



**REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS**

**NÚMERO 39**

**O Papel do Institut du Droit International e da International Law Association na Codificação das normas do Direito Internacional de Águas: entre hard law e soft law**

*The role of Institut du Droit International and International Law Association on International Water Law codification: between hard law and soft law*



**Gildo Manuel Espada**

Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique



## O Papel do Institut du Droit International e da International Law Association na Codificação das normas do Direito Internacional de Águas: entre *hard law* e *soft law*

*The role of Institut du Droit International and International Law Association on International Water Law codification: between hard law and soft law*

Gildo Manuel Espada\*

### REFERÊNCIA

ESPADA, Gildo Manuel. O Papel do Institut du Droit International e da International Law Association na Codificação das normas do Direito Internacional de Águas: entre *hard law* e *soft law*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 97-108, dez. 2018.

### RESUMO

A importância da água como recurso vital para a humanidade e as disputas sobre o acesso a este recurso são cada vez mais intensas. Aliado a estes factos, acontece que grande parte dos recursos de água do planeta faz parte de recursos hídricos partilhados entre dois ou mais Estados. Este facto fez com que algumas organizações internacionais, mormente o *Institut du Droit International* e a *International Law Association* se esforçassem em codificar o Direito Internacional de Águas. Entretanto, apesar de todo o esforço feito, as normas aprovadas não obtiveram o estatuto de *hard law*, sendo aplicadas na qualidade de normas de *soft law*. Discutimos aqui a validade e importância de tais normas, no âmbito da Codificação do Direito de Águas. Para tal, fazemos um levantamento bibliográfico que visa o resgate histórico do surgimento do Direito de Águas, e trazemos importantes conceitos aplicáveis à temática.

### ABSTRACT

*The importance of water as a vital resource for humanity and the disputes over access to this resource are increasingly intense. Together with these facts, a large part of the planet's water resources are shared between two or more States. These facts have led to a number of international organizations, including the Institut de Droit International and the International Law Association to embark in efforts to codify the International water Law. However, despite all the efforts made, the rules adopted did not obtain the status of hard law, being only accepted and applied as soft law. We discuss here the validity and importance of such standards, within the framework of the codification of water law. To do this, we make a bibliographical research that aims to review the emergence of Water Law historically, and to bring important concepts applicable to this thematic.*

### PALAVRAS-CHAVE

Codificação. Direito. Águas.

### KEYWORDS

*Codification. Law. Water.*

### SUMÁRIO

Introdução. 1. O movimento de codificação do Direito de Águas. 1.1 Os trabalhos da *International Law Association* e do *Institut de Droit International* na codificação do Direito de Águas. 2. O *status* jurídico das regras do Direito Internacional de Águas. 2.1 O Direito Internacional de Águas como normas na charneira entre *hard law* e *soft law*. Conclusão. Referências.

\* Doutor em Direito em Direito Público pela Universidade Nova de Lisboa/ISCTEM. Mestre em Direito Internacional pela Universidade de Macau. Diplomado em Direito Internacional do Ambiente pela *United Nations Institute for Training and Research*. Licenciado em Direito (2004) pelo ISCTEM. Bacharel em Direito (2002) pelo ISCTEM. Docente a tempo inteiro e Coordenador Adjunto do Curso de Direito do ISCTEM e membro do Conselho Pedagógico e do Conselho de Coordenadores do ISCTEM. Advogado.





## INTRODUÇÃO

Mais do que nunca, a existência e a disponibilidade de água, como elemento essencial para a existência da vida na terra, tem suscitado intensos debates um pouco por todo o lado. Tal justifica-se porque, para além de ser fundamental para garantir a subsistência da vida na terra, a água é essencial para o desenvolvimento económico e social, ao bem-estar e ao equilíbrio ambiental.

Por outro lado, se está claro que a água é preciosa, por outro lado ela pode ser problemática. Primeiro porque pode gerar conflitos entre os Estados. De facto, a existência de água em quantidades satisfatórias, internamente, depende de cursos de água que são, muitas vezes, internacionais.

É neste desiderato que surgiu a necessidade de, a nível internacional, esclarecer quando é que determinado curso de água deve ser considerado como sendo nacional ou internacional, e com isto ajudando os Estados a identificar e esclarecer, do ponto de vista legal, o elemento água como bem jurídico sujeito a tutela estadual ou internacional e qual a dimensão da necessidade de regulação.

