

“Rainbow”, um exemplo mundial: a primeira área marinha protegida nacional em perspectiva sob águas do alto mar. À descoberta do tesouro do arco-íris

Resumo

A descoberta do ecossistema fervilhante do campo hidrotermal *Rainbow* numa zona da plataforma continental portuguesa situada além das 200MN abriu a possibilidade do nosso país figurar com nova presença indelével na história da odisseia marítima, desta feita por um novo gene que introduz na compreensão do Direito do mar. A proposta de ali ser designada, no âmbito da Convenção OSPAR, a primeira área marinha protegida nacional sob águas com o estatuto de alto mar e a subsequente aceitação fazem de Portugal um exemplo pioneiro no panorama internacional da protecção da biodiversidade marinha. Pelo enquadramento *sui generis* da área marinha protegida, mas também pela designação ter sido aceite numa fase em que não está ainda concluído o processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental. A sensibilização para as novas perspectivas jurídicas que o facto desperta é o desafio que move o presente estudo.

“*Homme, nul n’a sondé le fond de tes abîmes;
Ô mer, nul ne connaît tes richesses intimes*”

Charles Baudelaire, «L’Homme et la mer», in *Les fleurs du mal*, 1857

Considerações introdutórias¹

Quiçá o nome não tenha sido apenas uma escolha do acaso. *Rainbow*, na nossa língua materna *Arco-íris*, transporta culturalmente a quimera de um cofre perenemente procurado. A beleza magnética do fenómeno rapidamente seduziu o imaginário popular, vendo nele um bom presságio para a realização de sonhos que, por metamorfose, exprimem manifestações multiformes do tesouro que se pensa afinal estar ali dentro. Consentânea com esta descrição é, identicamente, a mística que envolve todo o oceano e as múltiplas formas como o Homem se projecta nele. Fonte ancestral de inspiração, retratada e reinventada a cada fôlego geracional, no mar reflectimos muitos dos nossos anseios, discretamente modelando a esperança de que ele seja fiel às nossas intuições.

¹ Expresso publicamente o meu profundo agradecimento ao Prof. Doutor Ricardo Serrão Santos, do Departamento de Oceanografia e Pescas da Universidade dos Açores (DOP) por toda a sua colaboração e, fundamentalmente, por ter aceite fazer a revisão, que nos é tão preciosa, deste estudo. Por todo o apoio inestimável permanente não podia, igualmente, deixar de expressar o meu sincero agradecimento ao Prof. Doutor Manuel Pinto de Abreu, bem como ao Dr. Paulo das Neves Coelho, ambos da Estrutura de Missão para a Extensão da Plataforma Continental (Ministério da Defesa Nacional). Por toda a ajuda o meu agradecimento, ainda, à Prof. Doutora Ana Colaço (DOP) e à Dr.ª Maria Raquel Guimarães (FDUP).

Tal como uma conjugação feliz de factores meteorológicos e físicos condicionam o fenómeno colorido do *arco-íris atmosférico*, quis o destino que uma outra combinação de circunstâncias geológicas, físico-químicas e geográficas colocasse na rota dos destinos nacionais, a aproximadamente 235MN e entre os 2270-2320 metros de profundidade², um campo de chaminés hidrotermais que muito apropriadamente se apresenta como um verdadeiro *arco-íris marinho*. Efectivamente, não bastando o auspicioso nome de baptismo, por estar situado na nossa plataforma continental além das 200MN o campo *Rainbow* convoca um autêntico tesouro de reflexões jurídicas. Nelas nos aventuramos a submergir para indagar a luz que o campo projecta nos novos caminhos a traçar por um Direito do mar contemporaneamente comprometido com o desígnio da protecção da biodiversidade³ marinha. No estádio actual da evolução do Direito do mar, e tendo presente o grau de amadurecimento no Direito português aplicável às áreas protegidas da importância do meio marinho⁴ *offshore*⁵, a perspectiva da criação de uma área marinha protegida⁶ (AMP) numa zona da plataforma continental situada além das 200MN constitui um fenómeno sem precedentes na prática e na teoria jurídica, interna ou internacional. Entregamo-nos, por conseguinte, neste trabalho a um ensaio de sistematização da problemática jurídica que rodeia a criação de uma área marinha protegida nacional com esta configuração aventurosa, cientes, contudo, que só a concorrência futura de outros contributos doutrinários aprofundados permitirão situar mais rigorosamente a área protegida *Rainbow* na geografia do Direito.

Iniciaremos o nosso estudo com uma breve caracterização dos campos de chaminés hidrotermais, concretizando quanto ao *Rainbow* (ponto 1). Segue-se uma alusão ao alvoroço político que precedeu a aceitação da proposta portuguesa de inclusão do campo *Rainbow* na rede de AMPs-OSPAR, fruto do efeito surpresa que o *Rainbow* produz num Direito do mar aparentemente desprevenido para uma caminhada conjunta do processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental dos Estados com a protecção dos ecossistemas marinhos (ponto 2). Depois apreciaremos o significado do *Rainbow* no quadro da evolução do Direito português aplicável às áreas marinhas protegidas (ponto 3). Por fim dedicar-nos-emos a esboçar um conjunto de soluções para o conflito esperado entre os interesses de protecção ambiental e o feixe de direitos dos Estados terceiros que a criação de um regime substantivo protector para o *Rainbow* traz à colação (ponto 4).

² Vide Manuel BISCOITO e Armando J. ALMEIDA, «New Species of *Pachycara* Zugmayer (Pisces: Zoarcidae) from the Rainbow Hydrothermal Vent Field (Mid-Atlantic Ridge)», *Copeia*, n.º 3, 2004, pp. 562-568, em especial pp. 562. Outros autores convencionam nos 2400 metros a profundidade máxima do *Rainbow*. Ver em D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO, J.-C. CAPRAIS, A. COLAÇO, T. COMTET, P. CRASSOUS, Y. FOUQUET, A. KHRIPOUNOFF, N. LE BRIS, K. OLU, R. RISO, P.-M. SARRADIN, M. SEGONZAC, A. VANGRIESHEIM, «Variations in deep-sea hydrothermal vent communities on the Mid-Atlantic Ridge near the Azores plateau», *Deep-Sea Research I*, Pergamon, n.º 48, 2001, pp. 1325-1346, em especial pp. 1325-1326.

³ Assumimos aqui o conceito de biodiversidade constante do artigo 2.º da Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992: «a variabilidade entre os organismos vivos de todas as origens, incluindo, ‘inter alia’, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais fazem parte; compreende a diversidade dentro de cada espécie, entre as espécies e dos ecossistemas».

⁴ Utilizaremos a expressão «meio marinho» com um significado ambivalente, por vezes no sentido de «ambiente» marinho, outras vezes exprimindo a ideia de «espaço» ou «domínio» marinho.

⁵ Entenda-se para os efeitos deste estudo como zonas «*offshore*» as zonas do mar sob soberania ou jurisdição do Estado costeiro que se estendem para lá do limite exterior do mar territorial, tal como definido na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982.

⁶ Adoptamos no âmbito deste estudo o conceito de área marinha protegida proposto pela IUCN: «qualquer área do terreno intertidal ou subtidal, conjuntamente com a água sobrejacente e respectivas flora, fauna, características históricas e culturais, que foi circunscrita pela lei ou outros meios efectivos para proteger uma parte ou a totalidade do ambiente incluso». Vide Graeme KELLEHER, *Guidelines for Marine Protected Areas*, IUCN, Gland - Switzerland, Cambridge - United Kingdom, 1999, pp. xi e pp. xviii.

1. *Rainbow*, um “oásis no oceano profundo”: caracterização

A vastidão do oceano, a sua inacessibilidade, o seu elevado dinamismo espacial e temporal e, também, o avultado investimento financeiro que a tecnologia apesar de tudo disponível exige têm justificado que o oceano continue envolto em mistério. É o ecossistema mais vasto... e o menos conhecido⁷. No entanto, o oceano cobre aproximadamente 71% da superfície da Terra e o volume deste, pelo seu carácter tridimensional, representa cerca de 99% do “*espaço vivo*” disponível⁸. Aparte estes números não terem sido sempre exactamente assim, não nos surpreende que os estudos científicos desenvolvidos acerca do começo da vida na Terra convirjam para a elevada probabilidade das primeiras formas terem surgido precisamente no oceano⁹. A este respeito, suspeitando-se de que reúnem condições ambientais muito idênticas às que existiam na Terra quando os primeiros seres vivos surgiram, há biliões de anos atrás, os campos de chaminés hidrotermais, como os localizados no nosso arquipélago dos Açores, são um precioso laboratório, a ponto de serem designados de “*janelas para a evolução da vida*”¹⁰. As profundezas que se pensavam desertas, com a descoberta dos primeiros campos hidrotermais nas Galápagos (*Galapagos Rift*) em 1977, a cerca de 2500m¹¹, mostraram, com efeito, todo um bizarro, populoso e rico ecossistema que, além de adaptado à mais completa escuridão e a pressão elevadíssima, sobrevive a níveis de toxicidade e acidez impensáveis e a temperaturas próximas do ponto de ebulição, considerado àquela profundidade¹². Daí os campos serem epigrafados com felizes expressões do género “*oásis do abismo*”¹³, “*oásis de vida*”¹⁴ ou “*oásis no deserto do oceano profundo*”¹⁵.

⁷ Vide Patrícia W. BIRNIE e Alan E. BOYLE, *International Law and the Environment*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 646.

⁸ Vide Robert COSTANZA, «The Ecological, Economic, and Social Importance of the Oceans», in Robert COSTANZA e Francisco ANDRADE (Eds), *A Economia Ecológica e a Governação Sustentável dos Oceanos / Ecological Economics and Sustainable Governance of the Oceans*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, IMAR – Instituto do Mar, LPN – Liga para a Protecção da Natureza, 1998, pp. 69-98, em especial pp. 71. Ver, também, A. Charlotte DE FONTAUBERT, David R. DOWNES e Tundi S. AGARDY, *Biodiversity in the Seas. Implementing the Convention on Biological Diversity in Marine and Coastal Habitats*, IUCN, Gland and Cambridge, 1996, pp. 1.

⁹ Vide Robert COSTANZA, *op. cit.*, 1998, pp. 70.

¹⁰ Ricardo Serrão SANTOS, Ana COLAÇO e Sabine CHRISTIANSEN (Eds), «Planning the management of Deep-sea Hydrothermal Vent Fields MPA in the Azores Triple Junction (Proceedings of the workshop)», *Arquipélago*, Life and Marine Sciences, Boletim da Universidade dos Açores, Supplement 4, 2003, pp. 19.

¹¹ Há descobertas posteriores de campos mais profundos, para lá dos 3000m.

¹² Vide Ricardo Serrão SANTOS, Ana COLAÇO e Sabine CHRISTIANSEN (Eds), *op. cit.*, 2003, pp. 13. Ilustre-se com o campo *Rainbow* onde a temperatura atinge mais de 300°C na fonte. Obviamente que a vida marinha não sobrevive nestes pontos de temperaturas extremas. As comunidades vivas das fontes hidrotermais desenvolvem-se nas vertentes das chaminés e locais afins onde a temperatura é muito mais baixa.

¹³ Vide Pedro RÉ, «Deep-sea Hydrothermal Vents: “Oases of the Abyss”», in Jean-Pierre BEURIER, Alexandre KISS e Said MAHMOUDI (Eds), *New Technologies and Law of the Marine Environment*, The Hague – London – Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 67-74.

¹⁴ Vide Lyle GLOWKA, «Beyond the Deepest of Ironies: Genetic Resources, Marine Scientific Research and International Seabed Area», in Jean-Pierre BEURIER, Alexandre KISS e Said MAHMOUDI (Eds), *New Technologies and Law of the Marine Environment*, The Hague – London – Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 75-93, em especial pp. 78.

¹⁵ Vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, «Protection and Conservation of the Sedentary Species of the Deep Seabed», in Harry N. SCHEIBER e Kathryn J. MENDERINK (Eds), *Multilateralism & International Ocean Resources Law*, Berkeley, Law of the Sea Institute, Earl Warren Legal Institute, University of California, 2004. Publicação acessível online sob o título «Protection and Conservation of the Living Resources of the Area», 2003, pp. 1-11, ver em especial a pp. 5.

Mais de 90% das espécies que ocorrem nestes ecossistemas *sui generis* são novas para a ciência e endêmicas¹⁶. Embora a diversidade de espécies seja normalmente baixa, o nível do endemismo é muito elevado, assim como o é a biomassa. Entre elas figuram maioritariamente vermes tubícolas ou poliquetas, mexilhões, ameijoas, lapas, lesmas, camarões, caranguejos, polvos e peixes com características fisiológicas adaptadas. As comunidades biológicas dos campos hidrotermais são diferentes consoante as partes do oceano onde foram descobertas e as condições próprias de cada local (v.g.: profundidade, contexto geológico, composição química dos fluidos hidrotermais). Assinaladamente, os vermes tubícolas gigantes só se encontram no Pacífico, enquanto que no Atlântico predominam os camarões e os mexilhões¹⁷. Acresce que a partir dos zoom de profundidade os ecossistemas hidrotermais estão normalmente isolados das espécies batiais, isto é, dos organismos das águas profundas sobrejacentes conectados com as comunidades dependentes da fotossíntese¹⁸. A base da cadeia alimentar são bactérias (“*hipertermófilas*”¹⁹) associadas aos sulfuretos expelidos pelas chaminés, sendo elas as responsáveis pelo facto de toda uma comunidade fervilhante de seres vivos conseguir desenvolver-se com absoluta independência da energia solar. Quer dizer, na impossibilidade da fotossíntese, em virtude da profundidade, os campos hidrotermais alojam um ecossistema alimentado primariamente por bactérias que utilizam um processo de quimiossíntese para transformar em energia os componentes dissolvidos nas fontes escaldantes (“*chemo-autotrophic bacterial production*”)^{20 21}. Os campos hidrotermais com as suas chaminés fumegantes (“*black smokers*” ou “*white smokers*”²²) são ecossistemas marinhos muito produtivos, não obstante as condições extremas a que a vida ali está sujeita. Além da ausência da luz e enorme pressão, o ambiente é muito hostil devido ao baixo nível de oxigénio, às elevadas temperaturas, à alta concentração de sulfuretos e metais pesados. Em suma, estas condições tornariam a vida impossível para a maioria das actuais espécies vivas da Terra, contudo os campos hidrotermais alojam milhões de animais transformando-se em autênticos oásis no deserto do oceano profundo. Presentemente são conhecidos à volta de 100 campos

¹⁶ Segundo Pedro RÉ 93% das aproximadamente 350 espécies (identificadas até ao ano 2000) que ali ocorrem são novas para a ciência; algumas podem mesmo ser consideradas fósseis vivos; mexilhões, poliquetas e artrópodes representam cerca de 93% das espécies descritas (*op. cit.*, 2000, pp. 70). Frida M. PFIRTER-ARMAS em 2004 refere a identificação de cerca de 500 espécies animais novas, 90% das quais não são encontradas em mais lado nenhum (*op. cit.*, 2004, publicação *online*, pp. 5).

¹⁷ Vide Pedro RÉ, *op. cit.*, 2000, pp. 70.

¹⁸ Vide, designadamente, D. DESBRUYÈRES, A. ALMEIDA, M. BISCOITO, T. COMTET, A. KHRIPOUNOFF, N. LE BRIS, P.-M. SARRADIN e M. SEGONZAC, «A review of the distribution of hydrothermal vent communities along the northern Mid-Atlantic Ridge: dispersal vs. environmental controls», *Hydrobiologia*, n.º 440, 2000, pp. 201-216, em especial pp. 201; D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO e outros, *op. cit.*, 2001, pp. 1341; e A. COLAÇO, F. DEHAIRS e D. DESBRUYÈRES, «Nutritional relations of deep-sea hydrothermal fields at the Mid-Atlantic Ridge: a stable isotope approach», *Deep Sea Research I*, Pergamon, n.º 49, 2002, pp. 395-412, em especial pp. 396.

¹⁹ Pertencem ao domínio *Archaea*. Seguindo Lyle GLOWKA, em 1996 foi demonstrado que alguns micróbios associados às chaminés hidrotermais formam o terceiro maior ramo de vida na Terra: o *Archaea*. Especula-se que este possa representar descendentes de algumas das formas de vida primordiais que habitaram o planeta (*op. cit.*, 2000, pp. 79 e 89-90).

²⁰ Vide, designadamente, D. DESBRUYÈRES, A. ALMEIDA e outros, *op. cit.*, 2000, pp. 202; e Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação *online*, pp. 5.

²¹ D. DESBRUYÈRES, A. ALMEIDA e outros, referem a necessidade de se aprofundar o estudo de campos hidrotermais onde predomina o metano e aos quais se associam bactérias metano-tróficas (*op. cit.*, 2000, pp. 210 e pp. 212). Entre nós, na Região Autónoma dos Açores, temos o exemplo do campo Saldanha. Ver, também, Fernando J. A. S. BARRIGA, «Actividade hidrotermal no fundo do mar dos Açores: Estado da Arte», *Colóquio/Ciências*, n.º 23, 1999, pp. 44-59, em especial pp. 50-52, publicação *acessível online*.

²² Nuvens de partículas metálicas minúsculas cuja coloração altera consoante as matérias que são expelidas.

hidrotermais, prevendo-se que possam ter um período de vida activa entre os 10 e os 100 anos. Quando as condições físicas mudam algumas das chaminés apagam-se, enquanto que outras novas podem nascer. Num modelo simplificado os campos hidrotermais podem ser divididos em três zonas: chaminés activas, zona envolvente intermédia e periferia²³.

Embora a observação e conhecimento do funcionamento dos campos hidrotermais estejam ainda nos primórdios, a importância científica, ecológica e económica destes ecossistemas é já incontestável. Sumariamente, a riqueza das fontes hidrotermais vai desde a sua singular biodiversidade, passando pelo elevado e crescente interesse para a medicina e indústria do estudo dos organismos adaptados àqueles ambientes de toxicidade extrema²⁴, até à produção de minerais economicamente atractivos – os sulfuretos polimetálicos²⁵ ²⁶. No imediato é precisamente pela vida atípica que alojam, e não tanto pelos recursos minerais produzidos, que os campos hidrotermais se podem vir a tornar o troféu principal do “*próximo grande prémio na corrida global pelos recursos naturais*”²⁷. Os organismos encontrados nas fontes hidrotermais possuem propriedades genéticas e bioquímicas únicas, desenvolveram estratégias de sobrevivência altamente especializadas e resistem sob as condições mais adversas do planeta²⁸. Consequentemente, abrem um mundo de perspectivas no campo da biotecnologia e oportunidades comerciais não despiciantes. A descoberta dos campos hidrotermais, juntamente a outras comunidades vivas do oceano profundo, tende, por isso, a desviar as apostas nos investimentos dirigidos à exploração do «ouro mineral» da plataforma continental e «área»²⁹, para uma aposta no «ouro biológico», isto é, nos recursos genéticos³⁰ gerados nas profundezas marinhas, especialmente no seio

²³ Para uma descrição mais alongada ver, *inter alia*, Pedro RÉ, *op. cit.*, 2000, pp. 70; Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 76-79; Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004.

²⁴ Vide, designadamente, Eniko KÁDÁR e Jonathan J. POWELL, «Post-capture investigations of hydrothermal vent macro-invertebrates to study adaptations to extreme environments», *Reviews in Environmental Science and Biotechnology*, n.º 5, 2006, pp. 193-201; R. BETTENCOURT, P. ROCH, S. STEFANNI, D. ROSA, A. COLAÇO e R. S. SANTOS, «Deep sea immunity: Unveiling immune constituents from the hydrothermal vent mussel *Bathymodiolus azoricus*», *Marine Environmental Research*, 64 (2), 2007, pp. 108-127.

²⁵ A sua composição integra metais como ferro, cobre, níquel, zinco, ouro e prata em concentrações relativamente elevadas (v.g.: cobre até 30%, zinco até 25%, ouro até 20gramas/tonelada e prata até 200 gramas/tonelada), *in* Relatório da Comissão Estratégica dos Oceanos, *O Oceano, Um Desígnio Nacional para o Século XXI*, de 15 de Março de 2004, Parte II – pp. 206.

²⁶ Os sulfuretos polimetálicos provenientes das fontes hidrotermais são, a par dos nódulos polimetálicos de manganês e das crostas polimetálicas ricas em cobalto, os minerais do oceano profundo com maior valor económico aparente. Todos eles alojam organismos vivos dependentes. Como cada mineral tem as suas próprias características e componentes, os organismos vivos associados são também necessariamente diferentes. Os organismos dos sulfuretos polimetálicos são particularmente importantes pelas suas características específicas e porque têm um valor económico potencial independente do mineral hospedeiro. Vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação *online*, pp. 4; e Relatório da Comissão Estratégica dos Oceanos, *cit.*, Parte II – pp. 206.

