

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinhamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, apps.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha

The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity

A. Dywyná Djabulá^{*/**}

Resumo: A pesca insustentável é apontada como a principal causa da perda de biodiversidade marinha e, em resposta a essa prática, a jurisprudência recente tem sustentada a interpretação de que a conservação de recursos vivos é um elemento na proteção e preservação do ambiente marinho. O presente artigo analisa a dinâmica do Direito Internacional do Mar em resposta às ameaças da pesca insustentável para a biodiversidade marinha, com foco nos regimes gerais de conservação de recursos vivos marinhos previstos na CNUDM. Em particular, o artigo procura explorar as implicações jurídicas e práticas de se considerar a conservação de recursos vivos como um elemento na proteção e preservação do ambiente marinho.

Abstract: Unsustainable fishing is identified as the main cause of the loss of marine biodiversity and, in response to this practice, recent jurisprudence has supported the interpretation that the conservation of living resources is an element in the protection and preservation of the marine environment. This article analyses the dynamics of International Sea Law in response to threats from unsustainable fishing for marine biodiversity, focusing on the general conservation regimes for living marine resources provided for in UNCLOS. In particular, the article seeks to explore the legal and practical implications of considering the conservation of living resources as an element in the protection and preservation of the marine environment.

* O autor é doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e docente da Faculdade de Direito de Bissau. Contato eletrónico: dywynadjabula@gmail.com. O autor está profundamente grato ao Professor Doutor Fernando Loureiro Bastos pela primeira leitura do estudo e pela sugestão do título.

** Abreviaturas mais utilizadas: AAJN: Áreas Marinhas Além dos Limites da Jurisdição Nacional; AMP: Área Marinha Protegida; CDB: Convenção sobre Diversidade Biológica; CITES: Convenção sobre o Comércio de Espécies Ameaçadas de Fauna e Flora Selvagem; CNUDM: Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar; CVDT: Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; FAO: Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação; ORGPs: Organizações Regionais de Gestão de Pesca; Pesca INN: Pesca Ilegal, Não Declarada e Não Regulamentada; TIDM: Tribunal Internacional do Direito do Mar; ZEE: Zona Económica Exclusiva.

Palavras-chave: vulnerabilidade da biodiversidade marinha; pesca insustentável, dinâmica do Direito Internacional do Mar; proteção e preservação do ambiente marinho; utilização sustentável.

Keywords: vulnerability of marine biodiversity; unsustainable fishing; dynamic of the International Law of the Sea; protection and preservation of the marine environment; sustainable use.

Sumário: 1. A natureza dinâmica da obrigação de proteção e preservação do meio marinho: breves notas introdutórias; 2. A obrigação de proteger e preservar o meio marinho: natureza jurídica e âmbito geográfico; 3. Contribuição da jurisprudência recente para clarificação do conteúdo da obrigação de proteção e preservação do meio marinho; 4.1. Enquadrando a questão central: *conservação (...) como elemento da proteção e preservação do meio marinho*; 4.2. Conservação e utilização sustentável de recursos vivos: conceitos e finalidades; 4.3. Recursos naturais vivos marinhos: *um componente da biodiversidade marinha*; pesca insustentável: *maior ameaça à biodiversidade marinha; necessidade de utilização sustentável*; 4.4. Abordagem ecossistêmica: a nova estratégia para abordar ameaças antropogênicas ao meio marinho; 4.5. A regra-chave para utilização sustentável dos componentes da biodiversidade marinha: equilíbrio entre a utilização e a sustentabilidade dos ecossistemas; 5. Uma conclusão óbvia: *a conservação de recursos vivos é um elemento da proteção e preservação do meio marinho, mas, por vezes, é necessário distinguir o trigo do joio*.

1. A natureza dinâmica da obrigação de proteção e preservação do meio marinho: breves notas introdutórias

A CNUDM foi concebida para servir de “uma ordem jurídica para os mares e oceanos (...) que promova (...) a utilização equitativa e eficiente de seus recursos, a conservação de seus recursos vivos e (...) a proteção e preservação do meio marinho (...)”¹. No entanto, a CNUDM não estabelece um regime detalhado sobre a proteção e preservação do meio marinho o que, além de ser tecnicamente impraticável, colocaria o seu regime rapidamente desatualizado face à dinâmica evolutiva das realidades². Consistente com a sua vocação da *Constituição dos Oceanos*, a Parte XII estabelece um quadro abrangente, aberto e adaptável à evolução futura, e princípios legais, vistos como uma *guarda-chuva*, para o desenvolvimento e coordenação de todos os acordos especiais

¹ Preâmbulo.

² Robin CHURCHILL, “The LOSC Regime for Protection of the Marine Environment – Fit for the Twenty-First Century?”, in Rosemary RAYFUSE (ed.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, UK, 2015, pp. 3-30, p. 5.

sobre a proteção e preservação do meio marinho³. Esse facto ressalta a característica da CNUDM como um *Living Treaty*, i.e., uma Convenção concebida para ser capaz de se adaptar à dinâmica económica, ao progresso tecnológico, ao conhecimento científico do meio marinho e poder fazer face às novas realidades, e aos desafios imprevisíveis ao tempo da sua negociação⁴. Assim, além da alteração por emenda⁵ e de vários conceitos indeterminados cuja valorização do conteúdo normativo pode evoluir ao longo do tempo, a CNUDM pode evoluir e tem evoluído: por meio da obrigação geral de cooperação entre os Estados⁶; por via da incorporação por regras de referência de regras e padrões internacionais geralmente aceites⁷; através da regra do artigo 237.º que, salvaguardando os tratados especiais preexistentes sobre a proteção e preservação do meio marinho, encoraja fortemente os Estados a usarem princípios gerais e regras da CNUDM, como quadro normativo para a conclusão de novos tratados adicionais nesta matéria⁸; e pela adoção e implementação dos acordos e *soft law*⁹. Ademais, a CNUDM deve ser interpretada e aplicada tendo sempre em mente o desenvolvimento subsequente do Direito Internacional¹⁰, bem como a prática seguida pelos Estados na sua aplicação pela qual se estabelece o acordo sobre a interpretação das suas disposições¹¹. Com efeito, “as leis e regulamentos nacionais adotados pelos Estados em conformidade com a CNUDM, e em implementação da Parte XII”, citando o TIDM, constituem

“(...) part of the legal order for the seas and oceans established by the Convention and therefore must be complied with by other States Parties (...)”¹².

³ James HARRISON, *Saving the Oceans Through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 20.

⁴ Jill BARRETT, «The UN Convention on the Law of the Sea: A “Living” Treaty?», in Jill BARRETT and Richard BARNES (eds.), *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2016, pp. 3-37.

⁵ Artigos 312.º a 316.º.

⁶ Artigo 197.º e 123.º.

⁷ Artigos 21.º, n.º 2, 207.º a 212.º.

⁸ HARRISON, *Saving the Oceans Through Law...*, *op. cit.*, p. 38.

⁹ *Agreement for Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of the Law of Straddling Fish Stocks and High Migratory Fish Stocks*, 4 August 1995 (EEV: 11.12.2001; e 2167 UNTS 3). Doravante, Acordo de Estoque de Peixes; e *Code of Conduct for Responsible Fisheries, 31 October 1995* – FAO Res. 4/95 (31 October 1995). Doravante, *Código de Conduta da Pesca*.

¹⁰ Artigo 31.º, n.º 3, alínea c) da CVDI; e artigo 293.º, n.º 1 da CNUDM.

¹¹ Artigo 31.º, n.º 3, alínea b) da CVDI.

¹² *Request for Advisory Opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion, 2 April 2015, ITLOS Reports 2015*, p. 4, para. 102. Doravante, *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4.

E, a prática generalizada seguida pelos Estados na implementação da CNUDM pode constituir um *acordo informal* para efeito de interpretação das disposições da CNUDM¹³. A *Arbitragem do Mar do Sul de China* (2016) é particularmente reveladora do caráter dinâmico da Parte XII. O Tribunal Arbitral, fazendo uma interpretação dinâmica e sistemática da CNUDM, considerou que obrigações gerais da CNUDM devem ser lidas, por via do artigo 237.º, com o *corpus* mais amplo do direito internacional relativo ao meio ambiente, o qual informa o conteúdo da obrigação geral do artigo 192.º¹⁴. Em particular, a CDB e a CITES foram chamadas para preencher o conteúdo normativo das disposições da CNUDM, formuladas de uma forma muito aberta e vaga¹⁵. No âmbito deste Caso, o Tribunal reiterou, na esteira de uma série de jurisprudência recente, que “a conservação de recursos vivos é um elemento na proteção e preservação do ambiente marinho”¹⁶.

A implicação prática destas interpretações é que elas confirmam a potencialidade dinâmica da obrigação de proteção e preservação do ambiente marinho para lidar com problemas ambientais emergentes, o que é particularmente relevante no contexto de crescente vulnerabilidade da biodiversidade marinha. Considerando que a pesca insustentável representa maior ameaça à perda da biodiversidade marinha, o presente artigo procura analisar a dinâmica do Direito Internacional do Mar para responder às ameaças desta prática, com foco nos regimes gerais de conservação de recursos vivos marinhos previstos na CNUDM. Em particular, o artigo procura explorar as implicações jurídicas e práticas de se considerar a *conservação de recursos vivos como um elemento na proteção e preservação do ambiente marinho*.

2. A obrigação de proteger e preservar o meio marinho: natureza jurídica e âmbito geográfico

Pelo termo simplificado “Estados”, e não Estados Partes, previsto nos artigos 192.º e seguintes, a CNUDM *declara* aquilo que se entende ser o *dever coletivo* de todos os Estados de proteger e preservar o meio marinho¹⁷. A obrigação geral

¹³ *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau), Judgment, ITLOS Reports 2014*, p. 4, para. 207. Doravante, *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4. *Vide infra*, 4.4.

¹⁴ *South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v The People’s Republic of China) Award, PCA Case N.º 2013-19, 12 July 2016*, paras. 941 e 942. Doravante, *South China Sea Arbitration, Award, PCA 2016*.

¹⁵ *South China Sea Arbitration, Award, PCA 2016*, paras. 945 e 956.

¹⁶ *South China Sea Arbitration, Award, PCA 2016*, para. 956.

¹⁷ Myron H. NORDQUIST, Shabtai ROSENNE and Alexander YANKOV (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: Commentary*, vol. IV, Center for Oceans Law and Policy, University

do artigo 192.º está estritamente conectada com o exercício de direito de soberania permanente sobre os recursos naturais previsto no artigo 193.º da CNUDM¹⁸. *Ambos os artigos são considerados declarações de direito internacional costumeiro sobre a extensão de responsabilidade ambiental dos Estados para os oceanos*¹⁹. O artigo 193.º concilia os interesses económicos de cada Estado na exploração dos seus recursos naturais para a promoção do desenvolvimento económico, com o interesse da comunidade internacional na proteção e preservação do meio marinho²⁰. Não obstante o seu alcance nacional²¹, o artigo 193.º reflete um princípio geral e transversal a toda a CNUDM, assente na necessidade de conciliar os objetivos económicos prosseguidos pelos Estados nos oceanos com a proteção do ambiente marinho no interesse geral de todos²². O *Parecer Consultivo sobre Pescas* do TIDM confirma implicitamente o carácter transversal deste princípio quando afirma que as obrigações “gerais” de um Estado de bandeira “em todas as zonas marítimas”, incluindo a ZEE de outros Estados costeiros, são as previstas nos artigos 91.º, 92.º, 94.º, 192.º e 193.º²³. Este princípio, na perspetiva da jurisprudência do *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros* (1997), remete para o conceito de desenvolvimento sustentável como objetivo da CNUDM²⁴.

of Virginia, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 1993, p. 39 (para. 192.8). Doravante *Virginia Commentary*, vol. IV (1993).

¹⁸ *Virginia Commentary*, vol. IV (1993) pp. 45 e 49 [paras. 193.1 e 193.6(b)].

¹⁹ Moira L. MCCONNELL and Edgar GOLD, “The Modern Law of the Sea: Framework for the Protection and Preservation of the Marine Environment”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 23, issue 1, 1991, pp. 83-105, p. 89; Patricia BIRNIE, Alan BOYLE, and Catherine REDGWELL, *International Law and the Environmental*, Oxford University Press, Third Edition, Oxford, 2009, p. 387; e Maria GAVOUNELI, “Protection Standards for the Marine Environment: Updating Part XII the Law the Sea Convention?”, in Stephen MINAS and H. JORDAN DIAMOND (eds.), *Stress Testing the Law of the Sea: Dispute Resolution, Disasters & Emerging Challenges*, Brill Nijhoff, Leiden | Boston, 2018, pp. 254-266, p. 256.

