

(Pre)tensões sobre o mar rumo a uma global governance dos oceanos?¹

Resumo

O Direito Público deve dar prioridade à definição de formas de gestão dos espaços marinhos económica e ambientalmente sustentáveis, bem como politicamente aceitáveis. Deste prisma transdisciplinar, analisamos diferentes alternativas. Defendemos que os modelos atuais, primariamente assentes na liberalização do acesso ou na atribuição de direitos exclusivos, estão ultrapassados. Neste contexto, urge o desenvolvimento doutrinal e a aceitação política de alternativas mais ousadas, capazes de lidar com a necessidade de encontrar soluções a várias mãos. Concluímos que dos conceitos de património comum da humanidade e de subsidiariedade provavelmente ainda não foram retiradas todas as consequências na conciliação entre o papel dos Estados com a vocação internacionalista dos oceanos.

Introdução: Interesse, Relevância e Delimitação

Mais de cinco séculos depois de os nossos antepassados terem respondido à nossa vocação oceânica, dando início a uma das maiores aventuras da Humanidade, impõe-se, a todos, mas em especial às nações marítimas, que olhem uma vez mais o Mar como o seu “maior e mais duradouro activo estratégico”², partindo à descoberta de novas potencialidades³. Não cabe neste trabalho falar dessa aventura, mas antes de um problema logicamente anterior: o de saber a quem pertence o Mar. Ou melhor, como, a quem e por quem podem ser exercidas as faculdades relacionadas com o aproveitamento dos recursos marítimos? É que apesar da imensidão do Mar, os seus recursos são limitados e não podem todos fazer tudo o que pretendem sob a pena de tais pretensões colidirem. O mundo em que vivemos é o da escassez, é o dos bens económicos, e por isso é aquele em que os bens são limitados relativamente aos desejos⁴.

¹ Estudo apresentado na Escola Naval, no dia 9 de Novembro de 2010, no âmbito da conferência “Jornadas do Mar 2010 - A Nova Era dos Descobrimentos”. O artigo foi desenvolvido sob a orientação da Professora Doutora Marta Chantal Ribeiro, a quem estamos profundamente gratos.

² PINTO DE ABREU, Manuel, “EMEPC - FDUP - CIIMAR”, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, p. 5.

³ SMITH, Walter H. F., *Introduction to This Special Issue on Bathymetry from Space*, *Oceanography*, Volume 17, Number 1, Rockville, 2004, p. 7 diz que conhecemos muito melhor a superfície de Marte, Vénus e da Lua do que o relevo dos fundos marinhos: “The horizontal resolution of the Mars data (1 km) is 15 times better than that of the Earth data, while the vertical accuracy (1 m) is 250 times better”.

⁴ SAMUELSON, Paul A. e NORDHAUS, William D., *Economia*, McGraw-Hill, 2005, 18ª ed., trad. Elsa Fontinha e Jorge Pires Gomes.

Necessidade de um regime jurídico. Que critério?

Fomo-nos apercebendo de que a forma como uns utilizavam os recursos podia ter implicações dramáticas para outros, pelo que era necessário estabelecer fronteiras, delimitar esferas jurídicas que prevenissem conflitos. Perante o interesse de várias pessoas, ou de vários Estados, agindo de forma a potenciar a utilidade que retiram da coisa, diminuiriam a utilidade que outros dela podem retirar. Estes últimos sentir-se-iam lesados e procurariam, na melhor das hipóteses, chegar a acordo com os primeiros sobre a forma de repartirem os recursos escassos. Mas é complicado obter consensos, especialmente se existem assimetrias de força. Sem uma determinação de fronteiras, o conflito seria permanente e os resultados só por coincidência justos, pois nem sempre a pretensão mais justa é a do mais forte.

Seria incomportável que todos pudessem apropriar-se livremente dos recursos marinhos, tal como seria impensável renunciarmos coletivamente a usar esses recursos, pelo que se torna prioritário aprendermos a coabitar nos Oceanos: seres humanos entre nós, mas também nós e as demais espécies..

Qualquer divisão implica um divisor e a questão dos critérios possíveis para uma divisão de recursos não é nova. Convoca alguns dos grandes debates políticos, filosóficos e económicos, que não poderemos explorar cabalmente. Na esteira da clássica doutrina aristotélica, cremos que, se o nosso objetivo comum for o de criar uma sociedade humana mais feliz, as soluções terão de ser virtuosas e justas. Mas o que é *in casu* uma solução justa? Para responder a essa questão, temos de refletir sobre os propósitos, os fins, a natureza do Mar⁵. A questão não fica mais simples, mas julgamos que o Mar tem como fim servir de sustentáculo à vida na Terra: como *habitat* para as diferentes espécies da fauna e flora marinhas, unindo pontos distantes do globo e permitindo ao Homem a exploração sustentável dos seus recursos.

Prisma Interdisciplinar

Esta tónica é querida a um Direito Internacional preocupado com a Paz, com o Desenvolvimento e, como não pode deixar de ser, com a Justiça. Só um Direito Internacional justo pode aspirar a impor-se racionalmente às partes, num ramo sempre encarado como “parente pobre” das ciências jurídicas, dada a sua permeabilidade ao mundo da política e das relações internacionais. Mas não pode ser estranha ao Direito a praticabilidade das soluções.

Não basta termos em mente considerações puramente filosóficas, que precisam de ser integradas por dados de outras áreas, como a Economia. Esta preocupar-se-ia essencialmente com o problema da eficiência na afetação de recursos e na produção e distribuição de bens. Mas esta ciência tem, apesar dos diversos mecanismos de estimativa já desenvolvidos, algumas dificuldades em calcular os preços de bens que não passam pelo mercado (calcular os prejuízos de um dano ambiental para as colheitas é mais fácil do que calcular prejuízos do desaparecimento de uma espécie) e o pensamento económico terá também um lugar na determinação das formas de afetação de recursos a determinadas pessoas e sobretudo na determinação de formas de aproveitamento sustentável dos mesmos.

A perspectiva económica está preocupada com a maximização das utilidades e, portanto, com os custos da atividade económica para o meio ambiente, enquanto externalidades negativas. A ciência económica distingue entre os bens apropriáveis - nos quais podemos captar a totalidade do valor económico - e os bens inapropriáveis - em que os custos ou benefícios não vão todos para o proprietário⁶. Podemos tentar resolver o problema das

⁵ ARISTÓTELES, *Ética* a Nicómaco, trad. António de Castro Caeiro, Lisboa, Quetzal, 2004. Para uma perspectiva mais prática e actualizada, SANDEL, Michael J., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus and Giroux, 2009.

⁶ SAMUELSON, Paul A. e NORDHAUS, ob. cit. p. 365: “Considere-se, por exemplo a exaustão das reservas de muitos

externalidades através de uma abordagem pública (que passará pela regulação direta, pela aplicação de taxas ou pela emissão de licenças negociáveis) ou uma abordagem privada (que passa pela existência de regras de responsabilidade civil ou pela negociação direta entre a parte lesada e a parte lesante).

Assim, a perspetiva ambiental é vital para uma economia sustentável, preocupada em gerir a escassez tendo em vista a satisfação das necessidades não apenas hoje, mas também amanhã, quando alterações ambientais podem traduzir-se em sérios problemas económicos⁷ e numa diminuição das condições de vida. “O crescimento pelo amor ao crescimento é uma loucura característica das células cancerígenas”⁸.

Outra importante ótica é a da Segurança, já que o mar é usado também para fins ilícitos. A imigração ilegal, tráfico de seres humanos, armas e estupefacientes ou a pirataria são desafios diretos ou indiretos à Segurança dos Estados, que têm interesse em deter poderes para perseguir e fiscalizar embarcações suspeitas ou reagir criminalmente contra os prevaricadores⁹. Cabem também aqui missões de busca e salvamento, indispensáveis à tranquilidade e à proteção das vidas daqueles que andam no Mar.