²⁷ Vide W. J. Broad, «Hot Bugs, Minerals, and Other Deep-Sea Riches», *International Herald Tribune*, 18 de Novembro de 1993, *apud* Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 76.

²⁸ Vide Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 77.

²⁹ Acerca da desilusão progressiva sobre a oportunidade de ganhos económicos consideráveis propiciados pela exploração comercial dos recursos minerais da «área», fruto, designadamente, do avultado investimento financeiro que a investigação, o desenvolvimento de tecnologia apropriada e a exploração propriamente dita implicam, vide Tullio SCOVAZZI, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», *IJMCL*, vol. 19, n.º 4, 2004, pp. 383-409, em especial pp. 390-391.

³⁰ Assumimos aqui o conceito de recursos genéticos constante do artigo 2.º da Convenção sobre a Diversidade Biológica: “o material genético de valor real ou potencial”, sendo que «material genético» significa “*todo o material de origem vegetal, animal, microbiano ou de outra origem que contenha unidades funcionais de hereditariedade*”.

dos campos hidrotermais. Os recursos genéticos são uma das *coqueluches* deste início do século XXI e, tendo em atenção que os seres vivos dos campos hidrotermais são o seu recurso mais imediatamente explorável e lucrativo^{31 32}, a protecção destes ecossistemas do saque (“*first come, first served*”) está na ordem no dia. No que concerne os espaços marítimos fora da soberania ou jurisdição dos Estados o assalto é iminente, pela simples razão da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), de 1982³³, ter tido por preocupação exclusiva a regulamentação do aproveitamento dos recursos não vivos («património comum da humanidade»³⁴), institucionalmente gerido pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos³⁵. A importância comercial dos recursos genéticos das comunidades biológicas encontradas no oceano profundo veio demonstrar ironicamente um universo de exploração para o qual o quadro jurídico apresentado pela CNUDM se mostrava desprevenido. Daí a famosa expressão de Lyle GLOWKA, usada pela primeira vez em 1995, acerca do impacto da descoberta dos ecossistemas dos campos hidrotermais na malha de interesses preponderante no regime da «área»: “*the deepest of ironies*”³⁶. Quando os campos foram encontrados em 1977 a definição de «recursos» no âmbito do regime da «área» tinha sido já adoptada. A negociação tinha-se exclusivamente centrado na importância dos recursos minerais, *maxime* dos nódulos polimetálicos. Por esta razão a CNUDM não exhibe disposições específicas sobre o regime jurídico das comunidades biológicas do oceano profundo. Nem quanto à inserção das suas espécies, maioritariamente sedentárias^{37 38}, no regime da «área» ou no do alto mar, nem quanto à regulação da exploração económica

³¹ Vide Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 76.

³² Note-se, contudo, que actualmente já existem licenças concedidas para a exploração mineral de chaminés inactivas no oceano Pacífico ao largo da Papua Nova Guiné.

³³ A convenção foi aberta à assinatura, em Montego Bay, a 10 de Dezembro de 1982 e entrou em vigor a 16 de Novembro de 1994. Portugal depositou o instrumento de ratificação em 3 de Novembro de 1997, tendo a Convenção entrado em vigor para o nosso país 30 dias depois (artigo 308.º, n.º 2, da CNUDM), concretamente no dia 3 de Dezembro de 1997. Ver a Resolução da Assembleia da República n.º 60-B/97, DR I-A, n.º 238, de 14 de Outubro, pp. 3; e o Aviso n.º 81/98, DR I-A, n.º 93, de 21 de Abril, pp. 1731.

³⁴ Artigos 133.º e 136.º da CNUDM. Transcreve-se o artigo 136.º: “*A Área e seus recursos são património comum da humanidade*”. Sobre a interpretação deste articulado vide Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, 2004, pp. 391.

³⁵ Artigo 156.º da CNUDM. Defendendo que o Acordo Relativo à Aplicação da Parte XI da Convenção (CNUDM), adoptado em 28 de Julho de 1994, dilui o princípio do «património comum da humanidade», vide Nuno Marques ANTUNES, «O Novo Regime Jus-Internacional do Mar : A consagração *ex vi pacti de um mare nostrum*», in Nuno Marques ANTUNES, *Estudos em Direito Internacional Público*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 17-38, em especial pp. 29-30. Ver também Paulo Jorge Canelas de CASTRO, «Do *Mare Liberum ao Mare Commune?* As viçosas mutações do Direito Internacional do Mar», RJ (AAFDL), n.º 24, 2001, pp. 11-20, em especial pp. 13.

³⁶ Vide Lyle GLOWKA, *op. cit.*, 2000, pp. 76. Ver também Lyle GLOWKA, «Genetic Resources, Marine Scientific Research and the International Seabed Area», RECIEL, vol. 8, n.º 1, 1999, pp. 56-66, em especial pp. 56.

³⁷ Vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação *online*, pp. 8-9. A propósito dos recursos genéticos, acrescentam outros autores que, em virtude da ligação originária do conceito de recursos vivos inerente à CNUDM, incluindo as espécies sedentárias, à actividade da pesca, a diversidade genética microbiana (base da cadeia trófica) encontrada, por exemplo, nos campos hidrotermais está excluída do conceito da CNUDM. No entanto, pelo prisma do dever geral de protecção do ambiente, os microrganismos estão indirecta, mas forçosamente, incluídos no âmbito de aplicação da CNUDM. Vide Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, «The Interplay of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Convention on Biological Diversity», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2000, pp. 445-480, em especial pp. 446; Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, 2004, pp. 400-401. Ver nota seguinte.

³⁸ No que se refere à biodiversidade típica das fontes hidrotermais, para efeitos de protecção ambiental da «área» Frida M. PFIRTER-ARMAS faz uma analogia entre aquela e as espécies sedentárias tal como definidas no regime da plataforma continental (artigo 77.º, n.º 4, da CNUDM). Vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação *online*, designadamente o *abstract*: “*If we take a look at the vent ecosystem, we find that the last*

sustentável, nem quanto à aplicação de medidas de protecção particulares. Em matéria de protecção ambiental a invocação do artigo 145.º, alínea b), e do artigo 162.º, n.º 2, alínea x)³⁹, da CNUDM é incapaz, só por si, de resolver a complexidade da questão, pela relação directa que as disposições têm com a exploração dos recursos minerais⁴⁰.

Em Portugal, mais propriamente na Região Autónoma dos Açores, desde 1992 foram descobertos em expedições científicas americanas ou com liderança francesa ou portuguesa⁴¹ quatro campos de chaminés hidrotermais (*Lucky Strike*, *Menez Gwen*, *Saldanha* e *Rainbow*), em virtude da localização da Região na crista médio-atlântica, num ponto onde convergem as três placas tectónicas: Europeia, Africana e Americana. Este é “*um dos raros sistemas de tripla-junção do planeta*”⁴². Apesar do encadeamento dos campos, a diferente composição e características específicas dos seus *habitats* determinam que as comunidades hidrotermais da tripla junção dos Açores não devem ser consideradas como uma única entidade biogeográfica, mas antes como “*séries de ilhas faunísticas distintas*”⁴³. O *Rainbow* foi encontrado em 1997 (36º13.10'N; 33º54.35'W⁴⁴) e é o campo português mais distante, sendo o único que despontou numa zona da plataforma continental situada além das 200MN, aproximadamente a 235MN contadas a partir das linhas de base. O *Rainbow* ocupa uma área pequena – 250 X 60m (1,5Km²) – a uma profundidade que varia entre os 2270-2320 metros, aproximadamente⁴⁴⁴⁵. As temperaturas dos fluidos hidrotermais atingem

stages of the food chain of the hydrothermal vents ecosystem – like the fish and octopuses - are resources of the high seas due to the fact that although they feed from – among others - vent organisms, they are able to swim and move to shallower and sunnier waters when needed. They share the vent ecosystem, but they are independent of it. But the situation at the base of the food chain and that of the secondary producers is very different from the one mentioned above. Actually, they do not seem to be high seas resources. They represent in the Area equivalent organisms to the sedentary species, which in zones under national jurisdiction, appertain to the continental shelf and not to the exclusive economic zone. Indeed, they are much more related to the seabed and subsoil than those of the continental shelf, since they can only live in symbiosis with the minerals of the vent”. Considerando a comparação provocadora, tendo em mente a origem do regime das espécies sedentárias nas vicissitudes da soberania para efeitos de exploração dos recursos vivos, vide Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, 2004, pp. 401. Lembre-se que a integração das espécies sedentárias no regime da plataforma continental (artigos 68.º e 77.º, n.º 4) é uma herança da Convenção sobre a Plataforma Continental, de 1958, justificando-se nesta época mais recuada pela vontade de subtrair a exploração daqueles recursos ao regime do então mais extenso alto mar (artigo 2.º, n.º 4, da Convenção de 1958).

³⁹ Sobre a problemática inerente a este artigo e ao Acordo Relativo à Aplicação da Parte XI da CNUDM, de 1994, vide Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *The powers of the OSPAR Commission and coastal State parties to the OSPAR Convention to manage marine protected areas on the seabed beyond 200 nm from the baseline*, WWF Germany, Frankfurt am Main, 2006, pp. 19-22.

⁴⁰ Sobre a problemática vide Frida M. PFIRTER-ARMAS, *op. cit.*, 2004, publicação online, pp. 10.

⁴¹ As expedições oceanográficas com liderança francesa e portuguesa associavam-se, na maioria dos casos, a projectos de investigação europeus. Ver Fernando J. A. S. BARRIGA, *op. cit.*, 1999, pp. 45; D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO e outros, *op. cit.*, 2001, pp. 1326.

⁴² Vide o Relatório da Comissão Estratégica dos Oceanos, *cit.*, Parte II – pp. 267; e Fernando J. A. S. BARRIGA, *op. cit.*, 1999, pp. 45.

⁴³ Vide D. DESBRUYÈRES, A. ALMEIDA e outros, *op. cit.*, 2000, pp. 213.

⁴⁴ Vide Manuel BISCOITO e Armando J. ALMEIDA, *op. cit.*, 2004, pp. 562.

⁴⁵ Conforme dissemos, outros autores convencionam nos 2400 metros a profundidade máxima do *Rainbow*. Ver D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO e outros, *op. cit.*, 2001, pp. 1325-1326.

⁴⁶ Referências relativas aos outros três campos hidrotermais (*Lucky Strike*, *Menez Gwen* e *Saldanha*) podem ser encontradas, designadamente, em D. DESBRUYÈRES, M. BISCOITO e outros, *op. cit.*, 2001, pp. 1326 e seguintes; e Ricardo Serrão SANTOS, Ana COLAÇO e Sabine CHRISTIANSEN (Eds), *op. cit.*, 2003. Ver também o nosso trabalho, «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», in EMEPC-FDUP-CIMAR, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, pp. 61-99, em especial pp. 69-70.

os 365°C e estes possuem características únicas⁴⁷. O jacto das chaminés do *Rainbow* é o mais forte dos encontrados na zona da crista médio-atlântica. Na área do *Rainbow* foram identificadas cerca de 32 espécies, predominando os camarões e os mexilhões. Sublinhe-se que as comunidades vivas das fontes hidrotermais não sobrevivem nos pontos de temperaturas extremas, desenvolvendo-se nas vertentes das chaminés e locais afins onde a temperatura é muito mais baixa. A comunidade viva residente do *Rainbow* aponta para a probabilidade do campo constituir um ecossistema intermediário entre os grupos portugueses vizinhos menos profundos (a Norte) e os grupos mais profundos (a Sul), estes localizados já na «área». Por tudo que acabou de ser dito, e outras razões científicas existem, a importância do campo *Rainbow* é, do ponto de vista científico, ecológico e económico incontroversa. A valia, interesse e curiosidade que os campos hidrotermais suscitam na investigação provocam naqueles que estão mais acessíveis, como é o caso do *Rainbow*, o perigo de iniciativas descoordenadas e pressões que podem colocar em risco o equilíbrio dos seus ecossistemas tão frágeis. Não surpreende, portanto, que logo que se configurou uma oportunidade de criação de uma área protegida no *Rainbow* se tenha despertado um certo alvoroço que irremediavelmente teria de envolver Portugal. E muito bem.

2. O processo de reclamação no quadro OSPAR da jurisdição de Portugal sobre o *Rainbow*. Folhetim de um despertar bem sucedido

Apesar de se situar a maior profundidade do que os campos *Lucky Strike* (1700m) e *Menez Gwen* (850m), o *Rainbow* é considerado, como referimos, um campo acessível, tendo sido já objecto de várias expedições científicas e inclusivamente turísticas. Os efeitos que estas actividades humanas podem produzir sobre um ecossistema tão pequeno e vulnerável estão ainda por determinar. Admite-se, no entanto, que, entre outros factores, a recolha de amostras de substratos ou de espécies, a luz, o transporte acidental pelos submersíveis de espécies de um local para outro, o movimento dos veículos por controlo remoto e o depósito de detritos são susceptíveis de provocar impactos negativos⁴⁸. O processo iniciado em 2002 na Região Autónoma dos Açores com vista à criação de áreas marinhas protegidas, ao abrigo da legislação nacional, nos campos *Lucky Strike* e *Menez Gwen*⁴⁹, situados aquém das 200MN, augurava um acréscimo da actividade humana no campo *Rainbow*. Este era tratado na época pelos interlocutores internacionais como ecossistema localizado na «área», por conseguinte fora da jurisdição do Estado português, ao dispor de quem quer que fosse (*“first come, first served”*). Consequentemente, à margem da continuidade da investigação científica, previram-se outros tipos de pressões antropogénicas (v.g.: potencialmente, a prospecção para a indústria biotecnológica, a exploração de minérios e o turismo) que aconselhavam a criação de uma área protegida internacional. Esta temática apresenta-se no Direito ainda em «estado bruto». Não obstante, fruto da acção promovida essencialmente pelo *World Wide Fund for Nature* (WWF), começou a as-

⁴⁷ Vide Fernando J. A. S. BARRIGA, *op. cit.*, 1999, pp. 49; J. L. CHARLOU, J. P. DONVAL, Y. FOUQUET, P. JEAN-BAPTISTE e N. HOLM, «Geochemistry of high H₂ and CH₄ vent fluids issuing from ultramafic rocks at the Rainbow hydrothermal field (36° 14'N, MAR)» *Chemical Geology*, n.º 191, 2002, pp. 345-359.

⁴⁸ Para mais detalhes ver, nomeadamente, Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, 2004, pp. 396.

⁴⁹ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 69-70.

sumir contornos cada mais concretos a possibilidade de usar a abóbada jurídica propiciada pelo Anexo V da Convenção OSPAR para fazer do *Rainbow* um exemplo de área marinha protegida criada no espaço marinho internacional.

a) A acção do *World Wide Fund for Nature* no quadro da Convenção OSPAR: a assumpção da localização do campo *Rainbow* na «área»

A Convenção para a Protecção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste (Convenção OSPAR) foi assinada em Paris a 22 de Setembro de 1992 e entrou em vigor a 25 de Março de 1998⁵⁰. Abrange dentro das coordenadas geográficas estabelecidas⁵¹ uma área do alto mar do Atlântico Nordeste que corresponde aproximadamente a 60% da zona marítima OSPAR total⁵². Após o início da vigência do seu Anexo V relativo à Protecção e Conservação dos Ecossistemas e da Diversidade Biológica das Zonas Marítimas⁵³, em 30 de Agosto de 2000, a Convenção passou a ter como uma das suas finalidades a criação de uma rede alargada e coerente de áreas marinhas protegidas até 2010 (rede AMPs-OSPAR). A rede tem apetência a incluir as redes nacionais de áreas protegidas, a Rede Natura 2000⁵⁴ e as áreas marinhas protegidas criadas nas águas internacionais do Atlântico Nordeste, incluídas na zona marítima OSPAR, tudo em articulação com as áreas marinhas protegidas criadas no mar Báltico⁵⁵. Esta finalidade inscreve-se nos compromissos globalmente assumidos pelas Partes Contratantes ao nível da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), de 1992⁵⁶, e concretiza o desafio lançado na Cimeira Mundial sobre o Desenvolvimento

⁵⁰ Na mesma data entrou também em vigor para Portugal. O nosso país depositou o instrumento de ratificação em 23 de Fevereiro de 1998. Ver o Decreto n.º 59/97, de 31 de Outubro, DR I-A, n.º 253, pp. 5957; e o Aviso n.º 122/98, DR I-A, n.º 148, de 30 de Junho, pp. 2929.

⁵¹ Transcreve-se o artigo 1.º, alínea a), da Convenção OSPAR: “Para os fins da presente Convenção:

a) Entende-se por «zona marítima» as águas interiores e os mares territoriais das Partes Contratantes, a zona situada para além do mar territorial e adjacente a este sob a jurisdição do Estado costeiro na medida reconhecida pelo direito internacional, bem como o alto mar, incluindo o conjunto de fundos marítimos correspondentes e o respectivo subsolo, situados dentro dos limites seguintes:

i) As regiões dos oceanos Atlântico e Ártico e seus mares secundários que se estendem a norte de 36º de latitude norte e entre 42º de longitude oeste e 51º de longitude leste, mas excluindo:

1) O mar Báltico e os Belts ao sul e a leste das linhas que vão de Hasenore Head a Griben Point, de Korshage a Spodsbjerg e de Gilbjerg Head a Kullen;

2) O mar Mediterrâneo e seus mares secundários até ao ponto de intersecção do paralelo a 36º de latitude norte e do meridiano 5º36 de longitude oeste;

ii) A região do oceano Atlântico situada a norte de 59º de latitude norte e entre 44º de longitude oeste e 42º de longitude oeste”.

⁵² Vide Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *op. cit.*, 2006, pp. 8; e a brochura *Marine Protected Areas in areas beyond national jurisdiction. Proposed High Seas MPAs in the North East Atlantic by WWF 1998-2006*, Sabine CHRISTIANSEN, WWF Germany, 2006, pp. 19/21. Acerca da situação específica do *Rainbow* ver também a declaração constante do documento publicado em http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2007/WWF_MASHo7_HSMPA_proposals.doc

⁵³ O Anexo V foi adoptado em Sintra em 23 de Julho de 1998. As emendas à Convenção OSPAR constituídas pelo Anexo V e pelo apêndice n.º 3 foram aprovadas pelo Governo português em 19 de Dezembro de 2005 (Decreto n.º 7/2006, de 9 de Janeiro, DR I-A, n.º 6, pp. 163). O instrumento de ratificação correspondente foi depositado por Portugal em 23 de Fevereiro de 2006 (Aviso n.º 578/2006, DR I-A, n.º 87, de 5 de Maio, pp. 3249), entrando o Anexo V em vigor para nós a 25 de Março de 2006.

⁵⁴ Vide o nosso estudo «Rede Natura 2000: os desafios da protecção da biodiversidade marinha no dealbar do século XXI», a publicar na revista *Temas de Integração*, n.º 25, 1.º semestre de 2008.

⁵⁵ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 81-83.

⁵⁶ O texto da convenção foi adoptado em 20 de Maio de 1992 pelo Comité Intergovernamental de Negociação, instituído pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e a convenção foi aberta à assinatura a 5 de Junho de 1992 na Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro.

Sustentável, realizada em Joanesburgo em 2002⁵⁷, de se criarem redes representativas de áreas marinhas protegidas até 2012⁵⁸. Este ano – 2012 – é o espectro temporal que tem desde então orientado os esforços regionais e nacionais de criação de áreas protegidas no meio marinho.

O empenho traduzido no âmbito da Convenção OSPAR na meta «rede AMPs-OSPAR 2010» não consta, contrariamente ao que se poderia pensar, do articulado do Anexo V. O carácter genérico e até vago do dispositivo remete para a vontade das Partes Contratantes, individualmente ou reunidas na Comissão OSPAR⁵⁹, a configuração exacta dos seus compromissos. Foi preciso esperar pelo mês de Junho do ano 2003 para que as Partes Contratantes aprovassem em Bremen, em sede de Comissão OSPAR, a Recomendação 2003/3, *relativa a uma rede de áreas marinhas protegidas*⁶⁰, fixando como norte dos trabalhos a baliza 2010. O carácter não vinculativo da recomendação aposta no esforço do incentivo e concertação política. A sua implementação nas zonas marítimas sob soberania ou jurisdição do Estado é totalmente dependente da iniciativa nacional. A Recomendação 2003/3 foi completada por um feixe de instrumentos de cariz mais técnico dedicados à sua execução. Enumerem-se os *Critérios de determinação das espécies e habitats que devem ser protegidos e respectivas modalidades de aplicação (Critérios de Texel-Faial)*⁶¹, a *Lista OSPAR inicial de espécies e habitats ameaçados e/ou em declínio*⁶², as *Linhas de orientação OSPAR acerca da identificação e selecção de áreas marinhas protegidas na zona marítima OSPAR*⁶³ e, por fim, as *Linhas de orientação OSPAR acerca da gestão das áreas marinhas protegidas na zona marítima OSPAR*⁶⁴. A este conjunto some-se o acordo das Partes Contratantes quanto à actualização, *inter alia*, da *Estratégia OSPAR relativa à protecção e conservação dos ecossistemas e da diversidade biológica da zona marítima* (Acordo

Entrou em vigor a 29 de Dezembro de 1993. Portugal depositou o instrumento de ratificação em 21 de Dezembro de 1993, tendo a Convenção entrado em vigor para o nosso país 90 dias depois (artigo 36.º n.º 3 da Convenção sobre a Diversidade Biológica). Ver o Decreto n.º 21/93, de 21 de Junho, DR I-A, n.º 143, pp. 3356; e o aviso n.º 143/94, DR I-A, n.º 106, de 7 de Maio, pp. 2370.