²⁰ Alexander YANKOV, “The Law the Sea Convention and Agenda 21: Marine Environmental Implications”, in Alan BOYLE and David FREESTONE (eds.), *International Law and Sustainable Development*, Oxford University Press, 1999, pp. 271-295, p. 274; e *Virginia Commentary*, vol. IV (1993) p. 49 para. 193.6(a).

²¹ Marta CHANTAL RIBEIRO, “A Proteção da Biodiversidade Marinha: Importância do Poder do Estado na Prossecução deste Interesse Geral”, in Julio JORGE URBANA e M.ª Teresa PONTE IGLESIAS, (Coords.), *Protección de Intereses Colectivos en el Derecho del Mar y Cooperación Internacional*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 9-62, p. 41.

²² HARRISON, *Saving the Oceans Through Law...*, *op. cit.*, p. 25.

²³ *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 111.

²⁴ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, *Judgment*, I.C. J. Reports 1997, p. 7, para. 140.

O âmbito geográfico da obrigação coletiva estende-se a todo o oceano, incluindo zonas dentro e fora da jurisdição nacional²⁵, ecossistemas raros ou frágeis, *habitat* de espécies e outras formas de vida marinha²⁶, recursos vivos marinhos²⁷, e cobre o espaço aéreo sobrejacente nas partes relevantes²⁸, *v.g.* a poluição marinha a partir e através da atmosfera²⁹, num reconhecimento da complexa interação entre a atmosfera e os oceanos³⁰. Essa interação é mais bem elucidada no Código das Minas da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, no qual se prescreve que

«“Marine environment” includes the physical, chemical, geological and biological components, conditions and factors which interact and determine the productivity, state, condition and quality of the marine ecosystem, the waters of the seas and oceans and the airspace above those waters, as well as the seabed and ocean floor and subsoil thereof»³¹.

Essa definição reflete igualmente a interconexão que caracteriza os ecossistemas marinhos, o espírito da CNUDM de que os problemas dos oceanos estão interligados e que devem ser tratados como um todo³², bem com a lógica da abordagem ecossistémica³³.

3. Contribuição da jurisprudência recente para clarificação do conteúdo da obrigação da proteção e preservação do meio marinho

A CNUDM parece distinguir a matéria da conservação de recursos vivos da matéria de proteção do ambiente marinho. A conservação de recursos vivos é pontualmente referida na Parte XII³⁴, especialmente regulada nas Partes V e VII, enquanto a proteção do meio marinho, *v.g.* contra os riscos de poluição, é regulada

²⁵ *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 120; e *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 940.

²⁶ Artigo 194.º, n.º 5 da CNUDM.

²⁷ *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 216.

²⁸ *Virginia Commentary*, vol. IV (1993) pp. 42 e 43 [para. 192.11(a)] p. 49 [para. 193.6(b)].

²⁹ Artigos 194.º, n.º 3, alínea a), 212.º e 222.º.

³⁰ HARRISON, *Saving the Oceans Through Law...*, *op. cit.*, p. 24.

³¹ ISA – *Regulations on prospecting and exploration for polymetallic sulphides in the Area* – doc. ISBA/16/A/12/Rev.1 (15 November 2010) annex, Regra 1, para. 3 (c).

³² Preâmbulo, § 3.º.

³³ *Infra*, 4.4.

³⁴ Artigo 194.º, n.º 5.

predominantemente na Parte XII e pontualmente ao longo de todo o texto da CNUDM, incluindo a ZEE³⁵. O artigo 197.º exclui expressamente os litígios relativos à conservação de recursos vivos na ZEE³⁶, não no Alto Mar, dos procedimentos de resolução compulsórios, enquanto os litígios sobre a matéria de proteção e preservação do meio marinho na ZEE não são excluídos³⁷. Apesar desta aparente distinção, a epígrafe da Parte XII, ao falar de “proteção e preservação do meio marinho”, ao invés de “proteção do meio marinho”, sugere que as disposições da Parte XII vão muito além da proteção do ambiente marinho contra os riscos de poluição, abrangendo igualmente a conservação de recursos naturais vivos³⁸. A segunda leitura tem sido confirmada pela jurisprudência recente como a mais correta. O Caso *Atum Rabilho do Sul* (1999) representa um marco histórico. Trata-se de um caso relativo à sobrepesca de estoques de atum rabilho do Sul, onde a questão principal era a violação pelo Japão da sua obrigação de cooperação na gestão e conservação de estoques de atum de brilho do Sul, devido à sua recusa em adotar medidas necessárias contra os seus nacionais, que pescam no alto mar, a fim de manter os referidos estoques ao nível que possam produzir o *rendimento máximo constante*, conforme requerido pelo artigo 119.º da CNUDM³⁹. Prescrevendo medidas provisórias ao abrigo do artigo 290.º da CNUDM, observou o TIDM, *inter alia*, que “a conservação é um elemento da proteção e preservação do meio marinho”⁴⁰.

A mesma interpretação foi reafirmada mais tarde pelo TIDM no seu *Parecer Consultivo sobre Pescas*, emitido a pedido da Comissão Sub-Regional das Pescas (2015), onde a questão principal era a clarificação da responsabilidade do Estado do pavilhão pela Pesca INN⁴¹. Entre outras coisas, explicou o TIDM que os “recursos vivos e toda a vida marinha fazem parte do meio marinho”, por isso, “a conservação de recursos vivos é um elemento na proteção e preservação do ambiente marinho”⁴². Em razão desta conexão, concluiu o TIDM que, como o artigo 192.º

³⁵ Artigo 56.º, alínea b), *iii*).

³⁶ Artigo 197.º, n.º 3.

³⁷ Artigo 197.º, n.º 1, alínea c).

³⁸ CHURCHILL, “The LOSC Regime for Protection of the Marine Environment...”, *op. cit.*, pp. 12 e 13.

³⁹ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, *Provisional Measures, Order of 27 August 1999*, ITLOS Reports 1999, p. 280, paras. 28 e 29. Doravante, *Southern Bluefin Tuna*, ITLOS Reports 1999, p. 280.

⁴⁰ *Southern Bluefin Tuna*, ITLOS Reports 1999, p. 280, para. 70.

⁴¹ *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, paras. 64 (1), 85 e ss.

⁴² *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 216.

se aplica igualmente às ZEEs, “o Estado de bandeira tem a obrigação de garantir que os navios que arvoram sua bandeira cumpram as medidas de conservação pertinentes relativas aos recursos vivos, promulgadas pelo Estado costeiro para sua zona econômica exclusiva (...)”⁴³.

No âmbito da *Arbitragem da Área Marinha Protegida de Chagos* (2015), as Partes desentenderam-se sobre o âmbito de aplicação do artigo 194.º, n.º 5 da CNUDM. O Tribunal, rejeitando a interpretação suportada pelo Reino Unido⁴⁴, esclareceu que as medidas requeridas no n.º 5 do artigo 194.º vão além das medidas de controlo da poluição, estendendo-se “à medidas centradas principalmente na conservação e preservação dos ecossistemas”⁴⁵. A mesma interpretação foi reiterada na *Arbitragem do Mar Meridional da China* (2016)⁴⁶, onde uma das questões ambientais era a captura de espécies ameaçadas e o uso de método de pesca destrutiva⁴⁷. No âmbito deste Caso, explicou o Tribunal que o artigo 192.º, conjugado com o artigo 194.º, n.º 5, “se estende à prevenção de danos que afetariam indiretamente as espécies em vias de extinção, ameaçadas ou em perigo, através de destruição do seu habitat”⁴⁸.

Uma das questões com a qual o Tribunal foi confrontado, neste Caso, prendia-se com a identificação e qualificação de ecossistemas raros ou frágeis e organismos marinhos em vias de extinção, ameaçados ou em perigo para efeito da sua proteção, face ao silêncio da CNUDM sobre a matéria. O Tribunal procurou resolver este desafio através da interpretação sistemática e dinâmica dos tratados⁴⁹. Para interpretação do ecossistema, recorreu-se à definição do artigo 2.º da CDB, por considerá-la internacionalmente aceite⁵⁰. Para a interpretação dos conceitos de espécies em vias de extinção, ameaçadas ou em perigo, sua identificação e qualificação, o Tribunal recorreu-se aos Anexos da CITES e, desta forma, concluiu

“CITES is the subject of nearly universal adherence (...) and in the Tribunal’s view forms part of the general corpus of international law that informs the content

⁴³ *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 120.

⁴⁴ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom) (Final Award)*, Permanent Court of Arbitration, 18 March 2015, para. 320. Doravante, *Chagos Marine Protected Area Arbitration, Award*, PCA 2015.

⁴⁵ *Chagos Marine Protected Area Arbitration, Award*, PCA 2015, para. 538.

⁴⁶ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 945.

⁴⁷ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 970.

⁴⁸ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 959.

⁴⁹ Prevista no artigo 31.º, n.º 3, alínea c) da CVDI.

⁵⁰ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 945.

of Article 192 and 194(5) of the Convention. “[T]he conservation of the living resources of the sea is an element in the protection and preservation of the marine environment,” and the Tribunal considers that the general obligation to “protect and preserve the marine environment” in Article 192 includes a due diligence obligation to prevent the harvesting of species that are recognised internationally as being at risk of extinction and requiring international protection”⁵¹.

Por conseguinte, o Tribunal considerou que China violou a obrigação de *devida diligência* por *não controlar* os navios de pesca sob seu pavilhão, que estavam colhendo corais e amêijoas gigantes listados no Anexo II da CITES e coletando os ovos de tartarugas marinhas listadas no Anexo I da CITES⁵². O Tribunal distinguiu o conceito de *proteção* e o da *preservação* do meio marinho, esclarecendo que a proteção do meio marinho se dirige a danos futuros, enquanto a preservação se destina a *manter ou melhorar* sua condição atual⁵³. Para o Tribunal, o artigo 192.º implica a *obrigação positiva* de adotar medidas ativas para proteger e preservar o meio marinho e, por raciocínio lógico, a *obrigação negativa* de não permitir que atividades realizadas dentro da sua jurisdição e controlo *degrade* o meio marinho⁵⁴. Neste particular, denota Harrison que, onde não seja possível evitar a degradação do meio marinho, a *obrigação positiva* de tomar medidas ativas para *manter e melhorar* a condição atual do ambiente marinho abre a porta para interpretar a CNUDM de uma maneira que requeira a reabilitação positiva ou restauração de ecossistemas marinhos degradados⁵⁵. Sem dúvida, o artigo 192.º é agora uma disposição-quadro que requer uma interpretação dinâmica da obrigação de proteção e preservação do ambiente à luz da evolução do Direito Internacional⁵⁶.

⁵¹ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 956.

⁵² *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, paras. 957-61 e 1203, B (12).

⁵³ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 941. *Vide* no mesmo sentido *Virginia Commentary*, vol. IV (1993) pp. 40 e 41 (para. 192.9).

⁵⁴ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, paras. 941 e 942. *Vide* ainda, *Virginia Commentary*, vol. IV (1993) para. 192.8.

⁵⁵ James HARRISON, “The Protection of Species, Ecosystems and Biodiversity under UNCLOS in the Light of the South China Sea Arbitration: an Emergent Duty of Marine Ecosystem Restoration?”, *University of Edinburgh School of Law Working Paper Series* N.º 2019/20, May 15, 2019, pp. 1-20, pp. 4 e 10. Disponível in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3388657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3388657>, consultado em 23.04.2021.

⁵⁶ Seokwoo LEE and Loell B. BAUTISTA, “Part XII of the United Nations on the Law of the Sea and the Duty to Mitigate Against Climate Change: Making Out a Claim, Causation, and Related Issues”, *Ecology Law Quarterly*, vol. 45, 2018, pp. 129-156, p. 141.

Por detrás da afirmação comum de que a *conservação de recursos naturais é o elemento da proteção e preservação do meio marinho*, é possível ler a preocupação com a utilização sustentável dos componentes da biodiversidade marinha. Vejamos neste sentido os regimes de conservação de recursos vivos marinhos.

4. Revisitando os regimes de conservação *de recursos vivos marinhos: conservação (...) como elemento da proteção e preservação do meio marinho*

4.1. Enquadrando a questão central: *conservação (...) como elemento da proteção e preservação do meio marinho*

O argumento-chave da jurisprudência assenta na ideia de que os “*recursos vivos e toda a vida marinha fazem parte do meio marinho*”⁵⁷; por isso, “*as medidas relevantes de conservação de recursos vivos (...) constituem um elemento integrante da proteção e preservação do meio marinho*”⁵⁸. Comentando o Caso *Atum Rabilho do Sul* (1999), explica o douto Juiz Treves, um dos juízes neste Caso, que “*existe uma clara conexão entre as regras de conservação de recursos vivos e as da proteção e preservação do meio marinho*”⁵⁹. Para o juiz, esta conexão

“(...) is also a consequence of the approach combining protection of living resources and of the marine environment followed by the 1995 UN Fish Stocks Agreement, which, while not applicable to the case, the Tribunal did not ignore”.