Ligada à questão da Segurança está a Defesa Nacional. Os seus objetivos passam pela manutenção da paz e da integridade do território dos Estados, pela proteção dos seus cidadãos e dos bens que integram o seu património contra agressões e ameaças externas¹⁰. Apesar da Defesa Nacional ter uma componente militar e não militar, compete à Marinha, enquanto ramo das Forças Armadas, natural papel neste domínio¹¹.

Por último, as Ciências Naturais também têm um forte interesse no Mar, que oferece vastas oportunidades de estudo para biólogos, geólogos ou oceanógrafos, mas também, para farmacêuticos ou engenheiros. O interesse científico anda a par do interesse económico, na exploração dos seres vivos dos campos hidrotermais (na base da próxima geração de fármacos ou cosméticos), quando se exploram novas jazidas petrolíferas ou novas formas de gerar e armazenar energia, mas isso não diminui a legitimidade das pretensões científicas, apenas as reforça.

A *governance* dos Oceanos nasce de problemas económicos, determinados por informações científicas sobre esses recursos. Não podemos esquecer a lição da História: o choque de pretensões é fonte de ignição para conflitos entre pessoas e Estados, pelo que a definição de critérios económica e ambientalmente sustentáveis e que, para mais,

peixes (...) um cardume de atuns não só proporciona alimento para as nossas refeições, mas também a serve a procriação das futuras gerações de atuns. Contudo, o potencial de procriação não é reflectido no preço de mercado do peixe; ninguém compra, ou vende, o comportamento de acasalamento de um atum de cauda amarela”.

⁷ Os custos anuais das alterações ambientais estimam-se em mais de \$271 mil milhões para 2025 (cfr. ACKERMAN, Frank e STANTON, Elizabeth A., *The Cost of Climate Change - What We'll Pay if Global Warming Continues Unchecked*, NRDC, 2008). Estima-se que os custos económicos acumulados do aquecimento global cheguem a \$140,000 mil milhões (cfr. ACKERMAN, Frank Ackerman e STANTON, Elizabeth A., *Climate Change - The Cost of Inaction*, Tufts University, 2006). E no entanto os custos apontados não contam com diversas rubricas que não podem ser descuradas: quanto empobrecemos se Veneza for submersa pelas águas, ou se catástrofes naturais desnecessárias ceifarem a vida de alguém?

⁸ ABBEY, Edward, *Desert solitaire: a season in the wilderness*, Simon & Schuster, 1990.

⁹ Não podemos, neste capítulo, deixar de recordar o curioso caso *Borndiep*, fretado por associações favoráveis à legalização do aborto e impedido a 27 de Agosto de 2004 de entrar em águas territoriais portuguesas. Essa ação deu origem a um processo que não teve êxito nas instâncias judiciais nacionais, mas sim junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cujos juízes se pronunciaram no sentido de ter existido uma violação do art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Da leitura do acórdão pode perceber-se que a insuficiência de prova, no que diz respeito às eventuais intenções das associações em levar a cabo ações que violem as leis penais portuguesas, pode ter sido determinante. Cfr. *Affaire Woman on Waves et autres c. Portugal*, requête n.º31276/05.

¹⁰ Cfr. art. 1.º da Lei n.º 29/82 de 11 de Dezembro: “A defesa nacional é a atividade desenvolvida pelo Estado e pelos cidadãos no sentido de garantir, no respeito das instituições democráticas, a independência nacional, a integridade do território e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas”.

¹¹ Cfr. Decreto-Lei n.º 233/2009, de 15 de Setembro.

sejam politicamente aceitáveis, deve ser prioridade para um Direito Internacional Público preocupado com a Paz, com o Desenvolvimento e com a Justiça¹². Assim, partindo deste prisma de análise a que chamaríamos transdisciplinar, dadas as co-implicações envolvidas, importa apreciar criticamente as alternativas.

Soluções Clássicas. Perspetiva Histórica

Ovídio refere-se expressivamente ao sol, ao ar e às ondas como um “dom público”¹³. Porque, como defendia Neratius¹⁴, em primeiro lugar, porque foram produzidos pela natureza, em segundo lugar, porque nunca foram propriedade de ninguém, em terceiro lugar, porque eles parecem ter sido criados para uso comum. Este paradigma está assente, como é óbvio, na virtual inesgotabilidade dos recursos de navegação e pesca. Mas, mesmo para os romanos, a questão da natureza jurídica do mar deixava de ser pacífica, ao discutir se ele seria uma *res omnium communis*, coisa que pertence a todos, ou *res nullius*, coisa que não pertence a ninguém, mas que pode vir a pertencer, se houver um título jurídico que estabeleça o vínculo entre a pessoa e a coisa¹⁵.

Mas no meio desta discussão, sempre foi pacífica a diferença para estes autores entre a natureza das coisas que “estão marcadas para uso comum”, e os peixes, por exemplo, indiscutivelmente *res nullius* e logo susceptíveis de apropriação. Isso eloquentemente observa Plauto, numa sua peça, quando um pescador diz que o mar é certamente de todos, e o escravo acrescenta que então também deverão ser de todos as coisas encontradas no mar. A isto o pescador objeta: “mas, quando as minhas redes e anzóis os capturam, eles são só meus”¹⁶. Isto representa já um desvio à regra de que o mar é um bem de todos, já que os seus frutos são individualmente apropriáveis.

Assim, há cerca de dois milénios, os romanos definiam o primeiro estatuto do mar, reconhecendo a liberdade de navegação, pesca e comércio. Afastando-se igualmente da esfera do domínio privado não apenas o mar, mas também a própria extensão de terra para além da marca da maré alta. Não podemos é esquecer-nos que os romanos, nessa época, controlavam todas a costa em redor do Mediterrâneo - o *mare nostrum* -, mar de todos nós, mas mar que também não poderia ser de mais ninguém¹⁷.

As soluções clássicas passaram sempre por liberalizar o acesso aos recursos, ou atribuir direitos exclusivos no acesso a esses recursos, ou seja, por considerar os bens ou *res communis*, ou *res nullius*¹⁸. Apesar de algumas incursões doutrinárias por parte de diversos

¹² “O Direito, concebido tradicionalmente como instrumentos de coordenação entre soberanias, vê-se investido de uma missão de transformação da sociedade internacional, e posto ao serviço de finalidades como a paz, o desenvolvimento, a felicidade dos homens, a preservação ecológica do planeta”. BEDJAOU, M., *Introduction Générale: Droit International. Bilan et Perspectives*, vol. I, Economica, Paris, 1991, p. 16. O Direito, e aqui em especial o Direito Internacional, vivendo entre o ser e o dever-ser, não pode negar a sua função, diríamos mesmo a sua missão, pedagógica e o seu sentido transformador. PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 55.

¹³ OVIDIUS, Publius, *Metamorfoses*, VI, “Porque me negas água? Ela é para o uso comum de todos. A Natureza não fez nem o Sol, nem o ar, nem as ondas propriedade privada, eles são um dom público”.

¹⁴ *Digesto*, XLI.

¹⁵ CAVALCANTI, Brenno Machado Vieira; *Natureza Jurídica do Mar*, Editora Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 1943, p.73. No próprio *Corpus Iuris Civilis* conflituam estas duas perspectivas: Ulpianus e Justinianus favoráveis à primeira tese, Celsus no *Digesto* favorável à segunda.

¹⁶ PLAUTUS, Titus Maccius, *Rudens*, Acto IV, Cena III.

¹⁷ WILDER, Robert Jay, *Listening to the Sea: the politics of improving environmental protection*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1998, p.4 e ss.

