE DIREITO INTERNACIONAL:

Resolução de Salzburgo, de 11 de setembro de 1961, disponível on-line em: <http://www.fao.org/docrep/005/W9549E/w9549e08.htm>, consultado no dia 5 de janeiro de 2013.

ASSOCIAÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL:

Regras de Berlim sobre o Direito dos Recursos Aquíferos, 2004, disponível on-line em http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/ILA_Berlin_Rules-2004.pdf, consultado no dia 4 de janeiro de 2013.

Report of the Fifty-First Conference of the International Law Association, Tóquio, 16-22 de agosto, 1964

OUTROS:

Estatuto do Rio Uruguai de 1975, disponível on-line em: http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Uruguay_River_Statute_1975.pdf, consultado no dia 15 de Maio de 2013.

Final Report of the Experts Group on Environmental Law on Legal Principles of Environmental Protection and Sustainable Development”, in R. D. Munro e J. G. Lammers, *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Graham & Trotman, Londres, 1987

INAG, *Verificação do regime de caudais previsto no Protocolo Adicional*, Lisboa, INAG, 1998

Tratado relativo à Construção e Operação do Sistema de Bloqueios Gabčíkovo-Nagymaros, 16 de setembro de 1977, *International Legal Materials*, n.º 32, p. 1247, 1993.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – O DIREITO DOS CURSOS DE ÁGUA INTERNACIONAIS	3
0. Formulação do problema: aspetos quantitativos e qualitativos da água	3
1. A questão da soberania.....	8
2. O Direito dos cursos de água internacionais na atualidade. A mudança de paradigmas	10
3. A necessidade de codificação das regras e princípios gerais	14
3.1. As Regras de Helsínquia	16
3.2. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito dos Usos diferentes da Navegação dos Cursos de Água Internacionais	20
3.3. As Regras de Berlim.....	23
3.4. O Projeto de Artigos sobre Direito dos Aquíferos Transnacionais	25
3.5. Convenções Regionais	26
CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO DA UTILIZAÇÃO DA UTILIZAÇÃO EQUITATIVA E RAZOÁVEL DE UM CURSO DE ÁGUA INTERNACIONAL	27
0. A Equidade e a utilização equitativa e razoável	27
1. Formulação do PUER e exposição do seu conteúdo	32
1.1. Aspetos fundamentais	33
1.1.1. Fundamento jurídico e função do PUER	33
1.1.2. Aplicação do PUER.....	36
1.1.2.1. A ponderação de fatores	37
1.2. Aspetos processuais. O princípio da utilização equitativa enquanto processo.....	46
1.2.1. As obrigações processuais	49
1.2.1.1. Obrigação geral de cooperação	52
1.2.1.2. Obrigação de notificação	54
1.2.1.3. Obrigação de consultar e de negociar de boa-fé	60
1.2.1.4. Troca de informações.....	63
1.3. Breve conclusão.....	65

2. Análise do princípio na jurisprudência internacional	66
2.1. Análise de duas decisões jurisprudenciais.....	68
A. O caso Gabcíkovo-Nagymaros	68
B. O Caso Pulp Mills sobre o Rio Uruguai	72
3. O Convénio Luso-Espanhol: uma Aljubarrota fluvial?	76
CONCLUSÃO	86
BIBLIOGRAFIA.....	88