“The above mentioned connection is based on the circumstance that living resources, such as fish stocks, are part of the natural environment and deserve to be protected. Still, it is undeniable that provisions on these resources, even when aimed at securing their conservation, have as their real purpose to ensure their sustainable exploitation for human and animal nutrition”⁶⁰.

Quatro notas ressaltam do comentário do ex-juiz. Primeira, na parte em que faz referência ao Acordo de Estoque de Peixes, Treves confirma a natural tendência dos tribunais internacionais para fazer *interpretação* dinâmica e sistemática das disposições

⁵⁷ *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 216.

⁵⁸ *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 120.

⁵⁹ Tullio TREVES, “The Settlements of Disputes Concerning the Protection of the Marine Environment and the Exploitation of Marine Resources: The Practice of ITLOS”, in Marta CHANTAL RIBEIRO (Coord.), *30 Years After the Signature of the United Nations Convention on the Law of the Sea: the Protection of the Environment and Future of the Law of the Sea*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 147-168, p. 148.

⁶⁰ TREVES, “The Settlements of Disputes...”, *op. cit.*, p. 149.

da CNUDM, à luz de subsequente desenvolvimento de Direito Internacional, mesmo quando não fornecem a base legal que habilita uma tal interpretação⁶¹. Segunda, Treves assertivamente assume que a utilização sustentável é o principal objetivo da conservação de recursos vivos. Terceira, considerando que o *Caso Atum Rabilho do Sul* (1999) era um caso de sobrepesca, a afirmação de Treves de que os recursos vivos, enquanto parte do meio natural, merecem ser protegidos, reconhece implicitamente a sobrepesca como uma das principais ameaças à biodiversidade marinha. A mesma observação vale para o *Parecer Consultivo sobre Pescas* (2015), onde a questão principal era a pesca INN, conhecida como uma das principais causas do declínio mundial dos estoques de pesca⁶² e, conseqüentemente, da biodiversidade marinha⁶³. A mesma constatação é válida, *mutatis mutandis*, para *Arbitragem do Mar Meridional da China* (2016)⁶⁴. Quarta nota, ao fundamentar a razão da proteção e preservação dos recursos vivos na conexão entre *recursos vivos* e *meio marinho*, sugere o juiz, em geral o conjunto da jurisprudência citado, que *os oceanos e seus recursos vivos constituem uma unidade ecológica interdependente e funcional*. Este raciocínio é próprio da *abordagem ecossistêmica*. Vejamos o conteúdo substancial destas quatro notas, acrescidas de mais duas considerações: uma sobre o quadro jurídico da conservação de recursos na CNUDM e outra sobre conclusão final.

4.2. Conservação e utilização sustentável de recursos vivos: conceitos e finalidades

O conceito mais contemporâneo da conservação de recursos vivos é fornecido pelo Relatório do Grupo de Peritos Jurídicos da Comissão Mundial sobre Ambiente e Desenvolvimento (WCED), no qual a conservação é definida como

“the management of human use of a natural resource or the environment in such a manner that it may yield the greatest sustainable benefit to present generations while maintaining its potential to meet the needs and aspirations of future generations. It embraces the preservation, maintenance, sustainable utilization, restoration, and enhancement of a natural resource or the environment”⁶⁵.

⁶¹ Vide ainda, *Separate Opinion of Judge Treves, in Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999*, p. 280, paras. 10 e 11.

⁶² Valentin J. SCHATZ, “Combating Illegal Fishing in the Exclusive Economic Zone – Flag State Obligations in the Context of the Primary Responsibility of the Coastal State”, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 7, N.º 2, 2016, pp. 1-32, p. 3.

⁶³ *Infra*, 4.3.

⁶⁴ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 956. *Supra*, 3.

⁶⁵ Legal Experts Group report in Munro and Lammers, *Environmental Protection and Sustainable Development* (Dordrecht, 1986) 9n. citado por BIRNIE, BOYLE and REDGWELL, *International Law and the Environmental*, *op. cit.*, p. 592.

O Relatório define a conservação de forma que apela à utilização sustentável de recursos naturais. Essa definição já vinha da *Estratégia Mundial de Conservação*⁶⁶ e esta expressamente explica que a *conservação de recursos vivos* é um “aspecto de gestão que garante que a *utilização* seja *sustentável* e que salvaguarda os processos ecológicos e a diversidade genética essenciais para a manutenção dos recursos em questão”⁶⁷.

A definição de WCED é especialmente refletida no artigo 2.º da CDB, onde a *utilização sustentável* é definida como “utilização da diversidade de um modo e a um ritmo que não conduza a uma diminuição a longo prazo da diversidade biológica, mantendo assim o seu potencial para satisfazer as necessidades e a as aspirações das gerações atuais e futuras”. A CDB é um exemplo paradigmático de mudança na filosofia de gestão dos componentes da biodiversidade. A CDB preconiza como objetivos: conservação da diversidade biológica, utilização sustentável dos seus componentes, e acesso e partilha equitativa dos benefícios dos recursos genéticos⁶⁸. No entanto, ao invés de definir a *conservação*, coloca o seu foco na definição de *utilização sustentável*. Isto é próprio dos instrumentos jurídicos internacionais pós-Rio. Enquanto os conceitos de *proteção*, *preservação* e *conservação de recursos*, *uso sábio*, *uso racional* ou *ótimo rendimento sustentável* eram todos comuns aos instrumentos internacionais sobre recursos biológicos ou proteção da fauna e flora selvagens anteriores à Conferência do Rio de 1992⁶⁹, no Rio a *utilização sustentável* foi aceite universalmente como base sobre a qual todos os recursos vivos deveriam ser geridos⁷⁰. Com efeito, os instrumentos pós-Rio, incluindo os da aplicação da CNUDM, preconizam a *utilização sustentável* como objetivo do seu regime jurídico⁷¹. A CNUDM faz parte dos instrumentos jurídicos internacionais anteriores ao Rio, onde o enfoque é centrado mais no *máximo rendimento constante* como objetivo da *conservação de recursos vivos*⁷². No entanto, a essência desta fórmula

⁶⁶ IUCN, UNEP and WWF – *World Conservation Strategy: Living Resource Conservation for Sustainable Development* (1980) para. 1 (4). Doravante, IUCN, UNEP and WWF – *World Conservation Strategy* (1980).

⁶⁷ IUCN, UNEP and WWF – *World Conservation Strategy* (1980) p. VI, para. 1 (5).

⁶⁸ Artigo 1.º.

⁶⁹ BIRNIE, BOYLE and REDGWELL, *International Law and the Environmental*, *op. cit.*, p. 199.

⁷⁰ Virginie BARRAL, “National Sovereignty over Resources: Environmental Challenges and Sustainable Development”, in Elisa MORGERA and Kati KULOVESI (eds.), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 3-25, p. 18.

⁷¹ Nomedamente, vide os artigos 2.º e 5.º, alínea a) do Acordo de Estoque de Peixes; e Código de Conduta da Pesca, paras. 7.1.1 e 7.21.

⁷² Artigo 61.º, n.º 3 e 119.º, n.º 1, alínea a). *Infra*, 4.5.

é que ela remete para a utilização sustentável⁷³. Na verdade, a utilização sustentável de recursos marinhos é um aspeto chave do regime da CNUDM tanto em termos da proteção e preservação do meio marinho, como em termos da conservação e gestão dos recursos vivos⁷⁴.

Pese esta mudança de enfoque, é frequente encontrar nos instrumentos pós-Rio a consagração, lado a lado, dos dois conceitos: *conservação de recursos vivos* (ou da biodiversidade) e *utilização sustentável*, acompanhados, por vezes, da referência ao *máximo rendimento constante*. Este é caso da CDB⁷⁵, da Agenda 21⁷⁶, do Acordo de Estoque de Peixes⁷⁷ e das *Diretrizes para Pesca do Fundo no Alto Mar da FAO* (2009). Este último instrumento, por exemplo, preconiza como objetivos principais da gestão, o seguinte:

“to promote responsible fisheries that provide economic opportunities while ensuring the conservation of marine living resources and the protection of marine biodiversity, by: i) – ensuring the *long-term conservation and sustainable use* of marine living resources in the deep seas; and ii) – preventing significant adverse impacts on VMEs”⁷⁸.

É geralmente entendido que a distinção entre a *conservação* e a *utilização sustentável* é uma questão de mera semântica⁷⁹: os dois conceitos são usados como sinónimos⁸⁰ ou com mesmo propósito: garantir a *sustentabilidade* da *utilização* dos

⁷³ UN – *Draft articles on the law of transboundary aquifers – Commentary on Draft Article 4 – Report of International Law Commission on the Work of its 60th Session* – UN Doc. A/63/10 (2008) para. (4), p. 42. *Vide infra*, 4.5.

⁷⁴ David FREESTONE and Freedom-Kai PHILLIPS, “The United Nations Convention on the Law of the Sea (LOSC) and Sustainable Development Jurisprudence”, in Marie-Claire CORDONIER SEGGER and C.G. WEERAMANTRY (eds.), *Sustainable Development Principles in the Decisions of International Courts and Tribunals: 1992-2012*, Routledge Taylor & Francis Group, London and New York, 2017, pp. 319-338, p. 336. *Vide* ainda *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, paras. 190-1.

⁷⁵ *Vide*, nomeadamente, os artigos 1.º e 6, 8-10.º.

⁷⁶ UN – *Agenda 21: Programme of Action for Sustainable Development* – UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1/Vol. I (3-14 June 1992), Cap. 17.1, alíneas. c) e d), e programas C e D. Doravante, UN – Agenda 21.

⁷⁷ Artigos 2.º e 5.º, alínea a).

⁷⁸ FAO – *International Guidelines for the Management of Deep-Sea Fisheries in the High Seas* (FAO, Rome: 2009) para. 11.

⁷⁹ Veit KOESTER, “Environmental Principles and Concepts in Biodiversity Treaties”, in Ludwig KRÄMER and EMANUELA ORLANDO (eds.), *Principles of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK . Northampton, MA, USA, 2018, pp. 538-554, p. 544.

⁸⁰ Simone BORG, “The Conservation of Marine Living resources under International Law: The 1982 UNITED Nations Convention on the Law of the Sea and Beyond”, in David JOSEPH ATTARD,

componentes de ecossistema em benefício da geração presente e futura⁸¹. É neste sentido, que os dois conceitos aparecem igualmente assumidos, sem distinção, no debate em curso sobre a nova Convenção relativa à conservação e utilização da diversidade marinha nas AAJN⁸².

Como explica Redgwell, “a *conceção dominante de conservação de recursos vivos* no Direito Internacional contemporâneo é que ela inclui *proteção e utilização sustentável*, sujeitas à necessidade de *proteger e preservar* espécies ameaçadas, ecossistemas e áreas de beleza natural e importância cultural”. Para a autora, “a conservação é melhor entendida como um termo genérico que reconhece a *gestão sustentável* como uma ferramenta necessária para alcançar os vários objetivos legítimos de conservação, seja ela *conservação para obter uma utilização indefinida* ou *conservação para fins de proteção*”⁸³. Neste caso, a conservação para fins de proteção é consistente com a interpretação que a jurisprudência faz do disposto no artigo 195.º, n.º 5 da CNUDM como abrangendo medidas focalizadas principalmente na conservação dos ecossistemas⁸⁴. Neste particular, a conservação pode restringir a utilização comercial, mas a utilização sustentável para fins comerciais continua a ser o seu objetivo último, condicionada à restauração suficiente do estoque-alvo. Esta é abordagem adotada no *Tratado para a Conservação das Baleias*⁸⁵. A mesma ideia orienta os restantes tratados de conservação de espécies ameaçadas ou em perigo. As medidas específicas de conservação exigidas por cada um destes tratados

Malgosia FITZMAURICE and Norman A MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (eds.), *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. I: *The Law of the Sea*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 342-377, p. 362.

⁸¹ Nele MATZ-LÜCK and Johannes FUCHS, “Marine Living Resource”, in Donald R ROTHWELL et al., (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 491-515, p. 495; e BIRNIE, BOYLE and REDGWELL, *International Law and the Environmental*, *op. cit.*, p. 199.

⁸² Liesbeth LIJNZAAD, “The Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity: Siamese Twins?”, in Myron H. NORDQUIST, John NORTON MOORE and Ronán LONG (eds.), *The Marine Environment and United Nations Sustainable Development Goal 14: Life below Water*, Brill Nijhoff, Leiden | Boston, 2018, pp. 33-49, p. 48.