¹⁸ MORE, Rodrigo Fernandes *A poluição do meio ambiente marinho e o princípio da precaução*, Teresina, Jus Navigandi, 2008. É de salientar, que “os conceitos de *res nullius* e *res communis omnium*, como dicotomias do *ius civile* (...) não foram concebidos para reger as relações de *ius inter gentium*”. Os romanos não tinham um Direito Internacional Público, apenas um Direito Internacional Privado. A questão encontra-se mal enquadrada como se

jurisconsultos, a questão só foi retomada quando Génova e Veneza reclamaram direitos de soberania sobre os mares Ligúrico e Adriático, respetivamente. Mas, nestes casos, o objetivo era apenas reivindicar poderes sobre uma faixa de água adjacente ao estado costeiro.

Mare Clasum: nascimento apogeu e queda

A questão só ganhou verdadeira dimensão quando surgem conflitos sobre o direito a explorar, navegar e estabelecer comércio nas águas que uniam alguns países do Velho Continente e as novas terras descobertas¹⁹. Em Portugal, as primeiras restrições foram impostas aos súbditos portugueses em 1443, vedando-se a navegação para sul do Bojador, e em 1446, quando passou a ser obrigatória uma licença para navegar para as Canárias. Ao contrário da expansão de outras nações, assente na iniciativa privada, os descobrimentos portugueses eram monopólio régio, uma forma de compensar o investimento subjacente. Mas, não bastando a vontade dos monarcas lusos para afastar os seus pares do comércio intercontinental marítimo, os direitos dos portugueses tiveram de ser reconhecidos por bulas papais. No contexto da guerra da sucessão de Henrique IV, rei de Castela, foi assinado entre Portugal e Castela o tratado de Alcáçovas em 1479, aceite pelo Papa em 1491, que reconhecia a exclusividade da navegação de Portugal para sul das Canárias, mas a soberania castelhana deste território. Em 1494, os mesmos monarcas assinam uma nova repartição das águas, desta vez por meio de um meridiano que passava a 370 léguas a Oeste das ilhas de Cabo Verde. Sinal dos tempos, este Tratado de Tordesilhas simbolizava uma primeira divisão do mundo entre duas potências à escala planetária²⁰.

Mas transcorrido um século de domínio dos mares, este era tudo menos incontestado. E no contexto do duelo no Mar pelo controlo do comércio nas Índias Orientais (precisamente no contexto da captura, em 1603, do navio mercante português Santa Catarina), o jovem jurista holandês Grotius, na sua obra *De Mare Liberum* (1609)²¹, avança com as bases ideológicas do direito a quebrar os monopólios portugueses no Oriente. Em resposta, autores peninsulares²² como Frei Serafim de Freitas²³ ou britânicos, como John Seldon²⁴,

se tratasse de um problema de propriedade privada, quando é um problema de jurisdição. GIDEL, Gilbert, *Le Droit International Public de la Mer*, Chateauroux, 1932.

¹⁹ Para o tratamento desta questão, ver FERREIRA, Ana Maria Pereira, *O Essencial sobre Portugal e a Origem da Liberdade dos Mares*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1988.

²⁰ Francisco I, rei da França, terá pedido para que lhe mostrassem “a cláusula do testamento de Adão que o excluía desta partilha do mundo”. A formulação tanto do Tratado de Tordesilhas, como das bulas papais, não era clara quanto ao facto de estar em causa um direito de soberania, incluindo portanto o direito a realizar actos de governo como o de excluir a presença de outros, ou um direito de mera jurisdição. Esta questão, que será central na discussão entre Grotius e Serafim de Freitas, é complicada de resolver já que o conceito de soberania ainda não tinha entrado no léxico jurídico. WILDER, Robert Jay, ob. cit., p. 8.

²¹ GROTIUS, Hugo, *The freedom of the seas or the right wich belongs to the Dutch to take part in the east indian trade*, Oxford University Press, Nova Iorque, 1916. Os argumentos do holandês são sistemáticos e exaustivos, pelo que se remete para a leitura da respectiva obra. Interessa-nos, ainda assim, o seguinte: não tem sentido reclamar um direito sobre algo que é inocupável, pois “não brilha com menos intensidade a tocha que serve para acender outra”. Assim, Grotius conclui que o Direito a comerciar dos holandeses deve ser mantido pela paz, por tratado ou pela guerra e que estes têm o direito de defender o direito à navegação e ao comércio, à falta de um tribunal capaz de estabelecer justa compensação pelos danos sofridos.

²² MERÊA, Paulo, «Os Jurisconsultos Portugueses e a Doutrina do “Mare Clausum”», *Revista de História*, nº 49, Lisboa, 1924, pp. 5-23.

²³ FREITAS, Serafim de, *Do justo império asiático dos portugueses, De iusto imperio Lusitanorum Asiatico*, introd. de Marcello Caetano; trad. de Miguel Pinto de Meneses, Inst. Nac. de Investigação Científica, Lisboa, 1983, 2 vol.. O clérigo português defendia a sua posição com base essencialmente com base na doação papal, enquanto justa recompensa pela imensa empresa portuguesa. As teses do eminente jurista de Valladolid contribuíram para a fundamentação jurídica que suportava a legitimidade do Império Português nos séculos vindouros.

²⁴ SELDON, John, *Mare Clausum, seu deo dominio maris libri duo*, Lugduni Batavorum: Apud Joannem & Theodorum Maire, 1635. A tese de Selden, que terá sido escrita entre 1617 e 1618, baseava-se no facto de o mar poder ser apro-

argumentam em vão contra uma corrente histórica que ia já de vento em popa, levada na onda da ascensão de uma segunda geração de potências navais. O *mare clausum*, independentemente dos méritos dos seus advogados, tinha os dias contados por chocar com os interesses do comércio internacional, que com razão hoje se apelida de motor da globalização. No século XVI, o *mare clausum* perde terreno para o princípio da liberdade dos mares e cai em descrédito.

Visto com os olhos de hoje, um modelo puro de reconhecimento da soberania dos estados sobre o mar (modelo ideal nunca defendido na prática e abordado apenas por motivos de exposição didática), obedecendo a uma lógica *first come first served*, parte do erro fundamental de pressupor a inesgotabilidade dos recursos e da ausência de interinfluências na maneira como estes podem ser utilizados. A consciência da escassez dos recursos impõe a sua partilha segundo critérios orientados para o bem comum da humanidade - *bonum commune humanitatis* - conceito de sabor medieval e com origem específica na tradição da escola ibérica do direito natural.

Mas há outras críticas a tecer a este modelo do ponto de vista económico: ele é altamente ineficiente, devido à tendência para a criação de monopólios. A falta de concorrência nos mercados prejudica gravemente os consumidores, ao dar demasiado poder a um só agente para determinar os preços. E apesar deste modelo, semelhante ao da propriedade privada, ter a vantagem de criar incentivos para que cada um trate do que é seu, tantas vezes isso está longe de acontecer.

O modelo cria igualmente entraves à livre investigação científica. O tempo do cientista isolado, que da varanda descobre um novo planeta, já acabou há muito: hoje os grandes avanços são feitos por equipas cada vez mais internacionais, com base nas investigações de outros. Um sistema de não partilha de recursos marítimos certamente inspiraria sistemas mais fechados de partilha científica e atrasaria o progresso.