⁵⁷ Em concreto de 26 de Agosto a 4 de Setembro de 2002.

⁵⁸ Vide os parágrafos 30.º e 32.º, alíneas a) e c), do Plano de Implementação da Cimeira de Joanesburgo. No Capítulo IV após lembrar que os oceanos, mares, ilhas e zonas costeiras formam um componente integrado e essencial do ecossistema da Terra e que são vitais, mormente, para garantir a segurança alimentar global e a prosperidade económica dos Estados, incentiva-se a promoção da conservação e gestão dos oceanos através de uma panóplia de acções com vista, *inter alia*, à “manutenção da produtividade e biodiversidade das zonas marinhas e costeiras importantes e vulneráveis, incluindo das áreas dentro ou fora da jurisdição nacional”, e prevê-se como um dos instrumentos privilegiados o “estabelecimento de áreas marinhas protegidas, consistentes com o direito internacional e baseadas em informação científica, incluindo redes representativas até 2012”.

⁵⁹ Vide o artigo 10.º da Convenção OSPAR.

⁶⁰ Vide *Recommandation OSPAR 2003/3 concernant un réseau de zones marines protégées*, Reunião da Comissão OSPAR, Bremen, 23-27 de Junho de 2003, Réf.: § A-4.44a), OSPAR 03/17/1-F, Anexo 9.

⁶¹ Vide *Critères de détermination des espèces et des habitats devant être protégés, et leurs modalités d'application (Critères de Texel-Faial)* (Número de referência: 2003-13), Reunião da Comissão OSPAR, Bremen, 23-27 de Junho de 2003, Réf.: § A-4.8, OSPAR 03/17/1-F, Anexo 5.

⁶² Vide *Liste OSPAR initiale 2004 des espèces et habitats menacés et/ou en déclin* (Número de referência: 2004-06), Comissão OSPAR. Ver também o documento *Descriptions des habitats inscrits sur la liste initiale OSPAR des espèces et habitats menacés et/ou en déclin* (Número de referência: 2004-07), Comissão OSPAR, actualizado em 2006.

⁶³ Vide *Lignes directrices de la détermination et de la sélection des zones marines protégées dans la zone maritime OSPAR* (número de referência: 2003-17), Reunião da Comissão OSPAR, Bremen, 23-27 de Junho de 2003, Réf.: § A-4.44 b) (i)), OSPAR 03/17/1-F, Anexo 10.

⁶⁴ Vide *Lignes directrices de la gestion des zones marines protégées dans la zone maritime OSPAR (numéro de référence: 2003-18)*, Comissão OSPAR, MASH 05/8/1-F, Anexo 8. Revistas em 2006.

⁶⁵ Em 2006 o sistema foi enriquecido com um conjunto de orientações sobre a elaboração de uma rede ecológica coerente de áreas marinhas protegidas OSPAR (*Orientations sur l'Élaboration d'un Réseau Écologiquement Cohérent de Zones Marines Protégées OSPAR* (número de referência: 2006-3), Comissão OSPAR) e em 2007 por orientações com vista à avaliação da eficácia de gestão das AMPs-OSPAR (*Orientations permettant d'évaluer l'efficacité de la gestion des MPA OSPAR: Fiche d'autoévaluation* (número de referência: 2007-5), Comissão OSPAR).

2003/21⁶⁶). Realce-se que na *Lista OSPAR inicial de espécies e habitats ameaçados e/ou em declínio*, posteriormente actualizada, consta como *habitat* merecedor de protecção prioritária “*as dorsais oceânicas que contenham fontes ou campos de fontes hidrotermais*”.

No pressuposto da ausência de competência nacional no campo *Rainbow*, assumindo-se a sua localização na «área», foi neste enquadramento que com prévia concertação o WWF assumiu formalmente, a partir de Março de 2005, a qualidade de proponente⁶⁷ da designação pioneira de uma AMP-OSPAR internacional no *Rainbow*. A iniciativa foi expressamente apresentada como primeira proposta de criação de uma AMP-OSPAR em águas (leia-se: incluindo o leito e seu subsolo) situadas fora da jurisdição dos Estados, pretendendo constituir a rampa de lançamento da criação de uma rede representativa de AMPs-OSPAR nas águas internacionais do Atlântico Nordeste. À área protegida cometia-se a prossecução dos seguintes objectivos: preservar o ecossistema único do *Rainbow*, monitorizar o respectivo estado, assegurar o desenvolvimento coordenado da investigação científica, precaver, à luz do princípio da precaução, impactos indesejados provocados por outras actividades humanas e contribuir, através do conhecimento científico adquirido, para a educação do público⁶⁸. Ao fazer-se a gestão no âmbito OSPAR do campo *Rainbow* pretendia-se, outrossim, dar um bom exemplo de cooperação regional a imitar. Sublinhe-se que a necessidade de proteger o *Rainbow* e de se coordenarem as actividades de investigação já tinha sensibilizado a comunidade científica, remontando a 1998 uma proposta de um especialista francês em fontes hidrotermais de fazer do campo uma reserva científica e ecológica. A proposta foi feita publicamente na *InterRidge web database*. Com o mesmo objectivo de salvaguardar os campos hidrotermais começou a ser aventado um código de conduta para uma ciência responsável que culminou na declaração “*InterRidge statement of commitment to responsible research practices at deep-sea hydrothermal vents*”, assinada em 17 de Fevereiro de 2006⁶⁹. Este «código voluntário» inspirou em parte uma proposta apresentada em 2007 no seio OSPAR, intitulada *OSPAR Principles for Responsible Marine Research*⁷⁰.

b) A reclamação da jurisdição portuguesa sobre o *Rainbow*: síntese da controvérsia jurídica subjacente

Quis o destino do *Rainbow* que precisamente no mesmo ano 2005 em que o WWF assume liderança, no lanço da Resolução do Conselho de Ministros n.º 90/98⁷¹, fosse criada em Portugal a Estrutura de Missão para a Extensão da Plataforma Continental (EMEPC)⁷² e que em 19 de Dezembro de 2005 fosse finalmente aprovada pelo Governo a ratificação das emendas à Convenção OSPAR constituídas pelo Anexo V e pelo apêndice n.º 3⁷³. A criação da EMEPC em Janeiro de 2005 veio revigorar o processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental portuguesa. Embora o processo estivesse ainda longe do fim, os estudos hidrográficos, geológicos e geofísicos da margem continental dos Açores

⁶⁶ Vide Reunião ministerial da Comissão OSPAR, Bremen, 25 de Junho de 2003, *Stratégies 2003 de la Commission OSPAR pour la Protection du Milieu Marin de l'Atlantique du Nord-Est* (Numéro de référence: 2003-21), Réf.: § B-4.2, OSPAR 03/17/1-F, Anexo 31.

⁶⁷ Vide o artigo 11.º da Convenção OSPAR no que diz respeito à admissão e participação de observadores.

⁶⁸ Vide os documentos relativos ao *Rainbow* no ano 2005 e 2006 nos sítios

<http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Projects/MPAmap.htm>

<http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/subm.htm#Osparmashfollowup2005>

⁶⁹ Vide o sítio <http://interridge.org/IRstatement>

⁷⁰ Reunião do Grupo de Trabalho sobre Áreas Marinhas Protegidas, Espécies e *Habitats* (MASH), Brest (França), 5 a 8 de Novembro de 2007, MASH 07/3/4-E.

⁷¹ DR I-B, n.º 157, de 10 de Julho, pp. 3263.

⁷² Resolução do Conselho de Ministros n.º 9/2005, DR I-B, n.º 11, de 17 de Janeiro, pp. 283.

⁷³ Vide o Decreto n.º 7/2006, de 9 de Janeiro, DR I-A, n.º 6, pp. 163, *cit.*. Ver *supra* o ponto 2, alínea a), nota 53.



indicavam já naquela altura com suficiente segurança que o campo *Rainbow* se situava na nossa plataforma continental. Associando o facto ao disposto no n.º 3 do artigo 77.º da CNUDM – “os direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa” – depreendia-se que a jurisdição sobre o *Rainbow* pertencia ao Estado português independentemente da fase do processo internacional conducente à fixação dos limites exteriores da plataforma continental. Na verdade, dissemelhante da zona económica exclusiva, relativamente à qual o gozo e o exercício de direitos de soberania e jurisdição pelo Estado dependem constitutivamente de declaração expressa pelo Estado interessado (artigo 57.º da CNUDM), a soberania do Estado sobre a plataforma continental é independente desse procedimento.

A este respeito entendemos em estudo prévio⁷⁴ que os «direitos» a que o n.º 3 do artigo 77.º alude, quer dizer direitos de exploração e aproveitamento dos recursos naturais (artigo 77.º, n.º 1, da CNUDM), são acompanhados de um dever de protecção ambiental. A interpretação da Parte XII da CNUDM – em particular os artigos 192.º, 193.º e 194.º, n.º 5 – em consonância com o artigo 145.º, alínea b), e o artigo 162.º, n.º 2, alínea x), milita no sentido de que, se o Estado possui direitos de soberania para efeitos de exploração e aproveitamento dos recursos naturais e entre estes figuram as espécies sedentárias (artigo 77.º, n.º 1 e 4 da CNUDM), ao Estado é igualmente cometido o poder-dever de proteger e preservar as espécies, os *habitats* e os ecossistemas correlativos (poder de jurisdição/poder funcional)⁷⁵. A interpretação é confortada pela *soft law*, mormente pelas resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre “*Os oceanos e o direito do mar*” a partir do ano 2002⁷⁶.

Refutamos, do mesmo modo, as opiniões que defendem uma aplicação restritiva do disposto no artigo 77.º, n.º 3, até ao limite das 200MN⁷⁷. Semelhante argumentação reduziria o alcance do n.º 3 do artigo 77.º, aplicável somente nos casos em que um Estado ainda não tivesse feito uso da possibilidade de declarar formalmente uma zona económica exclusiva de 200MN, considerando-se consequentemente como alto mar as águas incluídas até este limite. A estreiteza desta interpretação não é confirmada pela letra do artigo 77.º, n.º 3, visto que não se distingue, em relação ao previsto no artigo 76.º, n.º 1, as situações em que a plataforma continental se estende até ao limite das 200MN das situações em que ela se estende para lá deste limite. Quanto a nós nem teria porquê a distinção. Em bom rigor não são os poderes do Estado sobre as zonas da plataforma continental situadas além das 200MN que estão por determinar, mas sim e apenas os limites do objecto sobre que incidem esses poderes. Acrescente-se, aliás, que o limite das 200MN não daria só por si garantia de certeza jurídica. Se o processo de fixação dos limites exteriores da plataforma continental é longo e complexo, por idêntica lógica também o processo de delimitação da plataforma continental entre Estados com costas adjacentes ou situadas frente a frente (artigo 83.º da CNUDM) retira abstractamente a segurança que se pudesse encontrar no limite das 200MN. Refira-se como exemplo próximo de complexidade o mar Mediterrâneo.

⁷⁴ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 71 (nota 19) e pp. 74-78.

⁷⁵ Quanto à conservação e gestão das espécies sedentárias, na qualidade de recursos haliêuticos, nas zonas de extensão da plataforma continental entendemos que, quem pode o mais (proteger um bem ambiental), pode o menos (conservar um recurso). Cite-se a este respeito Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ que defendem que se deve aplicar analogamente o regime do mar territorial à conservação das espécies sedentárias da plataforma continental, sem que isso faça esquecer as obrigações gerais resultantes da Parte XII da CNUDM. Vide Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, *op. cit.*, 2000, pp. 452. Vide *infra*, nossa nota 86, o entendimento de Daniel OWEN e Fenners CHAMBERS (*op. cit.*, 2006, pp. 40).

⁷⁶ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 77-78.

⁷⁷ Vide Yoshifumi TANAKA, *apud* Sabine CHRISTIANSEN, *op. cit.*, *Marine Protected Areas in areas beyond national jurisdiction. Proposed High Seas MPAs in the North East Atlantic by WWF 1998-2006*, WWF Germany, 2006, pp. 20/22.

Em suma, uma vez expressa formalmente no plano internacional a vontade do Estado costeiro de definir os limites exteriores da plataforma continental fundamentadamente situados além das 200MN, a este Estado compete exercer todos os direitos e deveres estabelecidos pela CNUDM em relação às zonas em apreço. Na eventualidade de um mandato prévio assumido voluntariamente pela comunidade internacional, *maxime* no âmbito de uma organização regional, para defesa dos ecossistemas localizados nessas zonas, sob pena de passos em falso numa temática de penumbra jurídica onde as construções *de iure condendo* ultrapassam largamente as soluções *de iure condito*⁷⁸, é ao Estado costeiro que deve ser reconhecida a jurisdição e a ele deve regressar a liderança da protecção da diversidade biológica. Mesmo sendo um reconhecimento condicionado à confirmação ulterior dos limites do objecto, quer dizer, dos limites da plataforma continental que se estenda para lá das 200MN. Vejamos mais desenvolvidamente a argumentação que subjaz ao reconhecimento do poder ambiental do Estado nestas condições:

Em primeiro lugar invoque-se a própria dinâmica rastejante da jurisdição estadual no que concerne ao alargamento dos poderes, *maxime*, por força da protecção ambiental. Face ao Direito do mar contemporâneo entendemos por jurisdição rastejante (*creeping jurisdiction*) o alargamento dos poderes de jurisdição dos Estados além dos limites das zonas de mar formalmente definidos na CNUDM e assumidos expressamente pelos Estados (com a nota distintiva do regime da plataforma continental), ou para lá das competências neles contidas⁷⁹. Efectivamente os poderes do Estado no espaço marítimo se evoluíram historicamente de um *mare clausum* para o *mare liberum* aberto a todos, na segunda metade do século XX, com a CNUDM, progrediram do *mare liberum* para fórmulas que a espontaneidade criativa dos autores designou de *mare nostrum*⁸⁰ ou *mare commune*⁸¹. *Mare commune* pela emergência do conceito idealista de «património comum da humanidade», embora reduzido no âmbito da CNUDM aos recursos não vivos da «área»^{82 83}.

⁷⁸ Entre as experiências de cooperação internacional ao nível da criação de áreas marinhas protegidas no alto mar e «área» citem-se os casos do Protocolo sobre Protecção Ambiental do Tratado da Antártida, concluído em Madrid, em 4 de Outubro de 1991, que designa toda a Antártida de “*reserva natural votada à paz e à ciência*” (artigo 2.º); e o Protocolo relativo às Áreas Especialmente Protegidas e à Diversidade Biológica no Mediterrâneo, de 10 de Junho de 1995. Familiar à temática é, igualmente, a criação de santuários de cetáceos pela Comissão Baleeira Internacional: Convenção Internacional para a Regulação da Actividade Baleeira, de 2 de Dezembro de 1946, e posterior Protocolo de 9 de Fevereiro de 1956 (Decreto n.º 18/2002, de 3 de Maio, DR I-A, n.º 102, pp. 4193). Ver também Tullio SCOVAZZI, «Marine Protected Areas on the High Seas: Some Legal and Policy Considerations», IJMCL, vol. 19, n.º 1, 2004, pp. 1-17.

⁷⁹ Foi no decurso da segunda sessão da Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, realizada em Caracas, em Junho de 1974, que pela primeira vez a expressão “*creeping jurisdiction*” parece ter sido correntemente utilizada, sobretudo por insistência da delegação alemã. A assinatura da CNUDM em 1982 define na realidade contemporânea uma etapa importante de pacificação pelo Direito internacional de práticas de *creeping jurisdiction* (v.g.: atinentes à ZEE), doravante concebidas como direitos ou poderes juridicamente reconhecidos. O período pós-CNUDM não tardou a anunciar que a predisposição dos Estados a estender os seus poderes no espaço marítimo é incessante e engenhosa, sobretudo quando novos desafios dão uma base de argumentação séria e razoável. Entres eles destacam-se a conservação dos recursos biológicos (v.g.: espécies transzonais e altamente migratórias – Acordo de Nova Iorque, de 4 de Agosto de 1995) e a protecção do ambiente (v.g.: prevenção e combate à poluição por hidrocarbonetos). Sobre o surgimento e generalização da expressão, bem como quanto às suas distintas etapas, vide Daniel VIGNES, «*La Creeping Jurisdiction et la Communauté Européenne*», in Annie CUDENNEC e Gaëlle GUEGUEN-HALLOUËT (Eds), *Le Juge Communautaire et la Mer*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 1-19, em especial pp. 5 e 18-19.

⁸⁰ Vide Nuno Marques ANTUNES, *op. cit.*, 2004, pp. 35. No nosso caso vide o trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 78-79.

⁸¹ Vide Paulo Jorge Canelas de CASTRO, *op. cit.*, «Do *Mare Liberum* ao *Mare Commune*?...», 2001, pp. 13.

⁸² Vide *supra* a nota 34.

⁸³ A aplicação de ideias afins no âmbito da protecção da biodiversidade encontra-se, designadamente, na Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992: “*preocupação comum para toda a humanidade*” (Preâmbulo); e no Protocolo sobre Protecção Ambiental do Tratado da Antártida, de 1991: “*the interest of mankind as a whole*”



Mare nostrum, na nossa compreensão, sob duas distintas perspectivas. Num sentido, pelo reconhecimento ao Estado de direitos de soberania e jurisdição em espaços marítimos novos (zona económica exclusiva) ou mais amplos (v.g.: plataforma continental)⁸⁴. Noutro sentido, pela paulatina interiorização da axiologia ambiental com o entendimento inerente de que, além da conservação dos recursos vivos marinhos, a protecção do ambiente marinho é uma questão que interessa a todos e que a todos cabe assegurar. No plano ambiental *mare nostrum* terá então também a conotação de «bem comum» (Parte XII da CNUDM). Na realidade o alargamento dos poderes do Estado costeiro teve na sua origem motivações de ordem essencialmente económica, mas o paradigma nascente da protecção ambiental e, actualmente, o desígnio do desenvolvimento sustentável, tornaram inexorável a imbricação dos dois pólos de interesses também ao nível do meio marinho. Por essa razão o dever de protecção ambiental foi assumido como a exacta contrapartida do reconhecimento da soberania dos Estados sobre os recursos naturais (artigo 193.º da CNUDM). Ora, pois se o Estado tem esse dever, tem também o direito de reclamar a sua competência para o exercer e o fazer respeitar (poder de jurisdição ambiental = «poder-dever»). No exercício desta missão ambiental, no seu próprio interesse e no de todos, a oportunidade de uma jurisdição rastejante está em exercício de reflexão. Em especial, pensando nas áreas protegidas, qual o conteúdo concreto do poder de jurisdição ambiental? Quais são exactamente as competências susceptíveis de serem exercidas pelo Estado costeiro? Enfim, o que seja uma interpretação elástica do poder de jurisdição em matéria ambiental está, presentemente, em processo de dilucidação. Neste considerando sobressai o ponto 9 das declarações prévias feitas por Portugal aquando do depósito do instrumento de ratificação da CNUDM: “Tendo presente a informação científica disponível e para defesa do ambiente e do crescimento sustentado de actividades económicas com base no mar, Portugal exercerá, de preferência através de cooperação internacional e tendo em linha de conta o princípio preventivo (precautionary principle), actividades de fiscalização para lá das zonas sob jurisdição nacional”^{85 86}.

Em ligação estreita com o raciocínio que viemos de expor, apresentamos uma segunda achega. A construção jurídica de um organismo internacional mandatado pela comunidade

(Preâmbulo). Identicamente, no Protocolo relativo às Áreas Especialmente Protegidas e à Diversidade Biológica no Mediterrâneo, de 1995, respira-se a ideia de “património comum mediterrânico”. Vide Kathleen MONOD, «Les ASPIM, un Accouchement Réussi!», REDE, n.º 2, 2003, pp. 171-186, em especial pp. 174 e seguintes. Sobre a distinção entre as expressões «património comum da humanidade» e «preocupação comum da humanidade» vide Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 406. O autor considera que a primeira expressão enfatiza a ideia de “lucros a serem repartidos”, enquanto que a segunda expressão relembra o fardo e as responsabilidades que irão nascer para o efeito da protecção da biodiversidade.