Este foi um processo que decorreu em várias etapas, nas quais surgiram várias propostas de definição do *status* dos cursos de água e de estabelecimento de normas que as regulamentem. Conduzido por organizações internacionais, este processo ficou conhecido como o processo de codificação do Direito de Águas.

A codificação do Direito de Águas, que visa ordenar de forma sistemática os conhecimentos e as particularidades dos cursos de água, estabelece princípios e normas que os interpreta com referência às particularidades específicas relativas à disciplina das águas, com vista a proporcionar uma aplicação mais racional e justa do Direito positivo a ela aplicável. Tal codificação nasceu e desenvolveu-se a nível internacional, que teve como consequência o surgimento e

desenvolvimento do Direito Internacional de Águas.

O desenvolvimento do Direito Internacional de Águas teve, para a sua evolução, contribuições de duas organizações não-governamentais que tiveram um papel instrumental muito importante na criação deste Direito: o Institut du Droit International e a International Law Association.

É sobre o surgimento e desenvolvimento do Direito Internacional de Águas que nos propomos dissertar no presente artigo, analisando as bases históricas do surgimento de tal Direito e o papel das principais organizações que lideraram o processo de codificação do Direito Internacional de Águas.

Neste exercício, analisaremos num primeiro capítulo os trabalhos da *International Law Association* e do *Institut de Droit International* e num segundo capítulo iremos averiguar até que ponto o trabalho de codificação feito por tais instituições é vinculativo e qual *status* jurídico das regras do Direito Internacional de Águas.

## 1 O MOVIMENTO DE CODIFICAÇÃO DO DIREITO DE ÁGUAS

### 1.1 Os trabalhos da *International Law Association* e do *Institut de Droit International* na codificação do Direito de Águas

O Direito Internacional de Águas teve um desenvolvimento paulatino que levou muitos anos, mas teve um desenvolvimento significativo nos últimos 50 anos, com a aprovação de uma série de normas e reconhecimento de regras costumeiras aplicáveis a recursos hídricos transfronteiriços, de entre as quais as Regras de Helsínquia da ILA e a Convenção de Nova Iorque.

Estas normas levam em consideração alguns princípios, nomeadamente: o princípio do uso razoável e equitativo; o princípio do dever de não causar dano significativo; o princípio da





partilha de dados e de informação; o princípio da notificação prévia de actividades praticadas nos cursos de água partilhados; o princípio do estabelecimento instituições de gestão de cursos de água partilhados; e o princípio da manutenção da soberania com respeito à implementação do Direito interno.

O aumento da escassez da água e problemas relacionados com a poluição ambiental levaram a que a questão dos recursos hídricos internacionais fosse discutida com maior intensidade, tendo em conta a prática dos Estados na partilha dos recursos, sempre em constante mutação, acompanhadas sempre pela evolução dos respectivos regimes jurídicos.

Apesar de só os Estados poderem criar e aplicar o Direito Internacional, as organizações não-governamentais podem ter um papel muito importante na elaboração de modelos jurídicos e na elaboração de recomendações nas quais os governos se baseiam para a elaboração de acordos, o que facilita os esforços multilaterais diplomáticos na criação do Direito Internacional<sup>1</sup>.

Esta é uma realidade inerente ao desenvolvimento do Direito Internacional de Águas que teve e tem tido, para a sua evolução, contribuições de duas organizações não-governamentais que contribuem de forma instrumental na criação deste direito: o *Institut de Droit International* (IDI) e a *International Law Association* (ILA).

Considerando que o Direito Internacional tem sido tributário da ideia de codificação das normas, que neste caso significa a formalização, por intermédio da feitura de textos escritos, das suas normas consuetudinárias de acordo com princípios comuns<sup>2</sup>, o entendimento que deve ter-se da codificação do Direito de Águas não é o de uma atividade de mera compilação de normas

consuetudinárias de acordo com um critério cronológico ou temático.

O processo de codificação do Direito de Águas tem sido muito mais do que a mera compilação de normas, porquanto a ILA e o IDI, não só compilam mas também comparam e estudam as normas dispersas existentes e recomendam as soluções consideradas as melhores de entre várias, que são muitas vezes alteradas e melhoradas e depois sujeitas ao escrutínio dos Estados, por via de organizações internacionais e ou de bacia hidrográfica, que depois de as escrutinar e aprovam-nas como regras de Direito Internacional de Águas.