Para mais, teríamos grandes dificuldades em lidar com as externalidades. Por essa via, novos conflitos poderiam surgir se um Estado vê as vantagens de poluir as águas e outro apenas recebe os prejuízos. Outro fator a ter em conta é o facto de muitos dos Estados de hoje não existirem ou não estarem organizados ao tempo das descobertas, pelo que povos costeiros não teriam acesso aos mares respetivos. Mas pior estariam os Estados sem Mar e a desproporcionalidade no acesso aos recursos naturais marinhos nunca levaria à aceitação dos resultados deste tipo de modelo por parte da maioria dos Estados. O modelo não é prático nas missões de busca e salvamento, não se harmoniza com as necessidades da globalização, não cria oportunidades de desenvolvimento e levaria a situações caricatas no plano da defesa e da gestão dos recursos.

Por outro lado, estendendo ao seu limite máximo os mares territoriais, poderíamos ter um modelo de divisão entre os estados costeiros. Tal modelo poderia não ser muito favorável aos Estados sem Mar, ainda que fosse certamente bom para a Segurança, prático para as missões de busca e salvamento e certamente útil para a Defesa. As disparidades no acesso aos recursos naturais poderiam ser facilmente justificadas: afinal nem todos os territórios têm as mesmas riquezas ou a mesma extensão. E apesar de poder não criar oportunidades de desenvolvimento para os países mais pobres, isso não será critério para muitos. Mas nem todos os absurdos seriam evitados, pelo que se poderia repetir o que se disse nos parágrafos anteriores a propósito das desvantagens para a investigação, da falta de concorrência, das dificuldades em lidar com as externalidades e em ser harmonizado com o fenómeno da globalização.

prizado tal e qual quanto a terra. No entanto, Seldon estava em descompasso com um tempo que pedia liberalização do acesso ao recursos e era-lhe difícil não entrar em contradição quando advogava a legitimidade das pretensões inglesas e não reconhecia legitimidade às ambições ibéricas.

Assim o *mare clausum* em vez de unir separa. A falta de marcos naturais para delimitação do que é meu e do que é teu e a impossibilidade de impor fronteiras aos cardumes ou às manchas de óleo fazem com que este seja um regime insatisfatório, incoerente e injusto.

Mare Liberum: nascimento, apogeu e queda

Contudo, não se pense que o descrédito a que ficou votado o *mare clausum* levou à aceitação de um modelo assente exclusivamente na liberdade dos mares. Como dissemos, uma das vantagens dos sistemas que advogam a existência de direitos de soberania sobre os mares surge no contexto da Segurança das populações. O próprio Grotius, no seu livro *De iure belli ac pacis* defende a ideia de soberania do estado costeiro sobre a faixa de água adjacente correspondente à possibilidade de este exercer controlo efectivo sobre esta²⁵. Cornelius van Bijnkershoek, contribuirá para traduzir esta ideia num critério mais seguro, tornando-o apto a ser adoptado pela comunidade internacional, ao dizer que a soberania do estado acaba no limite da capacidade das suas armas de fogo: *terræ potestas finitur ubi finitur armorum vis*²⁶ (lei da canhoneira). Outro dos critérios adiantados nesta altura, e que poderá ter estado na base da aceitação da regra das três milhas, é o da linha do horizonte. Os defensores desta perspectiva diziam que tudo aquilo que era visível a olho nu a partir da costa se tornava território do estado costeiro²⁷.

Claro que, inicialmente por causa da questão das pescas, a curto prazo, a questão económica iria suplantiar o critério militar, entretanto ele também desactualizado, mas mantido por conveniências relacionadas com a segurança jurídica²⁸. Uma das primeiras pretensões com base nos recursos pesqueiros foi feita pela Dinamarca, ao reclamar inicialmente duas léguas escandinavas, sensivelmente oito milhas, valor que reduziu unilateralmente para metade em 1779. Limites modestos que não colocavam em perigo o princípio da liberdade dos mares, que podiam ser defendidos com mais facilidade e medidos com mais precisão do que os avançados por ingleses, ou venezianos. Com isto se começará a separação entre soberania dos mares e a soberania dos recursos, já que os dinamarqueses não reivindicavam autoridade ilimitada sobre uma extensão de mar mas ter a exclusividade na exploração dos recursos pesqueiros.

A questão dos recursos começa lentamente a autonomizar-se e podemos assistir mesmo a alguns precoces ensaios legislativos de natureza conservacionista²⁹. Era tarde já para algumas espécies, como a Vaca do Mar de Steller, avistada pela primeira vez em 1741 e pela última em 1768, caçada por marinheiros russos até à extinção. No entanto, as focas *callorhinus ursinus*, tiveram um final mais feliz, que resulta numa narrativa mais didáctica. No início do século XIX, a espécie, que outrora abundara nos mares do Pacífico, estava já

²⁵ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis libri III in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Kloof Booksellers & Scientia Verlag, Amsterdão, 1993.

²⁶ BYNKERSHOEK, Cornelius van, *A Treatise On The Law Of War*, Lawbook Exchange, 2007. Acabará por não ser o holandês, mas Ferdinando Galiani, que, em 1782, defenderá um limite nas três milhas náuticas, critério que ficará conhecido como “regra do tiro de canhão”. Neste sentido, ROBLES, García Afonso, *La anchura del mar territorial*, El Colegio de México, 1966, pp. 12 e 13.

²⁷ O grande problema de um critério tão intuitivo e prático era a sua incerteza. A linha do horizonte ao nível do mar está a cerca de três milhas, mas o topo do mastro de um grande navio pode ser visto a onze e, se o relevo da costa tiver alguns penhascos, o limite pode ir até às cinquenta.

²⁸ Neste sentido SZÉKELY, Alberto, *Derecho del mar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 1991, pp. 13. e WILDER, Robert Jay, ob. cit., p. 11.

²⁹ Em 1829, é limitada a prática de pesca por arrasto até nove milhas da costa francesa; mas já no século anterior a Coroa Britânica restringira, até distâncias variáveis, a exploração de determinados recursos marinhos por estrangeiros. Dificilmente podemos ver aqui um interesse conservacionista, mas antes um interesse protecionista. WILDER, Robert Jay, ob. cit., p. 24.

ameaçada pelo valor da sua pele. Devido ao peso da caça na economia local, a Rússia decide, em 1835, proibir a captura de fêmeas, já que sem estas, mais fáceis de capturar, as gerações seguintes de jovens focas ficariam condenadas. Mas de pouco serviu esta proibição, já que a maior parte das capturas era feita fora dos limites da soberania russa. Em 1869, são os americanos a legislar no sentido da proteção da espécie, mas os britânicos continuaram a caçar. Até que, em 1881, a Secretaria de Estado do Tesouro interpreta a lei como aplicando-se, não apenas dentro das águas americanas, mas também a todo o mar de Bearing, o que levou à captura de catorze navios britânicos, em clara violação do Direito Internacional. A questão levou a um acordo entre os dois países, que passaram a dispor de legislação para a conservação das focas.

A história ilustra bem as dificuldades que um regime de liberdade dos mares acarreta, especialmente no que toca à conservação de recursos naturais. É aliás curioso que as primeiras legislações conservacionistas tenham tido motivações puramente económicas, por governos preocupados em garantir o sustento das suas populações a longo prazo. Na altura, ainda estavam por descobrir as complexidades da interdependência das espécies nos ecossistemas marinhos, mas a história ilustra já aquilo a que hoje chamamos “tragédia dos comuns”³⁰. Num bem de livre acesso, todos têm vantagem em abusar do conjunto, pelo que, ao bom e paradoxal estilo do dilema do prisioneiro³¹, se cada um tomar aquela que é a melhor decisão para si, todos acabam pior.