⁸⁴ Cite-se a passagem expressiva de Daniel VIGNES, a propósito do triunfo do conceito de zona económica exclusiva, com a extensão de 200MN, no decurso das negociações na Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 1975, e que a Comunidade Europeia, de bom ou mau grado, se viu obrigada a acolher: “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 10 Km de Delft onde já ele repousa, Grotius, inventor do *Mare Liberum*!”. Daniel VIGNES, «La Communauté Européenne dans le domaine du droit général de la mer», in Tullio TREVES e Laura PINESCHI (Eds), *The Law of the Sea. The European Union and its Member States*, The Hague – Boston – London, Martinus Nijhoff Publishers (Publications on Ocean Development) - Kluwer Law International, 1997, pp. 7-26, em especial pp. 15.

⁸⁵ Vide o Aviso n.º 81/98, DR I-A, n.º 93, de 21 de Abril, pp. 1731, *cit.*.

⁸⁶ Neste sentido ver, *inter alia*, Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *op. cit.*, 2006, pp. 40. A propósito da reacção do Estado costeiro em relação à exploração ilícita de espécies sedentárias nas zonas da plataforma continental situadas além das 200MN, defendem os autores que, em princípio, os Estados costeiros podem fazer valer directamente os seus direitos de soberania sobre aquelas espécies sedentárias, o que “potencialmente envolve visita, inspecção e apresamento de um barco de pesca no alto mar”.

internacional para assegurar a protecção da biodiversidade marinha⁸⁷ nas zonas marítimas situadas fora da jurisdição do Estado está ainda na sua aurora, não tendo sido esse o escopo imediato da criação da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos⁸⁸. Não obstante o adensamento deste caminho ser obviamente benévolo, não obstante o aplauso devido aos esforços de cooperação regional neste sentido⁸⁹, a verdade do tempo actual é a de que, seja qual for a zona marítima em causa, é no Estado que está radicado o «quartel-general» da protecção do ambiente marinho e é nele, nos seus instrumentos operacionais, que se alimenta todo o esforço de concertação internacional e, inclusivamente, da experiência supranacional da Comunidade Europeia. Com todos os espinhos que a contrapartida da responsabilidade possa acarretar. Invoque-se aqui a explicação generalista e atraente de Alexandre KISS e Jean-Pierre BEURIER⁹⁰. Os autores, consideram que o Direito do ambiente é um exemplo particularmente revelador de uma “*revolução invisível*” a que se assiste no Direito internacional. A de um processo de substituição na comunidade internacional do interesse individual dos Estados e dos direitos soberanos correlativos pela ideia de interesse colectivo a partir do qual, sim, são devolvidas funções ao Estado. Esta evolução, predita por Georges Scelle na sua construção do “*dédoublement fonctionnel*”, pode conduzir ao risco da transformação do papel do Estado no plano ambiental em “*simples agentes de execução*”, “*guardas*” ou “*trustees*”, isto é, “*de um depositário que deve gerir, salvaguardar e fazer frutificar de boa fé o objecto do trust*”. O afloramento desta revolução copernicana no meio marinho está presente no artigo 192.º da CNUDM, lido como dever de exercício pelo Estado de uma competência ambiental ao serviço do interesse comum da humanidade (poder funcional). Responsabilidade, todavia, que não terá necessariamente de arcar sozinho e que deverá passar pela cooperação internacional como alvitra a CNUDM no seu artigo 197.º. Pela clareza da compreensão do “*dédoublement fonctionnel*” na realidade coetânea cite-se, também, Paulo Canelas de CASTRO. O autor defende que, se no que se refere à produção normativa se assiste a uma perda do monopólio do Estado, ao nível da aplicação e execução do Direito ambiental há uma tendência ao aproveitamento do símbolo de poder que é o Estado, perspectivando-o como “*braço instrumental de aplicação do programa colectivo em função do interesse especial que se possa presumir que ele nele tenha*”. E continua o autor “*este desdobramento funcional do Estado, autor de disciplina do seu interesse, por um lado, e instrumento da afirmação do interesse comum, por outro, é um sinal da assumpção de uma outra compreensão de soberania, de uma «soberania-função» ou de uma «soberania de serviço», e da concepção do Direito feito como uma «responsabilidade» a cumprir*”⁹¹.

Concluindo, o alargamento progressivo dos poderes soberanos do Estado no espaço marinho tem como contrapartida, prevista nos artigos 192.º, 193.º e 194.º, n.º 5, o dever do Estado assegurar a protecção do ambiente, em especial a biodiversidade, nos espaços marítimos definidos pela CNUDM como estando sob a sua alçada de jurisdição. Ora, este dever encerra necessariamente o direito do Estado reclamar a sua competência para o exercer e o fazer respeitar. Este poder-dever de protecção ambiental é maximizado pela

⁸⁷ *Mutatis mutandis* «bem comum da humanidade» ou «património comum da humanidade».

⁸⁸ *De iure constituendo*, sobre o papel a desenvolver futuramente pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos no âmbito da protecção da biodiversidade, inclusivamente quanto à competência para coordenar a criação de uma rede de áreas protegidas nos espaços marítimos situados além da jurisdição nacional, vide Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 396 e 409.

⁸⁹ Ver *supra* a nota 78.

⁹⁰ Vide Alexandre KISS e Jean-Pierre BEURIER, *Droit International de l'Environnement*, 3.ª ed., Paris, Éditions A. Pedone, 2004, pp. 22-23.

⁹¹ Vide Paulo Jorge Canelas de CASTRO, *op. cit.*, 2001, pp. 17-18.

emergência da construção altruísta do Estado -“trustee”. A íntima ligação entre a soberania sobre os recursos naturais e o dever de protecção do ambiente marinho determina no estágio actual da evolução do Direito internacional a irrevogabilidade de um qualquer presumível mandato que nas interpretações mais visionárias lhe tivesse sido concedido pela comunidade internacional⁹². Inclusive nas zonas da plataforma continental situadas além das 200MN cujos limites definitivos estão ainda por fixar. Este reconhecimento da jurisdição ambiental do Estado, embora condicionado, é o único compatível *com o status quo* estabelecido contemporaneamente, numa base voluntarista, pelo Direito do mar e pelo Direito internacional do ambiente.

c) A reclamação da jurisdição portuguesa sobre o *Rainbow*: um despertar bem sucedido

Chegados até aqui e antes de prosseguir devemos realçar a importância de todo o trabalho previamente desenvolvido pelo WWF, em colaboração, designadamente, com a comunidade científica portuguesa sita na Região Autónoma dos Açores, no que respeita à sensibilização para a necessidade de protecção do ecossistema singular do campo *Rainbow*⁹³. A questão da legitimidade para dirigir o processo evoluiu, por conseguinte, pacificamente. O despertar de Portugal para a situação jurídica do *Rainbow* não criou qualquer ruptura com o acervo arduamente construído ao longo dos anos anteriores, nem haveria qualquer ganho nisso. Efectivamente a reacção de Portugal não se fez sentir em relação à oportunidade de criação de uma área marinha protegida no quadro OSPAR, mas sim, exclusivamente, no que toca ao modo como foi classificado o leito do mar onde se situa o *Rainbow*, à consequente perda de liderança e modificação não despiciente do panorama jurídico correspondente. As razões de precaução e de coordenação da investigação científica invocadas pelo WWF simplesmente transmudariam em preocupações do Estado português, mesmo antes de concluído o processo de fixação dos limites externos da plataforma continental. A criação de uma AMP no *Rainbow* funciona como uma espécie de “seguro ecológico”⁹⁴ e esta ideia intrinsecamente ligada ao princípio da precaução não poderia ser menosprezada pelo Estado português, designadamente à luz do comando geral do artigo 192.º da CNUDM.

Tomando as rédeas da situação em Janeiro de 2006 Portugal fez saber que o campo *Rainbow*, apesar de localizado fora das 200MN, fica na nossa plataforma continental, pelo que o poder de jurisdição ambiental nessa área pertenceria ao nosso país. Seguidamente Portugal assumiu o protagonismo que lhe era devido, declarando que iria propor, a título de Parte Contratante da Convenção OSPAR, a inclusão do campo hidrotermal *Rainbow* na rede de AMPs – OSPAR⁹⁵. Como já salientamos, para o facto foi decisiva a aprovação pelo Governo, em 19 de Dezembro de 2005, do Anexo V da Convenção OSPAR⁹⁶, bem como a visibilidade que entretanto tinha ganho a EMEPC e todo o trabalho já realizado ao nível do

⁹² Porque marginal à temática fica em aberto uma reflexão de *iure condendo* sobre a competência da comunidade internacional para suprir a inércia de um Estado ou a eventual responsabilidade pela omissão em agir.

⁹³ Acerca da importante função de «cão de guarda» das Organizações Não Governamentais, vide Paulo Jorge Canelas de CASTRO, *op. cit.*, 2001, pp. 18.

⁹⁴ Vide Robert COSTANZA e outros, «A Economia Ecológica e a Governação Sustentável dos Oceanos», in Robert COSTANZA e Francisco ANDRADE (Eds), *A Economia Ecológica e a Governação Sustentável dos Oceanos / Ecological Economics and Sustainable Governance of the Oceans*, Lisboa, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, IMAR – Instituto do Mar, LPN – Liga para a Protecção da Natureza, 1998, pp. 11-40, em especial pp. 36-37.

⁹⁵ Ver o documento apresentado por Portugal na reunião do *Intersessional Correspondence Group on Marine Protected Areas*, realizada em Gotemburgo de 24 a 26 de Janeiro de 2006, intitulado *Nomination of the Rainbow Vent Field as an OSPAR MPA*, ICG-MPA 06/8/2 (L).

⁹⁶ Vide o Decreto n.º 7/2006, de 9 de Janeiro, DR I-A, n.º 6, pp. 163, *cit.*. Ver *supra* o ponto 2, alínea a), nota 53.

processo de fixação dos limites exteriores da plataforma continental. Demonstrativo de uma transição pacífica é o documento apresentado pelo WWF numa reunião havida em Março de 2006 no âmbito da Convenção OSPAR⁹⁷. O documento intitula-se *The powers of the OSPAR Commission and coastal State parties to the OSPAR Convention to manage marine protected areas on the seabed beyond 200 nm from the baseline* e nele pode ler-se:

“3 - At ICG-MPA 06, «Portugal presented ICG-MPA 06/8/2 indicating that in accordance with Article 76 of the UN Convention on Oceans and the Law of the Sea on the definition of the continental shelf they would take up the proposal from WWF and report the selection of the Rainbow Hydrothermal Vent Field to OSPAR as an MPA within their national jurisdiction. Portugal thanked WWF for the work behind the proposal and informed the meeting that that they will proceed following further examination and evaluation at appropriate levels in Portugal». (...)

4 - ICG-MPA welcomed the statement by Portugal and invited them:

a) to submit their report on the selection of the Rainbow Vent Field as an OSPAR MPA by BDC 2006 so that it could be included in the first report to OSPAR on the network;

b) to consider whether they could make use of the material WWF had prepared on management of an MPA at the Rainbow Hydrothermal Vent Field in the development of a management plan for the site”.

Com a entrada em vigor no nosso país do Anexo V da Convenção OSPAR, a 25 de Março de 2006⁹⁸, congregaram-se todas as condições legais necessárias à apresentação oficial por Portugal da proposta de inclusão do campo *Rainbow* na rede de AMPs-OSPAR. Assim veio a acontecer no decurso da reunião do Grupo de Trabalho sobre Áreas Marinhas Protegidas, Espécies e Habitats (MASH) havida nos Açores, na cidade da Horta, de 2 a 5 de Outubro de 2006 (*Statement on the Jurisdiction of the Rainbow Hydrothermal Vent Field*⁹⁹). A aceitação da proposta e o reconhecimento no âmbito da Convenção OSPAR da jurisdição do Estado português sobre o *Rainbow* vieram a consumar-se em Junho de 2007 com a publicação do relatório oficial acerca do ponto da situação da rede de AMPs-OSPAR (2006/2007 *Report on the status of the OSPAR Network of Marine Protected Areas*¹⁰⁰). Este documento é generoso nas palavras elogiosas e nos incentivos velados, não só à continuidade do trabalho de protecção ambiental desenvolvido por Portugal, especificamente pelo Governo Regional dos Açores e comunidade científica residente, como também ao esforço da EMEPC ao nível do processo de fixação dos limites exteriores da plataforma continental. Em especial, o reconhecimento da jurisdição do Estado português sobre o *Rainbow* é, assim auspiciamos, o primeiro sintoma sólido de que o nosso país está, uma vez mais, prestes a fazer história no permanente devir da odisséia marítima, pela iniciativa inédita de criação de uma área marinha protegida numa zona da plataforma continental situada além das 200MN. E foi assim que na ponta do *Arco-íris* encontramos para o Direito um verdadeiro tesouro de rotas reflexivas originais por onde terá de navegar o destino em aberto da experiência de definição dos limites exteriores da plataforma continental.

⁹⁷ Quanto à alteração do discurso do WWF em 2006 e 2007 ver, respectivamente:

http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2006/WWF_BDC06_jurisdiction.doc

http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2006/WWF_ICG-MPA06_Annex.pdf

http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2007/WWF_MASH07_HSMPA_proposals.doc

⁹⁸ Vide o Aviso n.º 578/2006, DR I-A, n.º 87, de 5 de Maio, pp. 3249, *cit.*. Ver *supra* o ponto 2, alínea a), nota 53.

⁹⁹ Vide o documento OSPAR Commission, MASH 06/5/10-E.

¹⁰⁰ Apresentado pela Alemanha, país com a liderança do ICG-MPA. Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E.

No relatório oficial 2006/2007 relativo à situação da rede de AMPs-OSPAR distinguem-se dois aspectos essenciais. O primeiro refere-se à aceitação da proposta portuguesa de inclusão do campo *Rainbow* na rede AMPs-OSPAR, com o esclarecimento expresso que se trata da única proposta apresentada até ao momento de uma AMP situada na plataforma continental de uma Parte Contratante numa zona em que esta se estende para lá das 200MN¹⁰¹. Coerentemente retrocedeu-se na menção às iniciativas prévias do WWF de fazer do *Rainbow* um exemplo de AMP-OSPAR internacional, considerando-o, contudo, implicitamente, um caso atípico pela qualificação jurídica das águas sobrejacentes: alto mar¹⁰². O segundo diz respeito ao modo elogioso como o documento se refere à actuação de Portugal (“*Notwithstanding the recent commendable efforts of Portugal...*”¹⁰³). São motivos justificativos da distinção o facto de Portugal, através da Região Autónoma dos Açores, ter sido o primeiro a propor a inclusão de uma AMP na rede OSPAR (banco *Formigas/Dollabarat*), o primeiro a propor a inclusão na rede OSPAR de uma AMP situada na plataforma continental para lá das 200MN (*Rainbow*), o único até ao presente a propor AMPs-OSPAR fora do âmbito da Rede Natura 2000 (campos hidrotermais *Lucky Strike* e *Menez Gwen* localizados dentro das fronteiras da zona económica exclusiva), ou propondo maiores extensões do que as correspondentes aos sítios de importância comunitária (SIC – Rede Natura 2000)¹⁰⁴. Um exemplo dado pelo Governo regional a ser seguido, o quanto antes, quer no Continente, quer na Região Autónoma da Madeira.

A este propósito realce-se que a nordeste do arquipélago da Madeira, entre a zona económica exclusiva deste arquipélago e a do Continente, na sequência oeste do banco *Gorringe*, concretamente nas coordenadas 36°35’N; 14°15’W, encontra-se o monte submarino *Josephine* cuja situação é idêntica à do campo *Rainbow*. Quer dizer, localiza-se numa zona da nossa plataforma continental que fica além das 200MN. O monte é particularmente importante pelos seus recursos haliêuticos¹⁰⁵. Por este motivo tem sofrido impactos negativos causados pela pressão da pesca, potenciada pelo facto de se considerar que está situado em «águas internacionais», querendo-se com a expressão abranger também o solo e subsolo marinhos. Assim o atesta o modelo exemplificativo de áreas a incluir na rede de AMPs-OSPAR, mais uma vez da autoria do WWF¹⁰⁶, sugerindo-se a designação do *Josephine* como AMP-OSPAR de alto mar¹⁰⁷.

O reconhecimento da jurisdição de Portugal sobre o campo *Rainbow* no relatório oficial 2006/2007 relativo à situação da rede de AMPs-OSPAR é um momento verdadeiramente importante, não só pela perspectiva da novidade da criação de uma AMP numa zona da plataforma continental situada além das 200MN, portanto sob águas do alto mar, como também pelo reconhecimento da jurisdição do Estado num momento em que a conclusão do processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental portuguesa

¹⁰¹ Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E, ponto 7 da apresentação e pontos 8, 32 e 44 do Relatório.

¹⁰² Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E, pontos 4 e 9 da apresentação e pontos 32 e 44 do Relatório.

¹⁰³ Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E, ponto 10 da apresentação.

¹⁰⁴ Vide o documento OSPAR Commission, OSPAR 07/6/6-E, ponto 7 da apresentação e pontos 8, 9, 12, 27 e 39 do Relatório.

¹⁰⁵ Sobre as características dos montes submarinos vide, designadamente, Tony J. PITCHER, Telmo MORATO, Paul J.B. HART, Malcolm R. CLARK, Nigel HAGGAN, Ricardo S. SANTOS (Eds), *Seamounts: Ecology, Fisheries and Conservation*, Oxford – UK, Iowa – USA, Victoria – Australia, Blackwell Publishing, 2007.

¹⁰⁶ In <http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Projects/MPAmap.htm>

¹⁰⁷ Ver também a brochura *Marine Protected Areas in areas beyond national jurisdiction. Proposed High Seas MPAs in the North East Atlantic by WWF 1998-2006*, cit., 2006, pp. 6/8 e 13/15.

está ainda longe do fim¹⁰⁸. Todavia, trata-se tão somente do primeiro sintoma sólido de que se poderá fazer história. Efectivamente, a aceitação da jurisdição confina-se às Partes Contratantes da Convenção OSPAR e o desfecho feliz está ainda dependente da conclusão satisfatória do processo a apresentar à Comissão de Limites da Plataforma Continental até 13 de Maio de 2009¹⁰⁹. O encerramento definitivo do processo constituirá indirectamente uma espécie de ratificação ou confirmação do poder de protecção ambiental assumido pelo Estado. Uma vez terminantemente fixados os limites exteriores da plataforma continental o poder «condicionado» sobre ela exercido torna-se definitivo. Até lá toda uma disciplina normativa e uma estrutura de gestão hão que ser criadas na ordem jurídica portuguesa, ao abrigo da legislação aplicável às áreas marinhas protegidas, para materializar as tão nobres intenções que o campo *Rainbow* suscita.

3. *Rainbow*: significado na evolução do Direito português aplicável às áreas marinhas protegidas

A integração de uma área marinha na rede de AMPs-OSPAR implica naturalmente para as Partes Contratantes proponentes a adopção de um conjunto de medidas de cujo cumprimento dependem a efectividade e eficácia da iniciativa tomada. Conforme previsto na Recomendação 2003/3¹¹⁰, a selecção de uma área implica que a Parte Contratante respectiva elabore um plano de gestão adequado aos objectivos que se pretendem prosseguir e determine as medidas de gestão necessárias de acordo com as orientações aprovadas no âmbito da Comissão OSPAR em Junho de 2003¹¹¹. A operacionalização de todo o processo pressupõe inevitavelmente um quadro jurídico nacional que sustente a designação da área marinha protegida. Neste aspecto a perspectiva de criação de uma área protegida no campo *Rainbow* personifica o culminar da evolução do Direito português atinente às áreas protegidas no que concerne a extensão da sua aplicabilidade a todos os espaços marítimos sob soberania ou jurisdição portuguesa.

A protecção do meio marinho através de áreas protegidas no Direito português, tal como aconteceu em muitos outros países, evoluiu à sombra da protecção do meio terrestre. Com efeito, a experiência acumulada na criação de áreas protegidas terrestres comunicou-se gradualmente ao meio marinho e esta transferência foi guiada pela preocupação de se protegerem, fundamentalmente, zonas costeiras ou complexos insulares. A legislação portuguesa aplicável às áreas marinhas protegidas caracterizou-se durante muito tempo precisamente por estes dois aspectos. Mais claramente, um, a falta de um dispositivo legislativo que reflectisse autonomamente a idiossincrasia do meio marinho; outro, o privilégio das áreas marinhas marítimo-terrestres, costeiras ou abrangendo a realidade ecológica insular. O mar desconhecido e o estádio da evolução do Direito do mar para isto concorriam. À Região Autónoma dos Açores devemos uma vez mais o rompimento

¹⁰⁸ Sobre as várias situações susceptíveis de fazerem alongar o processo, vide a fundamentação apresentada por Portugal no documento *Statement on the Jurisdiction of the Rainbow Hydrothermal Vent Field*, cit., OSPAR Commission, MASH 06/5/10-E. Ver também Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *op. cit.*, 2006, pp. 44-45.