A ILA e a IDI são organizações não-governamentais de carácter académico criadas em 1873, que trabalham na área do Direito Internacional. O IDI é uma instituição pequena, cujos membros são aceites por eleição e convite. A ILA, por seu turno, é uma organização maior e está aberta para todos os juristas a nível internacional, por via de recomendação. Ambas instituições adoptam resoluções e regras que visam codificar o Direito Internacional, tal como ele existe, de acordo com a prática dos Estados.

O IDI fez um trabalho notável entre 1911 e 1979, período no qual produziu três resoluções importantes sobre recursos hídricos internacionais: a Resolução de Madrid de 1911 sobre a Regulação Internacional do Uso de Cursos de Água Internacionais, a Resolução de Salzburgo Sobre o Uso (diverso da navegação) de Águas Internacionais Não Marítimas, de 1961, e a Resolução de Atenas de 1979 Sobre a Poluição de Rios e Lagos e o Direito Internacional.

A ILA também se tem notabilizado nos esforços de codificação do Direito Internacional

<sup>1</sup> CHRISTINE TRAVERS, *Convention on International Watercourses And 2008 Draft Articles on The Law of Transboundary Aquifers*, 33 *Houston Journal of International Law*, 453. 2010-2011, p. 462.

<sup>2</sup> JORGE BACELAR GOUVEIA, *Textos Fundamentais de Direito Internacional*, Aequitas e Editorial Notícias, 1993, p. 12.





de Águas<sup>3</sup>. Os seus membros têm-se dedicado ao estudo e desenvolvimento do Direito Internacional elaborando propostas de Convenções e recomendações sobre assuntos gerais do Direito Internacional, e esta Associação goza de um estatuto especial, como consultor, junto do Conselho Económico e Social das Nações Unidas, desde 1947.

A ILA também tem tido um papel crucial na codificação do Direito Internacional de Águas, e apesar de ter começado tardiamente os estudos relativos à questão da água, reconhece-se que os mais importantes esforços de codificação das normas do Direito Internacional de Águas foram feitos por esta instituição.

A ILA começou a trabalhar na questão do Direito Internacional de Águas em 1954. O ímpeto para o início de atividades foi a preocupação criada pela série de disputas relacionadas com a pós-primeira guerra mundial, nomeadamente as disputas entre a Índia e o Paquistão sobre o rio Indús; entre o Egito e o Sudão em relação ao rio Nilo; entre Israel e os seus vizinhos em relação ao rio Jordão; e ainda entre o Canadá e os Estados Unidos em relação ao rio Colúmbia<sup>4</sup>.

Porque discutia-se na altura o que seria o Direito dos cursos Internacionais de água, o Professor Clyde Eagleton da Universidade de

Nova Iorque propôs ao Conselho Executivo da ILA que se estabelecesse um comité que estudasse e fizesse recomendações em relação a este ramo do Direito internacional. A proposta foi aceite favoravelmente, tendo sido colocada na agenda para a conferência da ILA que decorreu em Edimburgo em 1954. Foi em resultado dessa conferência que a ILA adoptou uma resolução que enfatizou a potencial importância da questão dos direitos e obrigações dos Estados em relação às águas interiores, e decidiu estabelecer um comité denominado ‘comité sobre os usos de águas dos rios internacionais’ liderado pelo Professor Eagleton, para estudar as várias questões legais, técnicas e económicas ligadas ao assunto<sup>5</sup>.

Os esforços da ILA ganharam grande ímpeto quando o referido comité produziu, em 1956, o primeiro relatório da ILA, sobre a “Declaração de Princípios Sobre os Quais se Baseiam Regras Jurídicas Sobre os Rios Internacionais”, também conhecido como a Declaração de Dubrovnik<sup>6</sup>. Esta declaração foi seguida, em 1958, pela Resolução de Nova Iorque sobre o princípio da partilha razoável e equitativa das águas de uma bacia de drenagem. Este princípio foi discutido e melhorado pela ILA na reunião de Tokyo de 1964, tendo culminado no que são hoje conhecidas como as Regras de Helsínquia de 1966<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Refira-se, entretanto, que os trabalhos relativos aos cursos de água internacionais foram dados como encerrados após a aprovação das Regras de Berlim.