⁸³ Catherine REDGWELL, “Sustainable Use of Natural Resources”, in Ludwig KRÄMER and Emanuela ORLANDO (eds.), *Principles of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK . Northampton, MA, USA, 2018, pp. 115-124, pp. 119 e 120. No mesmo sentido, *vide* Margarita CORRAL SUÁREZ, *La Conservación de los Recursos Biológicos del Mar en el Derecho Internacional Vigente*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1993, pp. 21 e 65.

⁸⁴ *Chagos Marine Protected Area Arbitration, Award*, PCA 2015, para. 538; e *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 945.

⁸⁵ *International Convention for the Regulation of Whaling*, 02 December 1946 (161 UNTS 72), preâmbulo; e *Whaling in the Antarctic (Australia v Japan, New Zealand intervening), Judgment*, *I.C.J. Reports 2014*, p. 226, paras. 56-8.

dependem de *status* de conservação das espécies-alvo, um *status* que variará ao longo do tempo⁸⁶. E é em função deste *status* e da demanda que é fixada a taxa de utilização⁸⁷.

Existe, assim, uma clara conexão entre *utilização sustentável* de recursos vivos, *conservação*, *desenvolvimento sustentável* e *soberania permanente sobre os recursos naturais*. Essa ligação é reconhecida nos vários instrumentos jurídicos internacionais⁸⁸ e é particularmente realçada na Diretiva da CBD, onde se prescreve que

“Sustainable use is a valuable tool to promote conservation of biological diversity, since in many instances it provides incentives for conservation and restoration because of the social, cultural and economic benefits that people derive from that use. In this context, and as recognized in the Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development, *sustainable use is an effective tool to combat poverty, and, consequently, to achieve sustainable development*”⁸⁹.

Desta forma, a *utilização sustentável* concilia o exercício da soberania permanente com a proteção de recursos, por um lado, e, por outro lado, *permite a consecução dos objetivos de soberania permanente: garantir o bem-estar da população do Estado*⁹⁰.

4.3. Recursos naturais vivos marinhos: *um componente da biodiversidade marinha; pesca insustentável: maior ameaça à biodiversidade marinha; necessidade de utilização sustentável*

A “diversidade biológica” é definida como “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo (...) os ecossistemas (...) marinhos e outros

⁸⁶ REDGWELL, “Sustainable Use of Natural Resources”, *op. cit.*, p. 121.

⁸⁷ *Infra*, 4.5.

⁸⁸ Preâmbulo e artigo 193.º da CNUDM; preâmbulo, artigos 1.º, 3.º, 4.º, 8.º-10.º CDB; artigos 2.º e 3.º, n.º 2 do Acordo de Estoque de Peixes; Código de Conduta da Pesca, para. 6.2. *Vide* ainda, IUCN, UNEP and WWF – *World Conservation Strategy* (1980) p. VI, paras. 1 (2); Rio+20 – *United Nations Conference on Sustainable Development – Outcome of the Conference – The Future We Want* – UN Doc. A/CONF.216/L.1 (19 June 2012) para. 158; e UN – *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development – Sustainable Development Goals* – UNGA A/RES/70/1 (25 September 2015) SDG 14.

⁸⁹ CBD – Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice: *Sustainable Use: Development of Practical Principles, Operational Guidance and Associated Instruments* – COP Decision VII/12 – Doc. UNEP/CBD/SBSTTA/9/9 (2003) – CBD – COP Decision VII/12 – Doc. UNEP/CBD/SBSTTA/9/9 (2003) Annex, para. 2.

⁹⁰ BARRAL, “National Sovereignty over Resources...”, *op. cit.*, p. 18.

ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a *diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas*⁹¹. Dessa definição decorrem três níveis de biodiversidade: “diversidade de ecossistemas, diversidade de espécies e diversidade genética”⁹². A biodiversidade tem um valor ecológico intrínseco e é importante “para a evolução e a manutenção dos sistemas necessários à vida da biosfera”⁹³. A sua perda ameaça os bens e serviços do ecossistema dos quais a humanidade depende e interfere nas funções ecológicas essenciais⁹⁴. Os recursos vivos marinhos são partes dessa cadeia complexa e interdependente de vidas que formam a biosfera⁹⁵.

No entanto, a prática de pesca insustentável ameaça a biodiversidade tanto por esgotamento dos seus componentes, através de sobrepesca, como pela destruição de habitats, através de práticas destrutivas⁹⁶. A sobrepesca, a pesca INN e o uso não seletivo de artes e métodos de pesca são maiores responsáveis pela perda da biodiversidade marinha⁹⁷. A *sobrepesca* remove grandes quantidades de biomassa do meio da cadeia alimentar, com efeitos amplamente desconhecidos no equilíbrio ecológico marinho⁹⁸. Ela afeta não apenas o estoque de *espécies capturadas*, mas também as populações de *espécies associadas ou dependentes*, e pode, *inter alia*, afetar o equilíbrio ecológico de uma área marinha particular⁹⁹, reduzir a complexidade do habitat e impactar a diversidade genética de populações de espécies marinhas, criando um perigo real da sua extinção¹⁰⁰.

⁹¹ Artigo 1.º da CDB.

⁹² UNGA Doc. A/60/63/Add.1 (15 July 2005) para. 4.

⁹³ Preâmbulo, § 1.º e 2.º da CDB.

⁹⁴ CBD – *Sustaining Life on Earth: How the Convention on Biological Diversity Promotes Nature and Human Well-Being* (2000) (<https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-sustain-en.pdf>, consultado em 24.07.2020). p. 3.

⁹⁵ Para mais desenvolvimento, *vide* Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro, *A Proteção da Biodiversidade Marinha através de Áreas Protegidas nos Espaços Marítimos sob Soberania ou Jurisdição do Estado: Discussões Jurídicas Contemporâneas – O Caso Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 63 e ss.

⁹⁶ Richard BARNES, “Fisheries and Marine Biodiversity”, in Malgosia FITZMAURICE, David M. ONG and Panos MERKOURIS (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK . Northampton, MA, USA, 2010, pp. 542-566, pp. 543, 544 e 549. *Vide* ainda UNGA Doc. A/59/62/Add.1 (18 August 2004) paras. 295-300.

⁹⁷ UNGA Doc. A/60/63/Add.1 (15 July 2005) para. 132.

⁹⁸ GESAMP – *A Sea of Troubles – Reports and Studies* N.º 70 (2001) p. 2.

⁹⁹ Robin CHURCHILL, “Fisheries and their Impact on the Marine Environment: UNCLOS and Beyond”, in Marta CHANTAL RIBEIRO (Coord.), *30 Years After the Signature of the United Nations Convention on the Law of the Sea: The Protection of the Environment and Future of the Law of the Sea*, Coimbra Editora Coimbra, 2014, pp. 23-52, pp. 25 e 26. *Vide* ainda MACHADO RIBEIRO, *A Proteção da Biodiversidade Marinha...*, *op. cit.*, pp. 97 e 98.

¹⁰⁰ UNGA Doc. A/59/62/Add.1 (18 August 2004) paras. 195-300.

A pesca de fundo é das práticas mais destrutivas dos habitats. Ela é definida pela FAO como aquela que usa artes de pesca “que entram em contacto ou possam entrar em contacto com o fundo do mar do mar durante o curso da operação de pesca”¹⁰¹. A pesca de fundo é dirigida, assim, aos ecossistemas bentónicos (ecossistemas do fundo do mar), considerados o maior bioma do *Planeta Azul*: são os mais ricos, os mais diversos, possuindo características únicas dos restantes ecossistemas, mas também os mais vulneráveis à ação antropogénica¹⁰². Determinados *métodos de pesca* de fundo, como a pesca de arrasto, podem modificar, a longo prazo, a forma de passagem submarina, reduzindo a complexidade original do fundo do mar da mesma maneira que a agricultura em terra¹⁰³. A pesca de arrasto pode ser particularmente prejudicial aos recifes de coral, montes submarinos e esponjas, onde a maioria dos peixe-alvos se agregam¹⁰⁴. À escala global, a pesca transformou-se progressivamente numa fonte mais difundida de distúrbio para os habitats do fundo do mar¹⁰⁵.

Os dados da FAO revelam que, apesar das melhorias registadas com a implementação de Código de Conduta da Pesca, a percentagem de unidades populacionais de capturas “*em níveis biologicamente insustentáveis*” aumentou de 10%, em 1974, para 34.2%, em 2017¹⁰⁶. Esses impactos podem desencadear a propagação de mudanças indiretas em toda cadeia alimentar marinho e reduzir

¹⁰¹ Alexis BENSCH *et al.*, *Worldwide Review of Bottom Fisheries in the High Seas* (FAO: Rome, 2009) p. 2 (disponível in <http://www.fao.org/3/a-i1116e.pdf> e consultado em 14.07.2020); e FAO – *International Guidelines for the Management of Deep-Sea Fisheries in the High Seas* (FAO, Rome: 2009) – *Guidelines for Deep-Sea Fisheries* (FAO 2009) para. 8, ii). Doravante, FAO – *Guidelines for Deep-Sea Fisheries* (FAO 2009).

¹⁰² Eva RAMINEZ-LLONDRA *et al.*, “Deep, Diverse and Definitely Different: Unique Attributes of the World’s Largest Ecosystem”, *Biogeosciences*, vol. 7, 2010, pp. 2851-2899. doi:10.5194/bg-7-2851-2010. Vide ainda UNGA Doc. A/59/62/Add.1 (18 August 2004) paras. 174-192; UNGA Doc. A/60/63/Add.1 (15 July 2005) paras. 21-40, 142 e 179; e UNGA Doc. A/62/66/Add.2 (10 September 2007) paras. 192 e 193.

¹⁰³ Eva RAMIREZ-LLODRA, “Deep-Sea Ecosystems: Biodiversity and Anthropogenic Impacts”, in Catherine BANET (ed.), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 2020, pp. 36-60, p. 53. Vide in da GESAMP – *A Sea of Troubles – Reports and Studies* N.º 70 (2001) p. 11.

¹⁰⁴ UNGA Doc. A/61/154 (14 July 2006) paras. 50-6.

¹⁰⁵ Richard CADDELL, “Deep-Sea Bottom Fisheries and the Protection of Seabed Ecosystems: Problems, Progress and Prospects”, in Catherine BANET (ed.), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 2020, pp. 255-286, pp. 255, 257 e 258.

¹⁰⁶ FAO – *The State of World Fisheries and Aquaculture: Sustainability in Action* (FAO: Rome 2020), pp. 7 e 47. Disponível in <https://doi.org/10.4060/ca9229en> e consultado em 16.10.2020. Doravante, FAO – *The World State of the Fisheries* (2020).

a resiliência dos ecossistemas marinhos à variabilidade climática¹⁰⁷. Com efeito, a perda de biodiversidade marinha é considerada, ao lado de alterações de clima e de acidificação dos oceanos, como uma das maiores ameaças à saúde ecológica dos oceanos¹⁰⁸.

Enquanto as atividades insustentáveis de pesca podem afetar diretamente a biodiversidade marinha, a pesca fornece, ao mesmo tempo, uma fonte de sustento e bem-estar social para milhões de pessoas em todo mundo¹⁰⁹. O desafio da utilização sustentável consiste então em sujeitar a pesca às medidas efetivas de conservação dirigidas não apenas à utilização sustentável de espécies-alvo, mas também às capturas acessórias de outras espécies, ao esgotamento de diversidade biológica e à degradação dos ecossistemas marinhos¹¹⁰. A Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) tem desempenhado um papel central na promoção de sustentabilidade da pesca de fundo, principalmente nas AAJN. Desde 2004, a AGNU tem adotado uma série de resoluções, apelando aos Estados e às ORGPs para: regular pescas de fundo e implementar medidas para regular a pesca de arrasto de fundo, com base nas *abordagens ecossistêmica e cautelara*, e Avaliação de impactos ambientais (AIA) das pescas; implementar *Diretrizes para Pesca de Fundo em Alto Mar da FAO* (2009)¹¹¹; e proibir a pesca de fundo à volta dos Ecossistemas Marinhos Vulneráveis (EMVs), *v.g.* montes submarinos, fontes hidrotermais e recifes de coral de água fria, a menos que medidas de conservação e gestão tenham sido estabelecidas para evitar impactos adversos significativos em tais EMVs¹¹².

Enquanto uma das maiores ameaças à biodiversidade marinha, a eliminação da sobrepesca, pesca destrutiva, e pesca INN aparece como uma das metas do *Plano Estratégico para a Biodiversidade 2011-2020*¹¹³, reafirmada nos *Objetivos de*

¹⁰⁷ Fiorenza MICHELI et. al., “Ocean Health”, in Hance D. SMITH, Juan Luis SUÁREZ DE VIVERO and Tundi S. AGARDY (eds.), *Routledge Handbook of Ocean Resources and Management*, Routledge Taylor & Francis Group, London and New York, 2015, pp. 108-125, p. 112.