Os modelos *res communis* são economicamente inefficientes, levando ao esgotamento dos recursos, à degradação ambiental, a práticas ambientais, económicas e laborais perigosas e conflitos frequentes, ameaçando a Saúde e a Segurança Públicas e colocando imensos desafios no plano da Defesa. Esse estado de coisas dificilmente é favorável ao desenvolvimento de investigação no ramo das Ciências Naturais. Não são também de todo modelos aceitáveis politicamente para os países em desenvolvimento, com menos capacidade para usar das potencialidades de utilização dos recursos comuns. No entanto, a principal injustiça deste modelo é de cariz intergeracional, já que um modelo que favorece o esgotamento dos recursos nunca poderá dar às futuras gerações a quota parte de oportunidades para a felicidade e para o desenvolvimento que justamente lhes pertencem.

Rumo ao *mare clausum*?

Depois da segunda guerra mundial, a humanidade começa a aperceber-se de que as soluções para os seus problemas têm muitas vezes de ser pensadas a nível global, pois é essa também a escala do impacto das atividades humanas.

A primeira exploração petrolífera no mar começou em Summerland, perto de Santa Barbara, na Califórnia, em 1896, não muito tempo depois da primeira prospeção bem sucedida em terra (1859). A atividade era muito atrativa, já que se entendia que os recursos marítimos eram livres de ser explorados por quem quisesse fazê-lo e as atividades de prospeção *offshore* demorariam muito até serem reguladas pelo Estado. Mais uma vez, a história oferece-nos a lição: em estado febril, uma multidão de prospectores de espírito empreendedor rumou a oeste, numa nova corrida ao ouro negro. A falta de planeamento e de conhecimentos técnicos levou ao derrame de milhões de barris de petróleo; a falta de regulação transformou rapida-

³⁰ HARDIN, Garrett, *The tragedy of the commons*, Science, n.º 162, 13 de Dezembro, 1968, pp. 1243 e ss. “Suponha-se uma pastagem de acesso livre. É de esperar que cada pastor tentará manter tanto gado quanto possível na terra comum. Tal solução funcionou de forma razoavelmente satisfatória durante séculos, dado que as guerras tribais, as pilhagens e as doenças mantiveram os níveis quer de pessoas quer de animais muito abaixo da capacidade de resposta da terra. Um dia, porém (...) o há muito esperado objetivo da estabilização social se tornará uma realidade. Nesse momento, a lógica própria dos comuns gerará inapelavelmente a tragédia”.

³¹ AXELROD, Robert e HAMILTON, William D., *The Evolution of Cooperation*, Science, n.º 211, 1981.

mente praias em lixeiras e a competição intensa trouxe episódios de violência a lembrar os de outro *far west*. Quando um furo se tornava pouco rentável o seu proprietário limitava-se a enchê-lo com o que tinha mais à mão deixando o furo a verter profusamente e causando danos ambientais que ainda hoje custam milhões todos os anos³². E depois de assistirmos ao efeito devastador das plataformas petrolíferas³³, no ambiente, na paisagem, no turismo, na qualidade de vida e na saúde, foi a vez dos petroleiros mostrarem ao mundo a extensão dos danos que podem infligir ao planeta.

Foi-se tornando por demais evidente que, por um lado, os problemas ambientais não tinham uma solução que se compadecesse nem com a divisão do mar em talhões submetidos à soberania de um Estado, nem com um estado anárquico das coisas em que o mar é de todos na hora das vantagens e de ninguém na hora das responsabilidades; por outro lado, os meios técnicos começavam a permitir a exploração dos fundos marinhos para extração de petróleo, gás, nódulos polimetálicos e outros recursos, abrindo-se assim novos problemas que nenhum estado poderia por si só resolver. E se, até à segunda guerra mundial, se podia falar de um Direito Internacional ideologicamente neutral, interessado apenas em oferecer uma regulação mínima da convivência entre os Estados (e as matérias de direitos fundamentais eram de foro exclusivamente interno) face às atrocidades cometidas no contexto do holocausto nazi, a sociedade internacional “converteu-se” aos Direitos Humanos e assumiu a necessidade de os proteger como matéria diretamente relacionada com a Paz. Se, até aí se podia com propriedade falar de “invisibilidade dos fundos marinhos” (um [quase] não problema), a partir daí tornou-se imprescindível a existência de regulamentação internacional adequada que evitasse conflitos e catástrofes.

A tónica deixa de estar colocada no mar enquanto suporte do *jus communicationis*, passando a dar-se mais importância às questões relacionadas com os recursos. É neste contexto que, durante o século XX, muda “o vento da História”: ele “sopra agora da terra para o mar, em favor do estado ribeirinho, em detrimento do vento marítimo, símbolo da liberdade dos mares, propugnado pelas grandes potências marítimas”³⁴.

Segue-se o mesmo raciocínio de Grotius, mas *a contrario*: se este defendia a impossibilidade de alguém se apropriar de um bem inesgotável, então, sobre os bens esgotáveis deveria haver direitos exclusivos. O marco histórico a assinalar a viragem é sem dúvida a proclamação Truman de 1945: “o Governo dos Estados Unidos da América encara os recursos naturais do subsolo e do leito da plataforma continental subjacente ao alto mar, mas adjacente às suas costas, como pertença dos Estados Unidos, sujeitos à sua jurisdição e controle”. A proclamação pode parecer ambiciosa, mas é cautelosa para não violar o princípio da liberdade do alto mar. Fala apenas em jurisdição e não em soberania, apenas em recursos naturais e não na plataforma em si e baseia as pretensões no argumento do prolongamento natural da massa continental. Seguindo a via unilateralista³⁵, até 1958, seriam 55 os países a seguir o exemplo norte-americano, entre os quais Portugal, pela Lei n.º 2080, de 21 de Março de 1956 e, logo em 1950, a doutrina falava já da existência de um costume internacional com base no art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça³⁶, que irá pronunciar-se apenas em 1969.

³² WILDER, Robert Jay, ob. cit., pp. 30 e ss.

³³ De que ainda recentemente tivemos novos ecos com o derrame de quase cinco milhões de barris - mais de seiscentos milhões de litros - de petróleo, entre 20 de Abril e 15 de Julho, na plataforma de Deepwater Horizon, no Golfo do México.

³⁴ PIQUEMAL, A., *Le fond des mers, patrimoine commun de l'humanité*, CNEXO, 1973, p. 112.

³⁵ VERDUZCO, Alonso Gómez-Robledo, *Derecho Internacional - Temas Selectos. La Convención de Montego Bay, Génesis de la misma y el Unilateralismo como Técnica Jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 375 e ss..

³⁶ LAUTERPACHT, H. *Sovereignty over submarine areas*, British Yearbook of International Law, 1950, vol. 17, pp. 59 e ss.. As declarações dos diferentes países foram, no entanto, muito variadas nos seus limites, sendo que muitos países adotaram como critério delimitador da plataforma continental a profundidade, em regra, os duzentos metros.

Com base no argumento do prolongamento natural e na cristalização das práticas de aproveitamento exclusivo dos recursos com origem nas pescas sedentárias, no art. 1.º da Convenção de Genebra de 1958 é adotado um critério misto para a determinação da plataforma continental: “até uma profundidade de 200 metros, ou, além desse limite, até onde a profundidade das águas suprajacentes admita a exploração dos recursos naturais”. Ou seja, é adotada uma *open ended clause* que poderia redundar na territorialização de todos os fundos marinhos³⁷.

Rumo a uma síntese superadora?