¹⁰⁹ Sobre o processo de fixação dos limites exteriores da plataforma continental, vide Paulo das Neves COELHO, «O Processo de Extensão da Plataforma Continental», in EMEPC-FDUP-CIMAR, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, pp. 13-59.

¹¹⁰ Vide *Recommandation OSPAR 2003/3 concernant un réseau de zones marines protégées*, cit., Réf.: § A-4.44a), OSPAR 03/17/1-F, Anexo 9, ponto 3.3.

¹¹¹ Vide as *Linhas de orientação OSPAR acerca da identificação e selecção de áreas marinhas protegidas na zona marítima OSPAR e as Linhas de orientação OSPAR acerca da gestão das áreas marinhas protegidas na zona marítima OSPAR*, documentos supracitados.

do trajecto. O Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A, de 25 de Junho¹¹², é a muitos títulos um diploma notável, fazendo a ponte entre o passado e o futuro. Absorve todos os contributos decisivos consagrados no regime aplicável à Rede Nacional de Áreas Protegidas (Decreto Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro¹¹³) e cria um dispositivo aberto aos grandes desafios que actualmente se colocam à protecção do meio marinho costeiro (*inshore*) e oceânico (*offshore*).

a) Antecedentes históricos do regime actualmente vigente

i) 1965 / 1970 – A oportunidade perdida de um percurso autónomo originário das áreas marinhas protegidas

A inscrição na consciência colectiva da importância que o mar reveste num país com o enquadramento geográfico e cultural como o nosso foi, no âmbito das áreas protegidas, historicamente patenteada pelo facto admirável das primeiras previsões legais atinentes ao modelo das áreas protegidas terem dito exactamente respeito à criação de “parques nacionais submarinos”. Em 1965 deu-se um passo, infelizmente desaproveitado, na senda de conferir ao meio marinho a dignidade e autonomia que sempre lhe devia ter sido reconhecida quando falamos da protecção da sua biodiversidade e dos seus recursos.

O marco primordial da história das áreas marinhas protegidas no nosso país consubstancia-se, efectivamente, em duas Portarias interligadas. A Portaria de 22 de Junho de 1965¹¹⁴ e a Portaria de 8 de Abril de 1970¹¹⁵. Reside o valor da primeira, não tanto na inteligibilidade das motivações, sendo parco o articulado, mas sim na afirmação solene de se ter tornado necessário proceder ao estudo do estabelecimento e demarcação dos “primeiros parques nacionais submarinos” a criar em Portugal, elegendo-se para o efeito uma comissão.

O apuramento das verdadeiras razões que justificaram na altura tão assinalável inovação foi facilitado com a aprovação, cerca de cinco anos depois, da Portaria de 8 de Abril de 1970 que cometia ao Instituto Hidrográfico, da Direcção Geral da Marinha, a responsabilidade para orientar e controlar a experimentação a levar a cabo nos parques submarinos. No seguimento da reestruturação daquela entidade, operada pelo Decreto-Lei n.º 26/70, de 15 de Janeiro¹¹⁶, tinham ficado sob a sua alçada todos os trabalhos de investigação do mar que as responsabilidades do Ministério da Marinha exigiam, independentemente da sua finalidade militar¹¹⁷. Assim passaram a estar incluídas inúmeras actividades de investigação marinha ligadas, designadamente, à oceanografia física, geológica, química e biológica cujos resultados se pretendiam ver aplicados nos campos económico (destacando-se aqui a pesca), científico e militar¹¹⁸. Neste cenário entendeu-se que deveria ser o Instituto Hidrográfico a entidade responsável pelo desenvolvimento dos parques submarinos. Consequentemente, alargaram-se as funções da comissão encarregada dos parques submarinos e procedeu-se à alteração da sua composição de forma a retratar as responsabilidades do Instituto Hidrográfico. Foi essencialmente este o conteúdo da Portaria de 8 de Abril de 1970. Fácil é de constatar que na altura as motivações associadas à protecção da biodiversidade marinha não figuravam entre as prioridades da criação dos parques submarinos. O desenvolvimento do conhecimento científico e o fomento da actividade pesqueira pareciam

¹¹² DR I, n.º 120, pp. 4034.

¹¹³ DR I-A, n.º 19, pp. 271.

¹¹⁴ Diário do Governo, II Série, n.º 152, de 30 de Junho de 1965, pp. 4930.

¹¹⁵ Diário do Governo, II Série, n.º 93, de 21 de Abril de 1970, pp. 2955.

¹¹⁶ Diário do Governo, I Série, n.º 12, pp. 69.

¹¹⁷ Vide em especial os n.º 3 e 4 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 26/70, de 15 de Janeiro, *cit.*

¹¹⁸ Vide o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 26/70, de 15 de Janeiro, *cit.*

ser as forças motrizes da actividade de investigação e este entendimento reflectiu-se na Portaria de 8 de Abril de 1970. Sublinhava-se aqui que a criação dos parques submarinos pretendia proporcionar melhores condições experimentais para o desenvolvimento do maior número de actividades nacionais relacionadas com a investigação bioceanográfica. Apesar de afastada nos seus propósitos aparentes dos dilemas directos da protecção da biodiversidade, o certo é que se criaram todas as condições necessárias para que rápida e facilmente tais dilemas fossem atendíveis. Para tanto concorria a colocação do Instituto de Biologia Marítima e do Aquário Vasco da Gama na dependência directa do director-geral do Instituto Hidrográfico, isto em 1971¹¹⁹. Bastaria, por conseguinte, o decurso natural do tempo pois não duvidamos que a via aberta pelas Portarias de 1965 e 1970 era a ideal para uma melhor compreensão do oceano, dos seus processos e da sua biodiversidade, ponto de partida para a criação de áreas marinhas protegidas com fins distintos dos inicialmente atribuídos aos supostos “*primeiros parques nacionais submarinos*”. A prova irrefutável de uma evolução interrompida foi a criação, em 1971, da Reserva das Ilhas Selvagens no arquipélago da Madeira. A leitura do diploma que a criou, o Decreto n.º 458/71, de 29 de Outubro¹²⁰, é a este título esclarecedora. Na ausência de uma habilitação expressa e inquestionável concedida pelo legislador para a criação de áreas protegidas no meio marinho, o diploma cautelosamente procura o fundamento jurídico para a criação da Reserva das Ilhas Selvagens e do espaço marinho circundante no “*espírito*” de dois diplomas: a Lei n.º 9/70, de 19 de Junho (regime abstracto inaugural aplicável às áreas protegidas) e a Portaria de 8 de Abril de 1970. As Portarias de 22 de Junho de 1965 e de 8 de Abril de 1970 poderiam, portanto, ter constituído a rampa de lançamento de um dispositivo legislativo autónomo que reflectisse o modo de ser próprio das áreas marinhas protegidas, demarcando-as dos destinos específicos da protecção do meio terrestre. Quer dizer, independente (mas com ele articulado!) do caminho iniciado pelas áreas protegidas terrestres na Lei n.º 9/70, de 19 de Junho, intitulada “*Dos parques nacionais e outros tipos de reservas*”¹²¹. O fim do ciclo político protagonizado pela revolução de 25 de Abril de 1974 e a evolução futura do regime das áreas protegidas em Portugal inflectiu, todavia, aquilo que poderia ter sido a abertura do nosso Direito a uma reflexão autónoma que intencionasse a personalidade própria do meio marinho. A Lei n.º 9/70 tinha estabelecido os alicerces do desenvolvimento de toda a política de protecção da natureza, em especial criando as bases da concepção das áreas protegidas no nosso país. Embora o motor fundamental da acção legislativa tivesse sido a protecção do meio terrestre, a verdade é que, não obstante o disposto na Base V (sujeição das áreas protegidas ao regime florestal), a Lei n.º 9/70 era suficientemente genérica para não coarctar a possibilidade de criação de áreas protegidas no meio marinho. Ora, é dentro desta sistematização legislativa cujo nervo central é o meio terrestre que irá progredir lenta e discretamente o regime das áreas marinhas protegidas. Esclareça-se, antes de prosseguirmos, que a problemática da autonomia das AMPs não respeita tanto à organização em diploma próprio de um regime particularmente adaptado, mas sim ao espaço que é deixado à singularidade ecológica, sócio-económica e, por consequência, jurídica, das AMPs dentro das soluções encontradas, seja em diploma independente, seja em diploma destinado a regular conjuntamente áreas protegidas terrestres e marinhas. Assinaladamente, porque aquela singularidade deverá reflectir-se na tipologia e objectivos da classificação das áreas protegidas e, necessariamente, nos arranjos institucionais, nos instrumentos de gestão e nos regimes sancionatórios.

¹¹⁹ Vide o Decreto n.º 89/71, de 20 de Março, Diário do Governo, I Série, n.º 67, pp. 349.

¹²⁰ Diário do Governo, I Série, n.º 255, pp. 1644. Ver também o Decreto Regional n.º 15/78/M, de 10 de Março, DR I, n.º 58, pp. 501; e o Decreto Regional n.º 11/81/M, de 15 de Maio, DR I, n.º 111, pp. 1137.

¹²¹ Diário do Governo, I Série, n.º 141, pp. 801.

ii) O tratamento do meio marinho no âmbito do Decreto-Lei n.º 613/76, de 27 de Julho

Com a Constituição da República, de 2 de Abril de 1976, confere-se à defesa do ambiente o estatuto de dignidade constitucional e para a sua realização cometia-se ao Estado, *inter alia*, a tarefa da criação e desenvolvimento de “reservas e parques naturais” (artigo 66.º, n.º 2, alínea c)). Não foi preciso esperar muito para que o legislador ordinário renovasse o quadro legislativo aplicável, criando em 27 de Julho de 1976 um novo regime que veio substituir a Lei n.º 9/70. Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 613/76¹²². Este diploma aplicável em geral às áreas protegidas integra timidamente o meio marinho, sem que lhe seja reconhecido dentro do articulado um qualquer tratamento específico face ao congénere terrestre. A insensibilidade para as particularidades do mar é manifesta. A única vez que o meio marinho é referido respeita à criação de reservas naturais parciais “marinhas” (artigo 2.º, n.º 2). Acresce que o diploma é omissivo quanto à previsão dos espaços marítimos nos quais se admitia a criação de áreas protegidas. Muito provavelmente porque estava ausente do pensamento do legislador a possibilidade e necessidade da sua criação fora das zonas costeiras¹²³. Em suma, apesar da protecção do meio marinho estar abrangida nos fins gerais do Decreto-Lei n.º 613/76, ela é objecto de uma apreensão marginal, desprovida de autonomia ou especificidade. Sublinhe-se, porém, que no período de vigência do Decreto-Lei n.º 613/76 foi criado um número significativo de áreas protegidas com componente marinha.

b) Alargamento a todos os espaços marítimos e sintomas de autonomização do meio marinho no âmbito do regime vigente aplicável à Rede Nacional de Áreas Protegidas (RNAP)

O salto decisivo para o alargamento da preocupação de protecção da biodiversidade marinha a todos os espaços marítimos sob soberania ou jurisdição portuguesa e para uma verdadeira autonomização do meio marinho no tratamento jurídico das áreas protegidas só veio a acontecer com o Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro¹²⁴. Este diploma foi aprovado com vista ao desenvolvimento do disposto na Lei de Bases do Ambiente¹²⁵, o monumento jurídico português dedicado ao ambiente. Para aquela mudança não foi indiferente a sensibilização para as questões especificamente marinhas provocada pela assinatura da CNUDM em 1982, uma vez que esta contribuía para que o ímpeto protector evoluísse da zona costeira para os horizontes exclusivamente marinhos e de personalidade distinta da zona económica exclusiva e da plataforma continental.

À imagem do previsto na Lei de Bases do Ambiente, o Decreto-Lei n.º 19/93 promove as áreas marinhas protegidas, conferindo-lhes formalmente um estatuto de igualdade em relação às áreas protegidas terrestres e prevendo a sua criação em todos os espaços marítimos sob soberania ou jurisdição nacional: águas interiores, mar territorial, zona

¹²² DR I, n.º 174, pp. 1702.

¹²³ Em contrapartida, nos Estados Unidos da América uma lei de 1972 aplicável aos santuários marinhos (*Marine Protection Research and Sanctuaries Act, 1972*) contemplava já a possibilidade da sua criação no domínio marítimo, inclusive, até ao limite da plataforma continental. Vide Claude LAMBRECHTS, «Les parcs marins dans le droit des États-Unis», RJE, número especial: *Les Parcs Marins*, n.º 4, 1980, pp. 356-372, em especial pp. 360-361. Entre nós a Lei n.º 2080, de 21 de Março de 1956 (Diário do Governo, I Série, n.º 60, pp. 305) tinha já instituído a figura da plataforma continental (o seu limite exterior, por regra, fixava-se na linha batimétrica dos 200m – Base II) a ela se devendo, igualmente, a sua integração no domínio público do Estado (Base I).

¹²⁴ DR I-A, n.º 19, pp. 271. Em data posterior à conclusão deste trabalho o Decreto-Lei n.º 19/93 foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho, DRI, n.º 142, pp. 4596. O objecto de que tratamos nem por isso que foi merecedor de esclarecimentos extraordinários.

¹²⁵ Lei n.º 11/87, de 7 de Abril, DR I-A, n.º 81, pp. 1386.

económica exclusiva e plataforma continental. Quanto a estas virtudes a radiografia da lei não se nos apresenta complicada. Por um lado, o artigo 1.º, n.º 2, trata de igual para igual áreas protegidas terrestres e marítimas: “Devem ser classificadas como áreas protegidas as áreas terrestres e as águas interiores e marítimas (...)”). Por outro lado, desenvolvendo o espírito que norteia a Lei de Bases do Ambiente, o Decreto-Lei n.º 19/93 leva inclusivamente mais longe a protecção do meio marinho pois introduz uma inovação que permite estender o braço protector ambiental às zonas da nossa plataforma continental situadas além das 200MN. Dito de outro modo, fazendo a plataforma continental parte integrante do domínio público do Estado¹²⁶ e prevendo o n.º 3 do artigo 1.º que a classificação de áreas protegidas possa abranger aquele domínio, além da zona económica exclusiva, então significa isto que o Direito português prevê expressamente a possibilidade de criação de áreas protegidas em qualquer espaço marítimo sob a soberania ou jurisdição do Estado português, incluindo, na interpretação que desenvolvemos em estudo anterior¹²⁷, nas zonas da plataforma continental situadas além das 200MN. A previsão da possibilidade de criação de áreas marinhas protegidas nos referidos espaços marítimos, quer dizer, não só nas águas interiores e mar territorial (AMPs *inshore* ou *costeiras*), como também, e é este o grande passo, na zona económica exclusiva e plataforma continental (AMPs *offshore* ou ao largo), só por si é mais do que suficiente para que se considere o Decreto-Lei n.º 19/93 um marco na história das áreas marinhas protegidas em Portugal.

Posto isto, esperar-se-ia que a construção do regime das áreas protegidas levasse na devida conta as especificidades do meio marinho. A questão é que isto não aconteceu, pois na verdade o regime criado foi visivelmente talhado a pensar no domínio terrestre. Todavia, em 1998 inicia-se um novo ciclo para as AMPs em Portugal. O cenário político nacional favorecia o meio marinho e o facto foi testemunhado pelo Direito português da altura. Concretamente em 1998 comemorou-se o Ano Internacional dos Oceanos, na sequência de uma proposta apresentada por Portugal à Assembleia da Comissão Oceanográfica Intergovernamental da UNESCO e adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. A efeméride deu o mote à Exposição Mundial de Lisboa (Expo 98), subordinada ao tema «O oceano, um património para o futuro»¹²⁸. Não foi, portanto, por acaso que Portugal se tenha apressado a ratificar, no final de 1997, a principal homenagem mundial ao oceano até hoje prestada pelo Direito: a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Também não terá sido coincidência que, precisamente em 1998, se tenha introduzido uma alteração no regime português das áreas protegidas no sentido de se prever em categorias autónomas áreas protegidas especificamente desenhadas para o meio marinho. Este foi o conteúdo exacto do Decreto-Lei n.º 227/98, de 17 de Julho¹²⁹.

O diploma adita ao Decreto-Lei n.º 19/93 um novo artigo – o artigo 10.º-A – primeiro enclive da autonomia do meio marinho pelo facto de criar uma tipologia e objectivos próprios para as áreas protegidas aí criadas: reservas marinhas e parques marinhos. Evidencie-se, também, o mérito de no preâmbulo do diploma o legislador ordinário ter tido o cuidado

¹²⁶ Em 1993 a plataforma continental pertencia já à categoria de «bem do domínio público», classificação de base jurídico-constitucional (artigo 84.º, n.º 1, alínea a), da CRP). Ver também o disposto na alínea a) do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 477/80, de 15 de Outubro, relativo ao inventário dos bens do Estado (DR I, n.º 239, pp. 3406), e o artigo 3.º da Lei n.º 54/2005, de 15 de Novembro, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos (DR I-A, n.º 219, pp. 6520). Vide também o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 89 (nota 64).

¹²⁷ Vide o nosso trabalho «O regime jurídico das áreas marinhas protegidas e a plataforma continental», *cit.*, 2006, pp. 86-93.

¹²⁸ Vide a introdução da *Estratégia Nacional para o Mar*, aprovada em 16 de Novembro de 2006 (Dia Nacional do Mar), Resolução do Conselho de Ministros n.º 163/2006, DR I, n.º 237, 12 de Dezembro de 2006, em especial pp. 8318.

¹²⁹ DR I-A, n.º 163, pp. 3460.

de sublinhar que a criação de reservas e parques marinhos constitui “*uma prioridade essencial do Governo*”. Infelizmente, diz o povo, «não há bela sem senão»! Apesar de toda a amplitude notável que o Decreto-Lei n.º 19/93 dá à perspectiva de criação de AMPs nos espaços marítimos e, embora tendo presente que é este enquadramento que norteia o artigo 10.º-A, visto integrar-se formalmente no regime da RNAP, a interpretação redutora inerente ao preâmbulo do Decreto-Lei n.º 227/98 e ao n.º 1 do artigo 10.º-A é desoladora e de um atavismo inexplicável. Aprisionando inclusive o potencial da tipologia criada. Explicamos, a racionalidade do Decreto-Lei n.º 227/98 está exclusivamente centrada na existência de áreas protegidas marítimo-terrestres cuja componente marinha se pretende autonomizar, conferindo-lhe um fundamento jurídico independente, mas cujo fulcro parece continuar a ser a existência de uma área protegida terrestre. O n.º 1 do artigo 10.º-A é suficientemente ilustrativo: “*nas áreas protegidas que abranjam meio marinho podem ser demarcadas áreas denominadas reservas marinhas ou parques marinhos*”¹³⁰. Solução voltada para o passado, agravada de demonstração de ignorância face à própria experiência que nos chegava das regiões autónomas onde já tinham sido criadas áreas protegidas exclusivamente marinhas¹³¹ ou onde o elemento marinho é notoriamente predominante e determinante¹³². Não fora dar-se uma interpretação sistemática ao artigo 10.º-A no seio do Decreto-Lei n.º 19/93 e o resultado de pouco serviria para além da afirmação formal da identidade própria do meio marinho, de resto já sancionada empiricamente pela prática. Em suma, retomando o caminho certo que o Decreto-Lei n.º 19/93 permite desbravar, a leitura do seu novo artigo 10.º-A em uníssono com os n.º 2 e 3 do seu artigo 1.º desfaz qualquer dúvida que pudesse subsistir, quer quanto à admissibilidade de áreas protegidas cujo eixo central é a protecção do meio marinho, quer, e fundamentalmente, quanto à admissibilidade de áreas protegidas integralmente marinhas, inclusive nas zonas *offshore*.

Com base neste acervo construído ao longo dos anos, a Região Autónoma do Açores, em Junho de 2007, rompe com o *status quo* normativo existente e dá um exemplo que nos encoraja a acreditar num futuro para o mar bem mais risonho.

c) Triunfo de uma reflexão constitutiva da autonomia do meio marinho no Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A (Rede Regional de Áreas Protegidas dos Açores)

No dealbar do século XXI a abertura do horizonte açoriano¹³³ à protecção dos ecossistemas marinhos *offshore*, como o são os campos hidrotermais, os montes submarinos¹³⁴ e os recifes de coral de água fria, rapidamente deixou expostas as insuficiências e fragilidades

¹³⁰ Sublinhado nosso.