¹⁰⁸ GESAMP – *A Sea of Troubles – Reports and Studies* N.º 70 (2001) pp. 5 e 10; Richard BARNES and Carmino MASSARELLA, “High Seas Fisheries”, in Elisa MORGERA and Kati KULOVESI (eds.), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 369-389, 384 e 385; e HARRISON, *Saving the Oceans Through Law...*, *op. cit.*, pp. 1 e 2.

¹⁰⁹ UNGA Doc. A/62/66/Add.2 (10 September 2007) para. 26; e UN – Agenda 21, Cap. 17.74.

¹¹⁰ BIRNIE, BOYLE and REDGWELL, *International Law and the Environmental*, *op. cit.*, p. 704.

¹¹¹ FAO – *Guidelines for Deep-Sea Fisheries* (FAO 2009) para. 1 e 5.

¹¹² UNGA – Doc. A/RES/59/25 (2004) paras. 66-7; Doc. A/RES/61/105 (2006) paras. 80 e 83-7; Doc. A/RES/64/72 (2009) paras. 113-17 e 119-27; e Doc. A/RES/66/68 (2011) paras. 121-37. Para mais desenvolvimento, *vide* CADDELL, “Deep-Sea Bottom Fisheries...”, *op. cit.*, pp. 266 e ss.

¹¹³ CBD – *The Strategic Plan for Biodiversity 2011-2020 and the Aichi Biodiversity Targets* – CBD COP Decision X/2 (2010) Annex, Target 6. Doravante, CBD – COP Decision X/2 (2010).

Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030, para a conservação e utilização sustentável dos oceanos e seus recursos, nos seguintes termos,

“By 2020, effectively regulate harvesting and *end overfishing*, illegal, unreported and unregulated fishing and *destructive fishing practices* and *implement science-based management plans*, in order to restore fish stocks in the shortest time feasible, at least to levels that can *produce maximum sustainable yield as determined by their biological characteristics*”¹¹⁴.

A situação prevalente em 2017 fazia já antever que seria improvável o seu alcance em 2020¹¹⁵.

4.4. Abordagem ecossistémica: a nova estratégia para abordar ameaças antropogénicas ao meio marinho

Em resultado do movimento ecológico dos anos 1960s, a preocupação com ameaças ao conjunto de ecossistemas refletiu-se na mudança de ênfase de instrumentos internacionais jurídicos e políticos de gestão de ambiente (marinho) adotados a partir dos anos 1970s que, propiciando uma abordagem mais integrada para a proteção do ambiente marinho alinhada com as metas económicas e sociais, passaram a concentrar mais atenção na proteção ou conservação dos ecossistemas (marinhos), e menos na conservação de espécies individuais¹¹⁶. A abordagem ecossistémica é o exemplo dessa mudança e a abordagem cautelosa é um componente essencial deste novo paradigma¹¹⁷. O conceito da abordagem ecossistémica é implicitamente refletido na CNUDM¹¹⁸ e é um elemento-chave do Acordo de 1995¹¹⁹

¹¹⁴ UN – *The 2030 Agenda* (2015) SDG, Target 14.4.

¹¹⁵ FAO – *The World State of the Fisheries* (2020) p. 54.

¹¹⁶ Jeff A. ARDRON and Robin WARNER, “International Marine Governance and Protection of Biodiversity”, in Hance D. SMITH, Juan Luis SUÁREZ DE VIVERO and Tundi S. AGARDY (eds.), *Routledge Handbook of Ocean Resources and Management*, Routledge Taylor & Francis Group, London and New York, 2015, pp. 55-72, p. 61; e David M. ONG, “International Environmental Law Governing Treats to Biological Diversity”, in Malgosia Fitzmaurice, David M. Ong and Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK . Northampton, MA, USA, 2010, pp. 519-541, p. 522; e MACHADO RIBEIRO, *A Proteção da Biodiversidade Marinha...*, *op. cit.*, pp. 405, 439 e ss.

¹¹⁷ David FREESTONE, “International Fisheries Law Since Rio: The Continued Rise of the Precautionary Principle”, in Alan BOYLE and David FREESTONE (eds.), *International Law and Sustainable Development*, Oxford University Press, 1999, pp. 135-164, p. 164.

¹¹⁸ Preâmbulo, artigos 61.º, n.º 4, 119.º, n.º 1, alínea a), 194.º, n.º 5 e 145.º. *Infra*, 4.5.

que o TIDM tinha em mente no *Caso Atum Rabilho do Sul* (1999)¹²⁰. A abordagem ecossistémica é uma estratégia essencial nos instrumentos da FAO¹²¹, da CDB¹²² e é um aspeto consensual na negociação da nova Convenção sobre a conservação e utilização sustentável dos componentes da biodiversidade marinha na AAJN¹²³

O aspeto central da abordagem ecossistémica consiste na definição do ecossistema¹²⁴. De acordo com a definição do artigo 2.º da CDB, acolhida na *Arbitragem do Mar Meridional da China* (2016) como internacionalmente aceite¹²⁵, o ecossistema significa “um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais e de microrganismos e o seu ambiente não vivo, interagindo como uma unidade funcional”. O ponto-chave desta definição é que espécies e habitats estão integralmente inter-relacionados e um impacto externo que afeta um componente de um ecossistema pode ter efeitos drásticos em todas as partes da comunidade¹²⁶, perturbando o equilíbrio de todo o ecossistema ou destruindo a sua capacidade de funcionar como um sistema de suporte de vida¹²⁷. Daí decorre que *uma obrigação de proteger os ecossistemas implica uma obrigação de proteger todos os componentes vivos e não vivos dos mesmos*¹²⁸. Isto implica que qualquer plano de gestão deve tomar em conta a interdependência entre os vários componentes do ecossistema, respeitar a sua integridade ecológica, e adotar uma abordagem holística. Neste particular, a abordagem ecossistema desafia a abordagem tradicionalmente fragmentária do Direito Internacional: promete integrar leis que regulam os recursos vivos com leis que regulam a poluição e degradação do meio ambiente físico; visa integrar, dentro de uma perspetiva ecossistémica transversal, fronteiras jurisdicionais e políticas fragmentadas; e

¹¹⁹ Artigos 5º e 7.º, n.º 2, alínea d).

¹²⁰ *Supra*, 4.1.

¹²¹ Preconizando a equidade inter-geracional na utilização dos recursos marinhos como o seu propósito, a Diretiva da FAO define a abordagem ecossistémica como “an (...) approach to fisheries strives to balance diverse societal objectives, by taking account of the knowledge and uncertainties about biotic, abiotic and human components of ecosystems and their interactions and applying an integrated approach to fisheries within ecologically meaningful boundaries” (FAO – *The Ecosystem Approach to Fisheries* (FAO: Rome 2003) p. 6).

¹²² CBD – *Ecosystem Approach* – COP 5 Decision V/6 (2000) A., para. 1.

¹²³ Vito De LUCIA, “The Ecosystem Approach and the BBNJ Negotiations”, *Nordic Journal of Environmental Law*, 2, 2019, pp. 1-23. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3420988>.

¹²⁴ CBD – *Ecosystem Approach* – COP 5 Decision V/6 (2000) A., para. 3.

¹²⁵ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 945.

¹²⁶ HARRISON, *Saving the Oceans Through Law...*, *op. cit.*, p. 28.

¹²⁷ UN – *Draft articles on the law of transboundary aquifers – Commentary on Draft Article 10 – Report of International Law Commission on the Work of its 60th Session* – UN Doc. A/63/10 (2008) para. (1), p. 55.

¹²⁸ HARRISON, *Saving the Oceans Through Law...*, *op. cit.*, p. 28.

tipicamente, visa integrar as dimensões social e ecológica numa única estrutura conceitual e operacional¹²⁹. Resumindo nas palavras de Lucia,

“Responding to hopes of arresting, and reversing, the increasingly negative trends of resource depletion and ecological degradation affecting most ecosystems in the world, EA promises to ‘protect the environment, maintain healthy ecosystems, preserve biological diversity, and achieve sustainable development’, all at once”¹³⁰.

O teste amargo da abordagem ecossistémica consiste na sua implementação. A sua implementação requer um avançado nível de conhecimento científico do meio marinho que desafia todas as estruturas administrativas de gestão. Em particular, requer: o mapeamento prévio dos ecossistemas marinhos (inventariação), o conhecimento da sua dinâmica e das fronteiras biológicas entre os componentes bióticos e abióticos, as quais podem alterar ao longo do tempo em função de vários fatores, *v.g.* período migratório dos recursos, alterações climáticas, e a informação sobre os efeitos diretos e indiretos de múltiplas atividades que ocorrem no espaço marinho suscetíveis de provocar o impacto cumulativo sinérgico¹³¹. Ora, ecossistemas marinhos, particularmente os do fundo do mar, são muito poucos estudados cientificamente, existem menos de 0,0001% de amostras e observações¹³². Os efeitos completos e precisos de alteração de mudança de clima e da acidificação dos oceanos na estrutura e funcionamento dos ecossistemas são ainda amplamente desconhecidos¹³³. A isso acresce que no contexto de extensas ameaças antropogénicas sobre o meio marinho é difícil distinguir o ecossistema marinho vulnerável do seguro¹³⁴. Para fazer face a estas incertezas, a *abordagem*

¹²⁹ LUCIA, “The Ecosystem Approach”, *op. cit.* pp. 2 e 3.

¹³⁰ Vito De LUCIA, “Competing Narratives and Complex Genealogies: The Ecosystem Approach in International Environmental Law”, *Journal of Environmental Law*, vol. 27 Issue 1, 2015, pp. 91-117, p. 92.

¹³¹ FAO – *The Ecosystem Approach to Fisheries* (FAO: Rome 2003) pp. 6 e 8. *Vide* LUCIA, “Competing Narratives and Complex Genealogies...”, *op. cit.*, pp. 92 e 93.

¹³² RAMIREZ-LLODRA, “Deep-Sea Ecosystems...”, *op. cit.*, p. 36; e UNGA Doc. A/59/62/Add.1 (18 August 2004) para. 200.

¹³³ UNEP – Convention on Biological Diversity, SBSTTA, *Biological Diversity and Climate Change – Report of the Ad Hoc Technical Expert Group on Biodiversity and Climate Change* – UNEP/CBD/SBSTTA/9/INF/12 (30 September 2003) paras. 37-72; e UNGA Doc. A/RES/62/2015 (22 December 2007) p. 15, para. 81.

¹³⁴ Edward J GOODWIN, “Threatened Species and Vulnerable Marine Ecosystems”, in Donald R ROTHWELL et al. (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 799-824, p. 802.

ecossistémica envolve necessariamente a *abordagem cautelara*, em particular a *gestão adaptava*, e é complementada e suportada por novos instrumentos de gestão integrada do ambiente¹³⁵, como: o Ordenamento do Espaço Marinho (OEM); a AIA; e o estabelecimento de AMP¹³⁶.

4.5. A regra-chave para utilização sustentável dos componentes da biodiversidade marinha: equilíbrio entre a utilização e a sustentabilidade dos ecossistemas

“While it is possible to use biodiversity components with ecological processes, species and genetic variability remaining above thresholds needed for long-term viability, *it is the responsibility of governments and resource managers to ensure that use does not exceed these capacities. It is crucial that the biodiversity in ecosystems is maintained to ensure that those ecosystems are capable to sustain the ecological services on which both biodiversity and people depend*”¹³⁷.

Aplicando esta regra às pescas, ela requer um equilíbrio entre os dois lados de equação: *a utilização* (retirada do ecossistema) e *a sustentabilidade* (manutenção do *status quo* desse mesmo sistema para garantir sua sustentabilidade a longo prazo)¹³⁸. Isto pressupõe encontrar uma taxa de utilização ecologicamente segura que equilibre a *utilização* dos recursos vivos com a *sustentabilidade* dos ecossistemas. Como ficou adiantado *supra*, essa taxa depende muito do *status* de conservação de cada recurso e da demanda social e, num ambiente rodeado de incertezas, a taxa de utilização deve ser determinada de forma flexível e adaptável à dinâmica dos ecossistemas e ao conhecimento progressivo científico do seu estado, o que requer a adoção de uma *gestão adaptativa*, em si uma expressão da *abordagem*

¹³⁵ FAO – *The Ecosystem Approach to Fisheries* (FAO: Rome 2003) pp. 7, 24 e 25; CBD – *Ecosystem Approach* – COP 5 Decision V/6 (2000) para 4 e Princípio 9; e FAO – *Guidelines for Deep-Sea Fisheries* (FAO 2009) paras. 12, 65, 74, i., 77 e 81.