<sup>4</sup> CHARLES B. BOURNE, *The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law*, Nat. Resources J., 1996, p.156. Nos casos em apreço, os direitos dos Estados em causa de usar a água era a grande questão controvertida. Os Estados de montante tinham uma percepção jurídica totalmente oposta aos Estados de jusante. Esta divergência de pontos de vista indicava a necessidade urgente de uma posição autoritária do Direito Internacional aplicável aos cursos de água internacionais. Porque dúvidas não existiam em como uma visão comum do Direito aplicável iria promover a resolução pacífica de disputas em questão, e, mais importante ainda, prevenir disputas similares no futuro. *Ibidem*.

<sup>5</sup> CHARLES B. BOURNE, *The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law*, Nat. Resources J., 1996, p.156.

<sup>6</sup> Esta declaração confirmou o controlo soberano que cada Estado deve exercer sobre os cursos de água internacionais que se encontrem dentro do seu território, mas com o devido respeito em relação aos efeitos que poderiam ocorrer noutros Estados.

<sup>7</sup> A ILC continuou a produzir propostas de normas sobre assuntos relacionados com a água que não estavam tratados ou não estavam adequadamente tratados nas Regras de Helsínquia, incluindo regras sobre o controlo das cheias (1972), poluição (1972 e 1982), navegabilidade (1974), a proteção de instalações de água durante conflitos armados (1976) a gestão conjunta (1976 e 1986), regulação do fluxo de água (1980), preocupações gerais sobre a gestão ambiental (1980), águas subterrâneas (1986), poluição transfronteiriça (1996), compensação por danos (1996), e mais recentemente as Regras de Nova Iorque e as de Berlim, que mais adiante analisamos.





Entretanto, é preciso clarificar que as resoluções e regras produzidas por estas duas organizações têm uma natureza jurídica formal, mas não são vinculativas de *per se*, uma vez que as mesmas, como referido, são organizações de carácter académico-científico, representantes de Estados, mas sem mandato para os substituírem na celebração de acordos e ou tratados. Portanto, as resoluções daquelas organizações diferem dos tratados e convenções que são vinculativas por força da assinatura e ratificação por parte dos Estados. Mas as regras e resoluções produzidas por aquelas duas instituições gozam de uma autoridade considerável em virtude de refletirem os princípios costumeiros do Direito Internacional de Águas, assim como o vasto conhecimento dos peritos que fazem parte das duas instituições<sup>8</sup>.

## 2 O STATUS JURÍDICO DAS REGRAS DO DIREITO INTERNACIONAL DE ÁGUAS.

### 2.1 O Direito Internacional de Águas como normas na charneira entre *hard law* e *soft law*

O Direito Internacional de Águas desenvolveu-se em grande medida por via de tratados sobre o uso e gestão de cursos de água, ao longo de mais de três séculos. Nalguns casos, os acordos tinham em vista regular diversos interesses; noutros casos, pôs termo a disputas, e estabelecer formas de acesso e uso pelos vários utentes; noutros ainda, estabelecer e ou fortalecer a cooperação entre os Estados. Em suma, a resolução de conflitos sobre o uso dos cursos de água, a regulação do acesso à cada vez mais escassos recursos de água e ainda o estabelecimento de regras com vista a evitar e ou reduzir os níveis de poluição dos cursos de água, foram alguns dos principais motivos que

estiveram por trás do desenvolvimento deste ramo do Direito.

Sendo certo que as normas relativas à navegação se desenvolveram muito cedo, tendo as mesmas se estabelecido de forma clara, cedo notou-se que outros usos, ligados aos recursos hídricos mas diversos da navegação, careciam igualmente de regulação, mas que, mesmo sem ser menos importantes que a navegação, não recebiam, até certa altura, a atenção devida. Destarte, com a intensificação do uso das águas pelas sociedades humanas, mormente o uso doméstico, industrial e até para fins comerciais, o uso da água para fins diversos da navegação passou a ter atenção especial.

E, pela especificidade dos assuntos a regular, foi surgindo, de forma natural, uma série de acordos e tratados, que não só estabeleceram quadros normativos aplicáveis a cursos de água, como também divisaram um quadro institucional e até conceptual aplicável ao uso e gestão dos recursos hídricos.