¹³¹ *V.g.*: na Região Autónoma da Madeira, a Reserva Natural Parcial do Garajau, criada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 23/86/M, de 4 de Outubro, DR I, n.º 229, pp. 2888.

¹³² *V.g.*: na Região Autónoma dos Açores, a Reserva Natural dos Ilhéus das Formigas, criada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 11/88/A, de 4 de Abril, DR I, n.º 78, pp. 1340; e Decreto Legislativo Regional n.º 8/90/A, de 17 de Maio, DR I, n.º 113, pp. 2254.

¹³³ Na origem desta abertura esteve o trabalho de investigação que começou a ser construído na Universidade dos Açores nos finais dos anos 80, intensificando-se na década seguinte. *Vide* R. S. SANTOS, S. HAWKINS, L. R. MONTEIRO, M. ALVES e E. J. ISIDRO, «Marine research, resources and conservation in the Azores», *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems*, vol. 5, n.º 4, 1995, pp. 311-354, em especial o panorama descrito e os desafios lançados nas pp. 344-345; R. S. SANTOS, J. GONÇALVES e E. ISIDRO, «Marine Research: The role of the Department of Oceanography and Fisheries of the University of the Azores», *Higher Education Policy*, 8 (2), 1995, pp. 25-28.

¹³⁴ *Vide* P. K. PROBERT, S. CHRISTIANSEN, K. M. GJERDE, S. GUBBAY e R. S. SANTOS, «Management and conservation of seamounts», in Tony J. PITCHER, Telmo MORATO, Paul J.B. HART, Malcolm R. CLARK, Nigel HAGGAN, Ricardo S. SANTOS (Eds), *Seamounts: Ecology, Fisheries and Conservation*, Oxford – UK, Iowa – USA, Victoria – Australia, Blackwell Publishing, 2007, Chapter 20, pp. 444-477.

de um regime de protecção construído na prática para favorecer o meio terrestre. Sem hesitação, numa iniciativa memorável, a Região Autónoma dos Açores escolhe navegar por uma rota independente e aprova em 2007 um regime absolutamente inovador em matéria de áreas protegidas, contribuindo com mais uma referência para a história das AMPs em Portugal. O novo regime jurídico, doravante aplicável à Rede Regional de Áreas Protegidas dos Açores (RRAPA), consta do Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A, de 25 de Junho¹³⁵, e tem subjacente uma concepção diferente das áreas protegidas, transportando a aura de uma intenção prospectiva. Sobretudo o dispositivo denota um percurso reflexivo prévio que pensa autonomamente o meio marinho e a vontade de o exprimir num corpo de normas que não desvirtue o estatuto próprio e a dignidade principal que devem ser atribuídos às áreas marinhas protegidas.

O desejo tangível de conceder protecção a ecossistemas *offshore* (dos quais, pela localização, o campo *Rainbow* é o mais audacioso) e de fazer a devida vênua ao repto multifacetado que é lançado às áreas protegidas no início do século XXI¹³⁶ tornou evidente que a liberdade adaptativa oferecida pelo regime constante do Decreto-Lei n.º 19/93 (artigo 36.º) era insuficientemente elástica. Desta feita inaugurou-se a via do desenvolvimento independente da Lei de Bases do Ambiente¹³⁷ (em especial, o seu artigo 29.º) no que toca à criação de áreas protegidas. Um divórcio amigável selado na conciliação de interesses entre a RRAPA e a RNAP testemunhada pelo artigo 38.º do diploma regional. O olhar sobre o futuro e a aposta arrojada que emanam do Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A são notórios. Na esfera do meio marinho, muito particularmente, cria-se um tipo genérico de área protegida, abraçando todo o espaço marinho açoriano, exclusivamente dedicado à protecção dos ecossistemas, comunidades e *habitats* marinhos *offshore* – o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores (artigo 10.º¹³⁸). Deste modo consagra-se uma figura legal clara, com base na qual podem ser futuramente criadas distintas categorias de áreas marinhas protegidas na zona económica exclusiva e na plataforma continental, respeitadora ao mesmo tempo de um meio cuja principal característica é a da diluição de fronteiras. Coerentemente, prevê-se, também, a organização de um regime jurídico específico para o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores.

¹³⁵ DR I, n.º 120, pp. 4034.

¹³⁶ Pretende-se efectivamente responder a vários reptos, nacionais e internacionais, provindos, designadamente, da Estratégia Nacional de Conservação da Natureza e da Biodiversidade, de 20 de Setembro de 2001 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 152/2001, DR I-B, n.º 236, de 11 de Outubro de 2001, pp. 6426.), da União Europeia e a sua Rede Natura 2000, bem como também, genericamente, da Convenção sobre a Diversidade Biológica e do Anexo V da Convenção OSPAR, e organizar essa resposta num quadro coerente e integrado.

¹³⁷ Possibilidade consagrada na Segunda Revisão constitucional, de 1989 (artigo 229.º, n.º 1, alínea c) – actual artigo 227.º). Ver também o artigo 31.º, n.º 1, alínea e), do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, Lei n.º 39/80, de 5 de Agosto, DR I, n.º 179, pp. 2029, posteriormente modificado, destacando-se no caso as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/98, de 27 de Agosto, DR I-A, n.º 197, pp. 4423.

¹³⁸ Transcreve-se o teor do artigo 10.º:

“1 – O (PMA) é constituído pelas áreas marinhas classificadas nos termos do presente diploma, que integram uma única unidade gestão e se situam para além do limite exterior do mar territorial, podendo incluir as categorias previstas na secção seguinte.

2 - A classificação referida no número anterior destina-se a permitir:

- a) Adoptar medidas dirigidas para a protecção das fontes hidrotermais, montes e outras estruturas submarinas, bem como dos recursos, das comunidades e dos habitats marinhos sensíveis;
- b) Gerir as fontes hidrotermais, os montes e outras estruturas submarinas classificadas ou outras que venham a ser objecto de classificação no arquipélago dos Açores.

3 - A gestão dos locais referidos na alínea b) do número anterior visa assegurar a manutenção e preservação da biodiversidade marinha e a adopção de medidas de protecção, valorização e uso sustentado dos recursos marinhos, através da integração harmoniosa das actividades humanas e estudos científicos.

4 - O PMA é criado por decreto legislativo regional que define o regime jurídico do respectivo instrumento de gestão”.

Pela novidade e importância incontroversa entendemos que o Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A merece uma exposição mais alongada, correndo, embora, o risco de algum desvio ao tema central do nosso estudo. Estrutturamos o contributo inovador do diploma em quatro aspectos distintos:

§ Primeiro, é intenção do legislador regional conciliar e uniformizar nos Açores a concorrência de regimes de protecção distintos que resultam numa multiplicidade de figuras legais (artigos 4.º a 7.º)¹³⁹.

§ Segundo, a classificação e reclassificação das áreas protegidas são norteadas por um modelo de gestão dirigido, por um lado, à criação de unidades bases de gestão (cada uma das ilhas e o todo constituído pelo espaço marinho açoriano *offshore*), reflectidas no plano institucional num órgão de gestão único, por outro lado, a sancionar a classificação de áreas protegidas proposta pela IUCN no seu divulgado *Guidelines for Protected Area Management Categories*, de 1994¹⁴⁰. Pretende-se com o modelo contribuir para o desenvolvimento de uma rede ecológica coerente, em detrimento de unidades de gestão isoladas. Subjaz-lhe, igualmente, o desejo, mais propriamente o postulado do entendimento hodierno da protecção da natureza, de acautelar as sinergias e compatibilização do esforço de protecção com as actividades humanas, activas ou passivas, susceptíveis de se desenvolverem no espaço das áreas protegidas.

§ Terceiro, uma das maiores revoluções feitas pelo diploma é, inquestionavelmente, a introdução de uma nova metodologia de classificação das áreas protegidas, cujo único precedente embrionário equiparável é o do Parque Natural da Madeira, criado em 1982. Para tornar mais clara a interpretação do diploma distinguimos três tipologias de classificação das áreas protegidas. Uma corresponde à classificação tradicional que designamos de «material» e as outras duas resultam de uma classificação que designamos de «instrumental». A classificação material é norteadada por um critério que combina o grau de naturalidade com os objectivos prosseguidos pelas áreas protegidas (artigo 11.º - “*Categorias de áreas protegidas*”). Chamemos-lhe critério teleológico. Esta é a mais nobre das classificações e também a originária. Pelo simples argumento de ser nela que está ínsita a razão de ser última da criação das áreas protegidas, a sua teleologia distintiva: *maxime*, a protecção da diversidade biológica, eventualmente conjugada com outros fins quando compatíveis, sejam eles primários (v.g.: conservação de recursos biológicos) ou secundários (v.g.: investigação científica)¹⁴¹. São estas finalidades que as áreas protegidas devem realizar através dos distintos objectivos de protecção ou conservação que lhe são em concreto fixados. Quanto à classificação instrumental distinguem-se dois critérios: o critério do modelo de gestão (artigo 8.º - “*Tipos de áreas protegidas*”) e o critério, que

¹³⁹ Neste aspecto o diploma concretiza um dos reptos da Estratégia Nacional de Conservação da Natureza e da Biodiversidade, de 20 de Setembro de 2001, quer dizer o da criação de uma Rede Fundamental de Conservação da Natureza.

¹⁴⁰ IUCN, *Guidelines for Protected Area Management Categories*, Gland – Switzerland, Cambridge – United Kingdom, 1994. O documento estabelece uma tipologia de áreas protegidas, mais concretamente seis categorias aplicáveis indistintamente ao meio terrestre e marinho, que continua a ser uma referência na actualidade: Categoria I – protecção integral (v.g.: reserva natural integral); Categoria II – conservação de ecossistemas e turismo (parque nacional); Categoria III – conservação das características naturais (monumento natural); Categoria IV – conservação através de gestão activa (área protegida para gestão de *habitats* ou espécies); Categoria V – conservação de paisagens terrestres e marinhas, e recreio (paisagem terrestre ou marinha protegida); Categoria VI – utilização sustentável dos ecossistemas naturais (área protegida para gestão de recursos).

¹⁴¹ Vide a proposta de aplicação global em Graeme KELLEHER, *op. cit.*, 1999, pp. 14.

nos é familiar, da intensidade da protecção concedida ou critério normativo (artigo 19.º - “Áreas de protecção”). As três tipologias não se destinam a conflitar e sim a conjugar-se no esquema que seguidamente se descreve:

1.º - O processo inicia-se por uma classificação instrumental quanto aos modelos de gestão a que preside o conceito abstracto de «parque». É dentro deste que se faz a *summa divisio* à medida da realidade insular, distinguindo-se o Parque Natural de Ilha (artigos 8.º, 9.º e 17.º) e o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores (artigos 8.º e 10.º). Estes dois tipos constituem as unidades de gestão base da RRAPA. Por outras palavras, do novo corpo legislativo de normas a criar, de acordo com a hipótese legal, decorrerão dez unidades de gestão: um Parque Natural de Ilha em cada uma das nove ilhas do arquipélago e o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores que integrará todas as AMPs *offshore*. Recapitulando, os dois tipos de modelos de gestão criados pelo diploma juridicamente reconduzem-se a um único conceito abstracto: o de parque. Este conceito aglutinador remete para o modelo das áreas protegidas multiusos, de maior ou menor dimensão consoante cubra ou não ecossistemas completos, obedecendo a um zonamento complexo. Dito de outro modo, o parque corporiza um modelo de gestão de geometria variável, podendo abranger vastos espaços, com objectivos de protecção diferenciados e de integração e concertação de interesses ambiciosos.

2.º - Posto isto, o Parque Natural de Ilha e o Parque Marinho do Arquipélago dos Açores podem integrar distintas categorias de áreas protegidas de acordo com a classificação material (artigos 11.º a 16.º). Da aplicação do critério teleológico resulta a seguinte tipologia, em boa medida já nossa conhecida: reserva natural, monumento natural, área protegida para a gestão de *habitats* ou espécies, área de paisagem protegida e área protegida de gestão de recursos.

3.º - A conciliação das utilizações humanas com os objectivos de protecção e conservação origina uma terceira tipologia de áreas. Estas são agora definidas segundo um critério normativo a que subjaz a intensidade da protecção concedida (artigos 19.º a 25.º). Trata-se, por conseguinte, de uma classificação também ela instrumental que reflecte pequenos complexos normativos destinados a proporcionar uma maior ou menor protecção da natureza consoante a plataforma de conciliação possível ou desejável com as utilizações humanas. Alguns dos tipos enumerados não constituem novidade frutuosa, essencialmente, do seu desenvolvimento em planos de ordenamento específicos¹⁴². Assim temos as áreas de protecção integral, as áreas de protecção parcial, as áreas de protecção complementar, as áreas prioritárias para a conservação, as áreas de uso sustentável dos recursos e as áreas de intervenção específica. Esta tipologia está naturalmente ao serviço dos objectivos que presidem às áreas protegidas definidas de acordo com a classificação material, sendo esta articulação reflectida no plano de ordenamento do Parque Natural de Ilha.

¹⁴² A título exemplificativo *vide*, relativamente ao Parque Marinho Professor Luiz Saldanha, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 141/2005, de 23 de Agosto, DR I-B, n.º 161, pp. 4857, artigo 11.º e seguintes, e artigo 37.º e seguintes.

Terminando quanto ao terceiro aspecto, o Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A evidencia-se pela articulação bem conseguida da tradição com a modernidade. Fundamentalmente estabelece uma sistematização clara de conceitos consolidados dentro da dinâmica das modernas propostas de planeamento e gestão das áreas protegidas, *maxime* das áreas marinhas protegidas.

§ O quarto aspecto vem no decurso do que acabamos de expor. O Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A prevê a articulação das “categorias de áreas protegidas” (classificação material) com as “áreas de protecção” (classificação instrumental) unicamente no âmbito do modelo concreto do Parque Natural de Ilha (artigo 19.º). Ao invés de causar estranheza, o facto é facilmente explicado pela percepção de que o regime jurídico aplicável aos tradicionais instrumentos de gestão das áreas protegidas (quer dizer, os planos de ordenamento), pela razão de ter sido elaborado a pensar no meio terrestre, é manifestamente omissivo e desadequado para permitir uma sua aplicação eficaz nos espaços marinhos, sobretudo, *offshore*. A leitura combinada do artigo 19.º com o n.º 4 do artigo 10.º atesta mais uma expressão da vontade, diríamos inevitabilidade, do legislador regional de criar um regime particularmente adaptado às características específicas do meio marinho. Com vista aos fins de ordenamento, cumulados com razões de especificidade ambiental, a cisão fundamental fez-se entre o meio marinho costeiro, juridicamente delimitado pela fronteira exterior do mar territorial (12MN – artigo 9.º), e o meio marinho ao largo, juridicamente delimitado, tacitamente, pela zona económica exclusiva e plataforma continental (artigo 10.º n.º 1: “e se situam para além do limite exterior do mar territorial”). Quer isto dizer que as AMPs criadas até ao limite exterior do mar territorial (AMPs *inshore* ou costeiras) ficam integradas nos Parques Naturais de Ilha, enquanto que as AMPs criadas para lá das 12MN até aos limites exteriores da zona económica exclusiva e da plataforma continental são os componentes estruturantes do Parque Marinho do Arquipélago dos Açores (AMPs *offshore* ou ao largo).

Quanto ao meio marinho costeiro, continuar-se-á a obediência ao regime vigente aplicável aos instrumentos de gestão territorial. Apesar desta divisão artificial costa/largo com a qual o meio aquático não se coaduna, o compromisso encontrado afigura-se nos razoável por três ordens de motivos. Porque, pensando em primeiro lugar no objectivo principal da protecção da biodiversidade, a diversidade biológica costeira é claramente distinta da diversidade biológica oceânica, sendo particularmente relevante para a primeira a proximidade e interacção terrestre. Sublinhe-se que a maior parte das áreas marinhas protegidas já criadas possuem uma natureza mista marítimo-terrestre em prol, *maxime*, da protecção do «todo» ou da «unidade ecológica». Porque, segundo, se dá continuidade a todo o esforço anterior de protecção do meio marinho costeiro, mantendo no essencial inalterado o quadro legal aplicável em matéria de ordenamento. Porque, terceiro, estando nós ainda nos antípodas de um planeamento marítimo¹⁴³ que ligue a zona costeira ao espaço oceânico, o mais sensato é perceber que o início da aventura começa exactamente por não comprometer todo o esforço desenvolvido recentemente no sentido de integrar para já, ao nível da gestão, os esforços de protecção ambiental terrestre com os esforços de protecção ambiental costeira. Efectivamente, o meio marinho costeiro está abrangido

¹⁴³ Vide a nossa comunicação «Marine Planning in Portugal» apresentada no *workshop* sobre “Sea-Use Planning in the EU Coastal and Exclusive Economic Zones”, uma iniciativa independente paralela à “European Conference on Maritime Policy”, Bremen, Alemanha, 2 a 4 de Maio de 2007. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IV, 2007, pp. 395-402.

nas propostas de gestão integrada da zona costeira¹⁴⁴ e no desafio global as áreas protegidas possuem um lugar decisivo.

Quanto ao meio marinho ao largo, a opção do legislador regional é louvável por encarar de frente as especificidades próprias do espaço oceânico e remeter para legislação própria a definição do instrumento de gestão adequado ao Parque Marinho do Arquipélago dos Açores, bem como do respectivo regime jurídico (artigo 10.º, n.º 4). Atente-se que é imenso este desafio de criar toda uma nova lógica de planeamento agora exclusiva do meio marinho. Não vemos neste processo qualquer objecção para que se aplique *mutatis mutandis* a racionalidade que justifica a articulação das “categorias de áreas protegidas” com as “áreas de protecção”. A perspectiva de criação de uma AMP no campo hidrotermal *Rainbow* é, também, neste considerando plena de significado. Não bastando a imensa dificuldade com se depara só por si a organização de um regime jurídico «fundador» para as zonas marítimas *offshore*, agravada pelo quebra-cabeças da conciliação do poder ambiental do Estado costeiro com os direitos dos Estados terceiros até às 200MN, o pormenor da sua aplicação também a zonas da nossa plataforma continental cobertas por águas do alto mar levanta outras questões jurídicas delicadas a que o legislador ordinário não se poderá furtar. No mínimo resolvendo-as pelo menor denominador comum, isto é, indicando os princípios orientadores que deverão guiar a coordenação do poder de jurisdição do Estado costeiro e dos interesses ambientais comuns com as clássicas liberdades do alto mar. Faremos uma aproximação ao problema no ponto 4 deste estudo.

Em jeito de síntese, o regime aplicável à Rede Regional de Áreas Protegidas dos Açores tem a virtude de tratar meio marinho e terrestre de igual para igual e de conceder ao primeiro a autonomia que lhe é devida. Se no que toca ao instrumento de gestão do Parque Marinho do Arquipélago dos Açores, bem como ao seu regime jurídico, o diploma é sumário, é exactamente pela interiorização do tamanho da tarefa que constitui criar toda uma nova lógica de planeamento pensada em função da personalidade própria do espaço oceânico. O Decreto Legislativo Regional n.º 15/2007/A confere, efectivamente, ao meio marinho um estatuto de dignidade principal, sendo as suas características próprias reconhecidas, não só no âmbito da classificação das áreas protegidas, como também ao nível dos instrumentos de gestão e da estrutura institucional (artigo 29.º). Sem contemplações o diploma regional abraça as especificidades da criação de áreas marinhas protegidas *offshore*, partindo de uma dicotomia entre zona costeira e espaço oceânico sob a soberania ou jurisdição do Estado português. Depreende-se do dispositivo encontrar-se a racionalidade da cisão em dois motivos cumulativos: a biodiversidade específica da zona costeira e do oceano aberto e a dinâmica de gestão correlativa. Com a criação do Parque Marinho do Arquipélago dos Açores e respectiva panóplia de AMPs deseja-se proteger a biodiversidade e conservar os recursos marinhos através da integração harmoniosa das actividades humanas e dos estudos científicos (artigo 10.º n.º 3). O empenho na protecção e conservação é assumidamente orientado para as fontes hidrotermais, montes e outras estruturas submarinas, bem como para os recursos naturais, as comunidades e os *habitats* marinhos sensíveis (artigo 10.º, n.º 2). Muito compreensivelmente a implementação do diploma poderá vir a expor incoerências ou dificuldades inesperadas. Desde logo pela inexperiência em matéria de protecção dos tipos de ecossistemas *offshore* visados, designadamente em situações inéditas como a do

¹⁴⁴ Vide, designadamente, *Bases para a Estratégia de Gestão Integrada da Zona Costeira Nacional*, Projecto de Relatório do Grupo de Trabalho, Coordenação de Fernando Veloso GOMES, de 23 de Janeiro de 2006. Acessível online no sítio http://www.portugal.gov.pt/NR/rdonlyres/432977FB-ECDO-4F24-AA49-FCAA45A01854/0/Proj_Rel_Bases_Estrategia_Gestao_Litoral.pdf. Ver também a Comunicação da COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Avaliação da Gestão Integrada da Zona Costeira (GIZC) na Europa*, de 7 de Junho de 2007, COM (2007) 308 final.