¹³⁶ Para mais desenvolvimento, *vide* Karen N SCOTT, “Integrated Oceans Management: A New Frontier in Marine Environmental Protection”, in Donald R ROTHWELL et al., (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 463-490; e Rosemary RAYFUSE, “Crossing the Sectoral Divide: Modern Environmental Law Tools for Addressing Conflicting Uses on the Seabed”, in Catherine BANET (ed.), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Brill | Nijhoff, Leiden|Boston, 2020, pp. 527-552.

¹³⁷ CBD – COP Decision VII/12 – Doc. UNEP/CBD/SBSTTA/9/9 (2003) Annex, para. 7 (a).

¹³⁸ David VOUSDEN, “Large Marine Ecosystems and Associated New Approaches to Regional, Transboundary and ‘High Seas’ Management”, in Rosemary RAYFUSE, *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, UK, 2015, pp. 385-410, p. 390 e 391.

*cautelar*¹³⁹. Essa exigência é mais bem elaborada na Diretiva de CDB, na qual se reconhece que

“Sustainable use is not a fixed state, but rather the consequence of balancing an array of factors, which vary according to the context of the use. In addition, sustainability of uses cannot be expressed with certainty, but rather as a probability that may have to change if the conditions in which management is taking place change. In this context, *adaptive management* deals with the complex and dynamic nature of ecosystems and their uses and the absence of complete knowledge of their functioning, it is able to respond to uncertainties and it contains elements of “learning-by-doing” or research feedback”¹⁴⁰.

A CNUDM oferece, *a priori*, um quadro normativo abrangente que permite conciliar os objetivos socioeconômicos prosseguidos com a exploração dos recursos vivos com a manutenção do *status quo* dos ecossistemas. A CNUDM exige aos Estados a fixação do total de *Volume de Captura Admissível* (VCA)¹⁴¹, tendo em conta “os melhores dados científicos”, aplicando na sua insuficiência ou ausência a *abordagem cautelar*¹⁴², para assegurar que a *preservação dos recursos vivos* “(...) não seja ameaçada por um excesso de captura”¹⁴³. Na adoção de medidas de conservação, os Estados são instados a ter em conta os impactos dos *métodos de pesca* no meio marinho¹⁴⁴ e a *abordagem ecossistêmica*¹⁴⁵, nomeadamente: a) a *unidade ecológica* das populações interdependentes¹⁴⁶; e b) os impactos da pesca sobre as *espécies associadas* às espécies

¹³⁹ REDGWELL, “Sustainable Use of Natural Resources”, *op. cit.*, p. 121. *Vide* ainda, FREESTONE, “International Fisheries Law Since Rio...”, *op. cit.*, pp. 156-162. *Vide* também artigos 5.º, 6.º e Anexo II do Acordo de Estoque de Peixes; Código de Conduta da Pesca, paras. 6.5, 7.2 e 7.5; e FAO – *The Ecosystem Approach to Fisheries* (FAO: Rome 2003) paras. 1.6, 7.4, 6.9, 7.11 e 7.15.

¹⁴⁰ CBD – COP Decision VII/12 – Doc. UNEP/CBD/SBSTTA/9/9 (2003) Annex, para. 11. *Vide* ainda CBD – *Ecosystem Approach* – COP 5 Decision VI/6 (2000) B, para. 6, Princípio 9.

¹⁴¹ Artigo 61.º, n.º 1.

¹⁴² *Vide* neste sentido, *Southern Bluefin Tuna*, ITLOS Reports 1999, p. 280, paras. 77, 79 e 80; *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 208. *Vide* ainda BARNES and MASSARELLA, “High Seas Fisheries”, *op. cit.*, pp. 374 e 375).

¹⁴³ Artigo 61.º, n.º 2. De modo diferente, o artigo 119.º, alínea a) não exige a preservação dos recursos vivos não seja ameaçada pela sobrepesca.

¹⁴⁴ Artigo 61.º, n.º 3; e 119.º, n.º 1, alínea a). Sobre a regulação dos métodos de pesca com efeitos adversos na biodiversidade e nos ecossistemas, *vide* FAO – *Regulation of Driftnet Fishing on the High Seas: Legal Issues* (FAO 1991) pp. 57-8; e FAO – *Options to Mitigate Bottom Habitat Impact of Draggled Gears* (FAO Rome 2007) pp. 3 e ss.

¹⁴⁵ Joji MORISHITA, “What is the Ecosystem Approach for Fisheries management?”, *Marine Policy*, vol. 32, Issue 1, 2008, pp. 19-26, p. 20; e LUCIA, “The Ecosystem Approach”, *op. cit.* pp. 14-16.

¹⁴⁶ Artigo 61.º, n.º 3.

capturadas ou *delas dependentes*, a fim de “preservar ou estabelecer as populações de tais espécies associadas ou dependentes *acima de níveis em que a sua reprodução possa ficar seriamente ameaçada*”¹⁴⁷.

As medidas adotadas pelos Estados devem *ter a finalidade de preservar ou estabelecer as populações das espécies capturadas a níveis que possam produzir o máximo rendimento constante* (MRC), determinado a partir de *fatores ecológicos e económicos*¹⁴⁸. O MRC é definido como a maior captura anual que pode ser obtida continuamente de uma unidade populacional com base na capacidade de se renovar¹⁴⁹. O alcance do MRC tem sido considerado como o principal objetivo das medidas de conservação¹⁵⁰, tanto na ZEE como no Alto Mar, e é sobre MRC que se deve fixar o VCA¹⁵¹.

O uso do MRC tem sido criticado, nomeadamente, por tender a valorizar mais fatores económicos do que ecológicos e, desta formar, ser suscetível de conduzir à fixação do VCP, por razões económicas, sociais ou políticas, acima do limite de reprodução dos estoques¹⁵². Para a FAO, o objetivo do MRC é permitir níveis de captura compatíveis com a manutenção de um estoque no nível MRC ou acima dele. Por esta razão, sugere a FAO que MRC seja interpretado e usado, para fins de *abordagem cautelara* e à semelhança das disposições do Acordo de Estoque de Peixes¹⁵³, como um ponto de referência *limite* a ser evitado e não como uma meta

¹⁴⁷ Artigo 61.º, n.º 4 e 119.º, n.º 1, alínea b).

¹⁴⁸ Artigos 61.º, n.º 3 e 119.º, n.º n.º 1, alínea a).

¹⁴⁹ Richard BARNES, “The Convention on the Law of the Sea: An Effective Framework for Domestic Fisheries Conservation”, in David FREESTONE, Richard BARNES, and David M ONG (eds.), *The Law of the Sea: Progress and Prospects*, Oxford University Press, Oxford | New York, 2006, pp. 233-260, p. 243; MATZ-LÜCK and FUCHS, “Marine Living Resources”, *op. cit.*, pp. 498 e 499; e CORRAL SUÁREZ, *La Conservación de los Recursos...*, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵⁰ UN – Report of the *International Technical Conference on the Conservation of the Living Resources of the Sea, 18 April to 10 May 1955*, Roma – UN doc. A/CONF/1.10/6 (New York: United Nation 1955) paras. 17 e 18; e artigo 2.º da Convenção sobre Pescas de 1958 (*Convention on Fishing and Conservation of Living Resources of the High Seas*, Geneva, 29 April 1958 (EEV: 20.03.1966; e 559 UNTS 285)).

¹⁵¹ Sobre a prática guineense, *vide* A. DYWYNÁ DJABULÁ, *A Pesca na Guiné-Bissau: Retrato Fiel da Convenção de Montego Bay?*, Faculdade de Direito de Bissau, Lisboa, 2010, pp. 194-199.

¹⁵² Ellen HEY, “The Persistence of a Concept: Maximum Sustainable Yield”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 27, N.º 4, 2012, pp. 763-777, pp. 765-766. *Vide* ainda, BARNES, “The LOSC: An Effective Framework for Domestic Fisheries Conservation?”, *op. cit.*, p. 243; CHURCHILL, “Fisheries and their Impact on the Marine Environment...”, *op. cit.*, p. 31; e CHURCHILL, “The LOSC Regime for Protection of the Marine Environment...”, *op. cit.* p. 15.

¹⁵³ Nomeadamente, artigos 5.º, als. b) e c), 6.º, e Anexo II. *Vide* ainda FREESTONE, “International Fisheries Law Since Rio...”, *op. cit.*, pp. 156-162.

a ser alcançada¹⁵⁴. No mesmo sentido aponta o Código de Conduta da Pesca¹⁵⁵. Acredita-se que, sujeito à abordagem cautelar na definição dos limites do VCA e efeitos biológicos seguros para espécies não alvo conforme exigido pelo artigo 61.º, n.º 4, o MRC possa ser adequado a contribuir para os objetivos de uma pescaria sustentável¹⁵⁶.

A sujeição do MRC à abordagem cautelar na fixação do VCA parece consistente com: i) – a regra de interpretação evolutiva dos tratados¹⁵⁷; ii) – a interpretação que a jurisprudência e a doutrina têm feito da *abordagem cautelar* como um princípio inerente ao espírito da CNUDM, em particular à obrigação geral de *devida diligência* de proteção e preservação do meio marinho¹⁵⁸; iii) – o espírito da CNUDM, que preconiza a prevenção da sobrepesca como objetivo último¹⁵⁹; e iv) – a consagração implícita da *abordagem ecossistémica* como um dos fatores a ter em conta na fixação do VCA¹⁶⁰.

Para a proteção dos EMVs, o caso dos ecossistemas bentónicos¹⁶¹, habitats de espécies e outros organismos em vias de extinção, ameaçados ou em perigo, é relevante a disposição do artigo 194.º, n.º 5. Como explicou o Tribunal Arbitral na *Arbitragem do Mar da China Meridional* (2016), integram o conteúdo desta disposição as espécies internacionalmente reconhecidas como ameaçadas ou em perigo de extinção, o caso das alistadas nos Anexos de CITES¹⁶². A obrigação de proteção e preservação do meio marinho traduz-se, neste particular, numa *obrigação positiva* de *devida diligência*¹⁶³, requerendo do Estado a adoção e a aplicação de medidas legislativas para a proteção de espécies ameaçadas e a proibição de certas

¹⁵⁴ FAO – *The Ecosystem Approach to Fisheries* (FAO: Rome 2003) p. 23, para. 7.4. *Vide* ainda no mesmo sentido similar, FAO – *Guidelines for Deep-Sea Fisheries* (FAO 2009) paras. 71, iv e 76.

¹⁵⁵ Código de Conduta da Pesca, paras. 6.5, 7.2.1 e 7.5.2. *Vide* ainda, em sentido semelhante, UN – *The 2030 Agenda* (2015) SDG, Target 14.4.

¹⁵⁶ MATZ-LÜCK and FUCHS, “Marine Living Resources”, *op. cit.*, p. 499.

¹⁵⁷ Artigo 31.º, n.º 3, alínea c) da CVDT.

¹⁵⁸ *Southern Bluefin Tuna*, ITLOS Reports 1999, p. 280, paras. 77, 79 e 80; *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 208; e BARNES and MASSARELLA, “High Seas Fisheries”, *op. cit.*, pp. 374 e 375.

¹⁵⁹ HARRISON, *Saving the Oceans Through Law...*, *op. cit.* p. 169.

¹⁶⁰ Artigos 61.º, n.º 4, 119.º, n.º 1, alínea b), 145.º e 194.º, n.º 5 (Alexander PROELSS and Katherine HOUGHTON, “Protection Marine Species”, in Rosemary RAYFUSE (ed.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, UK, 2015, pp. 229-258, pp. 240 e 241).

¹⁶¹ CADDELL, “Deep-Sea Bottom Fisheries...”, *op. cit.*, p. 263.

¹⁶² *South China Sea Arbitration*, Award, PCA 2016, para. 956; e *supra*, 3.

¹⁶³ Artigo 192.º e 194.º, n.º 5 da CNUDM.

técnicas destrutivas de pesca¹⁶⁴. Embora o artigo 194.º, n.º 5 proteja os ecossistemas e habitats apenas na medida em que sejam raros ou alberguem espécies em via de extinção, ameaçadas ou em perigo, da sua interpretação ampla, à luz da obrigação geral de proteção e preservação do meio marinho prevista no artigo 192.º, é possível deduzir a *obrigação positiva* dos Estados de adotarem medidas para *prevenir* que os ecossistemas se tornem raros e frágeis¹⁶⁵.