Neste ramo do Direito, tal como em muitos outros, é geralmente feita, a distinção de dois conjuntos de normas, nomeadamente *hard law* e *soft law*. *Hard Law* é o conjunto de regras jurídicas internacionais que são claramente identificadas e vinculativas (e regra geral na forma de tratados). Em contraste, o termo *soft law* refere muitas vezes a instrumentos jurídicos internacionais que não são vinculativos para os Estados, uma vez que as obrigações por ele impostas permitem um elevado nível de discricionariedade aos Estados que as devem aplicar, tendo entretanto uma força quási-legal,<sup>9</sup> no sentido de que elas modelam a mudança de atitudes e induzem ao cumprimento das regras existentes. Noutros casos, *soft law* é constituído

<sup>8</sup> CHRISTINE TRAVERS, Convention on International Watercourses And 2008 Draft Articles on The Law of Transboundary Aquifers, 33 *Houston Journal of International Law*, 453. 2010-2011, p. 463.

<sup>9</sup> Vide CHRISTINE M. CHINKIN, The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, 38 *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, p. 851.





por regimes que de forma flexível incorporam intenções legais das partes que se querem vincular.

Por esta razão, certo autor refere que a expressão *soft law* é um termo paradoxal usado para definir um fenómeno ambíguo, sendo paradoxal porque de um ponto de vista geral e clássico o Direito é geralmente considerado ‘duro’, isto é, compulsório, ou então inexistente. E o termo é considerado ambíguo porque as realidades designadas de tal forma são difíceis de identificar claramente, tendo em conta as suas manifestações e efeitos jurídicos.<sup>10</sup>

A verdade é que as normas de *soft law* podem decorrer de tratados ou convenções, ou ainda de conferências, na forma de instrumentos que podem ser recomendações ou resoluções de organizações internacionais, declarações e actos finais publicados no fim de conferências internacionais e até *drafts* de propostas elaboradas por grupos de peritos.

É todavia entendimento comum que o *soft law* cria e delinea objectivos a serem alcançados no futuro e não deveres a serem cumpridos pelos Estados, da mesma forma que estabelece programas e não metas, e meios a seguir e não obrigações<sup>11</sup>. Por isso, não são vinculativas, uma

vez que elas espelham convicções dos Estados, por um lado, e por outro porque os organismos e ou conferências que adoptam tais textos não gozam de legitimidade para o fazerem de forma vinculativa em relação aos Estados.

Deste modo, os textos considerados *soft law* diferenciam-se dos tratados internacionais e do costume internacional (que são *hard law*) devido ao seu carácter não vinculativo, que se opõe ao carácter vinculativo do *hard law*. Todavia, as regras consideradas *soft law* têm também a sua importância, sendo muitas vezes aplicadas pelos Estados por as mesmas exprimirem consensos em relação às normas que guiam o seu comportamento. Mais importante ainda é o facto de a aceitação das regras de *soft law* e o seu cumprimento contínuo e regular poder levar à cristalização de tais normas e consequente transformação em Direito costumeiro, que se torna então obrigatório.

Nas últimas décadas, notou-se uma grande proliferação de normas de *soft law*<sup>12</sup>, que é associada às formas neo-liberais de governação e governabilidade, induzidos principalmente por instituições internacionais e pelo Direito Internacional. E em face da crescente percepção

<sup>10</sup> PIERRE-MARIE DUPUY, *Soft Law and the International Law of the Environment*, 12 *Michigan Journal of International Law*, 1991, p. 420. Refere, o mesmo autor, que os factores sociais que estão por detrás deste fenómeno, são três. O primeiro é um factor de natureza estrutural: é a existência e o desenvolvimento de uma rede ramificada de instituições permanentes, tanto a nível universal assim como a nível regional, surgidas depois da Segunda Guerra Mundial, na qual a ‘família’ das organizações das Nações Unidas joga um papel muito importante. O segundo tem a ver com a diversificação dos componentes da comunidade mundial que, desde o fim da década de 1950, com a entrada em cena dos países subdesenvolvidos na arena internacional, levou a que se tornasse necessário adaptar e reconsiderar, por via da negociação normativa, um grande número de normas costumeiras internacionais que tinham sido elaboradas numa altura em que tais países não existiam como Estados soberanos. Sabendo-se que estes novos Estados tinham o peso da maioria e consequentemente retirando de certo modo o poder dos países ‘mais velhos’, estes especularam a utilização de instrumentos ‘moles’, tais como resoluções e recomendações de órgãos internacionais de forma a modificar algumas das principais regras da

ordem jurídica internacional. O terceiro e mais importante, intimamente ligado ao segundo, está relacionado com a rápida evolução da economia mundial e a crescente interdependência entre os Estados, combinada com o desenvolvimento de novos campos de atividade criados pelo incessante progresso da ciência e da tecnologia. E estes fenómenos, combinados, necessitam da criação atempada de novas soluções do Direito Internacional que sejam adaptáveis e aplicáveis a situações novas. Deste modo, o Direito Internacional Económico e o Direito Internacional do Ambiente são, por isso, disciplinas com tendência natural de abraçarem o *soft law*. *Ibidem*