Este movimento, aparentemente pendular, mostra-nos como a oposição entre o mar fechado e o mar aberto, entre o mar dos direitos de todos e o mar dos direitos de alguns, é uma oposição que continua viva. O combate dialético entre os grandes vultos de cada lado da barricada parecem ecoar nos atuais textos legais, produto de séculos de debate e compromissos. A solução não pode ser nem a da livre apropriação individual - baseada na doutrina do *res nullius*, nem a da livre utilização desregulada - *res communis*. Aliás, as duas soluções, são na prática bem mais semelhantes do que pareceria em teoria, já que a não apropriação do espaço comum não tem um automático prolongamento na não apropriação dos respetivos recursos. As duas formas de liberdade terminam por ser, enfim, duas formas de opressão. Lembremos Laccordaire, na sua comunicação nas 52ª Conferências de Notre Dame, em 1848: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

É nestes termos que se encontra o ordenamento jurídico internacional por altura da redação da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS), que começou a ser discutida em 1973, foi aprovada em 1982, e que entrou em vigor em 1994. Aí, após uma longa narrativa de propostas e contrapropostas da primeira convenção em que o modo de deliberação foi o consenso (e não o voto), foi desenhado um modelo intrincado, repleto de freios e contrapesos, “negociados em pacote” (*package deal*).

A exposição do regime resultante já foi feita em inúmeras obras, pelo que, aqui, fica vazia de interesse. Em geral, cumpre-nos dizer que a UNCLOS estabelece um regime de poderes estaduais gradualmente mais fortes, consoante a proximidade da costa. A Convenção distingue Plataforma Continental³⁸ e Área³⁹, nos fundos oceânicos, e Águas Interiores⁴⁰, Mar Territorial⁴¹, Zona Contígua⁴², Zona Económica Exclusiva (ZEE)⁴³ e Alto Mar⁴⁴, na coluna de água suprajacente. Neste novo quadro, um dos conceitos mais determinantes é o de ZEE, num tempo em que a jurisdição sobre os recursos importa mais do que a soberania sobre o território. A solução, apesar de polémica, foi a que resultou do consenso possível entre

³⁷ MARQUES GUEDES, A., *Direito do Mar*, Lisboa, Instituto da Defesa Nacional, 1989, p. 39.

³⁸ Ver arts. 76.º e seguintes da UNCLOS. Cfr. NEVES COELHO, Paulo das, “EMEPC - FDUP - CIMAR”, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, p. 30 e ss..

³⁹ Ver n.º 1, art. 1º e arts. 133º e seguinte da UNCLOS.

⁴⁰ Ver art. 8º UNCLOS.

⁴¹ Ver arts. 2.º e seguintes da UNCLOS. O mar territorial vê-se assim consideravelmente ampliado.

⁴² Ver art. 33.º da UNCLOS.

⁴³ Ver arts. 55.º e seguintes da UNCLOS. Muitas das actuais disputas internacionais sobre a soberania de determinadas ilhas remotas estão relacionadas com a localização estratégica destes pontos que podem vir a alargar a ZEE dos países que as controlam. Relacionada com esta questão, estão as diversas reivindicações territoriais na Antártida que implicariam em possíveis ZEE ao redor do continente, mas estas disputas estão congeladas devido à vigência do Tratado de Washington.

⁴⁴ Ver arts. 86.º e seguintes da UNCLOS. Acaba por ser o Alto Mar o principal herdeiro do princípio da liberdade dos mares, embora mesmo esta esteja sujeita a várias limitações (quanto mais não seja a de uso pacífico do art. 88.º) decorrentes da UNCLOS e de outros instrumentos de Direito Internacional.

interesses divergentes. A propósito da fixação deste limite, diz Daniel Vignes: “E foi em Haia, a 31 de Outubro de 1976, em vésperas do Dia dos Mortos, que os Estados-membros, aproveitando uma reunião de cooperação política europeia dos seus Ministros dos Negócios Estrangeiros, enterraram, a dez quilómetros de Delft, onde ele já repousa, Grotius, inventor do *mare liberum*”⁴⁵.

Património Comum da Humanidade: surgimento e apreciação crítica

Mas embora a Convenção de Montego Bay seja inovadora em diversos domínios, não o é noutra mais do que nos seus artigos 133.^o e seguintes, em especial com a consagração da área como património comum da humanidade, má tradução da expressão inglesa *common heritage of mankind*. Arvid Pardo, embaixador de Malta, numa nota verbal apresentada à Assembleia Geral das Nações Unidas, em 17 de Agosto de 1967, vem propor a inclusão na agenda do XXII Período de Sessões de um ponto relacionado com a “Declaração e Tratado sobre a reserva exclusiva para fins pacíficos do leito do mar e do fundo do oceano subjacentes a águas além dos limites atuais da jurisdição nacional, e sobre a utilização dos seus recursos em benefício da humanidade”. No documento, a delegação maltesa demonstra a sua preocupação com a crescente apropriação por parte dos Estados do espaço marítimo, em especial face à possibilidade de militarização desses espaços. O alcance da proposta passa pelos seguintes pontos: i) a Área não é suscetível de apropriação nacional; ii) a exploração dos seus recursos é feita de acordo com os princípios da Carta da Nações Unidas; iii) a sua utilização e aproveitamento económico é empreendida salvaguardando os interesses de toda a Humanidade e os benefícios económicos são usados para promover o desenvolvimento dos países mais pobres; iv) os fundos marinhos são utilizados para fins exclusivamente pacíficos.

Assim, pioneira no campo jurídico, a Declaração Pardo procurou dar voz a uma alternativa, quer ao modelo de *res communis* que se tinha descredibilizado noutros contextos, quer ao modelo de apropriação estadual que se começava a desenhar no horizonte, com um regresso aos *mares fechados*. Fala-se a este propósito de um regime de *global enclosure of the commons*⁴⁶, que pretende simultaneamente assegurar a proteção ambiental, promover a gestão sustentável dos recursos e garantir que os países em desenvolvimento não deixavam de aceder às riquezas do planeta. É claro um programa marcado pela dicotomia entre países ricos e países pobres, nascida no contexto da descolonização, promovida pelo Grupo dos 77 e que ainda hoje tem diversos ecos, apesar do aparecimento de novos atores na cena política e económica global.

A filosofia por detrás do conceito de património comum da humanidade essencial para a sua compreensão: determinados recursos do planeta existem para fruição de toda a humanidade, independentemente do tempo e espaço do seu nascimento, são o substrato da subsistência das gerações que vieram antes de nós, a base da nossa prosperidade e sustentáculo do desenvolvimento das gerações futuras. É apenas justo que o que a natureza providenciou para a nossa existência comum seja livremente utilizado por todos, restringindo-se, é certo, as utilizações conflituantes, afastando-se as utilizações excludentes e partilhando-se os benefícios da utilização individual, com os que mais precisam. “Por paradoxal que pareça, não há uma rutura entre o regime de liberdade de acesso e o património comum da humanidade, mas antes uma recuperação do sentido genuíno

⁴⁵ VIGNES, Daniel, “La Communauté Européenne dans le domaine du droit général de la mer”, *The Law of the Sea. The European Union and its Member States*, The Hague/ Boston/ London, Martinus Nijhoff Publishers - Kluwer Law International, 1997, p. 15. Citado via CHANTAL, Marta, “EMEPC - FDUP - CIMAR”, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, p. 79.

⁴⁶ PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 173.

daquele por este, através da criação de condições para uma efetiva democratização da sua aplicação, ajustada à nova fisionomia da sociedade internacional”⁴⁷. Humanidade não é aqui mero sinal de justaposição integradora de todos os povos e indivíduos, mas de verdadeira união num percurso coletivo e num destino comum⁴⁸.

Há uma conversão da relação jurídica proprietarista dos povos com o Mar, numa relação social de participação comum, e procuram-se, alternativas às soluções limitadoras do *ius civilis*, definidas há dois mil anos para tratar dos direitos de particulares sobre pequenos terrenos e não para regular os poderes dos Estados e dos indivíduos sobre enormes espaços e recursos vitais à paz no planeta, ao equilíbrio ambiental e ao desenvolvimento dos povos.