Rainbow. Aparte contratempos previsíveis é inquestionável que a Região Autónoma dos Açores deu provas de uma entrega credível à materialização no plano jurídico do desafio actual de protecção do meio marinho através de áreas protegidas, liderando no espaço nacional a determinação em fazer a ponte das boas intenções que preenchem o discurso político para a mundividência complexa que assume a sua execução prática¹⁴⁵.

4. As liberdades do alto mar e as dificuldades inerentes à criação de um regime substitutivo protector para o campo *Rainbow*: esboço de soluções

Proteger o ecossistema do campo hidrotermal *Rainbow* e Portugal ter-se assumido como agente propulsor da intenção são factos que a todos dignificam. O tamanho da responsabilidade é, todavia, imenso e, pelo menos no plano da discussão doutrinal, espinhoso o caminho conducente à criação e aceitação generalizada de um regime específico protector que efective o intuito. O estatuto jurídico de alto mar da coluna de água sobrejacente ao campo *Rainbow* invoca direitos dos Estados terceiros que não podem ser menosprezados a favor de verdades ambientais absolutas. A busca de um justo equilíbrio entre os interesses ambientais e as razões concorrentes susceptíveis de serem invocadas pelos Estados terceiros passa, dentro do padrão fixado pelo Direito do Mar, por um real esforço de cooperação. Inevitável na ausência de competência estadual. De qualquer modo uma cooperação imprescindível para que se esbata o espectro de regimes heterovinculantes, aprovados pelo Estado costeiro no âmbito das competências que lhe são reconhecidas, em privilégio de uma autovinculação *de direito* ou *de facto* (artigo 237.º da CNUDM e artigo 5.º da CDB). Só este esforço permite acautelar contestações ou a debilidade previsível do sistema de fiscalização e de garantia de cumprimento do regime protector a criar. Lá nas profundezas onde ninguém vê, lá longe onde a perspectiva de uma fiscalização eficaz é inversamente proporcional à distância, lá longe onde as competências de fiscalização são difusas¹⁴⁶, só um aturado trabalho diplomático de sensibilização e concertação de esforços tem a virtualidade de conseguir na prática a aquiescência fundamental que assegure a respeitabilidade de um regime cuja capacidade impositiva heterónoma é à partida muito frágil. Quiseram os acontecimentos que o processo de protecção do campo *Rainbow* se fizesse de fora (Direito internacional) para dentro (Direito nacional). Este ensaio escudado pelo quadro político OSPAR é incontrovertidamente vantajoso na tarefa de criação de um regime solidamente estabelecido e pretensamente eficaz para a AMP-*Rainbow*.

¹⁴⁵ Posteriormente refira-se o conjunto de intenções políticas depositadas no Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território, de 4 de Setembro de 2007, que preside aos instrumentos de gestão territorial de âmbito nacional. Este documento define orientações estratégicas de âmbito nacional, cuja pormenorização no programa de acção nos dá indicadores da importância atribuída ao meio marinho e da perspectiva da sua autonomia em sede de criação de áreas protegidas enquanto instrumentos privilegiados de protecção da biodiversidade. Caberá à Assembleia da República e ao Governo, dentro das respectivas atribuições e competências, concretizar as medidas previstas no Programa. O Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território foi aprovado pela Lei n.º 58/2007, de 4 de Setembro, DR-I, n.º 170, pp. 6126. *Vide* a Declaração de rectificação n.º 80-A/2007, de 7 de Setembro, DR I, n.º 173, pp. 6352-(2). Após a conclusão deste estudo cite-se a publicação do Decreto-Lei n.º 142/2008, supracitado.

¹⁴⁶ Contudo, em certas circunstâncias, o desenvolvimento tecnológico (*v.g.*: sistemas de localização por satélite), a presença de observadores e as possibilidades de controlo pelo Estado do porto, (*v.g.*: embarcações de pesca) por exemplo, não devem ser negligenciadas. *Vide* em geral Daniel OWEN e Fenner CHAMBERS, *op. cit.*, 2006.

a) «Estado da arte»

Consabidamente as motivações económicas foram o grande motor da conclusão da CNUDM. O despertar para uma consciência ambiental bem como o peso crescente que esta possui na aurora do século XXI não conseguiram ainda inverter as regras de um jogo onde os interesses económicos beneficiam de um *status* privilegiado e pleno de melindres. O Direito do Mar é uma evidência disto mesmo. Realmente se se proclama solenemente o dever do Estado proteger o ambiente marinho e que este dever é uma contrapartida do direito de soberania sobre os recursos naturais, do mesmo modo se acautelam solenemente os direitos e as liberdades dos Estados terceiros. Tendo como horizonte as zonas da plataforma continental situadas além das 200MN, exemplifique-se. No artigo 194, n.º 4, da CNUDM, a propósito das medidas a tomar com vista à prevenção da poluição, “os Estados devem abster-se de qualquer ingerência injustificável nas actividades realizadas por outros Estados no exercício de direitos e no cumprimento de deveres”. No âmbito do regime específico da plataforma continental, de acordo com o n.º 2 do artigo 78.º “o exercício dos direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental não deve afectar a navegação ou outros direitos e liberdades dos demais Estados, previstos na presente Convenção, nem ter como resultado uma ingerência injustificada neles”. Entre as liberdades do alto mar figuram, de acordo com o artigo 87.º, n.º 1, além da liberdade de navegação, a liberdade de colocar cabos e ductos submarinos, a liberdade de pesca e a liberdade de investigação científica conforme regulado. Determina ainda este artigo no seu n.º 2 que o exercício das liberdades pelos Estados devem ter em devida conta “os direitos relativos às actividades na Área” previstos na CNUDM. As ilações que se poderão retirar desta passagem, inspiradoras de construções de *iure condendo* que lhe associe o poder de protecção ambiental, quer por parte da Autoridade Internacional para os Fundos Marinhos, quer, analogamente, por parte do Estado costeiro nas zonas da plataforma situadas além das 200MN, estão em aberto.

A noção de que na realidade presente das AMPs as liberdades do alto mar são de todo o modo ainda formalmente «sacrossantas» e que o percurso do rompimento com esta cristalização só se consegue com um árduo esforço de consciencialização ambiental e de incentivo à cooperação internacional respira-se claramente do artigo 22.º, n.º 2, da Convenção sobre a Diversidade Biológica. Respeitando o espírito do artigo 237.º da CNUDM, naquela disposição estatui-se que as Partes Contratantes deverão implementar a convenção no que concerne ao ambiente marinho “de acordo com os direitos e obrigações dos Estados decorrentes do direito marítimo”.

Observando agora o Anexo V da Convenção OSPAR, apercebemo-nos que também este não se furta ao dever de procurar uma fórmula que concilie o feixe de medidas concretas que se solicita às Partes Contratantes, assinaladamente no contexto das AMPs, com os direitos potencialmente mais melindrosos reconhecidos pela CNUDM a qualquer Estado. A maturação da temática favoreceu, porém, um arranjo que, sem destronar formalmente o *status quo* fixado na CNUDM, utiliza os próprios mecanismos criados pelo Direito do mar e, mais amplamente pelo Direito internacional, para redimensionar no século XXI o pensamento sobre as clássicas liberdades de navegação e pesca. A disposição relevante na matéria em análise é o artigo 4.º¹⁴⁵.

¹⁴⁷ Transcreve-se o artigo 4.º do Anexo V:

“1 - Em conformidade com o penúltimo considerando da Convenção, não será adoptada qualquer medida ou programa relativo a questões relacionadas com a gestão das pescas, ao abrigo do presente anexo. No entanto, se a Comissão considerar que é desejável a adopção de uma medida relativa a esta questão, deverá chamar a atenção da autoridade ou organismo internacional para o efeito competente. Quando for desejável que a Comissão adopte medidas para complementar ou reforçar as acções destas autoridades ou organismos, a Comissão desenvolverá todos os esforços para cooperar com eles.

Em virtude da gestão da pesca estar devidamente regulamentada por acordos internacionais e regionais e pelo facto da Organização Marítima Internacional (OMI) ser a organização internacional competente para adoptar medidas que restrinjam a liberdade de navegação, demite-se a Comissão OSPAR de adoptar, quer medidas ou programas relativos a questões relacionadas com a gestão das pescas, quer medidas atinentes à navegação que devessem ser posteriormente executadas pelas Partes Contratantes. Ora, sempre que a protecção da biodiversidade de uma determinada área exigir medidas que contendam com a pesca ou com a navegação, a Comissão OSPAR e as Partes Contratantes da Convenção OSPAR, que sejam igualmente membros dos organismos internacionais com legitimidade para intervir, deverão desenvolver todos os esforços de concertação e cooperação necessários. Toda esta racionalidade interessa particularmente em casos como o do campo *Rainbow*, onde os poderes de actuação unilateral do Estado costeiro são praticamente nulos, por ausência de competência para restringir a pesca ou a navegação em relação a cidadãos de Estados terceiros. É certo que, de um ponto de vista teórico, nada impediria a conclusão de um *gentleman agreement* no quadro OSPAR acerca da aplicação *inter partes* de medidas restritivas. Mas continuariam desobrigados os Estados não partes da Convenção OSPAR, meio caminho para resultados práticos ineficazes e inutilidade do presumível acordo de cavalheiros. Com um ónus injustificado para os nacionais das Partes Contratantes OSPAR. Além disso, definitivamente, não é aquele o sentido que norteia o artigo 4.º.

A racionalidade do artigo 4.º do Anexo V foi posteriormente retomada na Recomendação 2003/3¹⁴⁸. No seu ponto 3.3 prevê-se que, consoante o plano de gestão apresentado pelas Partes Contratantes com vista à protecção das áreas seleccionadas e o tipo de medidas protectoras exigidas, se desenvolvam acções no sentido de fazer aprovar as medidas, como se segue:

- quando o Estado proponente é competente para adoptar as medidas (todas ou algumas), deverá desencadear os mecanismos previstos na legislação nacional (*maxime*, legislação aplicável às AMPs) que conduzam à sua aprovação e aplicação;
- quando o consentimento de uma organização internacional é necessário para a adopção das medidas pelo Estado ou quando a adopção das medidas propostas é da competência de uma autoridade ou organização internacional, cabe ao Estado fazer todas as diligências junto dessas entidades com vista à obtenção do consentimento ou adopção das medidas em causa.

A actuação que se pede ao Estado beneficia, quando requerido, do peso negocial da estrutura OSPAR. Assim se prevê na alínea c) do ponto 4.4 da *Estratégia OSPAR relativa à protecção e conservação dos ecossistemas e da diversidade biológica da zona marítima* (2003)¹⁴⁹. Com vista a apoiar os esforços desenvolvidos por uma Parte Contratante junto de uma organização internacional para que sejam instauradas as medidas de gestão necessárias

2 - Quando a Comissão considerar que, ao abrigo do presente anexo, é desejável a adopção de medidas relacionadas com o transporte marítimo, deverá submeter a questão à Organização Marítima Internacional. As Partes Contratantes que sejam membros da Organização Marítima Internacional desenvolverão nessa sede todos os esforços de cooperação em ordem a obter uma resposta adequada, incluindo, se necessário, o acordo dessa Organização no que respeita a uma acção regional ou local, tendo em consideração as linhas de orientação eventualmente desenvolvidas pela Organização no que respeita à designação de zonas especiais, identificação de zonas especialmente sensíveis ou outras matérias”.

¹⁴⁸ Cit..

¹⁴⁹ Cit..

a um regime de protecção eficaz de uma AMP-OSPAR, mediante solicitação da Parte Contratante respectiva, a Comissão OSPAR pode considerar que se justifica a sua intervenção ou entender que é necessária uma acção concertada das Partes Contratantes.

Feito o enquadramento, veja-se de seguida quais são em concreto as actividades desenvolvidas pelos Estados, ao abrigo das liberdades do alto mar, que conflituam ou poderão conflitar com os objectivos de protecção do campo *Rainbow*, para depois tecermos um esboço de soluções possíveis.

b) Plano de gestão do *Rainbow* e conflitos previsíveis. Esboço de soluções

Descendo do plano da abstracção à realidade específica do campo hidrotermal *Rainbow* concluímos que são bem menores as dificuldades a superar quando comparadas com o feixe de problemas que a curiosidade doutrinal inevitavelmente desperta pela entrega à exploração da ideia de uma AMP nacional sob águas do alto mar. Do plano de gestão do *Rainbow* que nos foi acessível¹⁵⁰ resulta que a grande actividade humana ou liberdade do alto mar susceptível de conflitar na prática com os objectivos de protecção do campo é contemporaneamente, com alguma ironia, a investigação científica.

No que concerne a liberdade de navegação a protecção das comunidades vivas das chaminés hidrotermais não implica qualquer limitação à passagem dos navios. Hipoteticamente, se alguma perturbação relevante ocorresse resultante da navegação comercial, a OMI seria sempre a organização à qual deveriam ser dirigidos os pedidos de medidas a adoptar, por exemplo uma «área a evitar»¹⁵¹ ou, justificando-se a abrangência, a designação de uma Zona Marinha Particularmente Sensível¹⁵².

Quanto à liberdade de pesca, o campo situa-se a uma profundidade (2270m) superior àquela que actualmente é atingida pela actividade pesqueira. Consequentemente, uma restrição da actividade pesqueira na área só se poderá considerar justificável como medida de precaução. Sublinhe-se neste ponto que a zona onde se situa o campo *Rainbow* está de toda a maneira abrangida pela proibição constante do Regulamento comunitário n.º 1568/2005, de 20 de Setembro¹⁵³. O dispositivo comunitário, aplicável em zonas da Macaronésia (Açores, Madeira e Canárias) incluídas dentro de determinadas coordenadas geográficas, pretende proteger os ecossistemas vulneráveis ali encontrados, tais como os recifes de coral de profundidade, chaminés hidrotermais e estruturas de carbonato, dos impactos negativos causados pelas artes de pesca. Concretamente este regulamento adita ao artigo 30.º do Regulamento (CE) n.º 850/98, de 30 de Março, um novo número (5) prevendo que os navios sejam proibidos de utilizar “*redes de emalhar, redes de enredar*

¹⁵⁰ Baseado no plano de gestão proposto pelo WWF disponível em http://www.ngo.grida.no/wwfneap/Publication/Submissions/OSPAR2006/WWF_ICG-MPAo6_Annex.pdf

¹⁵¹ Designadamente, quanto a Portugal continental, no seguimento da proposta feita por Portugal à OMI e consequente aprovação pelo Comité de Segurança Marítima da organização, foi criada, uma «área a evitar» na zona das Berlengas que interdita a navegação a todos os navios com mais de 300 toneladas. Mais genericamente, por efeito da psicose provocada pelo acidente do petroleiro *Prestige* na costa da Galiza, o Governo aprovou em 2006 um novo regime aplicável aos esquemas de separação de tráfego a vigorar em espaços marítimos sob jurisdição nacional. Com as medidas adoptadas pretende-se reforçar a segurança marítima e a simplificação da navegação indexando-as ao objectivo de protecção e preservação do meio marinho. Vide o Decreto-Lei n.º 198/2006, de 19 de Outubro, DR I, n.º 202, pp. 7297. Ver também L. Sardinha MONTEIRO e J. Velho GOUVEIA, «Novos Esquemas de Separação de Tráfego na Costa Portuguesa», Revista da Armada, n.º 383, 2005.

¹⁵² Vide J. Velho GOUVEIA e L. Sardinha MONTEIRO, «A Zona Marítima Particularmente Sensível da Europa Ocidental», Revista da Armada, n.º 388, 2005.

¹⁵³ Regulamento (CE) n.º 1568/2005, do Conselho, de 20 de Setembro, JOUE n.º L 252, de 28 de Setembro, pp. 2, respeitante à protecção dos recifes de coral de profundidade dos efeitos da pesca em determinadas zonas do oceano Atlântico.

ou tresmalhos a profundidades superiores a 200 metros, e redes de arrasto pelo fundo ou redes rebocadas similares que operem em contacto com o fundo do mar”¹⁵⁴. O Regulamento vincula exclusivamente os Estados-membros da União Europeia. Não obstante o interesse em aprofundar a extensão da proibição a Estados terceiros, a profundidade a que se situa o *Rainbow* torna no imediato estéril a reflexão.

No que respeita agora a colocação de cabos submarinos, o espírito que preside ao artigo 79.º, n.º 2¹⁵⁵, da CNUDM, para o qual remete o artigo 87.º, n.º 1, alínea c), transportado para o presente parece militar no sentido das razões de protecção ambiental dos campos hidrotermais constituírem motivo justificativo do impedimento da colocação de tais cabos. Acresce que, sendo pequena a dimensão das áreas a proteger, algum eventual conflito será facilmente resolvido por concertação de vontades entre o Estado costeiro e as partes interessadas.

Na esfera das liberdades do alto mar o foco de incompatibilidade que permanece diz, portanto, respeito à investigação científica. À margem desta outras actividades humanas emergentes, não previstas na CNUDM, são potencialmente conflituantes com os objectivos de protecção do campo *Rainbow*: o turismo e, fundamentalmente, a bioprospecção. Relativamente ao turismo, no momento aparentemente episódico¹⁵⁶, fica a dúvida se tal actividade se poderá subsumir na liberdade de navegação na coluna de água. Os impactos negativos que a luz, os detritos, a introdução de espécies não indígenas ou contactos físicos possam causar nas estruturas e comunidades biológicas dos campos hidrotermais, em virtude da associação directa entre o campo hidrotermal e o *leitmotiv* da navegação naquela área, inclinam-nos a considerar que o Estado costeiro pode proibir ou condicionar a actividade por razões de protecção ambiental. A procura de uma base para aceitação voluntária das medidas por parte dos Estados terceiros directamente visados é, todavia, aconselhável. Quando associado à investigação científica a questão transfere-se para esta última. Identicamente a questão da bioprospecção, apesar de, enquanto tal, estar omissa na CNUDM, subsume-se na problemática atinente à investigação científica.

Em matéria de liberdade de investigação científica talvez mereça a pena começar exactamente pelo fim. Quer dizer, a necessidade de proteger o campo hidrotermal *Rainbow* foi primordialmente defendida, lembre-se, pela comunidade de cientistas preocupados com os efeitos negativos que a investigação descoordenada e «sem regra» poderia provocar no ecossistema, numa altura em que a sua localização era tida como na «área». Com o objectivo genérico de salvaguardar os campos hidrotermais recorde-se, outrossim, a declaração “*InterRidge statement of commitment to responsible research practices at deep-sea hydrothermal vents*”, de 2006¹⁵⁷ e a proposta apresentada em 2007 no seio OSPAR, intitulada *OSPAR Principles for Responsible Marine Research*¹⁵⁸. No plano dos factos a conflitualidade

¹⁵⁴ Analogamente, na zona económica exclusiva do Reino Unido, cite-se o exemplo da proibição do uso de redes de arrasto pelo fundo e outras artes similares na área de *Darwin Mounds*. Naquela área irá ser criada uma Zona Especial de Conservação (Rede Natura 2000), mas, em virtude da danificação pelas redes de pesca dos recifes de coral de água fria ali abundantes, como medida de precaução foi solicitada à Comunidade Europeia a proibição do arrasto, atendendo à sua competência nesta matéria. Ver o Regulamento (CE) n.º 602/2004 do Conselho, de 22 de Março, JOUE n.º L 97, de 1 de Abril, pp. 30.

¹⁵⁵ Transcreve-se o dispositivo: “*Sob reserva do seu direito de tomar medidas razoáveis para a exploração da plataforma continental, o aproveitamento dos seus recursos naturais e a prevenção, redução e controlo da poluição causada por ductos, o Estado costeiro não pode impedir a colocação ou a manutenção dos referidos cabos ou ductos*”. Sublinhado nosso.

¹⁵⁶ Vide Paul DANDO e S. Kim JUNIPER (Eds), *Management and Conservation of Hydrothermal Vent Ecosystems*, Report from an InterRidge Workshop, Institute of Ocean Sciences, Sidney (Victoria), B.C., Canada, workshop realizado em 28-30 de Setembro de 2000, relatório publicado em Maio de 2001, em especial pp. 9, 14, 16 e 31.