<sup>11</sup> Vide PIERRE-MARIE DUPUY, *Soft Law and the International Law of the Environment* 12 *Michigan Journal of International Law*, 1991, p. 428. O mesmo autor esclarece que na grande maioria dos casos, quando o instrumento é de *soft law* o seu conteúdo tende a ser correspondente, porque a essência do *soft law* está no facto de não conter regras vinculativas. *Idem*, p. 429

<sup>12</sup> Vide PIERRE-MARIE DUPUY, *Soft Law and the International Law of the Environment* 12 *Michigan Journal of International Law*, 1991, p. 420.





em relação a este facto, há uma tendência de preferência a instrumentos de *soft law* em determinadas áreas jurídicas, com particular enfoque para o Direito Internacional e o Direito regional, que acabam inclusive criando uma certa aversão por instrumentos de *hard law*, e nestas se inclui o Direito Internacional de Águas.

E, com o pluralismo normativo que é causado por esta tendência, surge o óbvio debate entre opiniões que defendem o *hard law* e o *soft law*, havendo quem defenda que a governação internacional deve ser feita com normas e instituições jurídicas firmes<sup>13</sup>, em contraste com a fraqueza do *soft law*, havendo quem argumenta ainda que a expansão do *soft law* é fomentada por académicos, cujo único interesse é expandir o estudo desta nova forma de Direito<sup>14</sup>.

Regra geral, o debate centra-se também em torno do valor jurídico e normativo de normas e princípios contidos em instrumentos de *soft law*, que abundam em áreas como o Direito Internacional do Ambiente, no qual muitas dessas normas e princípios são assumidamente reconhecidas como tendo uma força jurídica vinculativa derivada do Direito costumeiro internacional.

Neste diapasão, a caracterização de tais normas como meramente declarativas e não como verdadeiro Direito costumeiro, e com efeito limitado às partes que as aceitem pode ser uma justificação válida, considerando que há sempre

uma aceitação voluntária de tais instrumentos, correspondente à vontade individual dos Estados, que não se deve discutir, pois a sua aceitação por alguns Estados não cria costume internacional.

Todavia, na área dos recursos hídricos transfronteiriços, é uma realidade que os acordos informais, as regras não vinculativas e todos os outros instrumentos de *soft law* é que antecedem o *hard law*, moldando a prática para que se adequie ao interesse dos Estados. Pelo que não nos parece perigosa a proliferação do *soft law*<sup>15</sup>, pois a multiplicidade e variabilidade de “comunidades normativas” é uma realidade que surgiu de forma espontânea<sup>16</sup>.

Uma das evidências da importância do *soft law* nesta área do Direito é o facto de o Direito internacional de Águas continuar a ser a área mais importante do Direito sem nenhum tratado universal vinculativo que regule o uso e a protecção de tal recurso, apesar do grande esforço de duas organizações não-governamentais internacionais, nomeadamente o IDI e a ILA.

Entretanto, uma das questões do Direito Internacional contemporâneo que se mostra difícil de ultrapassar é saber o momento exacto em que as regras de “*soft law*” se transformam em Direito costumeiro, tornando-se “*hard law*”. Mas, uma análise da natureza dos instrumentos de *soft law* que por um ou outro motivo podem transformar-se em *hard law*, pode ajudar a melhor compreender estas duas figuras<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Vide STEPHEN J. TOOPE, Formality and Informality, in DANIEL BODANSKY, JUTTA BRUNNEE and ELLEN HAY (Eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, p. 107.

<sup>14</sup> Vide JEAN D'ASPREMONT, Softness in International Law: a Self-Serving Quest for New Legal Materials, *19 EJIL*, 1075, 2008, p.95.

<sup>15</sup> WILLIAM BURKE-WHITE, International Legal Pluralism, *25 Michigan Journal of International Law*, 2004, p. 977. Vide igualmente RALF MICHAEL, Global Legal Pluralism, *5 Annual Review of Law and Social Science*, 2009, p. 243.

<sup>16</sup> Vide PAUL SCHIFF BERMAN, Global Legal Pluralism, *80 Southern California Law Review*, 2007, p. 1230.