O universo civilista gira em torno do conceito de propriedade enquanto direito de alguém a utilizar, usufruir e abusar as coisas que lhe pertencem - *dominium est ius utendi, fruendi, et abutendi re sua* - e é portanto instrumento estranho à realidade política e social a que atende o universo publicista⁴⁹. O mundo do pessoal e da exclusividade, completa-se com o do coletivo e da participação, mas cada um em seu lugar. Não queremos criticar o Direito Civil, ou mesmo a propriedade privada; apenas defendemos que é tão bizarramente inadequado aplicar o conceito de *res nullius* ao Mar, como seria aplicar o conceito de património comum da humanidade ao balde de água que uma criança, brincando na praia, tira displicente às ondas, para fazer um castelo.

Há que observar também a decomposição que neste domínio é feita entre o *dominium utile*, e o *dominium directum*, presente, séculos antes, na relação feudal de vassalagem. Os recursos podem ser património comum da humanidade, mas a forma prevista para a exploração da Área implica que os seus recursos possam ser explorados por Estados, ou mesmo por empresas e particulares, e que os materiais extraídos sejam propriedade destes, em termos iguais aos que seriam caso estes os explorassem em terra. Em troca do domínio útil de determinada zona da Área, há para a Autoridade transferência de verbas que criam um *património derivado*, destinado ao desenvolvimento dos países mais pobres e por tecnologia que permitiria antecipar a capacidade de outros povos participarem na exploração dos espaços comuns. Por isto se entende o papel central que a configuração da Autoridade assumiu nas negociações. Uma *stamp Authority* ou uma *strong Authority*? Um princípio do património comum da humanidade como fundamento de uma regulação supranacional adequado à realização das finalidades de justiça corretiva, ou a consagração de uma perspectiva minimalista de liberdade vagamente balizada pelo interesse comum? A primeira certamente iria mais ao encontro dos interesses dos países desenvolvidos, que veriam as suas pretensões sempre aceites; a segunda aos dos países em desenvolvimento que pretendiam uma Autoridade capaz ela mesma de explorar os recursos e de exigir mais compensações monetárias e transferências tecnológicas. Pelo facto de os países desenvolvidos não depositarem concertadamente os seus instrumentos, depois de diversas oscilações e adiamentos (de que os nove anos de discussão da Convenção e os doze entre a assinatura e a entrada em vigor são bem a prova), o texto final resulta de uma solução de compromisso, tanto no plano normativo, como no institucional⁵⁰.

⁴⁷ PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 175.

⁴⁸ Neste sentido: DUPUY, René-Jean, *Communauté internationale et disparités de développement. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. IV, 1979, pp. 169 e ss.

⁴⁹ Já neste sentido dizia Pardo que “a expressão herança comum é claramente preferível à expressão propriedade comum. Não cremos recomendável o emprego da palavra “propriedade”. “Propriedade” é uma forma de poder”. Cfr. PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 177.

⁵⁰ PUREZA, José Manuel, ob. cit., pp. 207 e ss. “A comunidade internacional não estava preparada para corporizar em estruturas orgânicas a revolução institucional que havia iniciado nas atribuições funcionais. Consequentemente, a ideia de uma Autoridade com elevado grau de integração e autonomia não foi nunca seriamente considerada: a forma não seguiu a função”. PAOLILLO, Felipe, “The institutional arrangements for the international seabed and their impact on the evolution of the international organizations”, *Recueils des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. V, p. 153.

A UNCLOS foi aprovada a 30 de Abril de 1982, com 130 votos favoráveis, 4 contra⁵¹ e 17 abstenções⁵². O regime da Área, que pode ter tido inspirações no regime internacionalista do Tratado da Antártida de 1958, terá uma influência determinante na conceção de outros regimes, como os que regem as atividades de exploração do espaço exterior, da Lua e de outros corpos celestes de 1967⁵³ e 1979. De certa forma, a UNCLOS foi causa e efeito do nascimento de uma consciência global informada e interessada em conservar e, se possível, expandir o património que lhe foi deixado. Mas não apenas o património natural - constituído pelos recursos naturais, pelas paisagens e pela biodiversidade planetária - como também o património cultural⁵⁴.

Cumpre-nos, no entanto, passar além da análise jusfilosófica deste modelo, julgando da sua viabilidade prática. Em primeiro lugar, harmoniza-se facilmente com as necessidades da globalização, com a livre iniciativa privada e pública, permite a investigação científica e promove a difusão do conhecimento, favorece a segurança, é sensível à existência de externalidades, estimula o desenvolvimento dos países mais pobres e garante a utilização sustentável dos recursos. Já no plano da defesa e das relações internacionais, temos de salientar o contributo deste modelo para a paz e a sua fácil articulação com missões militares no enquadramento da Carta da ONU.

A grande falha do modelo no plano económico, no plano da segurança e no plano ambiental é a quantidade de regulação, controle e fiscalização que implica. A Autoridade não dispõe dos meios financeiros, humanos e tecnológicos necessários para ser levar a cabo a sua missão sem o auxílio dos Estados, pior seria se a sua missão se estendesse. Para mais, dificilmente os líderes dos países desenvolvidos aceitariam a aplicação do regime a outras áreas, pelo que é vital educar os líderes de amanhã no entendimento de que todos ganhariam com um sistema aberto e organizado, voltado para a satisfação das necessidades das pessoas.

Estamos em crer que o conceito vai beber muito ao pensamento tomista, fazendo a síntese superadora entre o comunitarismo utópico e o individualismo egoísta. Vejamos: “A apropriação será legitimada precisamente a partir do destino comum das coisas para o proveito de todos os homens. De facto, longe de servir de base à posse comum das coisas, este destino comum encontra na propriedade pessoal a forma mais apropriada a cumprir-se. O interesse, a iniciativa e a solicitude dos proprietários destacam-se em comparação com o desinteresse e a inércia dos homens face ao que possuem em comum. (...) Mas a doutrina tomista tem uma orientação mais claramente ética, justificando a propriedade como a forma mais apta a favorecer a responsabilidade de cada um e a paz social, bem como o uso virtuoso e a alienação livre e generosa dos bens materiais”. Aqui é clara a defesa da propriedade privada como pilar do desenvolvimento económico⁵⁵. “Esta visão teológica revela toda a sua fecundidade quando vai ao encontro da consciência, hoje mais viva e lúcida, que toma a Humanidade face ao universo dos recursos naturais, dos ecossistemas vivos e das responsabilidades face às gerações vindouras”.

⁵¹ EUA, Israel, Turquia e Venezuela.

⁵² Bélgica, Bielorrússia, Bulgária, Checoslováquia, Espanha, Holanda, Hungria, Itália, Luxemburgo, Mongólia, Polónia, Reino Unido, RDA, RFA, Tailândia, Ucrânia e URSS.

⁵³ É particularmente interessante esta passagem no art. 5.º do Tratado: “Os Estados Partes neste Tratado considerarão os astronautas como *enviados da Humanidade no espaço exterior*, (...)” (itálico nosso).

⁵⁴ “A mutilação da Pietà de Miguel Ângelo, ou os desgastes sofridos pelo Templo de Angkor tocam a sensibilidade de todo o mundo culto, que experimenta um sentimento de perda irreparável”. KISS, A. C., *La notion de patrimoine commun de l’humanité. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. II, 1982, p. 165.

⁵⁵ D’AQUIN, Thomas, *Somme Theologique*, Tomo III, Paris, Les Éditions du Cerf, 1985, Introdução e notas de HENRY, Antonin-Marcel, p. 436 e ss..

Rumo a uma *global governance*. Papel dos Estados.

Mais do que definir e densificar o conceito, ou justificar um alargamento do conceito de património comum da humanidade a outras parcelas do mar e dos seus recursos, importa criar um modelo de *global governance* eficiente em que este regime se encaixe. Ora, por muito que acreditemos no papel dos cidadãos e das instâncias políticas supranacionais, esse modelo não pode ser desenvolvido sem ou contra os Estados.