¹⁵⁷ *Cit.*.

¹⁵⁸ *Cit.*.

será, por conseguinte, provavelmente mais aparente do que a discussão teórica poderá suscitar, atendendo a que a plataforma de entendimento se desenvolveu *motu proprio* e com anterioridade face à oficialização da proposta de designação do *Rainbow* como AMP-OSPAR. A única, mas grande diferença, é que presentemente o quadro legal que regula o desenvolvimento da investigação científica marinha não é o da «área» e sim o aplicável à plataforma continental.

Abstractamente a liberdade de investigação científica deverá realizar-se de harmonia com as exigências de protecção e preservação do meio marinho (artigo 240.º, alínea d), da CNUDM). Inclusivamente de todas as actividades humanas a investigação científica é tradicionalmente aquela que, respeitadas que devam ser determinadas regras de conduta, se presume intrinsecamente compatível com os fins de protecção da biodiversidade que presidem à criação das áreas marinhas protegidas. A possibilidade de um afluxo incontrolado de equipas de investigação aos ecossistemas marinhos «de ninguém» provou, no entanto, que em prol do bem podem advir prejuízos irreparáveis para as comunidades biológicas marinhas extremamente sensíveis. Este dado deve, portanto, ser igualmente tido em conta pelo Estado costeiro quando se trata de proteger ecossistemas situados na sua plataforma continental. Qual é então no domínio da investigação científica marinha o alcance do poder de jurisdição reconhecido ao Estado costeiro pela CNUDM? Antecipe-se, para já, que o tipo de investigação a que a CNUDM genericamente se refere é o da investigação científica pura. Esta reúne duas condições cumulativas: tem de ser desenvolvida exclusivamente para fins pacíficos e deve ter por propósito aumentar o conhecimento científico do meio marinho em benefício de toda a humanidade. Discretamente a CNUDM deixa, também, a descoberto um outro tipo de investigação científica, já não em proveito de toda a humanidade, mas antes com fins económicos particulares: a investigação científica aplicada.

O dispositivo fundamental que nos elucida acerca do poder de jurisdição do Estado costeiro em relação à investigação científica marinha realizada, quer na zona económica exclusiva, quer na plataforma continental, consta do artigo 246.º. Deste decorre, primeiro, que os Estados costeiros “têm o direito de regulamentar, autorizar e realizar investigação científica marinha” nestes espaços marítimos, desde que respeitadas as disposições pertinentes da CNUDM; segundo que a investigação “deve ser realizada com o consentimento do Estado costeiro”; terceiro, que os Estados costeiros, “em circunstâncias normais, devem dar o seu consentimento” a outros Estados ou organizações internacionais competentes para que executem projectos de investigação científica marinha, mormente, na sua plataforma continental quando “exclusivamente com fins pacíficos e com o propósito de aumentar o conhecimento científico do meio marinho em benefício de toda a humanidade” (investigação científica pura). Com vista a este fim prevê-se que os Estados costeiros estabeleçam “regras e procedimentos para garantir que tal consentimento não seja retardado nem denegado sem justificação razoável”. Significa isto que em condições normais, uma vez reunidos os requisitos préestabelecidos, que podem ser idênticos aos impostos à actividade de investigação científica nacional¹⁵⁹, o Estado será obrigado a conceder autorização para a execução dos projectos de investigação estrangeiros.

Existe, porém, um dispositivo que altera o panorama. Com efeito o n.º 5 do artigo 246.º é um número chave, uma vez que em determinadas circunstâncias admite excepções à regra do consentimento vinculado. Assim, de acordo com o n.º 5, os Estados costeiros poderão discricionariamente recusar-se a dar o consentimento à realização na sua plataforma continental de um projecto de investigação científica marinha de outro Estado ou organização internacional se o projecto, designadamente, “tiver uma influência directa na exploração e aproveitamento dos recursos naturais, vivos ou não vivos” (alínea a)). Esta

¹⁵⁹ Vide Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, *op. cit.*, 2000, pp. 458-459.

passagem pode ser objecto de mais do que uma interpretação. Nós retivemos duas. Uma, a de que o Estado pode recusar o projecto de investigação caso ele implique a suspensão das actividades de exploração ou aproveitamento eventualmente em curso ou a realizar. Outra, e mais relevante por ora, a de que o Estado poder recusar projectos de investigação científica com fins comerciais imediatos, como o são actualmente os projectos ligados à ciência aplicada no âmbito da indústria biotecnológica¹⁶⁰. Estes alicerçam-se de facto numa exploração e aproveitamento de recursos vivos. Em bom rigor não temos neste caso uma excepção à regra do consentimento vinculado e sim uma verdadeira exclusão que resulta automaticamente da não observância da condição de uma investigação desenvolvida em benefício de toda a humanidade, pelo menos de modo imediato.

Em complemento da alínea a) do n.º 5, especifica ainda o n.º 6 do artigo 246.º, respeitante às zonas da plataforma continental situadas além das 200MN, que os Estados costeiros “*não podem exercer o seu poder discricionário de recusar o seu consentimento*”, nos termos da alínea a) do n.º 5, em relação aos projectos de investigação científica marinha a serem realizados na plataforma continental além das 200MN, “*fora das áreas específicas que os Estados costeiros venham a designar publicamente, em qualquer momento, como áreas nas quais se estão a realizar ou venham a realizar-se, num prazo razoável, actividades de aproveitamento ou operações pormenorizadas de exploração sobre essas áreas*”. Acrescenta-se que os Estados costeiros “*devem dar a devida publicidade à designação de tais áreas, bem como a qualquer modificação das mesmas, mas não serão obrigados a dar pormenores das operações realizadas nessas áreas*”. Esta restrição do poder discricionário do Estado costeiro seria de índole a justificar de imediato a publicitação das zonas dos campos hidrotermais como áreas onde o Estado pretende vir a realizar tais actividades. Nomeadamente porque as suas comunidades biológicas alojam recursos vivos economicamente importantes do ponto de vista da exploração biotecnológica. Esta interpretação vai além do significado que na época se pretendeu atribuir ao dispositivo¹⁶¹, mas é perfeitamente consentânea com os desafios biotecnológicos contemporâneos. Sublinhe-se que a possibilidade do Estado recusar discricionariamente o consentimento é movida pela salvaguarda dos interesses económicos dos Estados costeiros e não por quaisquer motivações ambientais altruísticas. Mas será que indirectamente ele não pode manipular o mecanismo previsto com vista a este fim? Assim nos parece no que toca à investigação científica aplicada. Independentemente da resposta, cabe, no entanto, indagar em que medida a ocorrência de condições ambientais extraordinárias, como aquelas que caracterizam os campos hidrotermais, poderão justificar autonomamente o exercício semelhante pelo Estado costeiro de um poder discricionário de recusa, abrangendo tanto as actividades de investigação científica com finalidades comerciais, como as actividades de investigação científica pura. Sobretudo quando para efeitos de protecção há intenção de criar uma área marinha protegida.

Como já foi referido, a preocupação em conciliar a investigação científica marinha com a protecção do ambiente é um princípio geral que norteia a actividade (artigo 240.º, alínea d). Acresce a compreensão prevalente actual de uma indissociabilidade entre o direito de exploração e o poder-dever de protecção ambiental. Realce-se aqui a obrigação do Estado costeiro proteger os ecossistemas raros ou frágeis (artigo 194.º, n.º 5, da CNUDM). Ora, a percepção de que certos impactos ambientais especiais são razão suficiente para

¹⁶⁰ Vide Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, *op. cit.*, 2000, pp. 457; e Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 400 e 402.

¹⁶¹ Relembre-se que os recursos vivos da plataforma continental correspondem às espécies sedentárias e estas foram incluídas no regime específico daquele espaço por motivações relacionadas com a pesca.

a recusa discricionária do consentimento do Estado costeiro à execução de projectos de investigação científica por Estados terceiros ou organizações internacionais está patente na alínea b) do n.º 5 do artigo 246.º: o Estado costeiro pode discricionariamente recusar o seu consentimento se o projecto de investigação “*implicar perfurações na plataforma continental, a utilização de explosivos ou a introdução de substâncias nocivas no meio marinho*”. Este dispositivo aplica-se seja qual for a índole do projecto de investigação e não está coberto pelas restrições espaciais constantes do n.º 6. No nosso entender esta alínea b) do n.º 5 do artigo 246.º é o rastilho que permite fazer evoluir o regime da CNUDM no sentido de se permitir o cerceamento discricionário da liberdade de investigação científica quando condições ambientais extraordinárias inclusive reclamam a criação de uma área protegida para protecção de biodiversidade excepcional.

Em suma, o respeito das normas de protecção do ambiente marinho, constantes da CNUDM ou da regulamentação desejavelmente adoptada pelo Estado costeiro relativa ao *modus operandi* dos projectos de investigação científica, constitui um pré requisito natural da selecção de projectos e ulterior aprovação (ver o artigo 247.º e o artigo 252.º - consentimento tácito). Não obstante, a compatibilidade entre um projecto de investigação científica e a preservação do ambiente marinho só caso a caso é susceptível de ser apreciada. Nomeadamente com vista a acautelar, ademais dos aspectos qualitativos da investigação (v.g.: investigação para bem da humanidade/investigação com fins comerciais particulares), os aspectos quantitativos. Excesso de actividade nas zonas dos campos hidrotermais ou excesso de recolhas podem redundar numa pressão prejudicial nos ecossistemas. Enfim, mesmo tratando-se de investigação científica pura, a ocorrência de comunidades biológicas nos campos hidrotermais, não constituindo “*circunstâncias normais*” (artigo 246.º, n.º 3), atira a questão do consentimento do Estado costeiro para o domínio da discricionariade, por motivações de ordem ambiental apoiadas no espírito que norteia a alínea b) do n.º 5 do artigo 246.º.

Bom, mas se parece não restarem dúvidas acerca da dependência do desenvolvimento da investigação científica, a realizar por Estados terceiros ou organizações internacionais, da vontade do Estado costeiro, os benefícios que se poderão colher dos contributos da investigação científica estrangeira, realizada *maxime* nos campos hidrotermais, não devem ser subestimados. Até porque os artigos 248.º e 249.º previnem, nomeadamente, a possibilidade de participação ou representação do Estado costeiro nos projectos de investigação. Sublinhe-se, por conseguinte, que a profunda imbricação entre o desenvolvimento do conhecimento para benefício de toda a humanidade que se pede à investigação científica marinha e a vida *sui generis* existente nos campos hidrotermais desaconselha uma obstaculização irrazoável dos projectos de investigação a realizar nos ditos campos. Se mais razões não houvessem, pelas “*janelas*” que abrem para o estudo da evolução da vida. Na prática um equilíbrio deve ser procurado entre as exigências de protecção da biodiversidade, o dever do Estado costeiro promover e facilitar o desenvolvimento e a realização da investigação científica marinha (artigo 239.º da CNUDM) e os interesses próprios do Estado. Idealmente os critérios que podem guiar a busca deste equilíbrio no caso de condições ambientais excepcionais, justificativas de estatutos de protecção particulares, deveriam também constar da legislação nacional que regulamente a actividade de investigação científica desenvolvida, quer por nacionais, quer por terceiros.

Para terminar, uma palavra mais detida sobre o conflito potencial entre a criação de uma área protegida e os interesses que rodeiam a biotecnologia. Como já tivemos ocasião de referir, a CNUDM é lacunosa quanto ao problema dos recursos genéticos e correlativa

actividade de bioprospecção¹⁶². A doutrina tem-se esforçado por colmatar o problema testando a aproximação da bioprospecção, ora da pesca, ora da investigação científica¹⁶³. A conclusão prevalectante é a de que a existir alguma semelhança será com a investigação científica e não propriamente com a pesca.

Tanto a pesca como a bioprospecção implicam extracção de recursos vivos. Simplesmente a pesca pressupõe a extracção de seres vivos inteiros, para aproveitamento total ou parcial, e normalmente em grandes quantidades para fins de consumo. Dissemelhante, na bioprospecção encaram-se os seres vivos como meros receptáculos de genes. A investigação da utilidade que tais seres vivos têm ou poderão vir a ter para a indústria biotecnológica, embora implique a extracção de espécimes, esta não é normalmente quantitativamente importante, atendendo a que a exploração das potencialidades não exige muito material e é feita em laboratório. Quer dizer, contrariamente à pesca, a “qualidade e diferença são muito mais significativas para a investigação laboratorial do que a quantidade ou semelhança”¹⁶⁴. Outros argumentos afastam ainda mais as duas actividades, designadamente as questões relacionadas com a protecção da propriedade intelectual. Este cuidado em acautelar os resultados financeiramente valiosos obtidos pelo estudo do material genético é uma ponderável ausente dos dilemas pesqueiros.

O entendimento mais razoável é, assim, o que aproxima a bioprospecção da investigação científica marinha. Isto apesar do intuito comercial e lucrativo da primeira, sendo o segredo e as patentes, respectivamente, a «alma» e o «seguro» do negócio. Isto apesar de, genericamente, ser outro o «modo de ser» que se exige à investigação científica prevista na CNUDM. Relembrando, o desenvolvimento do conhecimento científico para fins pacíficos e em benefício de toda a humanidade (v.g.: artigos 143.º, 240.º, alínea a), e 246.º, n.º 3), a transparência, abertura, partilha de informação e dados, bem como a publicação dos resultados da investigação¹⁶⁵ (v.g.: artigo 244.º). A integração da bioprospecção na actividade de investigação científica marinha tal como prevista na CNUDM não enfrenta, pela análise prévia que fizemos do artigo 246.º, dificuldades insuperáveis. O artigo 246, em unísono com a abrangência que se respira no artigo 240.º, sugere mesmo, consoante os fins prosseguidos, dois tipos de investigação científica: recapitulando, a mais comum, quer dizer a investigação científica pura, a qual tem por finalidade aumentar o conhecimento do meio marinho para bem de toda a humanidade (artigo 246.º, n.º 3); e a investigação científica aplicada com fins de exploração comercial, que no caso pressupõe uma influência directa na exploração e aproveitamento dos recursos naturais vivos (artigo 246, n.º 5, alínea a)). A grande diferença de princípio é que a última entra imediatamente no universo da decisão discricionária do Estado costeiro.

¹⁶² De acordo com a proposta do *Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice* (SBSTTA) da Convenção sobre a Diversidade Biológica, considera-se bioprospecção como sendo “a exploração da biodiversidade para recursos genéticos e bioquímicos comercialmente valiosos” ou “o processo de adquirir informação da biosfera sobre a composição molecular dos recursos genéticos com vista ao desenvolvimento de produtos comerciais novos”. *Apud* Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 400.

¹⁶³ *Vide* Rüdiger WOLFRUM e Nele MATZ, *op. cit.*, 2000, pp. 456-459; e Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 400-404.

¹⁶⁴ *Vide* Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 400.

¹⁶⁵ *Vide* Tullio SCOVAZZI, *op. cit.*, «Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority», 2004, pp. 401.

Síntese conclusiva

A descoberta de um ecossistema marinho *sui generis* numa situação geográfica, também ela, ímpar no cenário português abriu a possibilidade de Portugal figurar com nova presença indelével na história da odisseia marítima, desta feita por um novo gene que introduz na compreensão do Direito do mar. O nosso país com o campo de chaminés hidrotermais *Rainbow* oferece um exemplo pioneiro no panorama internacional da protecção do meio marinho, ao propor a criação no quadro da Convenção OSPAR da primeira área marinha protegida (nacional) numa zona da plataforma continental situada além das 200MN, sob águas com o estatuto de alto mar. Lá a 235MN das “ilhas felizes” açorianas¹⁶⁶ um ecossistema fervilhante faz a ponte entre o começo da vida na Terra e um património de oportunidades a desvendar que se deseja deixar de herança às futuras gerações. A importância da descoberta, assim como de outros ecossistemas semelhantes ou importantes nas fronteiras da zona económica exclusiva, não deixou indiferente a comunidade científica, nem as autoridades regionais. O empenho em promover o «novo mundo» submerso foi imediato. No plano normativo, designadamente, a Região antecipou-se à iniciativa legislativa nacional. Em Junho de 2007, prosseguindo uma rota independente do acervo jurídico nacional constante da RNAP, começou-se a preparação na Região Autónoma dos Açores do terreno legislativo que há-de acolher, com a pompa e circunstância devida, as áreas marinhas protegidas a serem criadas nas zonas *offshore*.

O entusiasmo provocado pelo reconhecimento no quadro OSPAR da jurisdição portuguesa sobre o *Rainbow*, mesmo antes de concluído o processo de definição dos limites exteriores da plataforma continental não deve, contudo, obnubilizar algumas questões primordiais. Primeira, a eficácia *inter partes* do acto de reconhecimento. Segunda, que o poder ambiental reconhecido ao Estado português terá de ser definitivamente confirmado. Esta confirmação está indirecta mas intrinsecamente dependente da conclusão bem sucedida do processo junto da Comissão de Limites da Plataforma Continental, pelo menos no que respeita à inclusão da área do *Rainbow*. Terceira, que a criação de um regime jurídico protector eficaz e de aplicação generalizada é trabalhosa do ponto de vista diplomático e desafiante do ponto de vista do Direito do mar e das liberdades classicamente estabelecidas. As incertezas que rodeiam a marcação do ponto de equilíbrio entre as exigências de protecção ambiental e a limitação ou condicionamento das liberdades do alto mar expõem a fragilidade imediata de um qualquer regime que fosse unilateralmente pensado pelo Estado costeiro, mesmo quando a sua competência é incontestável. Aqui, como em toda a política ambiental, a promoção do princípio da participação e o alargamento a todos os *stakeholders* da discussão sobre as medidas de protecção a aplicar no *Rainbow*, bem como a concertação com os Estados terceiros e/ou no seio das organizações internacionais competentes é condição *sine qua non* para a respeitabilidade de um regime cuja capacidade impositiva heterónoma é à partida muito frágil.

Situações como a do campo *Rainbow*, quando encaradas pelo prisma da protecção ambiental, não têm de ser necessariamente encaradas como «cavalos de Tróia» introduzidos no seio das liberdades do alto mar. O que se solicita é uma reinterpretação do sentido destas liberdades num mundo onde os valores ambientais ocupam nichos cada vez mais sólidos por direito próprio. Defender o carácter intangível dos direitos dos Estados terceiros seria recusar perenemente as perspectivas evolutivas abertas pela CNUDM no

¹⁶⁶ “Ilhas felizes” é o significado atribuído na antiga Grécia à região da Macaronésia. Açores, Madeira e Canárias eram as ilhas paradisíacas situadas nas fronteiras do mundo conhecido. In Comissão Europeia (DG Ambiente), «Nature», Lettre d'Information n.º 15, 2002, pp. 2.

domínio ambiental. Contemporaneamente a protecção da biodiversidade, *maxime* através de áreas protegidas, é um comando e só um cego que não queira ver se manterá fiel à provecta visão de escola que sacraliza liberdades do mar totalmente manietadas pelo brilho argêntico, colocando sempre em desvantagem os objectivos de protecção do ambiente. Não é esta a linha de fundo que embrionariamente está tecida na CNUDM, não é este o futuro que se começa a definir no âmbito da cooperação internacional, não é este enfim o padrão do “*politicamente correcto*”. A criação de áreas protegidas com vista à protecção da biodiversidade marinha não estava nos fins imediatos dos negociadores da CNUDM, mas a combinação de uma interpretação teleológico-sistemática com a prática ulterior dos Estados demonstra sem grande dificuldade que a possibilidade cabe dentro dos seus limites legais. Este tipo de áreas protegidas contende é certo com as liberdades ou outros direitos do mar. Mas os dois pólos não são irremediavelmente incompatíveis. Sob pena de fazermos das áreas marinhas protegidas meras «áreas de papel» temos sim que incutir e aceitar um novo significado para aquelas liberdades ou outros direitos do mar. Pensando no *Rainbow*, proibir ou condicionar uma actividade concreta numa área especificamente determinada em prol de objectivos ambientais não constitui liminarmente uma ingerência injustificada ou uma violação de uma liberdade do alto mar, na medida em que não se coíbe o seu desenvolvimento no tão imenso espaço marítimo internacional restante. A verdade do tempo actual é que os Estados estão já, ou pelo menos deveriam estar, familiarizados com proibições e condicionamentos provindos de regulamentação internacional destinada a prosseguir outros fins (*v.g.*: conservação sustentável de recursos marinhos vivos, protecção de mamíferos marinhos, prevenção da poluição). Basta a congregação de vontades para que outras proibições e condicionamentos estejam agora ao serviço dos fins próprios das áreas marinhas protegidas. A vitória destes fins não significa generalizadamente o «canto do cisne» das liberdades do alto mar.

7 de Abril de 2008

Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro
Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade do Porto
Investigadora do CIJE