<sup>17</sup> As resoluções produzidas por organizações internacionais podem ser vinculativas, e neste caso consideradas *hard law*,

quando as mesmas vinculam os Estados dessa mesma organização, ou não vinculativas, quando os Estados não têm o dever de submeter-se às mesmas, constituindo, neste caso, instrumentos de *soft law*.

As resoluções das organizações internacionais só excepcionalmente têm carácter de *hard law*, vinculando os Estados. São muito poucas as organizações que têm o poder de adoptar textos vinculativos para os seus Estados membros, conhecendo-se apenas três: O Conselho de Segurança da ONU; a Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento e a União Europeia.

As resoluções não-vinculativas saídas de conferências internacionais ou por decisão das organizações internacionais podem ser classificadas, de acordo com o seu conteúdo, em três categorias diferentes: recomendações normativas, programas de ação e declarações de princípios.





O conteúdo normativo das regras e princípios dos instrumentos adoptados a nível de acordos internacionais tendem a passar por um processo de elaboração que passa pela aceitação do que é considerado prática comum entre os Estados<sup>18</sup>. Entretanto, algumas vezes tais acordos não têm em vista alcançar, de forma vinculativa, devido à complexidade dos assuntos que se visa regular, sendo aceitável adoptar, neste caso, normas de *soft law*.

Deste modo, os Estados preferem definir, por comum acordo, programas de ação que os possa levar a adoptar normas para regulamentar questões a nível interno, por ser uma estratégia prudente. Porque desta forma é mais fácil entronizar a produção normativa como própria, e facilita a que mais tarde se transforme aqueles que anteriormente eram instrumentos de *soft law* em instrumentos de *hard law*. Este raciocínio não simplifica, de modo algum, a definição e a indicação da natureza de *soft law* e a sua transformação em *hard law*. Todavia, permite-nos perceber que há muitas regras que podem eventualmente ser consideradas como não vinculativas, por serem de *soft law*, porque convém aos Estados, por precaução, ver até que ponto elas servem os seus propósitos.

Por isso, a existência de normas de *soft law* não deve ser menosprezada, e nem o seu valor relegado para segundo plano, porque as normas

que são de *soft law* num momento podem transformar-se em *hard law* noutro, pelo que a importância e valor de tais normas deve ser aferida casuisticamente, de forma cuidadosa, tendo em conta vários factores, de entre os quais a origem do texto do qual as normas de *soft law* emanam (se do Governo ou não); as condições formais da adopção da mesma; a aptidão que as normas têm em tornarem-se normas de *hard law* vinculativas; e a possível reacção dos Estados com a transformação das normas de *hard law* em normas de *soft law*.

Dito isto, fica claro que as fontes de Direito Internacional de Águas, sejam elas de *soft law* ou de *hard law*, são válidas e eficazes, na medida em que as mesmas são aplicadas, em última instância, nos ordenamentos jurídicos dos Estados, sendo certo que estes são entes soberanos em relação aos recursos naturais que se encontrem dentro das suas jurisdições.

As normas de *soft law* emanam de declarações e convenções, da prática judicial e arbitral internacional, das práticas dos Estados, da codificação de normas por agências intergovernamentais e associações internacionais especializadas em determinados assuntos, e ainda dos pareceres académicos dominantes em relação a regras estabelecidas ou princípios substantivos e ou procedimentais sobre assuntos de interesse comum das nações.

---

As recomendações normativas não vinculam os Estados, mas contêm regras comportamentais e *standards* que devem ser respeitados pelos Estados. Na verdade, tais recomendações encontram legitimidade no facto de, ao aderirem a uma organização internacional, os Estados assumirem algumas obrigações genéricas e abstratas, de forma livre e espontânea, que depois ficam a cargo dos competentes órgãos da organização que devem esclarecer e detalhar tais obrigações em casos concretos, o que geralmente é feito por via de resoluções normativas.

Mas, porque os Estados membros das organizações prezam muito a sua soberania, muitas vezes salvaguardam os seus interesses mantendo sempre o direito de avaliar as situações que lhes digam respeito de forma a agir em interesse próprio e por isso reservam sempre o direito de decidir se aplicarão ou não tais resoluções. Deste modo, tais resoluções acabam sendo normativas no sentido de indicarem aos Estados

como devem cumprir as obrigações resultantes do facto de serem Estados membros.