Como *Living treaty*, as disposições da CNUDM são concebidas para serem flexíveis e adaptáveis aos desafios e circunstâncias do tempo e são, por isso, influenciadas pelos instrumentos jurídicos externos¹⁶⁶. O mesmo se passa com o regime jurídico da conservação de recursos vivos marinho, onde os Estados são instados a cooperar no plano bilateral, regional e mundial, na adoção de medidas de conservação e gestão¹⁶⁷. A referência à cooperação internacional obriga os Estados a *terem em conta* na fixação do VCA, medidas de conservação acordadas no âmbito dos fóruns internacionais, regionais e sub-regionais de cooperação de que fazem parte, ainda que elas não sejam vinculativas¹⁶⁸. Isto inclui várias medidas preventivas de impacto das pescas adotadas no âmbito das Conferências das Partes de várias Convenções, tais como CITES, Convenção de Bona¹⁶⁹, CDB, bem como das ORGPs¹⁷⁰. Embora muitas destas medidas não sejam vinculativas, o seu cumprimento fornece evidências de que o Estado tem agido diligentemente no cumprimento das suas obrigações¹⁷¹.

As obrigações jurídicas são ainda reforçadas pelos compromissos políticos internacionais que devem ser tidos em conta na elaboração das políticas nacionais, tais como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da *Agenda 2030*. Neste particular, são relevantes: o Objetivo 13 sobre mudança de clima “nos oceanos”; e o Objetivo 14 sobre conservação e utilização sustentável dos oceanos e seus recursos. No Objetivo 14, são especialmente relevantes as seguintes metas: prevenção e redução significativa de todas as formas de poluição até 2025¹⁷²; gestão e proteção

¹⁶⁴ *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 959.

¹⁶⁵ Em sentido próximo, HARRISON, *Saving the Oceans Through Law...*, *op. cit.* p. 31.

¹⁶⁶ *Supra*, 1.

¹⁶⁷ Artigos 61.º, n.ºs 2 e 5, e 63.º-67.º, 116.º, alínea b), 117-119.º, e 197.º. Vide ainda *South China Sea Arbitration, Award*, PCA 2016, para. 946.

¹⁶⁸ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment*, I.C.J. Reports 2014, p. 226, para. 83.

¹⁶⁹ *Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals*, 23 June 1979 (EEV: 01.11.1983; 1651 UNTS 333).

¹⁷⁰ CHURCHILL, “Fisheries and their Impact on the Marine Environment...”, *op. cit.*, pp. 32 e 33.

¹⁷¹ HARRISON, *Saving the Oceans Through Law...*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷² UN – *The 2030 Agenda* (2015) SDG, Target 14.1.

de forma sustentável dos ecossistemas marítimos e costeiras para evitar impactos adversos significativos, incluindo medidas para a restauração e fortalecimento da sua resiliência, até 2020¹⁷³; minimização dos impactos de acidificação dos oceanos¹⁷⁴; regulação efetiva e extinção de sobrepesca, pesca INN, e pesca destrutiva até 2020¹⁷⁵; conservação no mínimo de 10% das áreas costeiras e marinhas sob jurisdição nacional, *v.g.* através de criação de AMPs, até 2020¹⁷⁶; e proibição de certas formas de subsídios à pesca que contribuam para a excesso de capacidade, sobrepesca, e pesca INN¹⁷⁷. Por força das abordagens ecossistémica e cautelosa e dos compromissos assumidos, deve-se ter ainda em conta na fixação do VCP as incertezas criadas com a alteração do clima e com a acidificação dos oceanos¹⁷⁸. A isso acresce que a CNUDM impõe expressamente às Partes a obrigação de “*terem em conta*” “*outras normas mínimas internacionais geralmente recomendadas*”¹⁷⁹, de que é exemplo o Código de Conduta da Pesca, o mais significativo de todos os instrumentos *soft law* de regulação das pescas.

Existe, assim, a indicação suficiente no texto da CNUDM de que o regime de conservação de recursos vivos exige que os Estados considerem substancialmente a biodiversidade na adoção de políticas de gestão e exploração dos recursos vivos¹⁸⁰. De facto, por via destes mecanismos, as disposições de vários instrumentos internacionais têm sido incorporadas não apenas no conteúdo normativo da CNUDM, mas também nas legislações nacionais¹⁸¹. Mais uma vez, merece lembrar que, de acordo o TIDM, “leis e regulamentos adotados pelo Estado costeiro em

¹⁷³ UN – *The 2030 Agenda* (2015) SDG, Target 14.2.

¹⁷⁴ UN – *The 2030 Agenda* (2015) SDG, Target 14.3.

¹⁷⁵ UN – *The 2030 Agenda* (2015) SDG, Target 14.4.

¹⁷⁶ UN – *The 2030 Agenda* (2015) SDG Target 14. 5. *Vide* ainda CBD – COP Decision X/2 (2010) Annex, Target 11 e para. 20. *Vide* ainda FAO – *Fisheries Management: Marine Protected Areas and Fisheries*, *FAO Technical Guidelines for Responsible Fisheries* N.º 4 (2011) 28-36. *Vide* ainda, UN – Agenda 21, Caps. 17.46, e, f; e 17.75, e, f.

¹⁷⁷ SDG 14.6. Sobre os referidos subsídios, *vide* CHURCHILL, “Fisheries and their Impact on the Marine Environment...”, *op. cit.*, pp. 32 e 33.

¹⁷⁸ Rio+20 – *The Future We Want*, para. 158; e UN – *The 2030 Agenda* (2015) SDG 14.3 e 14.C. Para uma análise desenvolvida, *vide* Erik J. MOLENAAR, “Integrating Climate Change in International Fisheries Law”, *in* Elise JOHANSEN, Signe VEIERUD BUSCH and Ingvild ULRISSE JAKOBSEN (eds.), *The Law of the Sea and Climate Change: Solutions and Constraints*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 263-288.

¹⁷⁹ Artigo 61.º, n.º 3 e 119.º, n. 1, alínea a).

¹⁸⁰ PROELSS and HOUGHTON, “Protection Marine Species”, *op. cit.*, p. 235.

¹⁸¹ Alexander PROELSS, “Fisheries”, *in* Elisa MORGERA and Kati KULOVIĆ (eds.), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2016, pp. 178-197, pp. 186 e 187).

conformidade com as disposições da CNUDM, com o objetivo de conservar os recursos e proteger e preservar o meio marinho dentro de sua ZEE, constituem parte da ordem jurídica para os mares e oceanos estabelecida pela CNUDM”¹⁸². Essa jurisprudência ilustra bem o papel de relevo que os tribunais internacionais têm desempenhado na interpretação dinâmica e sistemática da CNUDM. Outro exemplo de importância fundamental para a conservação de recursos vivos é o reconhecimento ao Estado costeiro do poder para regular *operações conexas de pescas* na sua ZEE, no âmbito do Caso *Virginia G* (Panamá vs. Guiné-Bissau [2014])¹⁸³.

Operações conexas de pesca traduzem-se em *apoios logísticos aos navios de pesca* prestados por outros navios não envolvidos diretamente na atividade de pesca, os chamados *navios de apoio logístico*, mas que são equiparados, para esse efeito, aos navios de pesca na prática dos Estados, incluindo na legislação da Guiné-Bissau¹⁸⁴. Nessa categoria, estão incluídos, *inter alia*, os petroleiros que abastecem navios de pesca, cuja operação é designada em inglês por *bunkering*¹⁸⁵. No âmbito da discussão desse Caso, sustentámos, *inter alia*, que *bunkering* tinha impactos negativos na conservação dos recursos vivos: para além de riscos de poluição associados à operação, *bunkering* proporciona ao navio de pesca o desenvolvimento contínuo das atividades de pesca, facto que, aumentando a sua eficiência em termos de captura, cria maior pressão sobre os estoques de espécies-alvo e esforço de pesca¹⁸⁶. Esse argumento aparece repescado recentemente pelo Presidente cessante do TIDM, Juiz Paik¹⁸⁷.

A CNUDM não aborda explicitamente a questão de *bunkering*, a atividade não era sequer previsível quando a CNUDM foi negociada¹⁸⁸, pelo menos no que

¹⁸² *Advisory Opinion*, ITLOS Reports 2015, p. 4, para. 102. *Supra*, 1.

¹⁸³ *M/V “Virginia G” (Panama/Guinea-Bissau), Judgment*, ITLOS Reports 2014, p. 4.

¹⁸⁴ *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, paras. 188-191 e 216; e *Dissenting Opinion of Judge Ndiaye in M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, paras. 176-280.

¹⁸⁵ *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, para. 162.

¹⁸⁶ *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, para. 205; e *Dissenting Opinion of Judge Ndiaye, in M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, para. 263.

¹⁸⁷ Judge Jin-Hyun PAIK (President International Tribunal for the Law of the Sea) – “*Some Thoughts on Dispute Settlement under a New Legal Instrument on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction*”, presented at the Permanent Mission of Germany to the United Nation in New York, June 2019, para. 15 (disponível in https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/paik/President_Paik_s_Statement_BBNJ_DS-German_House-NY-June_2019-Final_Corr170919.pdf, e consultado em 21.05.2020).

¹⁸⁸ *Dissenting Opinion of Judge Ndiaye, in M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, para. 185; e Judge PAIK, “*Some thoughts on dispute settlement...*”, *op. cit.*, para. 15.

tange ao reabastecimento dos navios comerciais¹⁸⁹. A questão principal do Caso *Virginia G* consistia então em saber se a Guiné-Bissau, enquanto Estado costeiro, tinha competência para regular *bunkering* ou se esta atividade era regida pelas liberdades do Alto Mar aplicáveis à ZEE, conforme foi alegado pelo Panamá¹⁹⁰. Por unanimidade, o TIDM decidiu a favor da pretensão da Guiné-Bissau, concluindo que

“(...) the regulation by a coastal State of bunkering of foreign vessels fishing in its exclusive economic zone is among those measures which the coastal State may take in its exclusive economic zone to conserve and manage its living resources under article 56 of the Convention read together with article 62, paragraph 4, of the Convention. This view is also confirmed by State practice which has developed after the adoption of the Convention”^{191/192}.

Estamos perante um caso prototípico onde um compromisso internacional, neste caso a CNUDM, é modificado informalmente por força da prática seguida ulteriormente na sua interpretação e aplicação, a qual reflete a máxima de que *os Estados são os donos dos Tratados*¹⁹³, enfatiza Loureiro Bastos¹⁹⁴. Esclarecendo o âmbito da competência regulatória do Estado costeiro sobre a matéria *sub judice*, explicou o TIDM que essa competência não é extensível a outras atividades de abastecimento de combustível na ZEE, *i.e as operações não conexas de pesca*, “a menos que de outra forma determinado de acordo com a CNUDM”¹⁹⁵. Como critério para aferição da competência regulatória do Estado costeiro, o TIDM estabeleceu a conexão direta ou não das atividades alistadas no artigo 62.º, n.º 4 à

¹⁸⁹ Fernando LOUREIRO BASTOS, “O Contributo do Tribunal Internacional do Direito do Mar para a Clarificação dos Poderes dos Estados Costeiros na Zona Económica Exclusiva”, in Marta CHANTAL RIBEIRO (Coord.), *20 Anos da Entrada em Vigor da CNUDM: Portugal e os Recentes Desenvolvimentos no Direito do Mar*, CIIMAR – FDUP, Porto, 2015, pp. 37-53, pp. 47 e 48. E-book disponível in <http://www.ciimar.up.pt/>.

¹⁹⁰ *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, paras. 48 (a), 49 (4), 50 (D), 161-205.

¹⁹¹ *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, paras. 217 e 452 (6).

¹⁹² Ficamos regozijados com o acolhimento de boa parte dos nossos argumentos, apresentados em defesa da Guiné-Bissau, neste particular (*M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, paras. 191, 205 e 215; e *Dissenting Opinion of Judge Ndiaye*, in *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, para 176 [pp. 302, 305 e 306]).

¹⁹³ Artigo 31.º, n.º 3, alínea b) da CVDT.

¹⁹⁴ LOUREIRO BASTOS, “O Contributo do Tribunal Internacional do Direito do Mar...”, *op. cit.*, pp. 43 e 52.

¹⁹⁵ *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, para. 223.

pesca¹⁹⁶. Por outras palavras, considerou, o TIDM, que as *operações conexas de pesca*, na medida em que tenham impactos negativos na gestão e conservação dos recursos vivos, podiam ser regulamentadas pelo Estado costeiro. Pelo contrário, as *operações não conexas de pesca*, na medida em que *aparentemente* não gerem impactos negativos na gestão e conservação dos recursos vivos, não podiam ser reguladas pelo Estado costeiro, salvo disposição habilitante da CNUDM. O TIDM escusou-se, assim, a pronunciar-se sobre a competência do Estado costeiro para regular os riscos de poluição de *bunkering* de *operações não conexas de pesca* para a conservação de recursos vivos, alegando que o mais importante é que *bunkering* foi regulada na legislação das pescas da Guiné-Bissau¹⁹⁷. Esclarecendo a sua posição sobre este ponto, os juízes Kelly e Attard consideram que *bunkering* de qualquer tipo de navio pode causar danos ambientais à ZEE e que os Estados costeiros gozam da jurisdição para regulamentá-la nos termos do artigo 56.º, n.º 1, alínea b), iii) e de outras disposições da CNUDM, particularmente as dos artigos 211.º, n.º 5 e 220.º, n.ºs 3, 5 e 6¹⁹⁸.