Com o esvaziamento da capacidade regulatória dos poderes estaduais face a realidades transnacionais (o ambiente, a economia, os mercados financeiros, as migrações, o terrorismo, etc.), e o aparecimento de entidades com vocação supranacional, podemos dizer, retomando a imagem de Richard Falk, que vivemos hoje numa situação simétrica à do período de Vestefália, com a rutura do paradigma da *respublica christianorum* do tempo dos senhores feudais, e a afirmação do paradigma juspolítico moderno assente em Estados-Nação soberanos⁵⁶. Como sintetiza Falk, “o papel dos grandes jusinternacionalistas no período de Vestefália foi introduzirem um elemento normativo útil à corrente da opção estadista na vida internacional. Ser-se criativo requeria tanto uma compreensão desta torrente histórica quanto um esforço para exercer influência sobre ela”. Num período que lemos como de hiato entre o “já não” do Estado e o “ainda não” do poder internacional institucionalizado⁵⁷ teremos também de coletivamente encontrar soluções criativas para ultrapassar os problemas globais com que nos defrontamos.

São os Estados quem dispõe dos meios financeiros, humanos e materiais necessários à *governance* do planeta, promovendo o uso económico regrado, a conservação ambiental inteligente e a investigação científica essencial ao progresso da Humanidade. Mais do que isso, é a escala nacional, a matriz emocional coletiva da maioria das comunidades, e o principal referencial democrático dos cidadãos, o que continuará a conferir aos Estados Nacionais o estatuto de principais atores políticos e de *trustees* de alguns dos mais preciosos bens da humanidade.

Subsidiariedade

Estas mudanças implicam que encaremos o conceito de soberania estadual de uma forma diferente. Estamos certos que a solução para a *global governance* no século XXI passará por aplicar o princípio da subsidiariedade, não apenas à escala regional, como é, ou deveria ser, prática no contexto da União Europeia, mas também à escala internacional, dando competência sucessivamente a instituições regionais, como a UE e globais, como as Nações Unidas, para tratar tão-só e apenas as matérias em que estas o conseguem fazer com vantagem. Subsidiariedade significa que do Ambiente à Economia, da Segurança à Investigação Científica, quem está mais perto dos problemas é em regra quem está mais perto das soluções, quem sente mais a realidade, quem a compreende melhor e quem consegue mais facilmente atuar sobre ela. Assim, uma questão só deve ser tratada por uma instância superior quando houver vantagem em que assim seja e certamente haverá vantagens quando estamos perante problemas do tipo do dilema do prisioneiro.

⁵⁶ FALK, Richard, *A new paradigm for international legal studies: prospects and proposals*, in *Revitalizing International Law*, Iowa State University Press, Ames, 1989, pp. 5 e ss.

⁵⁷ PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 281.

Construindo laços: *baby steps*, amabilidade, retaliação, perdão e não inveja

A este propósito, convém ainda relembrar os estudos de Axelrod sobre o dilema do prisioneiro iterado⁵⁸, em que os participantes têm memória dos encontros prévios e o seu objetivo é chegar ao fim de uma série de encontros com a menor pontuação possível. Axelrod descobriu que, quando se repetem estes encontros muitas vezes e com vários jogadores, cada um com estratégias diferentes, as estratégias “egoístas” tendiam a ser piores a longo prazo, enquanto que as estratégias “altruístas” eram melhores, julgando-as unicamente com respeito ao interesse próprio. O autor usa estes dados para explicar, do ponto de vista egoísta da sobrevivência, o uso “egoísta” de estratégias altruístas de cooperação, quer no contexto da criação de comunidades animais, quer, mais tarde, de comunidades humanas. Assim, pela análise das estratégias mais bem pontuadas, Axelrod chegou à conclusão que todas as estratégias de êxito tinham as seguintes características: *amabilidade* (nunca ser hostil antes de o opositor o fazer) *retaliação* (a estratégia de “colaborar sempre” é a pior possível, sobretudo se o oponente se aperceber dela) e *perdão* (deve-se aceitar a colaboração de um oponente outrora hostil e de vez em quando dar o primeiro passo). A estas características se juntaria a *não inveja*: não vale a pena tentar fazer menos pontos que o adversário, já que, com a sistemática estratégia amável, não se obterão necessariamente menos pontos, e as estratégias hostis acabam, com grande probabilidade, em perda de pontos para ambos os lados.

Há dezenas de estudos com base noutros tantos jogos semelhantes a estes, que mostram que a melhor situação se pode alcançar quando as partes aprendem a colaborar entre si. Poder-se-á pensar que a situação, no plano político, económico ou diplomático, fica simplificada pelas atuais possibilidades de comunicação, que fazem com que se possa acordar uma determinada ação. Mas esqueçemo-nos aí que, muitas vezes, pouco importam as palavras e as promessas. Estamos em crer que este tipo de jogos também explica o sucesso das políticas de *baby steps*, em que as partes - perante a impossibilidade de confiar uma na outra ao primeiro encontro e os típicos impasses em que “eu faço se tu fizeres” - vão colocando progressivamente mais em jogo, de forma a perceberem se a estratégia dos outros jogadores será amigável ou hostil. Este tipo de aproximações tem sido usado em diversos processos diplomáticos, desde a integração europeia ao desarmamento nuclear.

Conclusão

A globalização dos problemas na economia, no ambiente e segurança impõem que ganhemos consciência coletiva de uma dimensão comunitária para a sociedade global da confiança e da interdependência. Dizer que “estamos todos no mesmo barco” é reconhecer que hoje, mais do que nunca, temos a percepção do quão intimamente ligados estão os nossos destinos - no pior e no melhor que a expressão encerra. Se o reconhecemos, temos de procurar maneira de nos desviarmos da rota da violência e da injustiça através de decisões sensatas, racionais e participadas.

A capacidade de encontrar soluções para os nossos problemas, neste pequeno ponto azul no espaço, morre quando encaramos os oceanos como muros e não como pontes, quando vemos as pessoas que nos rodeiam como alienígenas e não como conterrâneos; homens e mulheres com quem partilhamos um planeta, mas não laços de humanidade e compreensão.

⁵⁸ AXELROD, Robert e HAMILTON, William D., *The Evolution of Cooperation*, Science, n.º 211, 1981.

Partilhamos apenas um medo comum, apenas a vontade comum de nos afastarmos. No entanto, se, céticos em relação ao futuro, olharmos para trás, compreenderemos que, nas últimas décadas, o Direito Internacional fez mais caminho do que qualquer otimista se atreveria a sonhar. Quem adivinharia um Tribunal Penal Internacional? E uma União Europeia, ainda que com toda a neblina sob que se encontra envolto o seu futuro?

Relembremos que aqueles que vivem entre nós fazem sempre parte da solução, na mesma exata medida em que possam fazer parte do problema: são seres humanos, que partilham connosco o mesmo instante de vida, que procuram, como nós, apenas uma oportunidade para ser felizes e viver uma existência cheia junto daqueles que lhe dão sentido. Estou certo de que esta esperança comum, este objetivo comum, conseguirá ensinar-nos algo. Não apenas sobre os regimes jurídicos na base de uma nova *governance* dos oceanos, como também, quase tão importante, algo sobre a forma de manobrarmos as nossas vidas.

Palavras-Chave: Direito do Mar; Global Governance; Património Comum da Humanidade

Ary Ferreira da Cunha

*Investigador do Centro de Investigação Jurídico Económica (CIJE)
da Universidade do Porto e bolseiro de doutoramento
da Fundação para a Ciência e Tecnologia, IP.*