As declarações de princípios, diferentemente das recomendações normativas, não implicam ações concretas a serem tomadas. As mesmas proclamam guias gerais a serem seguidas pelos Estados e que dessa forma acabam influenciando o surgimento de regras jurídicas. As declarações podem igualmente estabelecer objetivos gerais para a orientação dos Estados, tendo neste caso um papel programático em relação ao poder autónomo de regulamentação dos Estados. Incluem-se neste rol de atos os programas de ação, que são a transladação dos princípios proclamados nas declarações em propostas concretas.

<sup>18</sup> OWEN McINTYRE, *The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources*, *Natural Resources Journal*, Vol. 46, 2006, p. 159.





Elas podem ser regras de natureza substantiva ou procedimental, tais como o são o dever de cooperar, o dever de prevenir a poluição transfronteiriça, o dever do respeito pelo desenvolvimento sustentável, o dever do respeito pela equidade intergeracional, o princípio da responsabilidade comum mas diferenciada, o princípio da precaução, o princípio do poluidor-pagador, que são todas elas regras substantivas. Mas podem ser também procedimentais, no exemplo do dever de notificar, do dever de troca de informações, do dever de consultar e negociar em boa-fé, e ainda os deveres relacionados com a resolução de disputas<sup>19</sup>.

### CONCLUSÃO

O desenvolvimento do Direito Internacional de Águas teve, para a sua evolução, contribuições de duas organizações não governamentais que tiveram um papel instrumental muito importante na criação deste Direito: o *Institut du Droit International* e a *International Law Association*.

Apesar de todo o esforço feito pelas organizações acima referidas para codificar o Direito de Águas, não se conseguiu que os Estados as ratificassem, de forma a que se

conseguisse acordos e ou tratados que fossem vinculativos para os Estados, na forma de *hard law*. O melhor que se conseguiu foi a aceitação de tais normas como sendo de *soft law*, isto é, diretrizes que os Estados devem seguir na formulação das normas e princípios que guiam o uso e gestão dos recursos de água a nível interno.

As normas de *soft law* tem muita importância no Direito de Águas, não se devendo olhar para elas como uma situação patológica do Direito, por ser um termo novo e que foge aos objetivos deste ramo da ciência, que é regular de forma imperativa. De facto, não são raras as vezes em que a solução de problemas jurídicos internacionais, no geral, foi feita com base em normas de *soft law*.

A falta de obrigatoriedade no cumprimento das normas de *soft law*, de que deriva a precariedade das mesmas, não deve reduzi-las à insignificância, na medida em que apesar de todas as limitações este conjunto de normas tem um papel muito importante na atualidade.

No Direito Internacional de Águas a importância do *soft law* manifesta-se na intervenção das organizações internacionais e nos órgãos judiciais e arbitrais que decidem em relação às disputas relativas à água.

### REFERÊNCIAS

BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism. *Southern California Law Review*, n. 80, 2007.

BOURNE, Charles B. *The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law*. Nat. Resources J.: 1996.

BURKE-WHITE, William, International Legal Pluralism. *Michigan Journal of International Law*, n. 25, 2004.

CHINKIN, Christine M. The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, n. 38, 1989.

D'ASPREMONT, Jean. Softness in International Law: a Self-Serving Quest for New Legal Materials. *European Journal of International Law*, n. 19, p. 1075, 2008

<sup>19</sup> OWEN McINTYRE, The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the

Protection of Shared International Freshwater Resources, *Natural Resources Journal*, Vol. 46, 2006, p. 161.





DUPUY, Pierre-Marie. Soft Law and the International Law of the Environment. *Michigan Journal of International Law*, n. 12, 1991.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Textos Fundamentais de Direito Internacional*. Lisboa: Aequitas e Editorial Notícias, 1993.

McINTYRE, Owen. The Role of Customary Rules and Principles of International Environmental Law in the Protection of Shared International Freshwater Resources. *Natural Resources Journal*, vol. 46, 2006.

MICHAEL, Ralf. Global Legal Pluralism. *Annual Review of Law and Social Science*, n. 5, 2009.

TOOPE, Stephen J. Formality and Informality. In: DANIEL BODANSKY, JUTTA BRUNNEE and ELLEN HAY (orgs.). *The Oxford Handbook of International Environmental Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

TRAVERS, Christine. Convention on International Watercourses And 2008 Draft Articles on The Law of Transboundary Aquifers. *Houston Journal of International Law*, n. 33, p. 453, 2010-2011.

**Recebido em:** 29/09/2017

**Aceito em:** 02/05/2018