É escusado dizer que o regime jurídico da conservação de recursos vivos da CNUDM tem sido reforçado, e muitas das suas deficiências corrigidas ou esclarecidas, por força da prática posterior dos Estados, da interpretação dinâmica e sistemática da jurisprudencial e de muitos instrumentos internacionais *hard* e *soft law* adotados na sua vigência, particularmente os adotados na sequência da Conferência de Rio, com destaque para CDB, Agenda 21, Acordo de Estoque de Peixes, e Código de Conduta da Pesca¹⁹⁹. Os instrumentos pós-Rio, preconizando a utilização sustentável dos recursos vivos como o seu objetivo, adotam um regime muito mais sofisticado de conservação de recursos, do que a CNUDM, que procura equilibrar a *utilização* dos recursos vivos marinhos com a *sustentabilidade* dos ecossistemas, nomeadamente, através da imposição de obrigações explícitas para: eliminação da sobrepesca; identificação e proteção de habitats de espécies críticas; prevenção e controlo de riscos de poluição; proteção da biodiversidade marinha; manutenção de integridade dos ecossistemas marinhos; avaliação, minimização e monitorização dos impactos de pescas, e de outras atividades humanas, nos ecossistemas marinhos; *gestão integrada* dos espaços marinhos, baseada nas

¹⁹⁶ *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, para. 215. O Tribunal confirmou o critério no seu *Parecer Consultivo sobre Pescas (Advisory Opinion)*, ITLOS Reports 2015, p. 4, paras. 99 e 100).

¹⁹⁷ *M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4, para. 224.

¹⁹⁸ *Joint Declaration of Judges Kelly and Attard, in M/V “Virginia G”*, ITLOS Reports 2014, p. 4.

¹⁹⁹ BIRNIE, BOYLE and REDGWELL, *International Law and the Environmental*, *op. cit.*, p. 736; e BARNES, “Fisheries and Marine Biodiversity”, *op. cit.*, p. 547.

*abordagens ecossistêmica e cautelara*²⁰⁰. Os novos instrumentos, particularmente o Acordo de Estoque de Peixes e a CDB, influenciaram outras organizações regionais e sub-regionais de pesca e programas marítimos para rever seus tratados constitutivos e incorporar metas de conservação mais holística, que refletem abordagens ecossistêmica e cautelara²⁰¹. A FAO, por exemplo, dá conta de que cerca de três quarto dos seus Estados membros tenham adotado a abordagem ecossistêmica e que a maioria deles informou ter adotado medidas de gestão apropriadas, assentes nos objetivos ecológicos e socioeconómicos²⁰².

O maior desafio de sustentabilidade continua a colocar-se em relação à conservação de recursos vivos do Alto Mar e da Área onde, apesar dos progressos regulatórios das ORGPs e dos Estados de pavilhão, o quadro jurídico internacional é ainda insuficiente para fazer face às diferentes ameaças antropogénicas existentes nessas zonas²⁰³. Um diagnóstico exaustivo feito por Wright et. al. identifica as seguintes principais lacunas no quadro jurídico internacional existente: ausência de um conjunto abrangente de princípios de governança; fragmentação do quadro jurídico e institucional; ausência de uma estrutura global para estabelecer AMPs nas AAJN; incerteza jurídica quanto ao estatuto dos recursos genéticos nas AAJN; falta de regras globais para AIA e Avaliação de Estratégia Ambiental Marinha; capacitação limitada e transferência de tecnologia a favor dos países em vias de desenvolvimento; lacunas nas estruturas de gestão da pesca no Alto Mar; desempenho misto das ORGPs; e o persistente problema de pavilhão de conveniência²⁰⁴. Desde 2015, a atenção tem sido focada no desenvolvimento do Acordo de implementação da

²⁰⁰ Artigos 1.º, 2.º, 4.º, 6.º-10.º e 14.º da CDB; UN – Agenda 21, Caps. 17.1, 17.46 e 17.74; artigos 2.º, 5.º, 6.º e Anexo II do Acordo sobre Estoque de Pescas 1995; Código de Conduta da Pesca, paras. 6.5, 7.2, 7.5 e 8.5; e FAO – *Guidelines for Deep-Sea Fisheries* (FAO 2009) paras. 12, 17, 18, 47 e 71. Para mais desenvolvimento, *vide* BARNES, “The LOSC: An Effective Framework for Domestic Fisheries Conservation?”, *op. cit.*, pp. 246-555).

²⁰¹ Rosemary RAYFUSE, “Regional Fisheries Management Organizations” in Donald R ROTHWELL et al., (eds.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 439-462, p. 457; Simone BORG, “The Influence of International Case Law on Aspects of International Law Relating to the Conservation of Living Marine Resources Beyond National Jurisdiction”, *Yearbook of International Law*, vol. 23, N.º 1, 2012, pp. 44-79, p. 66; e BORG, “The Conservation of Marine Living resources...”, *op. cit.*, pp. 362 e 363.

²⁰² FAO – *The World State of the Fisheries* (2020) p. 96.

²⁰³ RAYFUSE, “Regional Fisheries Management...” *op. cit.*, p. 459; BARNES and MASSARELLA, “High Seas Fisheries”, *op. cit.*, p. 370; e CADDELL, “Deep-Sea Bottom Fisheries...”, *op. cit.*, pp. 279 e ss.

²⁰⁴ Glen WRIGHT et. al., “The Long and Winding Road: Negotiating a Treaty for the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas beyond National Jurisdiction”, IDDRI, *Studies* N°08/18, 2018, pp. 1-82, pp. 31-40.

CNUDM para a “*conservação e utilização sustentável de diversidade biológica marinha de áreas fora da jurisdição nacional*”²⁰⁵.

5. Uma conclusão óbvia: a conservação de recursos vivos é um elemento da proteção e preservação do meio marinho, mas, por vezes, é necessário distinguir o trigo do joio

Depois de tudo analisado, pode-se reafirmar de forma confortável que *existe uma clara conexão entre as regras de conservação de recursos vivos e as da proteção e preservação do meio marinho*, o que autoriza dizer que *as medidas relevantes de conservação de recursos vivos (...) constituem um elemento integrante da proteção e preservação do meio marinho*. É claro hoje que as disposições da Parte XII se estendem a todo o tipo de atividade humana suscetível de causar perturbação e degradação significativas nos ecossistemas marinhos, incluindo os impactos de pesca insustentável. Por conseguinte, os princípios da Parte XII são aplicáveis à conservação de recursos vivos²⁰⁶. Como resultado da dinâmica do Direito Internacional do Mar à crescente vulnerabilidade da biodiversidade marinha, não parece exagero concluir que os regimes de conservação de recursos vivos são, atualmente, concebidos mais como regras que incorporam, promovem e valorizam componentes da diversidade biológica, não apenas como recursos naturais para serem explorados, mas como parte da rede necessária para sustentar a qualidade de vida na Terra para as gerações presentes e futuras²⁰⁷. As exigências de uma abordagem integrada obrigam hoje que os regimes de conservação tenham em consideração questões intimamente relacionadas, como mudanças climáticas, acidificação dos oceanos, preservação da diversidade biológica, e proteção dos oceanos da poluição, previstas noutros instrumentos jurídicos internacionais, *hard e soft law*, de gestão dos oceanos²⁰⁸. Resumindo numa palavra, o regime jurídico da conservação dos recursos vivos tem hoje uma coloração muito mais ambiental.

Apesar da conservação de recursos vivos ser um elemento da proteção e preservação do meio marinho, para efeito de mecanismos compulsórios de disputa,

²⁰⁵ UNGA – UN Doc. A/RES/69/292 (6 July 2015) para. 1.

²⁰⁶ Alexander PROELSS, “Environmental Principles and ITLOS”, in Ludwig KRÄMER and Emanuela ORLANDO (eds.), *Principles of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK . Northampton, MA, USA, 2018, pp. 568-577, pp. 574 e 574.

²⁰⁷ Em sentido próximo, Mary ANN PALMA, Martin TSAMENYI and William EDESON, *Promoting Sustainable Fisheries: The International Legal and Policy Framework to Combat Illegal, Unreported and Unregulated Fishing*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden . Boston, 2010, p. 74.

²⁰⁸ Em sentido próximo, BIRNIE, BOYLE and REDGWELL, *International Law and the Environmental*, *op. cit.*, p. 592.

é relevante distinguir a conservação de recursos vivos para fins de utilização ilimitada da conservação para fins de proteção, pelo menos no que tange aos recursos vivos da ZEE. Parece relevante para esse efeito o critério do interesse principal protegido. Embora a proteção e preservação do meio marinho seja de interesse de toda a comunidade internacional, o interesse do Estado costeiro prevalece em matéria de conservação de recursos vivos dentro da ZEE sobre o da comunidade internacional e, por conseguinte, salvo o consentimento expresso do Estado costeiro, qualquer litígio sobre esta matéria, não relacionado com atividades de polícia da pesca²⁰⁹, é excluído de procedimentos de jurisdição compulsória²¹⁰. O Estado costeiro poderá, quando muito, ser obrigado a submeter à conciliação compulsória em caso de abuso manifesto do seu direito²¹¹. Porém, nas situações da conservação para fins de proteção, onde a utilização é totalmente excluída, *no-take zone*, para proteção e/ou restauração dos ecossistemas vulneráveis e biodiversidade associada, *v.g.* ao abrigo do disposto no artigo 194, n.º 5 CNUDM, o interesse do Estado costeiro passa a pesar menos do que o da comunidade internacional, implicando a perda do seu poder discricionário de submeter ou não o litígio ao procedimento de resolução compulsória²¹². Por força do regime do Alto Mar, *propriedade comum* ou *res communis*, todos os litígios sobre a conservação de recursos vivos nesta zona são igualmente submetidos aos procedimentos compulsórios de resolução. Neste sentido, explica Treves que

“(.) it seems significant that article 294, para 5, is included in Part XII, on the preservation of the marine environment, and not in Parts V or VII where fisheries are dealt with. The different purposes of the two sets of rules entail that the protection of the interests of the coastal State is paramount as regards the regime of fisheries, while it is less important, although certainly not unimportant, with respect to the protection of the marine environment. This difference is reflected in the rules on the settlement of disputes, as well as in the result of the application of such rules, namely in the decisions of the competent courts and tribunals (...)”²¹³.

²⁰⁹ A exceção opcional à jurisdição obrigatória estabelecida no artigo 298.º, n.º 1, alínea b) da CNUDM para “litígios relativos a atividades de aplicação da lei em relação ao exercício de direitos soberanos ou jurisdição excluída da jurisdição de um tribunal, nos termos do artigo 297.º, n.ºs 2 ou 3”, pode ser lida *a contrario sensu* (a menos que seja feita uma declaração em contrário) como significando que os litígios relativos às atividades de polícia da pesca sejam submetidos à jurisdição obrigatória (TREVES, “The Settlements of Disputes...”, *op. cit.*, p. 150).

²¹⁰ Artigo 297.º, n.º 3, alínea a).

²¹¹ Artigo 297.º, n.º 3, alínea b).

²¹² Artigo 297.º, n.º 1, alínea c).

²¹³ TREVES, “The Settlements of Disputes...”, *op. cit.*, p. 149.

Essa interpretação é consistente com a decisão do Caso *Chagos* (2015). No âmbito deste Caso, a Maurícia argumentou que a AMP criada pelo Reino Unido em toda a zona de 200 milhas marítimas nas Ilhas Chagos, que incluía a proibição completa de pesca, era uma medida ambiental, e o Reino Unido contestou, alegando que a criação da AMP se enquadrava nas medidas de conservação de recursos vivos e que, como tal, era excluída da jurisdição do tribunal²¹⁴. O Tribunal concluiu que o Reino Unido, ao estabelecer a AMP, caracterizou a medida como primariamente ambiental, incluindo *no take-zone*, e que não podia voltar atrás nessa caracterização no processo de arbitragem para limitar a jurisdição do Tribunal com o mero pretexto de que a AMP se tratava de medida de conservação das pescas²¹⁵. Para o Tribunal, a AMP era mais consistente com os objetivos do artigo 194.º, n.º 5 do que com as medidas de conservação das pescas²¹⁶.

²¹⁴ *Chagos Marine Protected Area Arbitration, Award*, PCA 2015, paras. 232 e ss.

²¹⁵ *Chagos Marine Protected Area Arbitration, Award*, PCA 2015, paras. 284-91.

²¹⁶ *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. UK), Award*, PCA 2015, para. 320.